

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.28 | Janeiro / Abril de 2016

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

VICE-REITORA: Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
[Periódico] / Michael Cesar Silva (Organizador). – Belo Horizonte:
Centro Universitário Newton Paiva, 2016.

n. 28, jan. /abr. 2016.

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Silva, Michael Cesar. II. Centro Universitário
Newton Paiva. III. Título.

CDU: 34

Ficha Catalográfica: Bibliotecária Kênia Amaral da Silva – CRB/6:2053

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Unidade Juscelino Kubitschek: Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Unidade Buritis: Rua Jose Claudio Rezende, 26 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

ORGANIZADOR

Michael Cesar Silva

CONSELHO EDITORIAL

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

Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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

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

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

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

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

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro Araújo | 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

Júlio César Faria Zini | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

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

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 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

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, València, Espanha

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

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

APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE | PROJETO GRÁFICO | DIAGRAMAÇÃO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

COLABORAÇÃO: Ariane Lopes e Marina Pacheco (estagiárias do curso de Jornalismo)

EDITORIAL



APRESENTAÇÃO

A sociedade contemporânea perpassa por diversas transformações que impõem uma maior reflexão, debate e aprofundamento sobre diversas questões controversas, que influenciam a reconstrução dos paradigmas do Direito no contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, impõem-se a releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da moderna doutrina e do indispensável exame da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, permitindo-se, assim, a (re)apreciação de suas peculiares repercussões hermenêuticas *in concreto*.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva apresenta-se como um importante 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.

O presente número do periódico compõe-se por trabalhos cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes análises sobre questões do contexto hodierno do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, apresentamos a contribuição de José Luiz Quadros de Magalhães, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professor dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade do Sul de Minas, em texto intitulado “O novo constitucionalismo latino-americano 2.” O artigo aborda as principais características do novo constitucionalismo e analisa os pontos de ruptura com o constitucionalismo moderno europeu.

Leandro Caletti, Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional/RS, no artigo “A narração constitucional e Robert Cover” escreve sobre as interações entre a narração constitucional e a religiosidade, partindo da premissa de um modelo *paideico* propugnado por Robert Cover.

O terceiro artigo, escrito por Vinícius da Costa Gomes e Virgília Gomes Fantini, Mestres em Direito Público pela Universidade FUMEC/MG, analisa a responsabilidade do chefe do executivo, a partir do estudo da possibilidade de aplicação dos institutos do impeachment, recall e abberufungsrecht.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e Thaís Mudadu Carmona Machado, Pesquisadora de Iniciação Científica no Projeto República na Universidade Federal de Minas Gerais e no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em trabalho cujo título é “O sistema partidário brasileiro e a democracia”, apresentaram estudo relacionado ao número de partidos políticos no Brasil e sobre a possibilidade de diminuição do número de siglas partidárias no sistema brasileiro.

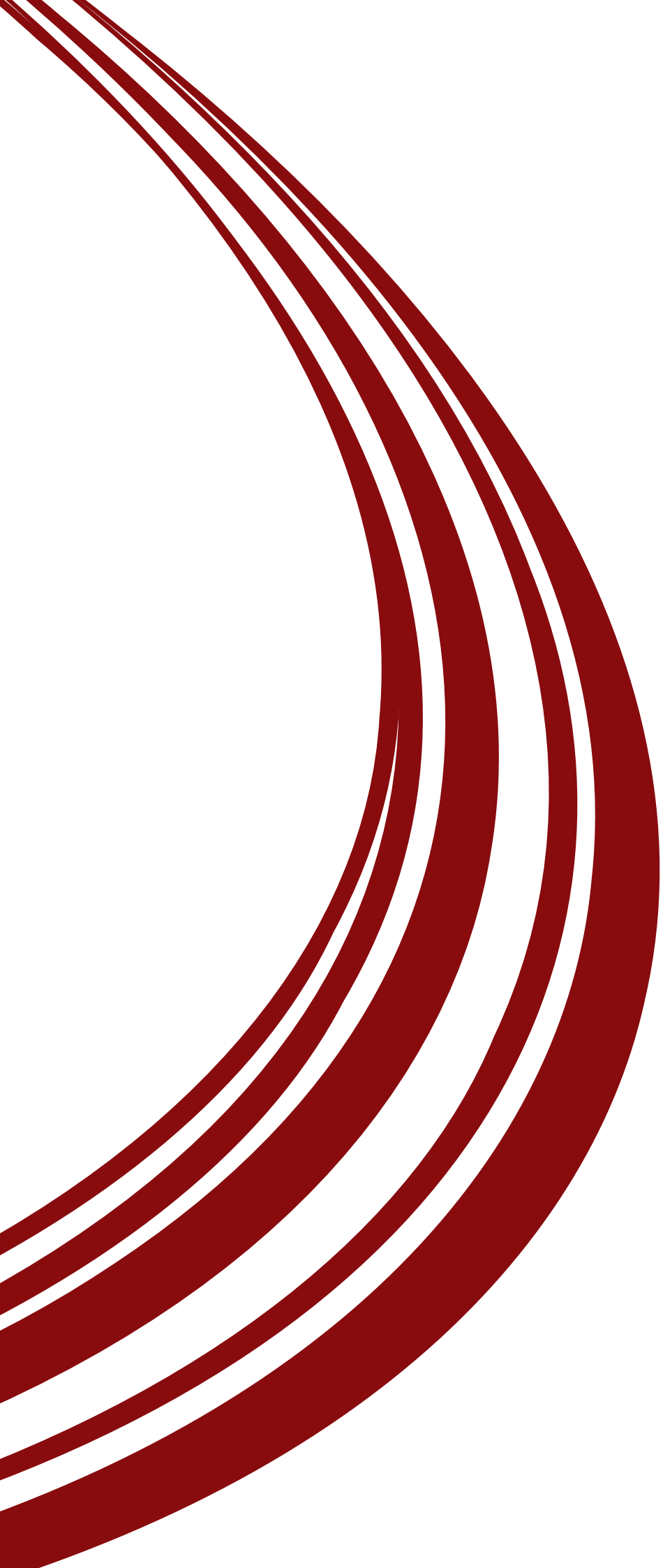
Adilson Silva Ferraz, Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA) e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica Argentina (UCA) e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco, apresentou o artigo “El derecho como regulador del discurso ideológico de la fraternidad en una sociedad posneoliberal”, no qual expõe que “la inclusión de la fraternidad como elemento jurídico puede ayudar a impedir el uso ideológico del propio derecho (cuando este se vuelve contra los derechos fundamentales) y servir como una barrera de contención al uso ideológico de la fraternidad moral, aunque haya siempre el riesgo de ser utilizada para profundizar el abismo entre la utopía y la práctica, volviéndose un mecanismo jurídico de opresión social”. Trata-se de interessante temática cuja abordagem a partir de uma perspectiva filosófica contribui para a reflexão acerca da relação do Direito com a fraternidade.

Heitor Romero Marques, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid/Espanha e Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco/MS, e João Vitor Alves dos Santos, acadêmico de Direito da Universidade Católica Dom Bosco/MS, discutem em seu artigo as consequências socioeconômicas da concentração fundiária do ponto de vista dos Direitos Humanos. No trabalho, os autores discorrem sobre a atual situação da implementação da Reforma Agrária no Estado de Mato Grosso do Sul como forma de democratização ao acesso à terra, trazendo relevante contribuição a questão.

No sétimo artigo, apresentamos como contribuição estrangeira, o texto “Comentários aos Acórdãos Viking e Laval, de autoria de Helena Telino Neves, Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal e Raphaella Viana Silva Asfora, Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba/Argentina. O trabalho aborda o direito de greve no âmbito da União Europeia, a partir do estudo de Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, especificamente, os casos Laval e Viking, os quais versam sobre os limites comunitários ao exercício do direito de ação coletiva.

Outra relevante discussão no contexto do Direito Privado contemporâneo é apresentada ao leitor no texto “Dualismo e Prescrição”, de César Fiuza, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade FUMEC/MG, e Sávio Lúcio Matos da Silva, Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Os pesquisadores realizam uma interessante releitura da incidência da prescrição em face da autonomia concedida ao direito de agir e da teoria dualista das obrigações, para em sede de conclusão destacar que a adequada compreensão do modelo jurídico da prescrição deve ser considerada à luz da responsabilidade do devedor, e não mais pela perspectiva de que a prescrição incide sobre a ação ou pretensão do credor.

Jefferson da Mata Almeida, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, abordou temática relacionada à controvérsia envolvendo a cédula de crédito bancário como valor mobiliário. O artigo analisou a natureza jurídica do



referido título de crédito, discutindo a (im)possibilidade de subsunção do título ao mercado de capitais sob o imprescindível exame da doutrina e jurisprudência.

Encerrando o presente número da Revista, Vinícius Lott Thibau, Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e André Cordeiro Leal, Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC/MG, apresentam o artigo “Prova e Jurisdicionalismo no Novo CPC Brasileiro.” O texto propõe discutir criticamente o tratamento conferido ao instituto da prova no âmbito do Novo Código de Processo Civil brasileiro. Para tanto, os autores discorrem sobre a temática por meio da análise da doutrina nacional e estrangeira, tecendo abalizadas críticas à concepção adotada pelo diploma processualista, que em suas palavras “em nada colaborando para a implementação da democraticidade jurídica pretendida pela Constituição de 1988.”

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção intelectual de renomados autores, no intuito de permitir um olhar crítico e construtivo dos novos paradigmas que permeiam o Direito na contemporaneidade.

PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

SUMÁRIO



CONVIDADO

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO 2: rupturas – diversidade

José Luiz Quadros de Magalhães 10-19

ARTIGOS

A NARRAÇÃO CONSTITUCIONAL E Robert Cover: um lugar para a religiosidade no constitucionalismo?

Leandro Caletti 20-31

RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO: uma análise da possibilidade de aplicação dos institutos do impeachment, recall e abberufungsrecht

Vinicius da Costa Gomes | Virgílica Gomes Fantini 32-40

O SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO E A DEMOCRACIA: Um estudo sobre o número de partidos políticos

Álvaro Ricardo de Souza Cruz | Thaís Mudadu Carmona Machado 41-47

EL DERECHO COMO REGULADOR DEL DISCURSO IDEOLOGICO DE LA FRATERNIDAD EN UNA SOCIEDAD POSNEOLIBERAL

Adilson Silva Ferraz 48-57

AS CONSEQUÊNCIAS SOCIOECONÔMICAS DA CONCENTRAÇÃO FUNDIÁRIA DO PONTO DE VISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Heitor Romero Marques | João Vitor Alves dos Santos 58-67

COMENTÁRIOS AOS ACÓRDÃOS VIKING E LAVAL: o direito de greve na União Europeia

Helena Telino Neves | Raphaella Viana Silva Asfora 68-78

DUALISMO E PRESCRIÇÃO

César Fiuza | Sávio Lúcio Matos da Silva 79-89

A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COMO VALOR MOBILIÁRIO

Jerfferson da Mata Almeida 90-98

PROVA E JURISDICIONALISMO NO NOVO CPC BRASILEIRO

Vinicius Lott Thibau | André Cordeiro Leal 99-107

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO 2: rupturas - diversidade

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM 2: breaks - diversity

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES¹

RESUMO: O novo constitucionalismo democrático da América Latina apresenta uma possibilidade de ruptura com o direito e estado modernos. O artigo aborda as principais características do novo constitucionalismo e analisa os pontos de ruptura com o constitucionalismo moderno europeu.

Palavras-chave: Novo constitucionalismo. Modernidade. Rupturas

SUMMARY: The new democratic constitutionalism in Latin America has a chance to break with the law and modern state. The article discusses the main features of the new constitutionalism and analyzes the breakpoints with the European modern constitutionalism.

Keywords: New constitutionalism. Modernity. breaks

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade do Sul de Minas. Professor da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: jlqmagalhaes@gmail.com

APRESENTAÇÃO

Em diversos textos publicados em diferentes meios (revistas especializadas, magazines, internet e livros), tenho discutido o novo constitucionalismo latino-americano, especialmente as Constituições do Equador e Bolívia que fundam o novo conceito de Estado Plurinacional.

No livro “Estado Plurinacional e Direito Internacional”, publicado pela editora Juruá² são estudados, no primeiro capítulo, os fundamentos do direito e do estado moderno e a busca da uniformização como política que permite viabilizar o projeto de estado moderno. No segundo capítulo, é analisada a relação entre democracia e constituição e a criação de mecanismos constitucionais contra-majoritários de proteção aos direitos fundamentais. Neste momento são analisados alguns eixos ou pontos de ruptura com a modernidade, como, por exemplo, a ideia de um democracia consensual e uma constituição processual.

A ideia de uma Constituição processual, fundada sobre a busca de diálogo e consensos provisórios pode transformar radicalmente a constituição moderna. No lugar de reagir às mudanças não permitidas (função da Constituição moderna) a ideia de uma constituição processual e a busca de consensos, obviamente onde estes consensos são possíveis, permitem que a constituição, no lugar de reagir passe a agir a favor das mudanças democraticamente construídas. Esta ideia, foi trabalhada no livro “Poder Municipal – paradigmas para o estado constitucional brasileiro”³ e retorna agora com um novo pano de fundo, diante das transformações que estão em curso na América Latina e as teorizações sobre o Estado Plurinacional. No capítulo 3 do livro “Estado Plurinacional e Direito Internacional”, trabalho a ideia de pluralismo epistemológico, um dos fundamentos teóricos do Estado Plurinacional e no capítulo 4 a ideia de um sistema plurijurídico, analisando o sistema boliviano frente a outros sistemas que, aparentemente plurijurídicos, reproduzem a lógica uniformizadora do Estado Moderno como, por exemplo, ocorre com o direito comunitário e o direito internacional. Nesta parte do livro analiso também um outro eixo, que pode ser encontrado na construção de uma nova perspectiva plural, não hegemônica e não uniformizadora, com a criação de tribunais plurinacionais, o que pode ser uma boa ideia para os tribunais internacionais que até então, são tribunais “europeus”, pois dizem o direito europeu, e analisam e interpretam as normas, ainda hoje de forma majoritariamente europeia. A confirmação desta tese pode ser encontrada (ou não) na análise das decisões das cortes internacionais e seus fundamentos (discursos) jurídicos.

Finalmente, no capítulo 5, menciono outros eixos que podem representar rupturas com o direito “moderno” e que serão posteriormente estudados. Estes eixos são retomados em outros trabalhos sem grandes modificações. No artigo, “Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana”⁴, é analisada a tensão entre democracia e constituição é reproduzida.

Nestes últimos 3 anos foram realizados no Brasil 3 (três) Congressos da “Rede por um constitucionalismo democrático” em Recife (Pernambuco), Ouro Preto (Minas Gerais) e Pirenópolis (Goiás), rede que reúne mais de 300 pesquisadores sobre o tema em todos os estados da América Latina e mais Espanha e Portugal, além de diversos seminários e encontros. Estes Congressos, seminário e encontros deram origem a vários grupos de pesquisa e extensão sobre Estado Plurinacional.

1. INTRODUÇÃO

Na primeira parte destes estudos (será também publicada), trabalhamos o conceito de modernidade, com a finalidade de estabelecer os contornos deste conceito com o objetivo de compreensão com o que pretendemos romper. Para isto trabalhamos alguns pontos que podemos encontrar recorrentemente no pensamento hegemônico moderno, em autores, discursos e práticas. Percebemos que em diversos momentos das histórias e estórias deste período, nas tentativas de resistência, nas assimilações, nas tentativas de rupturas, e inclusive nas revoluções durante a modernidade, onde aparentemente ocorreram rupturas, estes pontos (um, alguns ou todos) aparecem de forma insistente, como armadilha que nos impede de fugir do círculo vicioso, aparentemente interminável, da prisão moderna.

Nos conceitos de história e estória encontramos a modernidade aprisionando o sentido, criando a história oficial com suas datas e personagens, mitos do herói nacional, de guerras heroicas que ajudam a construir a identidade nacional, forjada sobre o reconhecimento de alguns e o ocultamento de muitos. Quem conta a história? Qual história? História ou estória? A história é morta, oficial, presa a datas e nomes. A estória é viva, memória, diversa, plural e em permanente processo de transformação. Aliás, porque retiraram a palavra “estória” dos dicionários? Não podemos aceitar que “gramáticos” oficiais venham dizer o sentido das palavras ou venham decretar o fim de “palavras”. Citando Rubem Alves (2005):

Tenho raiva dos gramáticos. Fernando Pessoa também tinha. Os gramáticos se sentem no direito de proibir palavras. Tiraram ‘estória’ do dicionário. Agora só se pode dizer ‘história’. Mas o que tem ‘história’ a ver com ‘estória’? ‘A estória não quer tornar-se história’, dizia Guimarães Rosa. A história acontece no tempo que aconteceu e não acontece mais. A estória mora no tempo que não aconteceu para que aconteça sempre.

Podemos dizer que a história, desta forma congelada, é uma impossibilidade, logo uma distorção proposital, uma estratégia de construção de uma identidade forjada. A história na modernidade tem a função de ocultar as estórias. É a substituição de várias visões,

2 Magalhães (2012a).

3 Magalhães (1999)

4 Magalhães (2012b).

compreensões e perspectivas por uma única versão, morta, recontada infinitas vezes para reafirmar uma única identidade, com seu monte de nomes e datas. Vi escrito em um muro da Faculdade de Filosofia da UFMG: “Haja presente para tanto passado”. A história é passado, a memória é presente. Difícil construir algo novo com tanto passado nos aprisionando. Daí talvez seja interessante pensar em um processo de psicanálise coletiva, como resgate da estória como forma de agir, com a liberdade possível decorrente do conhecimento desocultado. A história oficial aprisiona e a memória pode nos tornar fortes para construir um presente diverso. Há um passado que aprisiona, mas há uma construção coletiva da memória que pode nos permitir alguma liberdade.

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

Analisamos estes eixos, de forma mais aprofundada, em outros textos.

A modernidade pode ser entendida como uma realidade de poder e um projeto de poder, responsáveis pela construção do estado moderno, da economia moderna e do direito moderno, a partir de uma data simbólica que nos delimita o espaço temporal e a hegemonia geográfica desta realidade: 1492.

2. A MODERNIDADE

Porque 1492? Vamos pensando a modernidade na companhia de Enrique Dussel (1994).

Em 1492 temos três eventos (acontecimentos)⁵ importantes:

a) A invasão da “América”⁶ pelos “europeus”⁷, marcando o início da construção da hegemonia europeia que marca a modernidade. Invadiram também o “resto” do mundo: África⁸, Ásia⁹ e Oceania¹⁰. Está aí a origem da lógica binária subalterna do nós versus eles. Nós os civilizados, nós os bons, nós os europeus versus eles, os bárbaros, selvagens, muçulmanos, inferiorizados (o projeto moderno é um projeto narcisista)

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

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

6 Nome dado pelo invasor.

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

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

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

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

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

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

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

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

Quais são, portanto, os eixos ou pontos que caracterizam a modernidade? Vamos procurar identificar cada um destes eixos até os nossos dias, nesta segunda década do século XXI. Este exercício é fundamental para entendermos como estamos mergulhados nos instrumentos e dispositivos modernos de exclusão, dominação e uniformização.

2.1 Uniformização

Não é possível o poder centralizado e hierarquizado do estado moderno sem a uniformização de valores, compreensões e comportamentos. A normalização é essencial para o projeto de poder moderno e logo, da economia, do direito e do estado moderno.

2.2 Lógica binária subalterna (nós versus eles)

Voltando à origem dos estados modernos e dos sistemas de controle do pensamento e dos corpos, devemos lembrar que estes estados desenvolvem um projeto uniformizador a partir de uma hegemonia. A modernidade ocidental caracteriza-se pela *hegemonia de um grupo sobre os demais, subalternizados. Assim, uma imensa diversidade será ocultada*.¹¹ Na Espanha, castelhanos sobre bascos, galegos, catalães, valencianos; no Reino Unido ingleses sobre escoceses, galeses, irlandeses, e assim em diante.

Percebamos mais uma equação moderna: neste processo de construção de um *padrão hegemônico uniformizado haverá o nós (superior); o eles (subalternizado uniformizado) e muitas vezes o terceiro excluído*, no caso dos estados nacionais europeus são estes os muçulmanos e judeus expulsos, que não podem participar ou sequer permanecer no território destes estados no momento de sua formação.

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

2.3 Linearidade histórica

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

A ideia de linearidade histórica, ainda estudada nas escolas modernas pelo mundo afora cria a ideia de que existe um caminho a ser percorrido em direção ao desenvolvimento (progresso, evolução) e que as diversas sociedades estariam em graus distintos de evolução.

Nesta perspectiva, o outro, diferente, é sempre subalternizado. O confronto entre um oriente (eles) e um ocidente (nós) é um dos motes modernos, onde o outro oriental, muçulmano ou asiático, é apresentado como perigoso, atrasado. Em outras palavras, a um projeto civilizatório, que todos devem seguir para serem desenvolvidos, e este projeto é o ocidental. Com isto é encoberto, no senso comum, e mesmo no ensino nas escolas, a compreensão da história de outras civilizações em uma perspectiva plural não hegemônica.

2.4 Universalismo europeu¹²

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

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

2.5 Indivíduo

A ideia de indivíduo é uma invenção moderna não compartilhada por outras culturas, assim como dificilmente encontrada em outro tempo histórico que não a modernidade europeia.

2.6 Recursos Naturais

Trata-se da consequência da separação da pessoa da natureza, gerada pela invenção do indivíduo. A natureza é compreendida como recurso, como algo a ser explorado e domado pelo homem moderno.

Neste artigo, a partir da compreensão destes eixos que marcam e identificam a modernidade, vamos trabalhar um ponto (entre muitos) que marca a ruptura com a modernidade, que pode representar o novo constitucionalismo democrático latino-americano (ou melhor, indo-afro-latino-americano).

3. RUPTURAS

3.1 Diversidade – para além do direito à diferença

Existem crescentes infiltrações na modernidade que podem significar sua superação. Antes de analisarmos a diferença entre estes direitos de diferença e diversidade vamos procurar compreendê-los como infiltrações modernas. O que seriam estas infiltrações? Como elas ocorrem e quais podem ser suas consequências?

No conceito que construímos de modernidade vimos que esta é europeia, não existe para todos, é hegemônica e necessita de uniformizar os menos diferentes, expulsando, excluindo, exterminando, encarcerando os considerados mais diferentes nestes 500 anos de modernidade europeia. Delimitando o conceito de modernidade em sua tarefa hegemônica de criação de uniformidades (padrões), podemos compreender como “infiltrações” os movimentos que contrariam este objetivo.

Temos uma hipótese que se abre para comprovações e refutações que muito poderão ajudar na compreensão deste projeto moderno. Em medidas distintas, os movimentos de resistência e busca por ruptura ou mesmo as aparentes rupturas, reproduzem os elementos essenciais da modernidade: padronização, uniformização e pensamento binário subalternizado (nós civilizados versus eles incivilizados), que se reproduzem em discursos mitológicos da modernidade como o “universalismo” europeu; a separação do indivíduo da natureza; o desen-

12 Ler Walernstein (2007).

volvimento linear que sustenta o discurso civilizatório ocidental. Mais, em medidas distintas, os pensamentos político, econômico e filosófico modernos reproduzem estas hegemonias e mitos, o que pode ser encontrado, por exemplo, em Hegel, Kant, Marx, e nas construções políticas, econômicas e filosóficas do liberalismo, socialismo, comunismo, social-democracia e claro, no conservadorismo de direita, assim como nas exacerbações modernas do fascismo e do nazismo (a extrema direita). Há algo de não moderno? Onde existem as infiltrações e quais são os movimentos de resistência efetiva que escapam do núcleo moderno?

Neste sentido analisamos o direito a diferença (individual e coletivo) e o direito à diversidade (individual e coletivo).

3.2 Direito à diferença.

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

O direito à diferença confronta e desafia a tarefa do estado e do direito moderno de uniformização de comportamentos e valores, e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adequam à padronização. O padrão moderno de hegemonia do “homem branco europeu” construiu uma sociedade androcentrica, estabelecendo a sua primeira “outra” diferente: a mulher. A relação entre homens e mulheres, marido e mulher, explícita o dispositivo “nós” superior e “elas” inferior¹³. As lutas das mulheres pela resignificação de seu sentido social, pode se apresentar de três formas: como resistência; como busca por ruptura; ou ainda, como infiltração, ao negligenciar o padrão masculino. Em todos os casos, vemos uma ameaça ao projeto moderno.

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

O luta pelo direito à diferença pode ser entendido como uma infiltração no projeto moderno de uniformização e subalternização do outro (diferente) na medida em que, os movimentos sociais diversos, que lutam por “reconhecimento”, forçam sua entrada no sistema, criando tensões e contradições que podem levar ao comprometimento, transformação e até ruptura do sistema moderno. Será? Como o sistema reage a estas tensões? Primeiro, ao pedir reconhecimento, este pedido significa entrar no sistema. O pedido de reconhecimento pelo sistema é um pedido de acolhimento pelo sistema, o que pode significar que estamos a um passo da transformação de um direito em uma permissão, assim como a contaminação desta luta pela lógica do sistema. Assim, esta luta por reconhecimento deixa de ser contradição em relação ao sistema (moderno) e passa a ser comandada pelos mesmos princípios uniformizadores e binários subalternizados da modernidade.

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

O projeto de mudar todo o sistema é transformado, nas últimas décadas do século XX, em reivindicações pontuais e fragmentadas, de grupos que passam a atuar individualmente e reproduzem a lógica moderna “nós x eles” como por exemplo “nós” mulheres versus “eles” homens. Judith Butler (2011) nos chama atenção para muitos casais gays femininos que reproduzem a lógica binária «masculino versus feminino» fundado no pensamento binário de subalternidade do outro, onde se vê uma pessoa assumindo o papel masculino de opressão (com violência física e/ou moral) sobre a outra pessoa do casal que desempenha o papel histórico moderno da subalternidade feminina.

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

Citando Judith Butler (2011, p.13):

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

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

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

A história do movimento gay, em busca de revolução e construção de uma outra sociedade onde haja espaço para “todxs”¹⁴, nos aju-

¹³ O lugar da mulher não é o mesmo nas “outras” culturas que foram subalternizadas na modernidade, embora a subalternidade feminina possa ser encontrada em vários outros tempos históricos.

¹⁴ Todxs” é uma tentativa de comunicar o que os idiomas modernos e sua gramática padronizada não nos permite. Todxs significa inclui para além de homem e mulher, qualquer dos diversos gêneros socialmente construídos e existentes, assim como para além de qualquer gênero ou classificações limitadoras.

da a compreender as perigosas armadilhas modernas e nos leva ainda a entender como, mesmo exigindo uma outra sociedade igualitária economicamente (e não só), a esquerda caiu em várias armadilhas modernas:

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

Na obra “Gay Manifesto” de Carl Wittman (1970) (BREVILLE, 2012, p.19), o autor assiná-la que é necessário unir a luta dos oprimidos associando compromisso revolucionário com emancipação social. Para o autor é necessário perceber que os heterossexuais, assim como os brancos, homens, anglofonos e capitalistas, só percebem o mundo em um registro binário hierarquizado onde 1 é inferior a 2 que é inferior a 3 e assim por diante. Não há lugar para a igualdade e as oposições binárias sempre remetem a um inferior: homem/mulher; heterossexual/homossexual; patrão/empregado; branco/negro; rico/pobre. Nos EUA o movimento revolucionário Gay pretende estabelecer uma nova ordem que lute por um mundo sem os padrões uniformizadores e logo, sem o padrão binário de subalternização do outro. Na década de 1960/70 o discurso do GLF seduziu o Black Panther Party (BPP) e os lemas “Black is Beautiful” e “Gay is good” foram vistos juntos. Em 1970, na “Revolutionary People’s Constitutional Convention” defendia-se a união das lutas dos “outros” subalternizados e excluídos pela modernidade: a união de negros, mulheres e gays para a construção de um outro mundo.

Na década de 1970, dezesseis grupos revolucionários como o Gay Liberation Front, representando 10 países, se reuniram para formar uma Internacional Homossexual Revolucionária (IHR). Na França, a Frente Homossexual de Ação Revolucionária (FHAR) associava a defesa de mudanças radicais dos costumes e transformação social. Esta história nos é especialmente importante para pensarmos nossa hipótese. A defesa da Frente é a mudança da sociedade, ruptura com o capitalismo e o que este sistema econômico traz com ele: a uniformização de costumes e valores assim como com os registros binários (o dispositivo moderno nós superiores versus eles inferiores). Tratava-se mais do que uma resistência, era a ruptura e a resignificação do mundo. Em que medida esta ruptura poderia efetivamente romper com os elementos essenciais da modernidade acima mencionados? O movimento representava mais do que uma infiltração nas estruturas modernas, não se tratava apenas (o que não é pouco) de pessoas e coletivos fazendo diferente no meio do sistema¹⁵, era abertamente contrário, combatia os alicerces modernos uniformizadores e binários: não apenas negligenciava (profanava) o sistema mas o combatia frontalmente¹⁶.

Na luta por transformação a FHAR procurou alianças políticas. Os seus militantes atuavam em grupos de trabalhos temáticos, distribuíam folhetos e organizavam reuniões de informação. A aproximação com o Partido Socialista francês não funcionou. Bem moderado, o Partido atuava dentro do jogo político representativo moderno e entendendo ser prudente e conveniente para seus interesses, dizia que as preferências sexuais pertenciam à esfera privada (grave equívoco) e que não mereciam posições políticas. O Partido Socialista Unificado, é mais simpático às FHAR mas não compartilha das propostas revolucionária da Frente. Diante disto, os olhares se voltam à extrema esquerda. Guy Hocquenghem, comprometido com a organização maoista VLR (Vive la Revolution) sugeriu a utilização do periódico “*Tout*”, na época dirigido por Jean Paul Sartre, que abre as portas à Frente. Alguns membros das FHAR redigem as quatro páginas centrais do periódico. Defendem, entre outras coisas, que os homossexuais saiam do gueto mercantil em que a sociedade burguesa os colocou. No dia 1 de Maio de 1971 as FHAR procuram se aproximar ainda mais do movimento operário. Alguns gays radicais desfilam ao lado dos sindicatos carregando um grande cartaz que diz: “Abaixo a ditadura dos normais”. Entretanto, a aceitação do movimento revolucionário gay encontrará muitas dificuldades e será combatido à direita e à esquerda. De maneira que ilustra bem a nossa hipótese (da necessidade de compreender a modernidade para compreender o capitalismo e as possibilidades de sair deste sistema), o discurso binário de esquerda é reafirmado: a luta é entre capital e trabalho; trabalhadores versus capitalistas, e não entre normais e anormais. Este discurso ignora todos os ataques ao pensamento e a luta de esquerda que foi criminalizada e “anormalizada” no decorrer do século XIX e XX, sendo combatida com o direito penal, a medicina e a psiquiatria. Este discurso reproduz o pensamento binário subalternizado e a uniformização, essenciais à modernidade, e tarefa principal do estado e do direito modernos. A esquerda caía na armadilha moderna, se é que, efetivamente, esteve, de forma majoritária, fora dos grilhões da modernidade¹⁷, em algum momento. A concepção de história, de esquerda, foi, e ainda é, em muitos casos, uma concepção linear moderna, encontrando, entretanto, importantes críticas em autores como Walter Benjamin. (BREVILLE, 2012, p.35).

O flerte entre o movimento revolucionário e o projeto revolucionário operário tem um triste episódio que pode ilustrar como o Partido Comunista Francês sucumbe à modernidade, e logo, compromete qualquer projeto revolucionário efetivo¹⁸. Em 1972, Pierre Juquin resume a posição do Partido Comunista Francês afirmando que: “La cobertura de la homosexualidad o de la droga nunca tuvo nada que ver con el movimiento obrero. Tanto una como la otra representan incluso lo contrario del movimiento obrero.” (BREVILLE, 2012, p.19).

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

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

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

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

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

O que assistimos desde então, é uma cada vez maior fragmentação das lutas por direitos, o que compromete o seu sucesso, facilita o atendimento de demandas por meio de permissões, divide os grupos oprimidos (“elxs”) e inviabiliza ou dificulta extremamente qualquer projeto alternativo de construção de uma sociedade plural, não hierarquizada (entre nós versus eles) e não excludente. Um ponto para investigação e reflexão pode ser realizado a partir destas conclusões: em que medida o movimento gay, o movimento feminista, entre outros, de movimentos de resistência, de ruptura ou de negligência (profanação) em relação à modernidade, se transformaram em movimentos reivindicatórios de permissões de “jouissance” por parte do estado. Fica, por enquanto, a provocação.

Ao combater o capitalismo moderno, as esquerdas e vários de seus mais importantes pensadores (não generalizando, é claro), re-produzem a lógica binária; a linearidade histórica e o universalismo “europeu”, estranhando e subalternizando o diferente. Mais uma vez ocorre a contaminação pela modernidade de lutas de resistência ou de lutas por rupturas. Vislumbramos lutas internas de transformação da modernidade, mas as pretensões de rupturas revolucionárias não se mostraram tão profundas, pois, ao pretender romper com a economia capitalista moderna, estes movimentos não foram capazes de ver dispositivos modernos uniformizadores e excludentes, mantendo-os intactos. Pensando desta forma, a ruptura não era tão grande assim, e talvez este ponto tenha sido um de seus grandes problemas: a violenta ruptura revolucionária manteve funcionando os dispositivos e mecanismos modernos mencionados. A revolução deve ser para a superação da modernidade (sua essência excludente uniformizadora e binária opressora) e não apenas contra um sistema de produção essencialmente excludente pois binário opressor e uniformizador: o capitalismo. Acrescentamos neste ponto uma reflexão importante a partir de Agamben e o seu conceito de profanação: talvez a revolução não precise e não deva ser contra a modernidade, mas a revolução radical ocorrerá com a “profanação” da modernidade, com a negligência diária aos seus mecanismos excludentes e uniformizadores: a isto chamamos de infiltrações. Estas infiltrações diárias aumentam constantemente até um ponto de possível ruptura da “barragem” moderna ou sua superação por meio de transformações estruturais. Um trabalho a ser feito, pode ser o de identificar as pequenas diárias “profanações”.

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

3.3 Direito à diversidade

Quando falamos em direito a diferença devemos perguntar: diferente de que?

Se o direito à diferença enquanto direito individual é uma infiltração na modernidade, o direito à diferença como direito coletivo traz um potencial ainda maior de comprometimento da uniformização moderna. O estado moderno sempre reagiu com enorme violência a toda tentativa de se estabelecer um sistema alternativo de organização social que não funcionasse sobre as bases modernas uniformizadas, hierarquizadas e binárias subalternas. No Brasil, apenas no século XXI encontramos alguns processos mais efetivos de “reconhecimento” de direito dos povos quilombolas e sua forma distinta de organização de direito propriedade. Entretanto, se de um lado se ampliam os reconhecimentos e aumenta a população quilombola, de outra aumentam os ataques no sentido de descaracterizar sua cultura e forma de viver e se organizar.

Mas, tudo isto ainda é muito moderno: ao admitirmos um direito à diferença como direito individual ou coletivo, admitimos que o estado (moderno) ainda pode e deve estabelecer padrões superiores de organização social e comportamento individual. Quando falamos em direito à diferença devemos nos perguntar: diferente de que? Respondemos: do padrão civilizatório, do padrão do bom, do melhor, estabelecido pelo estado e seu direito: “reconheço o outro diferente, na sua diferença, mas deixo claro sua diferença enquanto algo estranho, que foge aos padrões de civilização moderna masculina, branca e europeia”.

As Constituições da Bolívia e Equador vêm construir um outro direito: o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo. Como já mencionado neste texto, vários são os pontos de ruptura com a modernidade que podem ser percebidos e precisam ser discutidos. Estes pontos de ruptura podem significar uma reconstrução da Teoria da Constituição, da Teoria do Estado e mesmo da Teoria do Direito modernas. Em vários outros textos trabalhamos alguns destes aspectos, como a superação da democracia majoritária e a reconstrução da relação entre Constituição e Democracia; a superação da fórmula «Roma Locuta, Causa Finita» que marca o funcionamento do Judiciário moderno e da mesma democracia representativa majoritária; a superação de um sistema monojurídico com um único direito de família e de propriedade, por um sistema plurijurídico; uma nova concepção de pessoa singular plural e processual e uma nova concepção de natureza que inclui toda a vida, incluindo da pessoa.

O núcleo destas transformações está na construção de um espaço de diversidade, na proteção constitucional ao direito à diversidade como direito individual e coletivo. O direito à diversidade não se confunde com o direito à diferença, que mencionamos anteriormente. No direito à diferença (individual ou coletivo) o estado e o sistema jurídico moderno continuam atuando no sentido de reconhecer, de incorporar aos seus padrões, ainda estabelecendo uma referência de melhor. O processo pode ser expresso na seguinte equação: o ordenamento reconhece o outro diferente (estranho, esquisito, fora dos padrões), enquadra na lei, protege sua manifestação como algo fora do padrão, e permite a existência e manifestação. Um reconhecimento de existência (como se para existir fosse preciso o olhar deste grande pai: o estado e seu direito) e uma permissão de “jouissance”. As lutas de diversos grupos “minoritários” por direitos é uma luta por reconhecimento e permissão ou por conquista de direito? É uma luta pela incorporação no sistema ou pela construção de um outro sistema?

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão por que não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: «existo e me apresento na minha existência». «Não dependo do seu

olhar ou de seu registro para que eu exista». Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou de simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa ainda manter a lógica binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhecê-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo.

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

Portanto, um espaço de diversidade é um espaço de existência livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. Ouço o outro não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, o que impossibilita o diálogo, ouço o outro para aprender com ele assim como o outro me ouve para aprender comigo. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas sim um novo argumento, construído pela postura de abertura, onde todos devem abrir mão de alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido.

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

4. CONCLUSÃO

Outros eixos ou pontos que marcam a essência da modernidade serão desenvolvidos nos próximos textos, para que possamos posteriormente analisar as tentativas de ruptura, as resistências e o processo de assimilação, para desenvolvermos o conceito de “infiltração”. Assim, estudaremos, ainda, o conceito de infiltração e as tentativas de ruptura, as resistências e as assimilações:

- Infiltração e resistência
- Infiltração e assimilação
- Infiltração e permissão
- Infiltração e ideologia
- Infiltração e ruptura (a explosão de uma represa ou simplesmente desmanchando no ar)

Finalmente estudaremos os eixos de ruptura do novo constitucionalismo (o estado plurinacional) com a teoria do estado e da constituição modernas:

- Diversidade – para além do direito à diferença (analisado neste texto);
- Pluralismo Jurídico;
- Pluralismo Epistemológico;
- Complementaridade (superando a linearidade);
- Superando o pensamento binário (não à hegemonia);
- Pessoa singular plural processual (superando o indivíduo);
- Direito da natureza (superando o desenvolvimento sustentável);
- Democracia consensual (para além da democracia majoritária – uma constituição processual - dinâmica);
- Justiça de mediação (superação da equação “Roma Locuta Causa Finita”);
- Superação da dicotomia culturalismo versus universalismo;
- Universalismo universal (diálogo com Badiou);
- Multi, Inter e Transculturalismo;
- Igualdade da Jurisdição ordinária e indígena;
- Educação plural;
- Diversidade de políticas públicas de saúde.
- Novo conceito de território e possível superação da propriedade privada.

REFERÊNCIAS

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

BENJAMIM, Walter. *A origem do drama trágico alemão*. Editora autêntica, Belo Horizonte, 2011.

- BENJAMIM, Walter. *O anjo da história*. Editora autêntica, Belo Horizonte, 2012.
- BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas: Magia e técnica, arte e política*. 7ª. edição. Editora Brasiliense, São Paulo, 1994.
- BREVILLE, Benoît. Homossexuais e subversivos. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (compiladores). *Revoluciones que cambian la historia* - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires, Capital Intelectual, 2012.
- BUTLER, Judith. *El genero en disputa* - el feminismo y la subversion de la identidad. Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 4 impression, marzo 2011.
- DUSSEL, Enrique. *1492: el encobrimiento del outro – hacia el origem del mito de la modernidade*. La Paz, Bolivia, Editora Plural, 1994.
- AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Editora Boitempo, São Paulo, 2007.
- GORN, Elliot J., Mother Jones, la madre del sindicalismo norteamericano. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (Compiladores). *Revoluciones que cambian la historia* - sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires, Capital Intelectual, 2012.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio – uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”*. Editora Boitempo, São Paulo, 2005.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Editora Juruá, Curitiba, 2012a.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Editora Campus Jurídico – Elsevier, Rio de Janeiro, 2012b.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal, paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2ª edição, 1999.
- MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur CLACSO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina 2005.
- VISENTINI, Paulo Fagundes. *As revoluções Africanas: Angola, Moçambique e Etiópia*. Editora Unesp, São Paulo, 2012.
- WALERNSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*. Editora Boitempo, São Paulo, 2007.

Recebido em: 03/02/2016

Aprovado em: 03/02/2016

A NARRAÇÃO CONSTITUCIONAL E ROBERT COVER: um lugar para a religiosidade no constitucionalismo?

THE CONSTITUTIONAL NARRATION AND ROBERT COVER: a place for religiosity in constitutionalism?

LEANDRO CALETTI ¹

RESUMO: O estudo que ora se apresenta tem por escopo abordar, a partir do marco teórico de Robert Cover, as interações entre a narração constitucional e a religiosidade, partindo da premissa de um modelo paideico, propugnado pelo autor. Nesse cenário, se procura demonstrar que a tão propalada neutralidade da interpretação constitucional, alicerçada sobre um pretenso princípio laico, se consubstancia, em verdade, em mero mito, porquanto a interpretação fixada pelos próprios tribunais constitucionais, ainda que de forma velada, se pauta, em questões de grande importância apresentadas, por valores religiosos. A presente discussão tem importante relevo, principalmente se considerado o impacto dos novos fluxos migratórios do Médio Oriente à Europa e a justaposição dos valores religiosos de imigrantes e receptores.

Palavras-chave: Robert Cover. Narração. Direito. Religião. Constitucionalismo.

ABSTRACT: The study presented here aims to address, based on the theoretical method of Robert Cover, the interactions between the constitutional narration and the religion, starting on the premise of a paideia model, advocated by the author. In this scenario, it is tried to demonstrate that the much-touted neutrality of the constitutional interpretation, founded upon a supposed non-religious principle (secular), is embodied, in fact, in a mere myth, because the interpretation set by our own constitutional courts, albeit in covert means, is guided, in the very important issues raised, by religious values. This discussion has important relief, especially considering the impact of new migration flows from the Middle East to Europe and the juxtaposition of religious values of immigrants and receivers.

Keywords: Robert Cover. Narration. Law. Religion. Constitutionalism.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco (UCB/RJ). Membro dos Grupos de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos” e “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Bolsista PROSUP/CAPES vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogado. E-mail: cttlers@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema – uma interlocução entre a narração constitucional e a religiosidade na obra de Robert Cover (2002) e a Secularização² –, decorre da imperiosa necessidade de um exame crítico acerca da neutralidade apreendida a Constituições como a brasileira, que justapõe em seu âmago o princípio da laicidade e a dignidade da pessoa.

Releva desde já pontuar importante premissa teórica e categórica.

Este artigo se fixará, para o intento a que se lança, na noção de religiosidade, não de religião. Isso porque os termos preditos diferem substancialmente e eventual confusão, a par de perniciosa, se constituiria em verdadeira imprecisão técnica.

Religião, com efeito, vincula-se a uma instituição, a um acordo social, a um edifício teórico, a uma organização hierárquica e, até, em alguns casos, a uma atividade política. Religiosidade, de outro lado, é o sentimento ou a intuição inata da existência de Deus, sem necessidade de uma exteriorização por um credo.³

Examina-se, assim, num primeiro momento, a influência da religiosidade enquanto componente motriz de um ordenamento facultativamente moral e sua influência no comportamento social dos indivíduos de determinado grupo (modelo *paideico*), passando-se, em momento posterior, à análise da pressão que modernos movimentos migratórios e novas condutas sociais têm exercido às Constituições e seus princípios laicos.

Ato contínuo, demonstra-se que o princípio da laicidade tem servido de pretexto e escusa de consciência para o não enfrentamento, pelos poderes do estado, de demandas sociais e jurídicas de alta relevância, e indagando se a reversão da Secularização racional traria melhores resultados práticos.

Por derradeiro, finaliza-se o artigo com a proposição da reinclusão da religiosidade na pauta das discussões parlamentares, das decisões políticas e executivas e na própria convivência interpessoal cotidiana, através dos valores de Alteridade⁴, Fraternidade⁵ e Responsabilidade⁶ aplicados a um Humanismo⁷ redivivo.

A partir dessas premissas, este artigo utiliza o método dedutivo⁸, cuja premissa maior é a reavaliação do processo de formação do ideal de Direitos Humanos, objetivando reconstruir também a lógica interpretativa desses últimos (premissa menor). As técnicas utilizadas são a Pesquisa Bibliográfica⁹, a Categoria¹⁰ e o Conceito Operacional.^{11 12}

2 O Conceito operacional desta categoria, adotado por este estudo, é extraído da obra de Peces-Barba Martínez (2005, p.81-82). A Secularização pressupõe mundanizar, extrair o cunho religioso da cultura, ao efeito de uma progressiva soberania da razão e de um protagonismo do homem orientado na direção de um tipo de vida puramente terrenal, em oposição à ordem da revelação e da fé, baseado na autoridade da Igreja. É consequência da ruptura da unidade religiosa, e abarcará a todas os seguimentos da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos pelos problemas humanos. Em todo esse processo os direitos fundamentais realizarão progressivamente uma tarefa de substituição da ordem medieval, desde o momento em que supõe uma garantia de segurança que o edifício medieval, culminado por Deus, já não podia proporcionar; e que havia que encontrar nos homens mesmos. Na sociedade, progressivamente secularizada se poderá dar releve as necessidades da burguesia para a procura de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana; a ordem do individualismo e dos direitos naturais". Concepção de outro matiz pode ser encontrada em Habermas (2007, p. 25-26): "[...] pretendo propor que a secularização cultural e social seja entendida como um processo de aprendizagem dupla que obriga tanto as tradições do Iluminismo quanto as doutrinas religiosas a refletirem sobre seus respectivos limites".

3 Confira-se, a respeito da diferenciação anunciada: Pires (1979).

4 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: "[...] trata-se de relação da subjetividade com o infinito, ou seja, da subjetividade que acolhe o Outro". (AQUINO, 2014, p. 16).

5 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: "[...] forma intensa de solidariedade que une pessoas que, por se identificarem com algo profundo, sentem-se 'irmãs'. [...] Por essa especificação, portanto, somos induzidos a considerar a fraternidade uma das facetas com as quais se manifesta o princípio da solidariedade, de firme arraigamento jurídico". (PIZZOLATO, 2008, p. 113).

6 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: "[...] Entendo a responsabilidade como responsabilidade por outrem, portanto, responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito [...]" (LÉVINAS, 2000, p. 87/88).

7 Este Conceito Operacional suscita definições as mais diversas, conforme se escolha a Categoria filosófica, antropológica ou jurídica. Para o presente estudo, o norte filosófico é colhido de Nogare (1994, p. 15): "[...] Em sentido lato, este humanismo filosófico pode significar qualquer conjunto de princípios doutrinários referentes à origem, natureza, destino do homem. [...] Em sentido estrito, o humanismo filosófico é qualquer doutrina que em seu conjunto dignifica o homem". Na acepção jurídica, adota-se a seguinte conceituação: "[...] um projeto comprometido com a elaboração de compreensões de afinidades e diferenças, para além do juízo do melhor, que nutre os humanos em todos os espaços de existência". (STAFFEN, 2015, p. 79).

8 "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral". (PASOLD, 2011, p. 205).

9 "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, 2011, p. 207.)

10 "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, 2011, p. 25, grifo do autor).

11 "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]". (PASOLD, 2011, p. 37, grifo do autor).

12 Para efeitos deste artigo, as Categorias cujos Conceitos Operacionais estejam nessa qualidade identificados em notas de rodapé, aparecerão, no corpo do texto, grifadas com a letra inicial maiúscula.

2. A NARRAÇÃO CONSTITUCIONAL E O MODELO PAIDEICO

A contribuição de Robert Cover para a filosofia e a teoria constitucional norte-americana é inestimável e ainda pouco trabalhada e difundida no âmbito acadêmico e doutrinário brasileiro e sul-americano.

No que pertine diretamente com a temática deste artigo, importa o seu notável *Derecho, narración y violència* (COVER, 2002), aclamado como produtor de uma verdadeira quebra de paradigma na interpretação constitucional estadunidense, inserindo a inter-relação entre direito e literatura.

Ocorre que também entre nós a observância de que o direito e a narração estão unidos de forma umbilical é inferência nova e pouco usual, seja nos tribunais, seja na academia, seja na atividade diária do jurista. Abrir-se, entretanto, a essa realidade verdadeira equivale a compreender que toda a disposição legal necessita situar-se, de forma obrigatória, inserida num discurso.

E, nesse discurso, é o signo da narração que se consubstancia na chave de entendimento para os significados de cada preceito legal no preciso cotejo com a vida prática. Vale dizer, analisar e compreender o direito através das narrações que lhe atribuem sentido faz eclodir um fenômeno cognitivo de imensa importância: a corporificação do ordenamento jurídico no mundo de carne e osso.

Se se pensar, com efeito, no tempo que se perde perquirindo pela vontade do legislador, pela vontade do intérprete – que nunca é honesta, porquanto vinculada ao interesse casuístico –, ou, mesmo, pela teleologia da lei, a compreensão através do evento narrativo se constitui numa verdadeira revolução.

Isso porque permite uma abordagem maleável que considera não apenas a prescrição comportamental do que é ou deveria ser, mas também o incerto, o imponderável trivial de cada dia, nas suas mais diversas possibilidades.

Não se está a ignorar, entretanto, que toda narração incorpore também o trajeto que cada imaginação interpretante já percorreu, sua realidade, suas experiências, seus valores morais e até religiosos. São os “compromissos interpretativos” a que se refere Cover (2002, p.20), a vincular o sentido de normatividade para cada pessoa.

Vespaziani (2015, p. 79), no ponto, explica que podem ser aferidos dois tipos ideais de normatividade na obra predita de Cover, a saber, o modelo *paideico* e o modelo imperial, consistindo o primeiro – que importa topicamente ao presente estudo – num corpo comum de preceitos e narrações, num mundo compartilhado e pessoal de seres educados no interior deste *corpus*, além de um sentido de direção ou de crescimento que se forma enquanto o indivíduo e a sua comunidade elaboram as implicações do seu direito.

Há, aqui, portanto, uma criação de mundo.

O modelo imperial, noutro giro, diz com a manutenção do mundo, valendo-se de um regramento universal cuja aplicação prescinde de uma instituição (Estado).

Não há, aqui, um compromisso educativo, comportamental e moral na submissão às regras, as quais são respeitadas unicamente enquanto prevenção à violência e à coerção do poder estatal.

Por supuesto, ningún mundo normativo ha sido creado o se ha mantenido exclusivamente de acuerdo al modelo paideico o imperial. No estoy describiendo tipos de sociedades, sino aislando discursivamente las bases coexistentes de los distintos atributos de todos los mundos normativos. Todo nomos debe ser paideico en la media en que contiene dentro de sí el carácter común de significado que hace posible la actividad normativa continua. (COVER, 2002, p.30).

Fixados os modelos *paideico* e imperial, importa se ater no primeiro, com vistas a percorrer o caminho delimitativo previsto para este artigo.

Isso porque o modelo predito encerra em seu âmago ideais religiosos, parecendo claro que uma sociedade que se inspira em valores revelados ou provenientes de Deus direcione suas ações de modos ética e moralmente corretos.

Nessa medida, poder-se-ia afirmar que a religião serve mais ao controle social dos indivíduos que o próprio direito, não fosse uma circunstância excepcional: a possibilidade de insularização dessas comunidades através do radicalismo religioso.

Grosso modo, as religiões possuem um conteúdo moral que, em maior ou menor grau, requer do adepto sensível melhora íntima, a qual se reflete em suas condutas diárias (via de regra, probas, éticas e corretas), que criam um ambiente de controle social não violento e não coercitivo.

Esse controle oficioso a partir de condutas direcionadas ao atendimento de ordens morais e religiosas por certo auxilia à subsidiariedade da aplicação do controle social por meio do direito pelo Estado.

Noutras palavras, quanto mais as pessoas observarem valores religiosos e orientarem seus agires por esses preceitos morais, melhores serão e menor será a necessidade da intervenção do regramento jurídico estatal.

Não se está, com essa inferência, pretendendo desqualificar o agir e a vida das pessoas que exercitam o livre direito de não possuírem uma religião, até porque se o ser pauta suas ações pela correção, certamente prescinde ele de um rótulo ou estereótipo nominado de religião.

O certo é que, no contexto atual, de novos fluxos e problemas migratórios, a relação entre religião e direito retornou à pauta global.

Em alguns pontos do mundo, originados por acontecimentos extremos, se reivindica cada vez maior laicidade, ao passo que, noutros

13 Confira-se, a respeito: Garcia (2005, p.417-450).

14 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: “[...] tipo de racionalidade a que recorremos quando ponderamos a aplicação dos meios mais simples para chegar a um dado fim. A máxima eficiência, a melhor ratio custo-produção, é a medida do sucesso”. (TAYLOR, 2009, p. 20, grifo do autor).

15 A Categoria, emérita e consagrada, foi cunhada por Peces-Barba Martínez (1995, p.115-116) e ostenta o seguinte Conceito Operacional: período que se inicia no século XIV e se estende até o século XVIII, no qual, de forma paulatina, a sociedade produz e sofre transformações que se constituem na sementeira do surgimento do ideal de Direitos Humanos, do primeiro direito humano fundamental e do próprio modernismo.

lugares, exsurge movimento que preconiza a reinserção dos valores teocráticos principalmente nas Constituições.

Embora Cover não preveja ou requeira exatamente esse cenário, sua obra é de especial importância porque situa o exato ponto em que, na realidade social, os valores religiosos possuem a aplicação de controle social.

Isso quer demonstrar que o périplo inaugurado com a Secularização do direito¹³ talvez tenha atingido um estágio de finitude.

A propósito, Jürgen Habermas, no célebre e memorável diálogo mantido com Joseph Ratzinger, em 19 de janeiro de 2004, a convite da Academia Católica da Baviera, em Munique, narra questionamento pertinente e intrigante: “Em Teerã, um colega me perguntou se, do ponto de vista da cultura comparada e da sociologia da religião, a secularização europeia não teria sido o verdadeiro descaminho que precisa ser corrigido”. (HABERMAS, 2007, p.43).

3. HÁ UM (VELHO) NOVO ESPAÇO PARA A RELIGIÃO NAS CONSTITUIÇÕES?

É consabido que o direito surgiu, inicialmente, como direito natural de origem divina, no que se constituía verdadeira Razão Instrumental¹⁴ da manutenção do *status quo* desejado, principalmente, pela Igreja Católica.

Foi por razões como essa que se desencadeou um processo de ruptura da mentalidade jurídica da época, que culminou com a separação do direito da moral e a extirpação do cunho religioso do então direito natural: a Secularização.

Forjada no Trânsito à Modernidade¹⁵, foi a responsável pela separação entre direito natural e religião, além da mola propulsora da tolerância religiosa, primeiro direito fundamental.

3.1 Resgate histórico do processo de Secularização

Uma nova mentalidade, impulsionada pelo humanismo e pela Reforma, se caracterizará pelo individualismo, o racionalismo e o processo de secularização. Em concreto, a Reforma protestante, com a ruptura da unidade eclesial, gerará o pluralismo religioso e a necessidade de uma fórmula jurídica que evite as guerras por motivos religiosos. Neste espaço, a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental. (GARCIA, 2005, p. 421).

Esse novo paradigma, secularizado, se sustentou sobre dois pilares, a saber, a Reforma¹⁶ protestante e o Humanismo.

No que pertine à Reforma, pôs em dúvida dogmas do apostolado romano, interrogando crenças e práticas católicas como a mediação da Igreja entre os fiéis e Deus, a comercialização de indulgências e a institucionalização eclesiástica.

No mesmo período e também como consequência, a crescente tradução de textos sagrados os tornava acessíveis cada dia a um maior número de pessoas, que, assim, podiam formar suas próprias convicções críticas, sem intermediários. Isso era possível devido à expansão – lenta, mas gradual – da alfabetização.

Noutro prisma, a outrora incipiente economia capitalista já dava origem a ambientes de urbanização, em cujo bojo ocorriam discussões e se alargava a cultura. Nesse cenário, os debates teológicos, filosóficos e científicos começavam a ultrapassar os limites das instituições e transpor o elitismo clérico.

A essa altura, o direito natural já não era mais divino, mas secular, racional, evolução que só ocorreu graças ao iusracionalismo¹⁷, do qual Christian Thomasius, Benedictus de Spinoza e Hugo Grotius despontaram como profícuos interlocutores.

O primeiro, aliás, foi também o responsável pela incursão do Iluminismo¹⁸ e da Ilustração¹⁹ na Alemanha e, juntamente com o Marquês de Beccaria, precursores do processo de humanização do direito penal e da condenação das feitiçarias, torturas e superstições nesse âmbito.

Como aponta com propriedade Pérez-Luño (1979, p. 17), o ideal de Direitos Humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinária pelo iusracionalismo naturalista.

Essa passagem para um direito natural concreto será a responsável, no século XVIII, pelas declarações de direitos americana e francesa e, via de consequência, pelas primeiras positivizações de Direitos Humanos.

16 “Renovação religiosa ocorrida na Europa durante o séc. XVI, com o retorno às origens do cristianismo. Preparada pelo humanista Erasmo de Roterdã [...], a R. foi iniciada pelo monge agostiniano Martinho Lutero [...], que [...] afixou nas portas da catedral de Wilienberg noventa e cinco teses contra a venda das indulgências. Em sua orientação global, a R. protestante apresenta-se como uma das vias de realização do retorno aos princípios, lema do Renascimento (v.). No domínio religioso, o retorno aos princípios levava a negar o valor da tradição, portanto da Igreja, que se julgava sua depositária e intérprete. (ABBAGNANO, 2007, p. 839).

17 Movimento responsável pela transformação do direito natural divino em secular. Constitui-se na base teórica dos direitos do homem que finalmente seriam positivados nos documentos resultantes das revoluções burguesas do final século XVIII. Como principais representantes destacam-se podemos identificar Johann Oldendorp, os autores da escolástica tardia espanhola, Johannes Althusius e o fundador por excelência do iusracionalismo Hugo Grotius. Também são dignos de menção os iusnaturalistas racionalistas (ou iusracionalistas) Thomas Hobbes, Baruch de Espinosa, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius e Christian Wolf, que servirá de elo entre o iusracionalismo e o Iluminismo. (GARCIA, 2005, p. 423).

18 “Linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana”. (ABBAGNANO, 2007, p. 534).

19 “Voltaire [...] considerou como norma e medida do progresso histórico a ilustração; a libertação da razão humana dos preconceitos e a sua posição de guia da vida individual e social do homem (cf. especialmente o Essai sur les mœurs, 1740; Philosophie de l’histoire, 1765)”. (ABBAGNANO, 2007, p. 504, grifo do autor).

Anota-se nessa quadra da história, por exemplo, o nascimento do primeiro direito natural/humano/fundamental, a saber, a tolerância religiosa, compreendido, para a época, não apenas como convivência pacífica das várias confissões religiosas, mas como anteparo ao manejo da religião como um instrumento de governo (aquela Razão Instrumental de que se comentou, linhas atrás).

Em paralelo, na esfera política, o pluralismo ainda inerente ao feudalismo poliárquico já fora substituído pelo Estado, assim entendido um órgão de poder racional centralizado e burocrático. O Estado era, portanto, soberano, não reconhecendo ente hierarquicamente superior e enfeixando em suas mãos o monopólio no uso da força legítima.

É de se notar que a exacerbação do absolutismo do Estado e a comum utilização do direito como instrumento de governo também engrossaram o caldo social que, em seguida, se pôs a reclamar a garantia à pessoa de um espaço pessoal e alguns direitos.

Sobrevém, então, o Renascimento²⁰ e, com ele, o Humanismo, seu aspecto fundamental.

Com efeito, uma das principais características do Humanismo, nesse contexto, foi o de se separar da noção então vigente de vida como bem-aventurança a ser alcançada numa vida futura – que, por sua vez, só viria mediante o recitar de todos os dogmas e rituais impostos. Ao contrário, o Humanismo prega exatamente a valorização da vida quotidiana, prática, de atividades mundanas e até mesmo da entrega a algum prazer.

Há, no Humanismo, a pressuposição de que o homem é o centro da vida, considerado na sua grandeza, mas também consciente de suas limitações e fragilidades. Caros, aqui, são os sentimentos de livre pensamento e liberdade, numa concepção de ciência da dignidade do humano.

Confira-se, no particular, que, não obstante o Humanismo se difunda num cenário renascentista de apego às ideias racionais, controladoras e conservadoras do Estado, sua gênese não é de submissão a esse último:

Son patentes las grandes diferencias entre esos criterios de estimativa o axiología político-jurídica; pero se trata de diferencias relativas tan solo a lo que se considera como medios más adecuados y eficientes para la realización del ideal humanista. Por debajo de esas importantes diferencias, hay, sin embargo, la concordancia en el reconocimiento de la tesis primordial del humanismo, a saber: el hombre no ha nacido para el Estado, sino que el Estado ha sido hecho para servir a los seres humanos. (RECASENS SICHES, 2003, p. 324-325).

Vê-se, assim, a ligação umbilical entre a Secularização e o Humanismo, a despeito de algumas posições que pretendem lhes emprestar a diferenciação entre laico (Secularização) e religioso (Humanismo). Este último, portanto, pode ser tanto laico como religioso, e, na época retratada, nenhum resquício trazia de religiosidade.

Esse conjunto de modificações sociais, políticas, econômicas e jurídicas afetou todos os segmentos da vida naquele período histórico, realizando, de forma progressiva, uma tarefa de substituição na ordem medieval: impôs uma garantia mínima de segurança que a ordem divina até então vigente não podia proporcionar.

Entretanto, essa sociedade progressivamente secularizada e racionalizada, com o amadurecimento do capitalismo, já não agradava a todos.

As necessidades da burguesia capitalista emergente, com seu espírito ativo e agressivo, marcado pelo desprezo por sentimentos e orientado para o bom êxito dos negócios não se coadunava com o Estado Monárquico, cada vez mais absoluto e soberano, conduzido ao extremo na teorização de Jean Bodin²¹.

Nasce, então, um novo consenso político crítico, que se antagoniza à origem do poder, sua justificação, seu exercício e seus fins. Abre-se o século das luzes (XVIII) com os primeiros manuscritos explícitos decorrentes do ideal formado ao longo dos quatro séculos anteriores.

De efeito, o século XVIII não foi somente o século da razão, foi também o século dos sentimentos, da filantropia e da chamada dulcificação do Direito, valores que tinham ligação direta no reproche à intolerância religiosa professada e na crítica a um Direito Penal violento, supersticioso e arcaico.

Sem nenhuma dúvida, as origens ideológicas de ambas as críticas se encontram inspiradas no pensamento racionalista, humanitário e secularizador. (GARCIA, 2015, p. 424).

Esse cenário, que culmina numa imbricação entre iusracionalismo e Iluminismo (iusracionalismo iluminista), é o húmus para as revoluções americana e francesa, de onde também defluem as primeiras declarações de direitos e as incipientes positivações.

Sublinhe-se que, até ali, o ato de declarar direitos estava atrelado à soberania, de modo que, quando a autoridade se deslocou dos senhores feudais para os reis, o poder de dizer o direito também mudou de mãos.

Por essa razão, quando os súditos desejaram a afirmação de seus direitos, redigiram suas próprias declarações, à chancela posterior do soberano. Assim ocorreu com a Magna Carta de 1215, com a Petição de Direitos de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689.

Outra realidade, no entanto, se passou com as Declarações de 1776 (americana) e 1789 (francesa). Nelas, não se tratava de pedir ou

20 “Designa-se com este termo o movimento literário, artístico e filosófico que começa no fim do séc. XIV e vai até o fim do séc. XVI. difundindo-se da Itália para os outros países da Europa. [...] A partir do séc. XV, porém, essa palavra passa a ser empregada para designar a renovação moral, intelectual e política decorrente do retorno aos valores da civilização em que, supostamente, o homem teria obtido suas melhores realizações: a greco-romana. Assim, o R. foi forçado a ressaltar as diferenças que o distinguiam do período medieval, em sua tentativa de vincular-se ao período clássico e de haurir diretamente dele a inspiração para suas atividades”. (ABBAGNANO, 2007, p. 852).

21 Confira-se: Bodin (1973).

apelar; utilizou-se o termo “declaração” para induzir um reapoderar-se da soberania.

Ambos os processos revolucionários, portanto, tiveram a clara influência da construção filosófica contratualista²², para quem a liberdade era conceito fundamental, visto que a sua ausência se constituía em verdadeira condição, na estrutura do direito natural, para o contrato, para obter a paz e garantir o direito fundamental à vida.

É por esse motivo que, na sociedade política emergente, os direitos naturais são transferidos ao poder absoluto do Estado, deixando a liberdade de ser individual para atrelar-se ao corpo político. Ela só se mantinha, assim, no espaço privado insubordinado ao poder da lei (espaço de satisfação das necessidades).

Hunt (2009, p. 125) contextualiza:

Apesar de seus críticos, o discurso dos direitos estava ganhando impulso desde a década de 1760. Os “direitos naturais”, então suplementados pelos “direitos do gênero humano”, “direitos da humanidade” e “direitos do homem”, tornaram-se expressões corriqueiras. Com o seu potencial político imensamente intensificado pelos conflitos americanos das décadas de 1760 e 1770, o discurso dos direitos universais cruzou de volta o Atlântico para a Grã-Bretanha, a República Holandesa e a França.

A Revolução Americana, com efeito, ainda que tenha influenciado decisivamente a Francesa, incorporou muito menos do ideal de Direitos Humanos produzido no alhures examinado Trânsito à Modernidade que essa última. E isso tem um motivo bem claro: a insurreição das Treze Colônias aspirava o nascimento de um Estado independente, ao passo que a francesa foi arquitetada para se constituir numa ruptura com o antigo regime, em verdadeira situação revolucionária.

Descreve com exatidão Peces-Barba Martínez (1995, p.115-152):

En el modelo americano, el racionalismo abstracto es utilizado en la independencia para separarse de la tradición pragmática del Derecho de los ingleses, mientras que en modelo francés el racionalismo abstracto se afirma frente a las propias leyes fundamentales de la monarquía francesa. [...] Es un ejemplo puro de formulación racionalista y abstracta de los derechos, como derechos naturales, en ruptura total con la tradición histórica de las Leyes fundamentales de la monarquía francesa, aunque que algunos constituyentes pretendieron construirlos desde ellas (Mounier, lally, Tollendal y Delandine).

Noutro aspecto, a Revolução Francesa liberta o indivíduo do controle religioso, constituindo-se em verdadeiro processo revolucionário laico ou ateu²³.

A Revolução Americana, ao contrário, se valeu da religiosidade como contributo à vida, à liberdade e à segurança do novo Estado²⁴.

As declarações de direitos decorrentes desses processos revolucionários, especialmente a de 1789, inaugura, além da incipiente positivação dos direitos enumerados, a concepção individualista da sociedade, embrião da futura democracia moderna, nos dizeres de Bobbio (2004, p. 51).

Para além disso, deflagra a sementeira do moderno constitucionalismo (vinculação dos direitos a uma Constituição), da igualdade formal, da soberania e da separação dos poderes.

Se, pois, no estado de natureza a condição humana remontava à concessão clerical, com os acontecimentos da Revolução Francesa e do Renascimento, os reflexos da Secularização deslocaram o eixo da concessão dos atributos do homem para o Estado burocratizado, cujo tratamento para com o primeiro, historicamente, é de dominação, ainda que por – transversas – vias democráticas.

A Secularização, pois, no entender deste ensaio, retirou do ideal dos direitos não apenas a religiosidade, mas – por conta do afastamento desta última – toda a forma de Humanismo, o que contribui, por exemplo, para que a lógica interpretativa dos direitos, soerguida sob a premissa de um universalismo obliterado, distancie-o das pessoas, reduzindo o fenômeno humano ao controle de comportamento coercitivo do Estado (humano/desumano, lícito/ilícito).

3.2 O “vazio moral”. Um pequeno diálogo com David Emile Durkheim e Mário Vargas Llosa

David Emile Durkheim é reconhecido como o maior sociólogo francês e um dos expoentes da sociologia moderna. Na temática que interesse a este estudo, importa considerar a influência sofrida por Durkheim decorrente dos marcantes acontecimentos verificados a partir

22 “Doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. [...] Eclipsado na Idade Média pela doutrina da origem divina do Estado e, em geral, pela comunidade civil, o C. ressurgiu na Idade Moderna e, com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos”. (ABBAGNANO, 2007, p. 205-206, grifo do autor).

23 Não se ignora, no entanto, que o cristianismo evangélico terá papel de destaque, a posteriori, na “revolução dentro da ‘revolução burguesa’”. (SABORIT, 2009, p. 2).

24 Machado (2013, p. 57) esclarece, no ponto: “O entendimento de que o ser humano é responsável em última instância perante Deus, e não perante um clérigo, um monarca de direito divino ou um Parlamento, constituiu a teoria política que esteve na base, não apenas da defesa da liberdade de consciência e de religião, como direitos naturais inalienáveis, mas da própria revolução americana de 1776”.

da década de 1870, conhecida como o “vazio moral da III República”.

Esse período é marcado tanto pelas consequências diretas da derrota francesa e das dívidas humilhantes da Primeira Guerra Mundial, como por uma série de medidas de ordem política, dentre as quais duas merecem destaque especial: 1) a chamada lei Naquet, que instituiu o divórcio na França após acirrados debates parlamentares; e 2) a instrução laica, questão levantada na Assembleia, em 1879, por Jules Ferry, encarregado de implantar o novo sistema, como Ministro da Instrução Pública, em 1882.

Foi quando a escola se tornou gratuita para todos, obrigatória dos 6 aos 13 anos, além de ficar proibido formalmente o ensino da religião.

O vazio correspondente à ausência do ensino de religião na escola pública tenta-se preencher com uma pregação patriótica representada pela que ficou conhecida como “instrução moral e cívica”. (DURKHEIM, 1998, p. 11).

Como já escrito alhures, a sociedade atravessava um momento de “progressos” científico, demográfico e instrutivo que designava a moral como reflexo desse contexto. Se, pois, a moral se confundia com a civilização, quanto mais avançada esta última, mais progressiva a primeira.

Durkheim (1998, p. 32) considerava a religião vinculada às representações coletivas, constituindo a via através da qual elaborou os primeiros delineamentos da sociologia do conhecimento. Para tanto, a tinha como uma forma de representação ou de concepção do mundo (sociologia religiosa).

Todavia, o mesmo diagnóstico observado por ocasião do processo de Secularização do medievo para a Idade Moderna – abandono da religiosidade e do Humanismo, a reboque – se verifica também nesse vácuo religioso.

Essa Secularização travestida de abandono da religiosidade e do Humanismo só ganhou fôlego. No momento presente, como bem identifica Vargas Llosa (2013), há uma repulsa formal à religiosidade.

Afigura-se imperioso, entretanto, no aspecto, pontuar que Secularização não pode ser confundida com ódio à religiosidade, visto que sua correta interpretação aponta, em verdade, para a tolerância religiosa, não para o ateísmo.

Na dicção ponderada de Vargas Llosa (2013, p. 90-91):

Secularização não pode significar perseguição, discriminação nem proibição a crenças e cultos, e sim liberdade irrestrita para que os cidadãos exerçam e vivam sua fé sem o menor tropeço, desde que respeitem as leis ditadas pelos parlamentos e pelos governos democráticos. A obrigação destes é garantir que ninguém seja incomodado ou perseguido em razão de sua fé e, ao mesmo tempo, atuar de tal maneira que as leis sejam cumpridas, mesmo que se afastem das doutrinas religiosas. Isso ocorreu em todos os países democráticos em assuntos como divórcio, aborto, controle da natalidade, homossexualismo, casamentos gays, eutanásia, descriminalização das drogas.

Mais adiante, quando o autor pondera que o laicismo não contraria a religião, mas a transformação desta última em obstáculo para o exercício da liberdade (2013, p. 91), não é demais objetar no sentido de que a proposição deste ensaio não é o retorno da “religião” aos ordenamentos, mas da “religiosidade”.

O próprio Vargas Llosa (2013, p. 92) vai afirmar, doravante, que, não obstante considere insubstituível o laicismo, é igualmente imperiosa uma intensa vida espiritual.

Logo, a ideia defendida nestas linhas não contrasta com o entendimento de Durkheim ou de Vargas Llosa, antes, se coaduna.

Todas, ao fim e ao cabo, objetivam a construção de uma sociedade pós-secular capaz de aproximar as pessoas em torno da religiosidade, não de excluir e matar em nome de religiões ou de um laicismo exacerbado e imposto.

3.3 Uma neutralidade estrábica

A ideia de que a narração constitucional é neutra, efetivamente, se constitui num mito – entendido como “verdade imperfeita ou diminuída” (ABBAGNANO, 2007, p.673) –, porquanto sempre há, no mínimo, uma tradição a fundamentar qualquer regime.

É por essa razão que se afirma a inexistência de grau zero na interpretação constitucional.

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. (HABERMAS, 2007, p.57).

Atento a essa realidade, Jónatas Machado, na nota prévia de sua obra Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa, traz tormentosa questão:

É ilógico negar a existência do ar ao mesmo tempo que se respira enquanto se procede a essa negação. Semelhante tentativa é irracional e autorrefutante. Mas terá sentido negar a existência de Deus e ao mesmo tempo afirmar a primazia normativa, a intemporalidade e a universalidade de determinados valores fundamentais de dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça? Não se estará assim a procurar harmonizar uma premissa que serve de base a uma dada visão do mundo com uma conclusão pertencente a outra visão do mundo completamente diferente? Será que de uma visão

do mundo ateu e naturalista, que concebe o ser humano como o resultado acidental e altamente improvável de processos físicos e químicos aleatórios e de milhões de anos de predação, sofrimento, morte e extinções maciças, é possível deduzir logicamente a primazia e universalidade daqueles valores? (MACHADO, 2013).

Visualiza-se, assim, certa incongruência em Constituições como a brasileira, que preconizam a dignidade da pessoa como fundamento (artigo 1º, inciso III) e, ao mesmo tempo, o caráter laico do Estado (artigo 19, inciso I)? E até que ponto esse “Princípio da Laicidade” efetivamente norteia as tomadas de decisões dos poderes do Estado (como se pressuporia), principalmente as do Legislativo, tendo-se em mente que a Constituição se constitui em diretiva certa e específica?

Quando, linhas atrás, este estudo advogava a inexistência de neutralidade na interpretação constitucional, por certo tinha em mente também a resposta a essas altas indagações.

De efeito, a Secularização constitucional – como o predito grau zero interpretativo da Constituição –, se consubstancia, na prática, em verdadeiro mito constitucional, de existência positiva necessária e cuja importância se revela no fechamento do sistema e na criação de uma ideia comum (falaciosa) de bússola à atuação dos poderes do Estado.

Sucedo, todavia, que, como anunciado, a laicidade a nortear as ações de Estado, mormente as do Poder Legislativo, é inócua e meramente formal (poder-se-ia lembrar da inscrição “Deus Seja Louvado” nas cédulas emitidas pela Casa da Moeda). Essa inofensividade, num cenário em que o Estado Constitucional tem sido demandado em questões como o reconhecimento das relações homoafetivas e a pressão para a legalização do aborto, é sobretudo pernicioso.

Isso porque retira da esfera democrática do Poder Legislativo a decisão majoritária sobre temas que tais, de magnitude elevada, lançando-a à função contramajoritária da jurisdição constitucional.

Isso se verificou, por exemplo, em inúmeros casos que desaguarão no Supremo Tribunal Federal, tais como a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.54 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012), que decidiu sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, a ação direta de inconstitucionalidade n.4277 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.132 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011), nas quais, em julgamento conjunto, se reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

A tão propalada laicidade, então, não impede que o Parlamento, por receio de posição, se omita em proposições legislativas acerca de questões tormentosas de cunho moral e religioso. E, se assim o é, se impõe a conclusão no sentido de que a religiosidade, mesmo em estados constitucionais ditos laicos e ainda que por via oblíqua, conduz mais as decisões estatais do que a neutralidade erigida como preceito.

Ademais, pode-se fazer menção também ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2649-6 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008), no qual se reverteu posicionamento acerca da inexistência de influência jurídica no preâmbulo da Constituição Federal.

A ministra-relatora Cármen Lúcia, depois de ponderar que parte da doutrina não atribui força normativa ao preâmbulo, vaticina por sua decisão política, com alta influência jurídica.

Colaciona-se pequeno excerto: “na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade”.

É bem verdade, entretanto, que a influência da religiosidade na elaboração de conteúdos legislativos, o que se constitui rara exceção, não pode também conduzir a uma ditadura democrática da maioria na imposição de conceitos discriminatórios.

Isso seria radicalização e equivaleria a um doentio exercício que, uma vez verificado, exige a reprimenda da jurisdição constitucional em sua função contramajoritária, agora, sim, atuando de forma democraticamente correta.

Seja como for, por mais que o Estado Constitucional se arvore neutro com relação às diversas visões de mundo, a verdade é que é impossível dissociar-lhe a matriz judaico-cristã.

Machado considera, no ponto,

que o Estado Constitucional, não somente pressupõe a existência de Deus e a objectividade dos valores, como é insusceptível de justificação racional e moral se essa pressuposição for falsa. Sem medo das palavras, podemos dizer que o Estado Constitucional repousa em pressuposições que só um Deus entendido como Ser racional, verdadeiro, justo, bom e onnipotente, nos termos da tradição judaico-cristã, é que tem condições de garantir, em última instância. É Ele quem pode dar crédito, liquidez e plausibilidade às afirmações de valor do constitucionalismo moderno. (MACHADO, 2013, p.28-29).

Não se está a defender, todavia, que o trabalho afanoso e importante empreendido por Hugo Grotius (2004), Christian Thomasius (1994) e Benedictus de Espinoza (2007), por exemplo, tenha sido em vão. Naquele momento histórico em que fundaram um direito natural racional, separado da moral e da religião – secularizado, portanto –, a empresa era absolutamente necessária, ou não teriam nascido a humanização do direito penal e o primeiro direito fundamental, a saber, a tolerância em relação à própria liberdade religiosa.

3.3 A reinserção da religiosidade pelo Humanismo e o burilamento deste último pelos valores da Alteridade, Fraternidade e Responsabilidade

A discussão acerca do retorno da religiosidade às Constituições não pode ser mais atual. Ganha relevo no atual cenário, mormente europeu, de expansão do islamismo como consequência dos movimentos migratórios do Médio Oriente.

Mas não só.

O cenário é permeado também por outras questões tórbidas: há o confronto das declarações de direitos humanos do ocidente e uma islamizada, há os debates em torno da Secularização dos espaços públicos e do uso do véu islâmico, principalmente na França e na Turquia, há a polêmica em torno das caricaturas do profeta Maomé e da liberdade de expressão, há os recentes ataques terroristas à França, há a retaliação dessa última a manter e a alimentar um círculo vicioso de ódio e dor há muito tempo iniciado.

A pretexto do diálogo alhures mencionado entre Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger, no longínquo 19 de janeiro de 2004, na Academia Católica da Baviera, em Munique, esse último teorizou:

Inicialmente é importante destacar que já não existe uniformidade dentro dos espaços culturais, ao contrário, todos trazem a marca de tensões profundas dentro e sua própria tradição cultural. Mesmo que a cultura secular de uma racionalidade rigorosa, da qual Jürgen Habermas acaba de desenhar um retrato impressionante, predomine em larga escala e se entenda como seu elo de união, a interpretação cristã da realidade continua presente como força efetiva. Os dois polos se relacionam numa tensão e proximidade variáveis, dispostos a aprender com o outro e, ao mesmo tempo, rejeitando-se com mais ou menos intensidade. O espaço cultural islâmico traz a marca de tensões semelhantes: um leque amplo se estende desde o absolutismo fanático de figuras como Bin Laden até as atitudes abertas a uma racionalidade tolerante. (RATZINGER, 2007, p.83).

A grande questão, portanto, é desenvolver uma sociedade pós-secular, que admita um diálogo, um aprendizado e uma autolimitação entre razão e religiosidade, tudo à inteligência da interdependência existente entre as duas, demonstrada neste estudo.

Uma sociedade rediviva a partir da reinvenção do Humanismo e que propugna não apenas a reinserção da religiosidade, mas também da consideração de fatores endógenos do ser e da cultura, como a Razão Sensível²⁵ e a Ecosofia²⁶, que denotam a necessidade de reconhecimento da coerência própria manifestada pela vida, no seu sentido mais amplo, o que não é captado pela Razão Lógica²⁷ e Instrumental até hoje vigorante. É a saturação do antropocentrismo e do individualismo, que é a sua expressão.

Essa nova percepção, dialógica, que inclui o reconhecimento do Outro, consolida experiências sociais, econômicas, políticas, religiosas, dentre outras, que resgatem qualidades humanas cujo reconhecimento universal pode surgir como ponto de equilíbrio das civilizações.

Afigura-se de primordial importância, nessa correlacionalidade propugnada, que todas as culturas sejam ouvidas e tenham voz, no ensejo de uma congregação realmente polifônica e universal.

Francisco (2015, p.72) exorta à Fraternidade, admoestando que a ausência do agir fraterno só produz mais indiferença e crueldade.

Só se fará corroborar a miséria humana em se perpetuando posturas – estatais ou pessoais – indiferentes àqueles que desejam e anseiam viver algo junto a outras pessoas.

O apelo à fraternidade não deve apenas atravessar a viscosidade e a impermeabilidade da indiferença. Deve superar a inimizade. A existência de um inimigo mantém ao mesmo tempo nossa barbárie e a dele. O inimigo é produzido por cegueira às vezes unilateral, mas que se torna recíproca quando respondemos com uma inimizade que nos torna igualmente hostis. É verdade que os egoísmos e os etnocentrismos, que suscitaram e não cessam de suscitar inimigos, são estruturas inalteráveis da individualidade e da subjetividade, mas, assim como essa estrutura comporta um princípio de exclusão no eu, ela comporta um princípio de inclusão num *nós*, e o problema chave da realização da humanidade é ampliar o *nós*, na relação patriótica terrestre, todo *ego alter* e reconhecer nele um *alter ego*, isto é, um irmão humano. (MORIN, 2005, p. 167-168, grifo do autor).

Há, todavia, no momento atual, uma indiferença generalizada acerca das dificuldades que caracterizam os vínculos de convivência. Isso é produto de um estilo de vida que prega o uso da liberdade como princípio absoluto, desprezando qualquer forma de Responsabilidade.

De efeito, não se pode pretender considerar o Outro com base no egoístico amor próprio. Explica-se: não se pode exigir que, para que se considere o estranho, este esteja munido das mesmas qualidades e atributos que o interlocutor acredita possuir. Sintetizando, a única hipótese de se ser Responsável pelo Outro é encontrar nesse estranho as mesmas qualidades dignas de amor que se crê titularizar.

Equivaleria, noutras palavras, a projetar-se no Outro, o que, de fato, se afigura impossível, dadas as singularidades de características

25 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: “[...] Trata-se de algo que permanece ou, melhor, preexiste no coração de todo homem antes de qualquer construção intelectual. É propriamente isto que chamarei ‘razão interna’ de todas as coisas. Razão esta que é tanto uma constante, de certo modo uma estrutura antropológica, quanto, ao mesmo tempo, só se atualiza, se realiza, neste ou naquele momento particular. Para dizer o mesmo em outras palavras, trata-se de uma racionalidade de fundo que se exprime em pequenas razões momentâneas”. (MAFFESOLI, 2008, p. 58).

26 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: “Sabedoria específica: ecosofia, repousando sobre a interação permanente da razão e do sensível. Colocação em perspectiva que se vê perdurar em termos como mutualidade, cooperativo, solidariedade, tudo traduzindo uma relação durável, na verdade, uma simbiose entre entidades absolutamente diferentes e complementares. Trata-se da ‘saúde natural’ de toda socialidade”. (MAFFESOLI, 2014, p. 256-257, grifo do autor).

27 Categoria que ostenta o seguinte Conceito Operacional: “[...] discurso que permite a consideração formal do procedimento racional: possibilita uma lógica, que é na realidade a lógica tradicional na forma elaborada pelos filósofos desde Aristóteles até o fim do século XIX. Entendida neste sentido, a lógica é ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva em relação aos procedimentos próprios da Razão, normativa no sentido de que essa mesma descrição vale como regra para uso correto da razão”. (ABBAGNANO, 2007, p. 827).

e de caracteres inerentes a cada ser vivo.

Essa premissa interpretativa da Responsabilidade é que precisa ser mudada. É precisamente isso Lévinas (2000, p. 48), recorrendo à redução fenomenológica, sugere: “o sujeito é conclamado a existir pelo ato de assumir a responsabilidade pela indomável e inflexível alteridade do mundo”.

Vale dizer, tratar-se-ia de reconhecer o ser-para-o-Outro, o que se coaduna perfeitamente com a interpretação atualizada e correta da Responsabilidade.

Poder-se-ia também recorrer à noção de Alteridade. De efeito, a Alteridade se perfectibiliza a partir da aceitação das diferenças do Outro.

Paradoxalmente, nas relações intersubjetivas cotidianas, aceita-se sem rebeldia – por Razão Instrumental – uma crescente demonização do Outro, ainda mais quando ostenta posições antagônicas à do interlocutor.

Se esse Outro representar, ainda, uma cultura variada ou excêntrica, uma religiosidade diversa ou islamizada e uma nacionalidade oriunda do continente Africano ou de um país do Oriente Médio, o julgamento é sumário e inapelável no sentido de sua defenestração.

Noutras palavras, no momento e na lógica que imperam, a Alteridade só se manifesta aos mais chegados, preferencialmente da mesma classe social, credo e cor de pele. Uma Alteridade seletiva – portanto, doente e estrábica.

A correta Alteridade, entretanto, que não projeta no Outro caracteres mínimos de aceitação, traz ínsita a noção de Cuidado, entendido como “[...] desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção, bom trato. [...] O cuidado somente surge quando a existência de alguém tem importância para mim” (BOFF, 2008, p. 91).

A preocupação pelo Outro é a gratuita, desinteressada e que brota pela simples consideração de que ambos pertencem à mesma família humana, sem adornos racionais e instrumentais (de manutenção de *status quo*) pré-concebidos. É, em última análise, a Alteridade do Bom Samaritano da parábola bíblica²⁸.

O burilamento que a Alteridade produz no Humanismo, tudo a decorrer da noção inata de Deus (religiosidade), nessa intelecção, é a percepção do Outro como ser único e imperfeito, sem criar estereótipos e privilégios a partir da diferença (elemento integrador, como se viu). Afora isso, protege esse ser singular a partir de juízos positivos.

Ao fim e ao cabo, trata-se daquele *nomos paideico* de que falava Cover (2002, p.28-31), todavia, oxalá universalizado e cosmopolita.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Robert Cover, ao trabalhar a inserção da religiosidade na interpretação constitucional americana, o que fez através da exemplificação do tão citado *nomos paideico*, cedeu imensurável contribuição a um debate que volta com força, qual seja, o que questiona a Secularização do Estado Constitucional.

De efeito, conclui-se haver relativa contradição entre uma Constituição, como a brasileira, que se apregoa, de forma concomitante, laica e fundada no princípio da dignidade da pessoa. Ora, a dignidade do ser humano efetiva e inexoravelmente pressupõe uma visão teísta, porquanto uma concepção de mundo que considere o ser humano como produto de um acidente químico ou físico aleatório não a tutelaria.

É por essa razão que, malgrado a Constituição brasileira se afirme laica, é impossível retirar-lhe a matriz interpretativa judaico-cristã. É também por esse motivo que se conclui pela inexistência de um grau zero – neutro – na interpretação constitucional, constituindo-se esse último num mito constitucional.

Essas circunstâncias, a toda evidência, influem na orientação dos Poderes Executivo e Legislativo, fazendo com que, não obstante a laicidade preconizada, decisões importantes deixem de ser tomadas pelo receio de censura pública por posicionamentos que afrontem preceitos religiosos. Ora, ou o Estado é constitucionalmente laico e os preceitos morais e religiosos não devem presidir a tomada técnica e racional de decisões, ou a religiosidade permeia, sim, a Constituição, seja de forma explícita, seja de forma velada.

Resulta, de tudo, imperativo que se conciliem razão e religiosidade no intento da consecução de uma Constituição e de uma sociedade pós-secular que respeitem a pluralidade de culturas e de credos, seja através da fé, seja através da racionalidade.

Essa nova sociedade só se fará possível, todavia, se se soerguer a partir de uma Humanismo redivivo que congregue, além da noção de religiosidade (intuição inata de Deus), os valores da Alteridade, da Fraternidade e da Responsabilidade.

Só essa união pode construir aquele *nomos paideico* em nível universal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Por uma cidadania sul-americana: fundamentos para a sua viabilidade na UNASUL por meio da Ética, Fraternidade, Sustentabilidade e Política Jurídica*. Itajaí, (SC): Verlag Editora, 2014.

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

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução: Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

²⁸ Confira-se, a respeito: Dias (2011).

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. 15. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 2649-6*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transportes Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 8 de maio de 2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 28 out. 2015.

COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Tradução: Christian Courtis. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

DIAS, Haroldo Dutra. *Parábolas de Jesus: texto e contexto*. Curitiba: Federação Espírita do Paraná, 2011.

DURKHEIM, David Emile. *Emile Durkheim*. José Albertino Rodrigues (Org.). Florestan Fernandes (Coord.). 8. ed. São Paulo: Editora Ática, 1998.

FRANCISCO. *Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum*. Documentos do Magistério. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 10, n. 2, 2005, p. 417-450.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução: Ciro Mioranza. Florianópolis: Editora Unijuí-Fondazione Cassamarca, 2004. 2. v.

HABERMAS, Jürgen. Fundamentos pré-políticos do estado de direito democrático. In: SCHÜLLER, Florian (Org.). *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2007. p. 23-57.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogo com Phillippe Nemo*. Lisboa: Edições 70, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008.

MAFFESOLI, Michel. *Homo eroticus: comunhões emocionais*. Tradução: Abner Chiquieri. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. Tradução: Paulo Neves. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e anti-humanismos: introdução à antropologia filosófica*. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2005.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique *et alii. Los derechos humanos: Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

PIRES, José Herculano. *O espírito e o tempo: introdução antropológica ao espiritismo*. 3. ed. São Paulo: EDICEL, 1979.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual da ciência política*. Vargem Grande Paulista, (SP): Cidade Nova, 2008.

RATZINGER, Joseph. O que mantém o mundo unido: fundamentos morais pré-políticos de um estado liberal. In: SCHÜLLER, Florian (Org.). *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2007. p. 61-90.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 14. ed. México, (DF): Porrúa, 2003.

SABORIT, Ignasi Terradas. *Religiosidade na Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2007.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Lisboa: Edições 70, 2009.

THOMASIIUS, Christian. *Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes*. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1994. Título original: *Fundamenta iuris naturae et gentium*.

VARGAS LLOSA, Mário. *A civilização do espetáculo* [recurso eletrônico]: uma radiografia de nosso tempo e da nossa cultura. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VESPAZIANI, Alberto. O poder da linguagem e as narrativas processuais. *Revista Internacional de Direito e Literatura*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015, p. 79.

Recebido em: 16/12/2015

Aprovado em: 27/01/2016

RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO: uma análise da possibilidade de aplicação dos institutos do impeachment, recall e abberufungsrecht

EXECUTIVE CHEF OF LIABILITY: an analysis of the applicability of impeachment institutes, recall and abberufungsrecht

VINÍCIUS DA COSTA GOMES ¹

VIRGILIA GOMES FANTINI ²

RESUMO: No mês de março de 2015 aconteceram várias reuniões em diversas cidades brasileiras questionando a atuação da Presidente da República. Entre as reivindicações da população estava a favorável ao impeachment do Chefe do Executivo. Esse artigo visa esclarecer do ponto de vista científico o instituto do impeachment para os alunos da graduação em direito por meio de uma revisão bibliográfica, para então analisar se no cenário atual possibilitaria a sua aplicação. Primeiramente, serão analisadas as prerrogativas e imunidades do Chefe do Executivo, para possibilitar a análise dos crimes de responsabilidade e seu consequente julgamento: o impeachment. Posteriormente será analisada a diferença entre o impeachment e o instituto do recall, com o intuito de identificar as diferenças desses institutos e a possibilidade ou não de sua aplicação. Por fim, a pesquisa concluiu que apesar da possibilidade legal da responsabilização do Presidente da República em crimes de responsabilidade e, conseqüentemente, a possibilidade da utilização do instituto do impeachment para tal ato, não se deve confundir-lo com o instituto do recall, logo, há necessidade da comprovação do cometimento de um crime político-administrativo relacionado ao exercício da função para a destituição do agente de seu cargo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Responsabilidade. Impeachment. Recall. Abberufungsrecht.

ABSTRACT: In March 2015 several meetings took place in several Brazilian cities questioning the role of president of the republic. Among the demands of the population was in favor of impeachment of the chief executive. This article aims to clarify the scientific point of view the impeachment of the Institute for the students of law degree through a literature review, and then consider whether in the present scenario would enable its implementation. First, the privileges and immunities of the chief executive will be analyzed to enable the analysis of responsibility for crimes and their consequent judgment: impeachment. After that will be analyzed the difference between impeachment and the recall of the institute, in order to identify the differences of these institutions and whether or not your application. Finally, the survey found that despite the legal accountability of the President of the Republic chance at impeachable offenses and hence the possibility of using the impeachment of the Institute for such an act, one should not confuse it with the recall Institute, logo there is need for evidence of commission of a political and administrative crime related to the performance of duties for the dismissal of the responsible agent.

Keywords: Constitutional law. Responsibility. Impeachment. Recall. Abberufungsrecht.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: viniciuscg@gmail.com

² Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa esclarecer os institutos do recall e do impeachment para verificar a sua aplicação na responsabilização do Presidente da República em crimes de responsabilidade.

Preliminarmente, o estudo irá analisar a possibilidade de responsabilização do Chefe do Executivo como uma decorrência lógica da isonomia e dos princípios estruturantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (princípio federativo e do estado democrático de direito).

Posteriormente será feita uma análise das prerrogativas e imunidades do Presidente da República a fim de indicar quando esse agente político poderá ou não ser responsabilizado.

Por fim, a pesquisa irá conceituar os institutos do recall e do impeachment a fim de identificar qual(is) é(são) dele(s) é passível de utilização no ordenamento jurídico brasileiro e identificar a confusão existente entre eles.

2. RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe expressamente às possibilidades de responsabilização do Presidente da República em seu artigo 85³. Essa previsão constitucional concretiza a ideia da responsabilização dos agentes políticos e advém da própria formação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

A responsabilização do Chefe do Executivo é uma consequência lógica do princípio da isonomia e dos chamados princípios estruturantes (ou fundamentais) do Estado brasileiro.

2.1. Princípios estruturantes

O artigo 1º da CR/88 traz o que a doutrina chama de princípios estruturantes (ou fundamentais) do Estado brasileiro já que estabelecem a sua forma, estrutura e fundamento (NOVELINO, 2012, p. 369).

O princípio republicano consagra o Estado brasileiro como uma República, ou seja, define a forma de governo brasileiro. A República ou *res publica* ("coisa do povo") surge em contraposição à Monarquia. Nessa forma de governo retira-se o poder das mãos do rei e o passa para a nação (BASTOS, p.144).

Segundo a teoria jurídica brasileira, a Monarquia possui as seguintes características: vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade. Já a República tem como características: temporariedade, eletividade e responsabilidade⁴.

A vitaliciedade e a temporariedade se referem à figura do governante. Na monarquia ele é vitalício, por toda a vida, ou seja, a família que detém o governo o tem indefinidamente no tempo. Já na República o governo é temporário, afinal o poder soberano é do povo, fala-se em coisa pública, assim de tempos em tempos muda-se o governo (o detentor do poder).

A hereditariedade e a eletividade se referem à transferência de poder. Na monarquia essa transferência se dá dentro de uma cadeia hereditária. O detentor do poder a transfere para outro indivíduo que pertence à mesma família. Já na República é o povo, detentor do poder soberano, que faz essa escolha.

A temporariedade somada a eletividade consagra o exercício pelo povo (direta ou indiretamente) da eleição dos detentores do poder político. Logo periodicamente o povo é chamado a decidir sobre a permanência de um indivíduo como governante (FERNANDES, 2012, p.284).

A irresponsabilidade e a responsabilidade, por sua vez, se referem à responsabilização do governante. Na monarquia vigora o princípio da absoluta irresponsabilidade, ou seja, o rei não responde por seus atos no exercício do governo ("*the king can do no wrong*"). Já na República o detentor do poder responde pelos seus atos, uma decorrência lógica da soberania popular (governo da coisa pública).

O princípio federativo relaciona-se a estrutura do Estado brasileiro (a sua forma). A Constituição da República brasileira opta pela Federação como forma de governo caracterizada pela união indissolúvel de organizações políticas dotadas de autonomia (FERNANDES, 2012, p.289).

O sistema federativo possibilita uma estrutura ligada a uma descentralização política. Retira-se competência de um centro de poder para transferi-la a outros centros gerando entidades parciais cuja capacidade foi concedida pela Constituição (CUNHA JUNIOR, p. 488).

Nota-se que o princípio federativo estabelece uma divisão estrutural que possibilita uma divisão de competências e funções, possibi-

3 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

4 Nesse sentido: Fernandes (2012, p.284); Novelino (2012, p.370); Mendes (2009, p.170).

litando uma separação de poderes que favorece o movimento constitucionalista (movimento que em contraposição ao absolutismo visa à limitação de poderes). Essa característica do federalismo é importante na análise da responsabilidade do Chefe do Executivo, já que ao se estabelecer as funções e competências dos agentes políticos permite-se a responsabilização deles por seus atos no exercício do governo.

O princípio do Estado democrático de direito confirma a existência do Estado de Direito e o do Estado Democrático. Alguns autores afirmam que esse princípio é a união dos princípios fundamentais do Estado de Direito e do Estado Democrático (NOVELINO, 2012, p. 371). Outros autores afirmam que esse princípio se equivale à afirmação de um novo paradigma de Estado e de Direito (FERNANDES, 2012, p.285), contudo, a pesquisa nesse artigo focará tão somente em algumas características marcantes decorrentes desse princípio essenciais a discussão do impeachment.

Marcelo Novelino explica essa União tendo a Constituição como elemento do Estado de Direito (ou Estado Constitucional) e o princípio da soberania popular como elemento da Democracia (NOVELINO, 2012, p.371-372).

O autor explica que a ideia de Estado de Direito está ligada as ideias de supremacia da Constituição e efetividade dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2012, p.371). A ideia de supremacia da Constituição garante inclusive o que se chama de poder contra-majoritário exercido no controle de constitucionalidade pelo STF. Essa ideia é essencial para a discussão do instituto do *recall* e da efetividade dos direitos fundamentais (a isonomia dos indivíduos é fundamental a possibilidade/necessidade de responsabilização dos agentes políticos).

Já com relação ao Estado Democrático o autor chama atenção para a ampliação do conceito meramente formal de democracia, que abrange tão somente mecanismos de participação popular no governo, para a adoção de um conceito substancial que reconhece a força normativa e vinculante dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2012, p.372).

É necessário salientar que Marcelo Novelino indica o princípio da soberania popular como um dos elementos estruturantes dessa união entre Estado de Direito e Estado Democrático (NOVELINO, 2012, p.371). Logo em seguida o autor traça alguns mecanismos existentes na CR/88 de participação indireta e direta da população na fiscalização e formação de vontade do governo, são eles: possibilidade de votar e ser votado (art. 14), plebiscito, referendo, iniciativa popular de leis (art. 14, I a III) e ação popular (art. 5º, LXXIII). Nota-se que não há qualquer menção ao instrumento do *recall*.

Bernardo Gonçalves Fernandes, por sua vez, traça um histórico do Estado de Direito. Primeiro, fala sobre o *Rechtsstat* originário da Prússia que idealizou a impessoalidade do poder político. Posteriormente fala sobre a *Magna Carta* inglesa de 1215 que traz uma ideia de limitação ao arbítrio dos reis já que o Estado deve se submeter a procedimentos legais previamente fixados. O autor cita ainda a noção norte-americana de *always under Law* em que todos os indivíduos, inclusive o Estado, se submetem a lei. Por fim traz a expressão francesa do *État legal* que designa uma ordem hierárquica de normas consagrando direitos aos homens/cidadãos (FERNANDES, 2012, p. 286-288).

Nota-se que o autor chama atenção para o movimento de retirada do poder das mãos dos homens para as letras da lei, assim, o Estado de Direito é exatamente uma ideia de limitação da atuação estatal. Primeiro com a instituição de direitos negativos, de não interferência do Estado na esfera do indivíduo e, posteriormente, com a instituição de direitos positivos, de prestação estatal a fim de atingir uma igualdade material.

Já com relação à Democracia o autor salienta que a ideia atual passa não só pela possibilidade de escolha dos atores políticos, mas ainda numa proteção constitucional que afirma: a supremacia da Constituição; a existência de direitos fundamentais; legalidade das ações estatais; sistema de garantias jurídicas e processuais (FERNANDES, 2012, p.288).

Bernardo Gonçalves Fernandes afirma ainda que a Constituição de 1988 criou uma figura de democracia semidireta, posto que trouxe instrumentos de participação popular indireta e direta. O autor afirma que a ideia é criar condições para o desenvolvimento de uma cidadania plena e inclusiva (FERNANDES, 2012, p.289).

Conclui-se que o princípio do Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito possibilita uma ideia essencial à discussão sobre o *impeachment*: o da possibilidade de responsabilização dos agentes políticos por seus atos. A isonomia garante que todos os indivíduos sejam aritmeticamente iguais, assim, não há possibilidade de diferença qualitativa entre governante e governado que possibilitaria uma irresponsabilidade. Essa garantia de responsabilização está aliada a ideia de soberania popular da democracia, já que é o povo o titular da soberania e não a pessoa do governante, e a ideia do Estado de Direito, posto que o governante não age arbitrariamente de acordo com a sua vontade, mas sim de acordo com a lei.

2.2. Prerrogativas e imunidades

Antes da análise da responsabilização do Chefe do Executivo é necessário trazer as suas prerrogativas e imunidades. É necessário ressaltar que essa pesquisa não irá problematizar esses institutos, ou seja, não se irá discutir o seu caráter de prerrogativa ou privilégio, mas sim, adotar o entendimento majoritário sobre prerrogativas⁵.

A Constituição de 1988 traz em seu art. 86 as seguintes imunidades ao Presidente da República: imunidade formal, imunidade material e foro por prerrogativa de função.

A imunidade formal se relaciona ao processo e à prisão. O §3º do dispositivo afirma que enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns o Presidente não poderá ser preso. Já com relação ao processo o texto constitucional exigiu uma autorização da Câmara dos Deputados para o prosseguimento do processo, tanto em infrações penais comuns como em crimes de responsabilidade.

5 Sob essa ótica é uma distinção legal que está de acordo com o princípio da igualdade material. Há um tratamento desigual para pessoas que se encontram em situações distintas e são diferenças em razão do cargo e não da pessoa.

6 Conforme o Inquérito nº. 62/DF.

A imunidade material traz a chamada cláusula de irresponsabilidade penal relativa (art.86, §4º). Por esse dispositivo o Presidente na vigência de seu mandato não pode ser responsabilizado por atos delituosos praticados antes do início do mandato e, no exercício, do mandato só será responsabilizado por atos em razão de sua função. É necessário ressaltar que a jurisprudência do STF indica que o Chefe do Executivo da União responde por atos de outras esferas que não penal (cível, administrativa, fiscal e tributária)⁶.

Já com relação ao foro por prerrogativa de função o caput do art. 86 combinado com os artigos 102, I, "b" e 52, I da Constituição de 1988 determinam o STF como responsável pelo processamento e julgamento do Presidente em caso de crimes comuns e o Senado Federal para os casos de crimes de responsabilidade. Logo, o *impeachment* ocorre no Senado Federal, após autorização da Câmara dos Deputados.

2.3. Crimes comuns

Com relação aos crimes comuns (que não são o objeto dessa pesquisa), cabe salientar que o STF⁷ e a doutrina⁸ já definiram como sendo qualquer infração penal (incluindo delitos eleitorais e contravenções penais, por exemplo).

É necessário salientar que o STF ao receber o inquérito irá analisar a irresponsabilidade penal relativa, ou seja, verificará se o ato foi praticado em razão da função ou não.

Caso o ato não tenha relação com as funções do Presidente ou tenha sido praticado antes do início do mandato, o ministro-relator irá determinar a irresponsabilidade penal temporária do Presidente, ocorrendo à suspensão da prescrição. Caso o ato tenha relação com as funções (praticado *in officio* ou em razão do *officio*) ele dará prosseguimento ao procedimento (FERNANDES, 2012, p. 903).

Nota-se que há uma garantia da responsabilização penal (mesmo que posteriormente) e é com base nesse fundamento que a doutrina majoritária entende que as imunidades tratam-se de prerrogativas e não privilégios.

2.4. Crimes de responsabilidade

2.4.1. Conceito

Os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente da República e definida em legislação federal. Atualmente é a lei 1.079/50 a responsável pela tipificação das condutas tidas como infrações pelo art. 85 da Constituição de 1988.

O primeiro cuidado com relação à conceituação dos crimes de responsabilidade é sobre o termo "crime". Alguns autores afirmam que o texto constitucional foi incorreto tecnicamente, já que crimes são ilícitos punidos com a restrição ao direito de liberdade (prisão), o que não é o caso uma vez que as punições são político-administrativas (COSTA, 2000, p.5). A lei 1.079/50 dispõe em seu artigo 2º que os crimes de responsabilidade são punidos com: pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública. Logo, não há qualquer punição com pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, não se trata de uma punição no âmbito penal. A própria leitura do artigo 85 deixa evidente que se trata de uma infração político-administrativa, já que a Constituição optou pelo julgamento dos crimes comuns no STF e dos crimes de responsabilidade no Senado Federal.

O segundo ponto relevante é que o rol do artigo 85 é meramente exemplificativo, ou seja, é possível a tipificação de outras condutas como crimes de responsabilidade.

2.4.2. Crimes de responsabilidade em espécie

Nesse segundo momento é necessário analisar quais os crimes de responsabilidade previstos na Constituição e na lei 1.079/50 para definir se há possibilidade ou não do impeachment.

O dispositivo constitucional afirma que são infrações de responsabilidade os atos do Chefe do Executivo que atentem contra a Constituição e especialmente, contra: a) a existência da União; b) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; d) a segurança interna do País; e) a probidade na administração; e) a lei orçamentária; f) o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

As infrações contra a existência da União abrangem três aspectos: I) a preservação do Estado brasileiro como entidade soberana, isto é, independente, não subordinada a qualquer outro país. Logo para atentar contra a União nesse aspecto o Presidente deverá se subordinar a um estado estrangeiro; II) proteção da União como um ente federal, ou seja, não se pode atentar contra a independência dos entes federativos; III) proteção à integridade do território nacional (GALLO, 1992, p.53).

As infrações contra o livre exercício das funções legislativa, judiciária e do Ministério Público visam preservar o princípio da separação de poderes do artigo 2º da Constituição de 1988. Esse princípio, como dito anteriormente, está ligado à ideia do movimento constitucional de limitação dos poderes do Estado. Logo, existiria infração sujeita a impeachment se o Chefe do Executivo violasse a independência dessas instituições.

A lei 1.079/50 traz, exemplificativamente, as possíveis infrações contra a liberdade das funções estatais e do Ministério Público: 1) tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras;

7 RTJ 33/590, HC 69.344-RJ, RTJ 63/1, Pet. 673-RJ. Inq. 496-DF.

8 Fernandes (2012, p. 903); Moraes (2008, p.489).

2) usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagí-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção; 3) violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas dos Estados, da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e das Câmaras Municipais; 4) permitir que força estrangeira transite pelo território do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional; 5) opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; 6) usar de violência ou ameaça, para constranger juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício; 7) praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo; 8) intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais.

As infrações que atentem contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais visam proteger os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional. Esse dispositivo visa proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. É necessário ressaltar que, segundo a doutrina majoritária, os direitos fundamentais não se restringem ao artigo 5º da Constituição (direitos individuais e coletivos) e, nem mesmo, ao título II da Constituição. (FERNANDES, 2012, p.310-318; MENDES; INOCÊNCIO, 2009, p.303-305; NOVELINO, 2012, p.406. A própria Constituição dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição⁹.

Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martins (2009, p. 304), por exemplo, afirmam que a doutrina pátria adotou um sistema aberto dos direitos fundamentais, ou seja, não se pode considerar como taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no título II da Constituição. Bernardo Gonçalves (2012, p.311) cita essa amplitude dos direitos fundamentais e a ainda cita alguns dispositivos fora desse título que já foram reconhecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Já Marcelo Novelino (2012, p. 406) afirma que esse título traz de forma mais concentrada, mas não exclui outros previstos em outros dispositivos.

É necessário lembrar que os direitos fundamentais surgem, num primeiro momento, para proteger os indivíduos do Estado, num aspecto negativo, de não interferência. Logo, a previsão dessa interferência como crime de responsabilidade sujeita a *impeachment* é uma forma de proteção dos indivíduos frente à atuação estatal.

A lei 1.079/50 traz alguns exemplos dessas infrações em seu artigo 7º: 1) impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto; 2) obstar ao livre exercício das funções dos mesários eleitorais; 3) violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirar de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material; 4) utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral; 5) servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua; 6) subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social; 7) incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina; 8) provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis; 9) violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição; 10) tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

O texto constitucional protege ainda a segurança interna do país. A segurança interna se traduz no respeito à ordem pública, no acatamento aos seus preceitos, à determinação do Executivo em fazer cumprir as leis do Estado (GALLO, 1992, p. 57). A lei 1.079/50 traz algumas infrações contra a segurança interna do país em seu artigo 8º: 1) tentar mudar por violência a forma de governo da República; 2) tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município; 3) decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa; 4) praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal; 5) não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes; 6) ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional; 7) permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública; 8) deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento.

Há disposição constitucional que protege a lei orçamentária. O orçamento significa a concretização do projeto político do governo com um plano de governo (GALLO, 1992, p.60). Logo, a possibilidade de impeachment do Presidente da República se deve a uma tentativa de proteger o próprio processo político. Quando os indivíduos elegem um determinado candidato estão escolhendo um determinado projeto político, assim, uma ofensa a essa projeto seria uma ofensa à própria representação e, conseqüentemente, a soberania popular.

A lei 1.079/50 prevê algumas condutas específicas, são elas: 1) Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; 2) Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3) Realizar o estorno de verbas; 4) Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária; 5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; 8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou

⁹Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

postergação de dívida contraída anteriormente; 10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; 11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; 12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

O inciso VII do artigo 5º protege o cumprimento das leis e decisões judiciais. Assim, como na proteção das funções estatais (judiciário, legislativo e executivo) esse dispositivo visa proteger o princípio da separação de poderes. O descumprimento de uma lei ou uma decisão judicial seria uma ofensa às funções legislativa e judiciária. O executivo estaria ultrapassando as suas funções estatais, ofendendo às leis e à Constituição.

Carlos Alberto Provenciano Gallo explica que esse dispositivo resguarda o acatamento à Constituição, às instituições e às leis de abusos do Chefe do Executivo. Há uma rigorosa delimitação na área de atuação do executivo (p.61). Como advertiu Rui Barbosa toda vez que o Executivo, seja qual for o motivo alegado, nega obediência a uma decisão judicial definitiva incorrerá em quebra formal da Constituição (p. 41).

O art. 12 da lei 1.079/50 traz exemplificativamente as seguintes infrações: 1) impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2) Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; 3) deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; 4) Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

A legislação especial sobre o impeachment traz ainda a possibilidade de infrações relacionadas à guarda e legal emprego dos dinheiros públicos. Considerando que o rol do artigo 85 da Constituição é meramente exemplificativo não há qualquer problema nessa previsão infraconstitucional. Essa previsão vem no artigo 11: 1) ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas; 2) Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais; 3) Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal; 4) alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal; 5) negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

Por fim, em cumprimento ao inciso V do artigo 85 a lei 1.079 disciplina em seu artigo 9º sobre as infrações político-administrativas contra a probidade administrativa. São eles: 1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2) não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6) Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

O objetivo desse dispositivo é de possibilitar a punição do Chefe do Executivo quando o mesmo ofender a probidade administrativa no exercício da função típica do executivo de administrar a coisa pública.

É interessante notar que o item 2 do artigo 9º deixa clara a necessidade de prestação de contas do Chefe do Executivo ao Congresso Nacional o que evidencia a ausência de irresponsabilidade do mesmo. Nota-se claramente que há uma submissão dos agentes políticos à Constituição.

3. DIREITO DE REVOGAÇÃO DO MANDATO

Para se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade ou não do impeachment, há que se diferenciar a responsabilização da revogação do mandato do Chefe do Executivo.

Como trabalhado anteriormente, nota-se que num Estado Democrático de Direito não há que se falar em irresponsabilidade dos agentes políticos. Há ainda que se diferenciar a responsabilização penal da político-administrativa. No caso brasileiro a Constituição prevê as duas responsabilizações, sendo que o *impeachment* se refere à responsabilização político-administrativa.

Contudo, é necessário diferenciar a responsabilização da possibilidade de revogação do mandato. Na responsabilização o agente político comete algum ato que por ser contrário à lei enseja numa responsabilização. Caso se esteja diante de uma lei penal com previsão de pena privativa de liberdade há o cometimento de um crime, já diante da previsão de uma lei político-administrativa há a possibilidade da punição com: pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública. Nota-se que o *impeachment* é apenas uma das possíveis sanções ao Chefe do Executivo que pratique um fato que se enquadra num dos dispositivos previstos na Constituição e na lei 1.079/50.

Sendo assim, é necessário salientar que o instituto do *impeachment* não é utilizado para destituição do Chefe do Executivo de seu cargo por insatisfação popular. Para tal *mister* há o chamado direito de revogação.

O direito de revogação é um mecanismo excepcional existente em algumas democracias semi-diretas em que o povo (BONAVIDES, 2014, p.313) ou uma fração do corpo político (SOARES, 2011, p. 252) pode retirar o mandato eletivo de um funcionário, parlamentar ou magistrado antes da expiração do prazo legal.

Nota-se que o direito de revogação é um instrumento de democracia direta, podendo ser utilizados nesse tipo de democracia ou então nas chamadas democracias semi-diretas (aquelas em que se tem uma democracia indireta com instrumentos de democracia direta).

10 Paulo Bonavides (2014, p.313) cita apenas duas modalidades: recall e o Abberufungsrecht; já Mario Lúcio Quintão Soares (2011, p.252) afirma existir ainda a modalidade chamada de mandato imperativo.

O direito de revogação tem três modalidades:¹⁰ *recall*; mandato imperativo e *abberufungsrecht*.

O *recall* é uma forma de revogação individual que permite a destituição do mandato de parlamentares ou magistrados pelo seu eleitorado (SOARES, 2011, p.252). O povo, como titular do poder soberano, pode se assim o acha devido retirar o mandato desses agentes políticos por falta de decoro ou mesmo por falta de correspondência entre às expectativas no ato de representação.

Paulo Bonavides afirma que o *recall* pode ser utilizado pelo eleitorado para destituir esses agentes políticos cujo comportamento não lhe esteja agradando, seja qual for o comportamento adotado pelo funcionário (BONAVIDES, 2014, p. 313).

A doutrina afirma que esse instituto é muito utilizado na Suíça e nos Estados Unidos da América e era previsto no artigo 71 da Constituição de Weimar. Nos EUA não há a previsão desse instituto na esfera federal, existindo a sua previsão na esfera estadual e municipal. Ele existe em 12 estados-membros em cerca de mil municípios (SOARES, 2011, p.352; BONAVIDES, 2014, p.313-314).¹¹

O instituto do *recall* geralmente prevê que um número determinado de cidadãos formule petição assinada contra o agente político em que não há mais confiança popular pedindo a sua destituição. Decorrido certo prazo sem que se efetive a demissão faz-se votação da petição. Interessante notar que é possível que nessa nova votação exista a concorrência de outros candidatos que não o sujeito ao *recall*. Logo, caso seja aprovada a petição o agente é destituído do cargo e caso seja rejeitada o agente permanece no cargo (BONAVIDES, 2014, p. 314).

Interessante notar que o *recall* é utilizado também para os magistrados e até mesmo para as decisões judiciais. As constituições do Oregon e da Califórnia, por exemplo, tem essa previsão. O *recall* no Judiciário é um tema extremamente controverso. De um lado, há àqueles que são contrários a esse direito de revogação por entender que existiria ofensa à independência dos juizes. Por outro lado, há àqueles que entendem que da mesma forma que se dá ao povo o poder de revogação de administradores ruins (no âmbito do Executivo) e de legisladores ruins há que se conceder essa revogação no judiciário. O intuito seria evitar que o judiciário interferisse, por exemplo, no sentimento de reforma e processo social na declaração da constitucionalidade de leis (BONAVIDES, 2014, p. 315).

O mandato imperativo também é uma forma de revogação individual, mas que tem como destinatários os parlamentares¹². Esse instituto possibilita a destituição dos cargos dos parlamentares que não satisfaçam, ideologicamente, ao seu eleitorado, ao qual devem prestar contas de seu mandato. Esse instituto foi adotado na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (SOARES, 2011, p. 252).

Já o *abberufungsrecht* é uma forma de revogação coletiva que resulta da cassação de toda uma assembleia (SOARES, 2011, p. 253). A ideia não é a de cassar o mandato de um determinado indivíduo, mas sim de vários representantes.

Segundo Paulo Bonavides nesse instituto há o requerimento de dissolução de uma assembleia por determinada parcela do corpo eleitoral em virtude de um decréscimo de confiança popular nesses representantes (BONAVIDES, 2014, p. 316). A ideia é que caso exista essa crise de representatividade o povo como poder soberano poderia destituir todo o colegiado de parlamentares elegendo outros para o seu lugar. Esse instituto é adotado em sete cantões e um semicantão da Suíça (BONAVIDES, 2014, p. 316).

A Constituição de 1988 fez a opção política de instituir uma democracia semidireta, ou seja, uma democracia, em regra, indireta com a previsão de alguns mecanismos de democracia direta. Há a previsão constitucional da possibilidade de eleição dos representantes políticos (mecanismo de democracia indireta) e a adoção de alguns instrumentos de democracia semidireta (art. 5º, LXXIII e 14 da Constituição de 1988¹³): plebiscito, referendo, iniciativa popular de leis e ação popular¹⁴. Nota-se que o constituinte não optou por instituir o direito de revogação, que é uma das espécies de instrumentos de democracia direta.

Logo, para a análise de qualquer caso concreto é necessário salientar que o constituinte não possibilitou a revogação do mandato pelo povo. A inexistência desse mecanismo não desnatura a definição do Estado brasileiro como sendo democrático, até porque uma das formas de exercício dessa democracia é realizada por meio indireto.

Aliás, alguns teóricos, afirmam que na sociedade moderna a adoção de uma democracia direta seria impossível dada a complexidade das democracias constitucionais. Mário Lúcio Soares Quintão ao conceituar a democracia indireta cita José Gomes Canotilho, Georges Burdeau, Paulo Bonavides; para esclarecer a necessidade de uma democracia indireta. O autor traz como fatores que favorecem esse tipo de democracia: complexidade da sociedade moderna; vasto território; densa população; impossibilidade de captação direta da vontade política de todos os cidadãos em todos os momentos; a impossibilidade do homem moderno mergulhado em sua labuta cotidiana se dedicar tão somente às atividades políticas; dentre outras (SOARES, 2011, p. 249).

Essa pesquisa não irá se dedicar a esse assunto, já que haveria uma mudança no objeto de pesquisa e também porque há uma con-

¹¹ Na esfera estadual apenas o governador do Oregon em 1821 foi destituído pelo recall.

¹² Paulo Bonavides (2014) incluiu a possibilidade de destituição do mandato dos parlamentares no instituto do recall.

¹³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁵ Acessado em 09/05/15 em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/df-e-estados-tem-atos-contra-o-governo-dilma-e-corrupcao.html>

¹⁶ Acessado em 09/05/15 em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/atos-no-dia-12-convocacao-e-mais-sofisticada-que-em-marco,ebc64fc71df9c410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>

ceituação teórica majoritária de que o nosso texto constitucional optou pela democracia semidireta.

Contudo, para a análise da possibilidade do impeachment, objeto da pesquisa, é necessário salientar que a Constituição de 1988 optou por não adotar o direito de revogação, sendo assim, no Brasil não há possibilidade da revogação do mandato do parlamentar por petição popular. É necessário ressaltar que o Chefe do Executivo pode perder o seu mandato, mas, em virtude de crime penal ou infração político-administrativa.

4. MANIFESTAÇÕES DE 12/04/2015 FAVORÁVEIS AO IMPEACHMENT

Em 12/04/2015 aconteceram diversas manifestações populares pedindo o *impeachment* da atual Chefe do Executivo. Como tais manifestações ocorreram no âmbito de reuniões populares, esse trabalho optou por levantar junto à imprensa escrita quais poderiam ser os objetos desse *impeachment* para verificar em abstrato se seria possível ou não utilizar esse instrumento.

De uma forma geral a pauta das manifestações populares, segundo alguns veículos de imprensa (Globo¹⁵, Terra¹⁶, Veja, Carta Capital¹⁷, UOL¹⁸), são pelo *impeachment* do Chefe do Executivo e por uma reforma política. É difícil visualizar cientificamente quais as razões da responsabilização por meio do *impeachment* angariadas pelos movimentos populares, contudo, algumas organizações “dividiram” a organização dessas manifestações, razão pela qual analisaremos os fundamentos elencados por esses movimentos.

A imprensa escrita¹⁹, em geral, veiculou a organização das manifestações aos movimentos: movimento vem pra rua²⁰, movimento Brasil livre²¹ e movimento revoltados online²².

O movimento vem pra rua cita que suas reivindicações são as seguintes: 1) Cassação, Renúncia ou Impeachment; 2) Fim do Foro de São Paulo; 3) Absoluta Transparência nas Operações do BNDES; 4) Proteção da Operação Lava-Jato²³. Nota-se que apesar de existir o pedido de *impeachment* há uma confusão entre esse instituto e a renúncia ou cassação e que na lista há um fato determinado que possa ser, em tese, objeto de *impeachment*: a denominada operação lava-jato²⁴.

O movimento Brasil livre, por sua vez, informa em sua página oficial que o movimento busca: 1) Imprensa livre; 2) liberdade econômica; 3) separação de poderes; 4) eleições livres e idôneas; 5) fim dos subsídios diretos e indiretos a ditaduras²⁵. Nota-se que numa análise preliminar o movimento não é voltado necessariamente para o *impeachment* ou a revogação do mandato do Chefe do Executivo, contudo, o movimento apresenta-se como organizador da manifestação popular do dia 15/04/2015 sobre: 1) investigação do Petrolão; 2) liberdade de imprensa; e, 3) fim do subsídio a ditaduras. Sendo assim, em tese, há um fato determinado que poderia ser objeto do *impeachment*: a investigação na Petrobras (denominada operação lava-jato).

Já o movimento revoltados online tem uma pauta que inclui diversos pontos. De uma forma geral a pauta do movimento é pelo combate à corrupção, contudo, há algumas reivindicações específicas como: aprovação de projeto de lei popular que criminaliza a corrupção; instauração de CPI sobre a copa do mundo realizada no Brasil em 2014; Reforma tributária; Reforma política (incluindo limitação de máximo de mandatos, por exemplo)²⁶, fim do senado federal e das assembleias legislativas estaduais²⁷, dentre outras. Nos vídeos e textos postados no site desse movimento há diversas manifestações contrárias ao Partido dos Trabalhadores e do atual Presidente.

Logo, de uma forma geral esses movimentos incluem em suas reivindicações o *impeachment* do Chefe do Executivo. De forma geral o pedido se deve a uma má gestão e aos escândalos do Petrobras investigados na denominada operação “lava-jato²⁸”. Essa operação é uma investigação da Polícia Federal que se iniciou de forma ostensiva em 17/3/2014 com o cumprimento de diversos mandados de busca e apreensão e efetuação de diversas prisões. O objeto dessa investigação é apurar um esquema de lavagem de dinheiro que envolveria alguns partidos políticos, lobistas e diretores de empresas.

Essa investigação deu ensejo a algumas denúncias pelo Ministério Público Federal e a determinação pelo Supremo Tribunal Federal de outras investigações envolvendo alguns parlamentares e ex-parlamentares.

Como o objeto da pesquisa é o *impeachment*, ou seja, uma infração político-administrativa que sujeita o Chefe do Executivo a algumas punições, dentre elas a perda do cargo, é necessário verificar se há algum fato que se adéqua a uma das condutas da lei 1.079/50 que poderiam ensejar tal punição.

17 Acessado em 09/05/15 em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/dilma-enfrenta-novos-protestos-neste-domingo-12-4756.html>

18 Acessado em 09/05/15 em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/04/12/protestos-contra-dilma-ocorrem-no-df-e-em-6-estados.htm>

19 Links citados anteriormente.

20 Acessado em 09/05/15 em: <http://vempraru.org/o-manifesto/>

21 Acessado em 09/05/15 em: <http://www.movimentobrasilivre.org/>

22 Acessado em 09/05/15 na comunidade da rede social facebook: Revoltados ON LINE

23 Acessado em 09/05/15 em: <http://vempraru.org/o-manifesto/>

24 Acessado em 09/05/15 em: <http://vempraru.org/o-manifesto/>

25 Acessado em 09/05/15 em <http://www.movimentobrasilivre.org/#!manifesto/c1k0w>

26 Tópico: “reivindicações dos movimentos de combate a corrupção” acessado na página da rede social facebook do movimento.

27 Tópico: “um milhão de pessoas na avenida paulista pela demissão de toda a classe política” acessado na página da rede social facebook do movimento.

28 Acessado em 09/05/15 em: <http://www.lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf>

Nota-se que nas investigações já concluídas e nas denúncias não há imputação de nenhuma conduta ao atual Chefe do Executivo. Sendo assim, não há que se falar no *impeachment* enquanto não houver a adequação de uma conduta do Presidente a um dos dispositivos da lei 1.079/50.

É necessário salientar que caso haja a comprovação de algum fato envolvendo o Chefe do Executivo, seja omissivo ou comissivo, que se adéqua a um dos dispositivos da lei 1.079/50 seria possível o processo de *impeachment*.

5. CONCLUSÃO

Diante da revisão bibliográfica sobre as hipóteses de perda do mandato do Chefe do Executivo conclui-se que no Brasil não há possibilidade de revogação do mandato, mas tão somente de responsabilização em virtude de crime ou infração político-administrativa.

Logo, para verificar ser possível o *impeachment* de um Chefe do Executivo é necessário que esse agente político atue, comissivamente ou omissivamente, em um fato determinado que enseje o enquadramento em uma das hipóteses da lei 1.079/50.

Nota-se ainda que entre os movimentos populares há uma confusão do instituto do *impeachment* e o *recall*. Essa confusão fica evidente quando se percebe que as manifestações são pela revogação do mandato por um sentimento de descontentamento com a representação e/ou confusão pelo entendimento geral de que a partir do momento que houve investigações que evidenciam possíveis fatos de corrupção tendo como um dos participantes o partido do atual Chefe do Executivo.

Sendo assim, conclui-se que não é possível a instituição do *impeachment* do Chefe do Executivo até o momento, posto que não há comprovação de fatos que se adéquam com os dispositivos da lei 1.079/50. Conclui-se ainda que não é possível a instituição do *recall*, uma vez não há esse instrumento de participação popular na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, *lei 1.059*. Brasília: Senado, 1950.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

COSTA, José Rubens. *Infrações político-administrativas e impeachment: conceito, direito de defesa e controle do judiciário*. Rio de Janeiro, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Crimes de Responsabilidade: do impeachment*. Rio de Janeiro, 1992.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Recebido em: 19/12/2015

Aprovado em: 22/02/2016

O SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO E A DEMOCRACIA: Um estudo sobre o número de partidos políticos

PARTIES SYSTEM AND DEMOCRACY: A study on the number of political parties

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ ¹
THÁIS MUDADU CARMONA MACHADO ²

RESUMO: O Brasil, desde as manifestações de 2013, vive um momento único na política, em que valores e ideais são novamente debatidos, compreendidos. A democracia representativa é um item nessa agenda, mais especificamente na discussão da reforma política. O presente artigo visa, assim, estudar esse tema, buscando verificar a validade da hipótese de que é possível estudar, juridicamente, a tese de diminuição do número de siglas partidárias no sistema brasileiro contemporâneo. No que diz respeito à metodologia, o trabalho é dividido em três partes. A primeira é a introdução, apresentando o tema proposto. Em seguida, tem-se a análise da possibilidade de redução do número de partidos políticos sob a ótica do controle de constitucionalidade, compreendendo se essa hipótese de diminuição de siglas seria possível no âmbito constitucional; há, aqui, um estudo jurisprudencial do STF sobre o tema. Como último tópico, tem-se a conclusão, que resgata a tese e a hipótese e fecha a linha de raciocínio com os resultados da pesquisa realizada neste trabalho. Dessa forma, afirma-se que a hipótese foi verificada, pois observou-se que o caso não ensejaria a atuação do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Democracia. Direito Constitucional. Poliarquia.

ABSTRACT: Brazil, since the upheaval of 2013, is experiencing a unique moment in politics, when values and ideals are being once again debated, understood. Representative democracy is an item on this agenda, specifically in the political reform discussion. This article, therefore, aims to study this issue, in order to verify the validity of the hypothesis that it is possible, judicially, to study the decrease in the number of political parties in the contemporary Brazilian system. Regarding the methodology, the paper is divided into three parts. The first is the introduction, presenting the theme. Then there is the analysis about the possibility of reducing the number of political parties from the perspective of judicial review, including whether this hypothesis of parties decrease would be possible within the constitutional framework; then, there is a case study of the Supreme Court on the subject. As a last topic, there's the conclusion, which talks again about the thesis and the hypothesis and finishes with the results of research made in this project. Thus, the hypothesis was verified because it was observed that the case would not need a judicial review.

Keywords: Constitutional Law. Democracy. Judicial Review. Polyarchy.

1 Pós-Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador da República do Ministério Público Federal. E-mail: alvaro.sc@terra.com.br

2 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora de Iniciação Científica no Projeto República na Universidade Federal de Minas Gerais e no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: thais.mcm@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui 35 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015). À primeira vista, tal quantidade parece caracterizar uma plenitude democrática³ brasileira, ao se entender que, quanto mais partidos políticos, maior é a participação do povo nas questões governamentais. Considerando o Brasil, de extensão territorial de 8.515.767,049 km² (IBGE, 2015) e com uma população que chega a 204.933.550 (IBGE, 2015) habitantes, essa afirmação aparenta ser de fato verdadeira, pois cada partido representaria mais de seis milhões de pessoas cada.

Todavia, as diversas manifestações iniciadas em 27 de março de 2013, e que tiveram seu ápice no mês de junho do mesmo ano, demonstraram que há uma desarmonia entre Estado e povo. Elas começaram por causa do aumento do preço das passagens de ônibus e se intensificaram com o repúdio à repressão policial que estava sendo empregada nesses eventos.

Em pouco tempo, as manifestações se espalharam pelo Brasil e passaram a envolver reivindicações como menos gastos com a Copa do Mundo de 2014, promovida pela Federação Internacional de Futebol (FIFA)⁴, combate à corrupção, melhoria nos serviços de saúde e educação e realização de uma reforma política. Este último tópico, assim, se mostra particularmente interessante, pois, em um primeiro momento, não se referia a uma reforma específica.

O desejo dos envolvidos nas manifestações de 2013 era mudar a conjuntura política brasileira. Não havia, porém, um projeto de mudança definido, o que abriu espaço tanto para discussões democráticas quanto para a retomada de discursos autoritários. Se uns lutavam para tornar a democracia mais participativa, com um maior número de plebiscitos e o fim do voto proporcional – utilizado nas eleições de deputados e senadores –, outros iam às ruas exigir o retorno da Ditadura Militar.

O resultado foi uma série de projetos de lei e de emendas constitucionais proposta pelo Poder Legislativo no ano que se seguiu, bem como a retomada de outros que estavam parados no Congresso Nacional. Desse modo, os projetos refletiram, no Legislativo, o ocorrido nas ruas: ideias divergentes e, não raras vezes, opostas. Se antes já havia a discussão sobre a existência dos partidos políticos e sua quantidade no Brasil, a partir das manifestações ela ganhou caráter ainda mais fundamental.

Ilustra bem essa situação a pesquisa realizada pela agência Hello Research sobre a posição política dos brasileiros. Divulgada no dia 17 de junho de 2015, ela informa que aproximadamente 40% dos entrevistados – que, no total, chegaram a mil pessoas, de 70 cidades, de todas as regiões do Brasil – não possuem uma posição ideológica definida, ou seja, não se definem como sendo de esquerda, direita ou centro (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015). Ainda assim, dentre as várias constatações da pesquisa, a que mais impressiona é a de que 67% dos entrevistados não têm preferência por nenhum partido político brasileiro, bem como 64% afirmam não ter simpatia por partido algum.

Nesse sentido, o presente artigo visa estudar a hipótese de que o debate acerca da redução partidária é possível não só no âmbito social, fato este demonstrado pelos discursos trazidos pelas manifestações supramencionadas, mas também no âmbito jurídico. Pretende-se, portanto, trazer a evolução do tema no Judiciário brasileiro, bem como analisá-la e se obter uma resposta à hipótese em questão.

2. REDUÇÃO DO NÚMERO DE PARTIDOS POLÍTICOS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. (In)existência de cláusula pétrea

Para se estudar a redução do número de partidos, faz-se necessário realizar um paralelo entre esse tema e o controle de constitucionalidade. Isso porque o debate sobre a possibilidade ou não da redução do número de siglas envolve, inevitavelmente, a área do Direito Constitucional.

Assim, surge o questionamento sobre a existência de cláusulas pétreas ou outras normas da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) relativas ao assunto que impeçam seu debate de modo efetivo. Em outras palavras, deve-se verificar a constitucionalidade, ou não, da discussão em questão e conferir se esse assunto já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), fato que tornaria esta monografia vazia, sem objetivos reais em relação à contribuição para com a sociedade e a comunidade científica.

Dessa forma, é preciso, em um primeiro momento, conceituar o termo “cláusula pétrea”. Este significa um “dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC).” (SENADO FEDERAL, 2015). Trata-se, portanto, de um instituto fundamental no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito e à cidadania, sendo objeto de cuidado especial por parte da CRFB. Tal situação é decorrência da necessidade de se preservar valores democráticos de alterações, buscando romper, de vez, com o passado ditatorial vivido pelo Brasil na segunda metade do século XX.

John Rawls, ao estudar o assunto, entendeu que existiriam conteúdos fundamentais na Constituição, os chamados “elementos cons-

3 Para uma melhor compreensão do texto, o termo “democracia” deve ser entendido como, nas palavras de Robert Dahl, um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.” (DAHL, 2012, p.25-26), fazendo jus à etimologia da palavra destacada, do grego, “demokratía”, governo (-kratía) do povo (demo-) (PRIBERAM DICIONÁRIO, 2015). Assim, o sistema brasileiro não se classifica como uma democracia, mas como uma poliarquia.

4 Do francês, Fédération Internationale de Football Association.

titucionais essenciais” (SARLET, 2013, p. 41), que estariam designados nas cláusulas pétreas. Ressalta-se, porém, que essa imposição não foi uma inovação trazida com a última Constituição, já estando presente no sistema jurídico brasileiro há quase duzentos anos. Como bem afirma Sarlet,

No caso do sistema constitucional brasileiro, a previsão de limites à reforma constitucional se faz presente desde a Constituição Imperial de 1824, que, ainda que enquadrada na categoria de uma constituição semi-rígida (sic), estipulava um quórum qualificado para a alteração de algumas matérias específicas da Constituição. (SARLET, 2013, p. 40)

Nesse sentido, são cláusulas pétreas, de acordo com o art. 60, da CRFB, “I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988). Verifica-se, aqui, que não há nenhuma cláusula pétrea que trate da quantidade de partidos políticos, tampouco da possibilidade de redução ou aumento desta.

No art. 1º do mesmo dispositivo, por sua vez, há um inciso que envolve o tema. Isso porque o Estado Democrático de Direito brasileiro, consagrou, na CRFB de 1988, o princípio do pluralismo político, ou seja, houve o entendimento de que deve ser defendida a existência de mais de um partido político. Entretanto, não há uma determinação específica do número mínimo de partidos políticos que se deve ter; afirma o texto apenas que a República Federativa do Brasil tem como base “I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.” (BRASIL, 1988).

Além disso, é possível, de forma interdisciplinar, fazer uma análise mais ampla do tema, buscando-se a etimologia do prefixo “pluri”. Este, originado do latim (“plus”), significa muitos, vários. Difere-se, portanto, do prefixo “bi”, que diz respeito a apenas duas unidades. Aplicando esse breve estudo linguístico ao caso em questão, tem-se a fundamental diferença entre o bipartidarismo, modelo adotado, por exemplo, na Ditadura Militar – cujos partidos eram a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que representava o poder, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido da oposição –, e o pluripartidarismo, defendido pela Constituição de 1988.

No art. 17, da CRFB, em contrapartida, observam-se determinações mais claras sobre o assunto:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o *pluripartidarismo*, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. (Grifos nossos). (BRASIL, 1988).

Após a análise desses dispositivos legais, é possível perceber que o pluripartidarismo não é descrito como cláusula pétrea, existindo apenas como um direito a ser defendido, mas que não se comporta como imutável. Isso é de suma importância, pois significa que esta norma admite alteração a partir de emenda constitucional.

Todavia, cabe pontuar que cláusulas pétreas não são a única situação passível de ser analisada sob o olhar do controle de constitucionalidade. De modo mais esclarecedor, tem-se que esse instituto é, para Barroso, a “verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.” (BARROSO, 2012, p. 59). Assim, seu objetivo é tornar ineficaz uma norma considerada inválida a partir da declaração de inconstitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 59). Complementando esse raciocínio, Mendes afirma que

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser caracterizado pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). (MENDES, 2015).

Dessa forma, entende-se que, independentemente de uma norma expressa na CRFB não ser considerada uma cláusula pétrea, ela está sujeita ao controle de constitucionalidade. Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se o debate que se pode fazer acerca do art. 17 supramencionado. Assim, alguém poderia afirmar que, conforme dita o artigo, “é livre a criação [...] de partidos políticos” (BRASIL, 1988), e,

portanto, a redução de siglas seria inconstitucional.

Contudo, nota-se que o direito à criação partidária não é absoluto, fato este comprovado pela existência de regras referentes ao surgimento de legendas. Nesse sentido dita o art. 7º, da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995:

§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.

§ 2º Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei. (BRASIL, 1985).

Por conseguinte, caso o direito à livre criação de siglas fosse absoluto, não haveria regras impedindo a criação de partidos políticos com caráter meramente regional, com o apoio de poucos eleitores ou que tivessem quaisquer outras características que os impedissem de serem criados no modelo atual.

Dando-se seguimento, pois, à discussão sobre possíveis motivos que possam ensejar a atuação do controle de constitucionalidade, há de ser analisada a questão sobre as cláusulas de barreira.

2.2 Cláusulas de barreira e declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal

A questão das cláusulas de barreira é complexa e exige particular atenção. Isso porque gerou diversas discussões no âmbito do Legislativo e do Judiciário. Desse modo, o julgamento das Ações de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 1.351-3/DF e 1.354-8/DF – ajuizadas pelos Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Socialista Brasileiro (PSB) e Partido Verde (PV), no primeiro caso, e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), no segundo – pelo STF, teve como base essa questão. Isso porque se tratava da análise de inconstitucionalidade da Lei n. 9.096/95, que impunha cláusulas de barreira, resultando em um impedimento da manutenção de um certo número de partidos políticos.

Explica-se. A Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, instituiu uma cláusula de barreira, também chamada de cláusula de desempenho ou de exclusão. Conforme conceituação do TSE, este tipo de cláusula é uma “norma que nega funcionamento parlamentar ao partido que não tenha alcançado determinado percentual de votos.” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015). Em outras palavras, tem-se que o objetivo da cláusula de barreira é evitar que sejam criados partidos políticos em excesso, bem como regular os existentes, garantindo que estes existam na medida em que de fato representarem uma parcela da população. Conforme essa lei,

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. (BRASIL, 1995).

Outros dispositivos foram questionados pelas ADIs em questão, sendo o artigo supramencionado o principal deles; a maioria das demais normas apenas foi considerada inconstitucional no que tange à referência, por parte delas, ao artigo 13 da mesma norma. Ressalta-se que a referida lei também buscava restringir os direitos dos partidos políticos quanto ao horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão, bem como em relação acesso ao Fundo Partidário. Em ambos os casos, o STF julgou, por unanimidade, procedente o pedido, publicando as decisões finais no dia 30/03/2007. O resultado, então, foi a declaração de inconstitucionalidade acerca da imposição das cláusulas de barreira.

Desse modo, o principal fundamento da crítica em relação a esta lei se baseia no fato de que a forma pela qual a cláusula de barreira se concretizou tornava insustentável o modelo do pluripartidarismo, pois permitiria, caso vigente no ano seguinte, a permanência de apenas sete partidos políticos, dos 29 então registrados no TSE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006). Além disso, é importante frisar que se tratava de uma lei ordinária, cuja validade estaria subordinada à não existência de um conflito com a CRFB, seguindo os princípios da hierarquização das normas proposta por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito.

Todavia, ainda no ano de 2007, foi criada uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 182/2007), também chamada de PEC da Reforma Política. Ela foi feita pelo representante do estado de Pernambuco, o senador Marco Maciel (Democratas) e visava modificar os art. 17, 46 e 55 da Carta Maior “para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfilarem dos partidos pelos quais forem eleitos.” (MACIEL, 2007).

Houve o entendimento, por parte do senador, de que a inconstitucionalidade havia sido decretada porque a apresentação do projeto foi feita por meio de um dispositivo inadequado (BARBOSA, 2008). Nesse sentido, por 420 votos a 30, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou em segundo turno, no dia 07/07/2015, a PEC 182/07. Entretanto, ela ainda não foi apreciada pelo Senado Federal, não sendo possível, assim, analisar tal caso à luz do controle de constitucionalidade.

2.3 Contexto atual

É interessante notar, dessa forma, que embora o STF tenha se pronunciado sobre a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira, estas questões continuam em discussão. Tem-se como um dos principais fatores desse novo debate a realização das manifestações de 2013, apeladas de manifestações de junho de 2013 – embora tenham ocorrido também em outros meses –, que buscaram, dentre os diversos discursos defendidos nas ruas, alterar o quadro político brasileiro, instituindo uma Reforma Política.

Cabe, porém, uma observação. Como não havia liderança no movimento, essa reforma política foi – e ainda é – vista com os mais diversos olhares, sejam de direita ou de esquerda. Nesse sentido, vários partidos têm utilizado o termo para promoverem uma alteração na legislação político-eleitoral, muitas vezes apresentando projetos ideologicamente opostos, ainda que com base no mesmo fato: o desejo de mudança, por parte da população, da realidade eleitoral brasileira. É necessário, portanto, um certo cuidado ao se referir à reforma política, pois seu sentido é substancialmente amplo e ela se mostra, na prática, pouco estabelecida no que tange a seus objetivos.

Dando seguimento à análise de inconstitucionalidade, pode-se mencionar alguns casos referentes a essa reforma após a determinação do STF, em 2007. Assim, houve a criação, no presente ano, do Projeto de Lei da Câmara nº 75, de 2015, de autoria dos deputados Ilário Marques, Anthony Garotinho, Daniel Almeida e Marcelo Castro. Segundo sua ementa, o projeto visa “Alterar[r] as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, alterando as instituições político-eleitorais.” (ALMEIDA; CASTRO; GAROTINHO; MARQUES, 2015).

Em outras palavras, o projeto, que já passou por várias mudanças – foram apresentadas nove emendas de Plenário –, tem como objetivo “fortalecer os partidos, cortar os custos das campanhas e disciplinar as doações e o repasse do dinheiro do Fundo Partidário.” (SENADO FEDERAL, 2015). O caso ainda não foi julgado pelo STF.

Outrossim, ocorreu o julgamento, pelo STF, da ADI 5.105, esta ajuizada pelo partido Solidariedade (SDD), registrado no TSE em 2013, em face dos artigos 1º e 2º, da Lei 12.875/2013. Esse dispositivo visava estabelecer “limitações a legendas criadas após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015). O Plenário do STF entendeu que o caso era de inconstitucionalidade, uma vez que a CRFB, em seu art. 17, §3º, garante o acesso à televisão e ao rádio por parte dos partidos políticos, não havendo nenhuma determinação acerca de quais siglas teriam essa permissão.

Assim, trata-se de um parágrafo destinado a todas as legendas partidárias, sem exceção. Percebe-se, nesse sentido, clara semelhança entre essa lei e a Lei n. 9.096/95, anteriormente analisada, na medida em que ambas buscavam limitar a participação de partidos políticos já criados e utilizavam, como uma de suas formas, a questão midiática.

Por fim, cabe analisar a questão do financiamento de campanhas eleitorais, também fruto de recente determinação do STF. Este, no dia 17 de setembro de 2015, julgou a ADI 4.650 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015) – ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em face de determinadas normas das leis das Eleições (Lei 9.504/1997) e dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995). A discussão envolvia a possibilidade ou não do financiamento das campanhas por parte de Pessoas Jurídicas (PJs) e teve, como decisão, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.

Nesse sentido, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, presidente do TSE, a “restituição de uma cláusula de barreira com a manutenção da base proporcional é necessária, desde que ela seja instituída de maneira gradual, novamente como fora no passado” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015).

É fundamental, pois, ultrapassar questões de controle de constitucionalidade e discutir a possibilidade de implementação de cláusulas de barreira, lembrando-se sempre que essas possíveis mudanças devem ser feitas com o objetivo de manter o Estado Democrático de Direito. Novamente, percebe-se o cuidado em relação ao passado vivido pelo Brasil, na medida em que há um sistema de proteção que evita o retorno de regimes autoritários e que, portanto, vão de encontro ao modelo do Estado Democrático de Direito.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo tinha como objetivo verificar se a discussão proposta, qual seja, a da possibilidade de redução do número de partidos, era possível no âmbito constitucional. Uma vez apresentado o contexto no qual a discussão foi retomada no âmbito social e, conseqüentemente, no jurídico, constatou-se que não havia impedimentos legais, uma vez que não há cláusulas pétreas sobre o assunto e, ainda que tenha havido uma decisão do STF sobre a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira, em 2007, essa discussão permanece viva no mundo jurídico e em toda a sociedade.

Isso porque, embora tenha sido alvo do controle de constitucionalidade exercido pelo STF em 2007, o assunto se tornou ponto de atenção nas manifestações de junho de 2013 e se apresenta, hoje, como uma questão polêmica que envolve não só os operadores do Direito, mas toda a sociedade brasileira. Surgiu, assim, no contexto pós-2013, a necessidade de se [re]discutir o número de siglas partidárias, bem como sua redução – alternativa que tem se apresentado ao modelo político-eleitoral estabelecido.

Em outras palavras, destacou-se, aqui, que não havia o que se falar em controle de constitucionalidade no que diz respeito ao tema desse trabalho, pois os principais pontos que poderiam ensejar uma caracterização dessa redução partidária – existência de cláusulas pétreas ou prévia decisão do STF sobre cláusulas de barreira – se mostraram inconsistentes. Um, por não haver esse tipo de norma, no ordenamento jurídico brasileiro, que tratasse do pluripartidarismo; o outro, por constatar-se que o debate não está encerrado, uma vez que as manifestações manifestaram a vontade popular de uma nova análise sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) – 1351** (2007, 30 de março). Relator: Marco Aurélio. [Acesso em 12 out. 2015]. Recuperado a partir de: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1351&processo=1351>>
- Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) – 1354** (2007, 30 de março). Relator: Marco Aurélio. [Acesso em 12 out. 2015]. Recuperado a partir de: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1354&processo=1354>>
- ALMEIDA, D.; CASTRO, M.; GAROTINHO, A.; MARQUES, I. **Projeto de Lei da Câmara nº 75**, de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, alterando as instituições político-eleitorais. [projeto de Lei online]. 2015. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122392>>.
- BARBOSA, Rafaela Aparecida Emérito Ferreira. **Cláusula de Barreira: Uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988**. 40 f. 2008. Monografia (Especialização) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Escola de Formação, São Paulo, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial da União. 20 set. 1995.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e Oposição. Prefácio, Fernando Limongi. Trad. Celso Mauro Paciornik. I. ed. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012. (Clássicos; 9).
- ÉPOCA NEGÓCIOS. **41% dos brasileiros não sabem definir sua orientação política**. 17 jun. 2015 [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/06/41-dos-brasileiros-nao-sabem-definir-sua-orientacao-politica.html>>.
- IBGE. **Área Territorial Brasileira**. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_terror_territ_area.shtm>.
- IBGE. População. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>.
- JUSTIÇA ELEITORAL. **Campanha Eleitoral**: Financiamento de campanhas. [Acesso em 17 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/campanha-eleitoral-financiamento-de-campanhas-roteiros-eje>>.
- MACIEL, M. **PEC 182/2007**. Altera os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfilarem dos partidos pelos quais forem eleitos. [projeto de Lei online]. 2007. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327>>.
- MENDES, Gilmar. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. [Acesso em 5 nov. 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf>.
- PRIBERAM DICIONÁRIO. **Democracia**. [Acesso em 19 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/democracia>>.
- SALES, Lilliane Marquardt. Brasil: um olhar para o(s) conceito(s) de democracia. **Revista Alamedas**. Toledo, v.2, n. 1, p. 50-64. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Democracia e "Cláusulas Pétreas" na Constituição Federal de 1988 In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- SENADO FEDERAL. Senado Notícias. Glossário Legislativo. **Cláusula Pétrea**. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>>.
- SENADO FEDERAL. Senado Notícias. **Senado começa a votar projeto de reforma política**. 01 set. 2015. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/01/senado-comeca-a-votar-projeto-de-reforma-politica>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Plenário do STF considera "cláusula de barreira" inconstitucional**. 07 dez 2006 [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68591&caixaBusca=N>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais**. 17 set 2015 [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **STF invalida regras que restringem acesso de novos partidos ao Fundo Partidário e à propaganda eleitoral**. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300922>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Glossário. *Cláusula de Barreira*. [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c#clausula-de-barreira>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Glossário. *Legenda de Aluguel*. [Acesso em 15 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-l>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Glossário. *Perguntas frequentes – Fundo Partidário*. 18 jun. 2015. [Acesso em 17 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/transparencia/relatorio-cnj/perguntas-frequentes-fundo-partidario>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Imprensa. *Presidente do TSE defende nova cláusula de barreira para conter a criação de partidos políticos*. 10 mar. 2015 [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Marco/presidente-do-tse-defende-nova-clausula-de-barreira-para-conter-a-criacao-de-partidos-politicos>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Partidos. *Fundo partidário*. 29 set. 2015. [Acesso em 17 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario>>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Partidos. *Partidos políticos registrados no TSE*. 30 set. 2015 [Acesso em 12 out. 2015]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>.

Recebido em: 20/12/2015

Aprovado em: 12/02/2016

EL DERECHO COMO REGULADOR DEL DISCURSO IDEOLOGICO DE LA FRATERNIDAD EN UNA SOCIEDAD POSNEOLIBERAL

LAW AS IDEOLOGICAL DISCOURSE OF FRATERNITY REGULATOR IN A POSNEOLIBERAL SOCIETY

ADILSON SILVA FERRAZ ¹

RESUMEN: El objetivo de ese texto es señalar que hay un abismo entre la fraternidad en su sentido utópico (ideal/normativo) y su sentido práctico (real/concreto). El sentido utópico suele ser tomado como fundamento del sentido práctico, y puede ser manipulado discursivamente para cualquier fin práctico, incluso contra los derechos humanos. Denominamos eso de "uso ideológico de la fraternidad". Explicamos, a continuación, que la fraternidad existe dialécticamente, por ser retóricamente definida como otros fenómenos. La dialéctica también explica la fraternidad a partir de la idea de "apertura fraterna", un fenómeno existencial que actúa en el reconocimiento mutuo entre los sujetos y en la resignificación de la alteridad. Presentamos entonces la tesis principal: la inclusión de la fraternidad como elemento jurídico puede ayudar a impedir el uso ideológico del propio derecho (cuando este se vuelve contra los derechos fundamentales) y servir como una barrera de contención al uso ideológico de la fraternidad moral, aunque haya siempre el riesgo de ser utilizada para profundizar el abismo entre la utopía y la práctica, volviéndose un mecanismo jurídico de opresión social.

Palabras Clave: Fraternidad. Utopía. Derecho. Ideología. Moral.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate that there is a gap between fraternity in his utopian sense (ideal) and its practical sense (real). The utopian sense is often taken as the basis of the practical sense, and can be manipulated discursively for any practical purpose, including against human rights. We call it "ideological use of fraternity." We explain later that fraternity exists dialectically, rhetorically being defined as other phenomena. The dialectic explains fraternity from the idea of "fraternal openness," an existential phenomenon that acts on mutual recognition between the subjects and the redefinition of otherness. We present then the main thesis: inclusion of fraternity as a legal element can help to prevent the ideological use of law in itself (when it turns against fundamental rights) and serve as a boom to the ideological use of moral fraternity, although there is always the risk of it be used to widen the gap between utopia and practice, making it a legal mechanism of social oppression.

Keywords: Fraternity. Utopia. Law. Ideology. Moral.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica Argentina (UCA). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade ASCES/PE. Professor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru (FAFICA/PE). Membro da Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP) e da Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Email: adilson_ferraz@hotmail.com

1. INTRODUCCION

¿Podemos imaginar para el siglo XXI una superación del capitalismo que es al mismo tiempo más pacífico y más duradero, o debemos esperar a la próxima crisis o a las próximas guerras, verdaderamente mundiales esta vez? (PIKETTY, 2014, p. 459).

El neologismo “neoliberalismo” ya era usado por el *New York Times* en 1939 para designar a la propuesta de un nuevo modelo político-económico, que se volvería programa de Estado en los años setenta. Sin embargo, el término se ha vuelto realmente usual solamente en los años noventa. Hoy en día, hablamos de «postneoliberalismo», por lo que su significado debe ser aclarado. Podemos entender el concepto básicamente de tres formas: a) como una etapa históricamente posterior al neoliberalismo; b) como una etapa de profundización de las prácticas neoliberales; c) como una etapa que va más allá del neoliberalismo. La primera definición es vacía en el sentido de explicar el advenimiento de un nuevo momento histórico. No se refiere a una escuela de pensamiento o a un nuevo modelo de Estado y de sociedad, pero al hecho de que un momento anterior se ha agotado y que este fue reemplazado por otro. Y el significado, por ejemplo, cuando hablamos que el “capitalismo era posible sólo en el período post edad media” o “Ella se está recuperando bien del postparto”, revela el *post* que se opone al *prae*. La segunda definición trae algunas dificultades. Si hay profundización del neoliberalismo no tiene sentido hablar de un postneoliberalismo, sino que sus principales características se acercan a un nuevo sistema, en cuyo caso, el término ya no se referiría al modelo anterior, pasando a ser un enlace a una transición lingüística que permite hablar algo diferente, que no es todavía bien conocida. Es lo que pasa a menudo con el término «postmodernidad». Las tres direcciones son posibles, pero la tercera es la que más nos interesa, ya que se refiere a los posibles surgimiento de modelos, que sustituirán el neoliberalismo. El último sentido subsume, de alguna manera, al primero. El posneoliberalismo, por lo tanto, comprendido en este último sentido, reclama un carácter innovador y que supera las contradicciones neoliberales. De esa forma, sería el posneoliberalismo una profundización del neoliberalismo o el anuncio de su fracaso?

En las últimas décadas ha habido procesos de integración regional, una creciente tensión entre Oriente y Occidente, la flexibilización del trabajo, el levantamiento de la sociedad civil para una mayor participación, la crisis financiera global y otros fenómenos que desafían el neoliberalismo. Al parecer, no ha funcionado tan bien la idea de que los mercados se autocorrijen, asignan recursos adecuadamente y sirven a los intereses públicos. Hace que te preguntes si realmente hay un «post» o si éstas son las consecuencias del espíritu resistente de una era. Como Piketty, nos preguntamos si el sistema actual será superado o si debemos esperar nuevas crisis y guerras. Peck, Theodore y Brenner (2012), argumentan que, mientras las crisis anteriores de la era neoliberal (como el incumplimiento de la deuda de los países de América Latina y el colapso financiero asiático) pueden haber sido «dirigido» a través de una serie de ajustes de ruta en materia de gobierno, el discurso y la estrategia neoliberales, la crisis actual amenaza, tal vez fatalmente, minar la legitimidad política del neoliberalismo. Debemos darnos cuenta, sin embargo, que el neoliberalismo es dinámico, por lo que es muy probable que no se plantea un nuevo modelo puro. Como ha subrayado Emir Sader (2008, p.77), en su libro *Refundar el Estado: Posneoliberalismo en América latina*:

América Latina fue el laboratorio de experiencias neoliberales, región en la cual nació el modelo, pero se extendió y asumió sus formas más radicales. Por lo tanto comenzó a sufrir una resaca neoliberal y a constituir un eslabón más débil de la cadena neoliberal, en donde más proliferan los gobiernos elegidos en el seno del rechazo al neoliberalismo, a contramano de las tendencias mundiales.

También afirma que hay un debilitamiento del modelo neoliberal en el mundo, pero no hay ningún modelo alternativo que dispute con él. (SADER, 2008, p.10) No sería un modelo posneoliberal (en el tercer sentido) deseable? En este contexto complejo, nos preguntamos si los vínculos sociales, diferentes de los construidos con frecuencia en el entorno neoliberal, podrían combatir fenómenos como la pobreza, la corrupción, la falta de participación, la alienación y el clientelismo en el marco de la política. ¿Qué tipo de cohesión social sería más beneficioso para la construcción de una sociedad más justa? ¿Cuál es el mejor modelo de política? Son cuestiones que están tratando de responder algunas teorías de la fraternidad, desarrolladas en las últimas décadas. Chiara Lubich, fundadora del Movimiento de los Focolares, y Enrique del Percio, profesor de la Universidad de Buenos Aires - UBA, crearon las dos principales propuestas teóricas acerca de una sociedad fraterna. Estudios como éstos serían importantes en función del vaciamiento ético actual señalado por Adeodato (2009, p.74):

Las democracias viven de la domesticación de la intolerancia, porque la democracia significa inclusión, normas comunes, el reconocimiento del otro, la fragmentación poder. También presupone una cierta desconfianza en el carácter humano, la auto-indulgencia, su vanidad. Como sistema político, la democracia procedimentaliza los medios de decisión y los deja vacíos de contenido ético [...]

En este texto, nuestro objetivo es partir de estas dos teorías y problematizar el uso de la idea de fraternidad como mecanismo retórico de acción, buscando comprender, aún más, su relación con el derecho. A continuación, vamos a presentar las dos teorías mencionadas anteriormente.

2. FUNDAMENTACIÓN DE LA POLÍTICA EN LA TEOLOGÍA DE LA FRATERNIDAD UNIVERSAL DE CHIARA LUBICH ²

«Convertirse en uno es el verdadero realismo político.» (Chiara Lubich)

Entendemos que nuestro movimiento ha surgido para completar esta parte del evangelio. Que «todos» sería nuestro campo de acción, y unidad y nuestra razón de ser. Al hacer esto, el sueño de Dios, nuestro propio vínculo con el cielo. Al mismo tiempo, se inserta en la historia de la Humanidad, para revelar el camino hacia la hermandad universal. (LUBICH, 2007, p. 266)

Bertrand Russell (2014, p. 186) tiene razón cuando afirma en su ensayo «Psicología y Política» que no siempre las opiniones políticas se basan en la razón. Aun un asunto técnico, así como el estándar de oro, habría sido determinado principalmente por sentimientos. La pregunta es si un sentimiento específico debe ser la base de la política y cuál sería el mejor sentimiento para esta tarea. Campello (2014, p.13), por ejemplo, al estudiar la relación entre el amor y la política, afirma que asociar la política no sólo a la racionalidad y a la forma es una ventaja. Sería necesario comprenderla como una dimensión constitutiva del ser humano, donde las pasiones, los deseos y las emociones juegan un papel fundamental.

Esa parece ser la propuesta de Chiara Lubich cuando habla de fraternidad, un concepto que, desde su origen, estuvo realcionado al aspecto no racional de las relaciones humanas. Su pensamiento no constituye una ciencia o teoría en el sentido estricto, sino una teología cristiana que propone una ética aplicada y un modelo de sociedad. La fraternidad, según propone Lubich, que se resume en las palabras de Maria Voce (2014, p 101.): «[...] Podría constituir un principio de antecedente útil, o tal vez indispensable (creen los focolarinos), para reformar la política y la economía, la comunicación y la educación, la ética y la cultura.» Como podemos ver, la fraternidad sería un «paraguas», principio según el cual los males del mundo pueden ser deshechos. En esta perspectiva, la fraternidad habría sido olvidada en el período moderno, provocando una distorsión en la tríada de la revolución francesa, ya que sólo en una sociedad fraterna la igualdad y la libertad podrían ser verdaderamente vividas. Sería necesario rescatar la fraternidad, mientras ideales, elemento interno al hombre y como práctica social.

Esta no es la perspectiva adoptada por Jean-Luc Ferry (2012, p.123) cuando dice que «el segundo humanismo es de la emoción y de la afectividad.» De acuerdo con el francés, estamos viviendo un momento histórico, el segundo humanismo, cuya principal característica es el amor. No el amor a un Dios, a una patria o a una gran causa, pero el amor de las relaciones cotidianas, que darían sentido a nuestra existencia. Lubich, de manera muy distinta, defiende el rescate del amor en las relaciones humanas, pero bajo una perspectiva cristiana, con pretensiones ecuménicas.

Podemos citar como principales características de la teología universal de Lubich: 1) es una teología cristiana, en la medida en que se inserta en su historia (el movimiento de los Focolares aparece de un «carisma de la unidad») y utiliza sus conceptos; 2) es normativa, pues presenta directrices para la acción; 3) es programática, pues propone un modelo de sociedad; 4) es kantiana (aunque no expresadamente), y se basa en la pretensión de universalidad y cosmopolitismo; 5) es antropológica, al describir el humano; 6) es un movimiento político; 7) se basa en el concepto de «humanidad»; 8) es expansiva, pues utilizase del concepto de 'inundaciones'; 9) se presenta a través de un origen espiritual o divino; 10) se inserta en un contexto de determinismo escatológico; 11) es organicista, porque comprende la sociedad desde del individual, hacia a la familia, la gente, la humanidad, Dios, como un gran organismo. No es nuestro objetivo en este trabajo explicar cada uno de estos puntos, sino presentarlos como elementos importantes para entender el pensamiento de Chiara Lubich.

De acuerdo con este punto de vista señalado anteriormente, la política no nace del temor al enemigo (es una creación interior y exterior, en forma de una persona, grupo, comunidad extranjera, etc.), pero por el amor al amigo, y la principal causa de la existencia de una política falsa sería la alienación (económica, cultural, etc.) y la incapacidad de donarse. En la verdadera política no hay fin que justifique como medio un acto de enemistad, ya que en ella todo medio debe ser bueno en sí mismo. Definir la política en función del enemigo, crearía el enemigo y la guerra significaría el fracaso de la política. La verdadera política sería una ruta de perfeccionamiento, la promoción de un diálogo entre la sociedad. En este modelo político existirían los políticos que participan por un ideal, de manera desinteresada, altruísta, y no por conveniencia. A este modelo de político Lubich lo llama «político de la unidad». La base social de la unidad sería el amor recíproco, siendo la fraternidad el motor que lo genera, libertando los individuos de la presión de los intereses privados, canalizandoles a practicar el bien común. Según Lubich (2007, p.81), el cumplimiento de la voluntad eterna de Dios se fundamenta en el amor fraterno, que se encuentra en este mandamiento: «Les doy un mandamiento nuevo: ámense los unos a los otros.» Por lo tanto, la fraternidad sería una condición para la existencia de la verdadera política. A continuación, hay una síntesis del pasaje de la falsa política a una verdadera política a la forma en

DIVERSIDAD	UNIDAD	MODO
REAL	IDEAL	ADECUACIÓN
INDIVIDUO	HUMANIDAD	CONVERGENCIA
EGOISMO	ALTRUISMO	TRANSFORMACIÓN
PARTICULAR	UNIVERSAL	CONVERGENCIA
CONFLITO	PAZ	TRANSFORMACIÓN

² Chiara Lubich, fundadora del movimiento de los Focolares, nació el 22 de enero de 1920, en Trento, murió el 14 de marzo de 2008.

que se lleva a cabo el proceso de cambio.

Hay adecuación cuando se alcanza el parámetro. La unidad es lograda cuando lo real es alcanzado o se moldea con el ideal. Con la convergencia es diferente, porque ningún individuo se disuelve en la humanidad, conservando sus características. También ocurre con la convergencia entre particular y universal, en la medida en que el particular es particular en el universal. Con la transformación lo que ocurre es un cambio en la naturaleza del fenómeno. El egoísmo deja de ser lo que es para convertirse en altruismo. Lo mismo ocurre con el conflicto, que se convierte en paz. Sin embargo, no hay que entender estos cambios de una manera dual. Lubich cree en un mundo en donde la naturaleza divina es reflejada, siendo siempre ternario. Por lo tanto, la política verdadera sería una auténtica expresión de lo sagrado y una etapa de realización de la creación. Esto es, en líneas generales, la fundamentación de la política de acuerdo con la religión, en la versión cristiana presentada por Lubich.

3. FRATERNIDAD Y CONFLICTO EN LA FILOSOFÍA DE ENRIQUE DEL PERCIO

Pero ¿Quién puede devolver la capacidad de desear? Es decir, “¿quién puede decirle a ese chico o a este pueblo: “tu destino no está escrito, vos podés liberarte de las estrellas, vos podés ser artífice de tu propio destino y no un instrumento de la ambición de nadie”?: la acción política. Una acción política que al asumir el valor de la fraternidad entienda que somos seres humanos, ni totalmente buenos ni totalmente malos [...] (PERCIO, 2014, p. 233)

Para Enrique del Percio, en su libro «Ineludible Fraternidad», la fraternidad es un dato antropológico no reconocido. ¿Qué quiere decir esto? Podemos hablar de fraternidad en el sentido descriptivo, pero el empleo utilizado con más frecuencia es en el sentido normativo, lo que indica el deseo que los *frates* se quieran, se lleven bien (PERCIO, 2014, p.20). Una mirada antropológica sobre la fraternidad pondría de relieve su cara realista, que mira hacia el origen y revela su carácter de lucha o conflicto.

[...] en la familia, los padres establecen la verticalidad que tiende a disolver el conflicto. En cambio, en el ámbito público no hay padre ni madre: no hay persona ni grupo que pueda detentar “naturalmente” la función paterna de establecer la ley, ni hay una sociedad-útero en cuyo seno maternal todo antagonismo se disuelve. (PERCIO, 2014, p. 20).

Alexandre Costa Lima (SILVA, M.A. ANDRADE, F.G. LOPES, P.M., 2014, p.85), en su texto “Ciudadanía No Liberal y Fraternidad: las contribuciones de Arendt y Schmitt”, apunta el valor del conflicto para una política democrática fraterna. Cree, aún, que lejos de convertir la política en un campo de batalla, ofrece un ejercicio positivo de la libertad pública. Esa perspectiva realista contribuiría a un ejercicio más efectivo de la ciudadanía, en la medida en que los antagonismos son transformados creativamente en un ambiente de pluralismo democrático.

Una de las tesis principales del libro de Del Percio, que materializa la única filosofía construía hasta el momento sobre el tema, dice respeto al hecho que la fraternidad sería una catacresis, y no una metáfora: “En retórica, una metáfora a la que falta uno de sus términos o « lados », no es propiamente una metáfora. Catacresis es la figura retórica que consiste en designar una cosa para que se carece de nombre, usando el nombre de otra cosa. Por ejemplo, los « brazos » del sillón [...]” (PERCIO, 2014, p. 44). Entender la fraternidad de ese modo permite definirla sin recorrer a un detallamiento extensivo, ya que no hay como fundamentar una antropología de lo humano sin enmarañarse en la metafísica, a la vez, la catacresis es utilizada como una clave para entender el fenómeno de lo político.

Otro punto importante es la relación entre fraternidad e ideología. La fraternidad podría desarrollar la posibilidad de pensar la política como una construcción colectiva de nuevas ideologías, siempre abiertas a la experimentación (PERCIO, 2014, p.115). La política, en ese sentido, es un proceso y no una sustancia, de modo que la libertad y la igualdad son producto de esa construcción social. Con la fraternidad la libertad se volvería “liberación”, que es el camino hacia la “justicia social”, el correlato de la igualdad después de ser resignificada. Esa fraternidad es también universal, de modo a no ser excluyente, sino también situada, lo que quiere decir que parte de las diferencias entre los particulares en lugar de universalizar un particular. El universal-situado daría las bases para una forma particular de pensar el movimiento de la historia, constituyendo, según el autor, una propuesta ética y epistemológica:

El pensar desde las víctimas pone al resguardo el carácter universal de la fraternidad al distinguirlo de la universalidad imperial propia de la filosofía europea y de ciencias disciplinarias, la que es una universalidad derivada de una particularidad exitosa que niega las otras particularidades. (PERCIO, 2014, p.79)

Así, la fraternidad permitiría pensar el universal desde las particularidades de cada situación, garantizando la inclusión de los terceros (que escapan a relación yo-tu), los otros, los excluidos. Además, el reconocimiento de la fraternidad como apertura al conflicto liberaría los sujetos del deseo (desear vendría de *de-siderare*, liberar a uno del destino impuesto por las estrellas) narcisista capitalista:

Pero ¿Quién puede devolver la capacidad de desear? Es decir, “¿quién puede decirle a ese chico o a este pueblo: “tu destino no está escrito, vos podés liberarte de las estrellas, vos podés ser artífice de tu propio destino y no un instrumento de la ambición de nadie”?: la acción política. Una acción política que al asumir el valor de la fraternidad entienda que somos seres humanos, ni totalmente buenos ni totalmente malos [...] (PERCIO, 2014, p.223).

Esa nueva concepción de fraternidad rescataría un modelo de política que permite que los sujetos vivan la vida no como un destino, sino respetando las diferencias, aceptando el conflicto como un elemento intrínseco de la política, desacralizando las personas e instituciones. Abajo, una síntesis de las principales características de la fraternidad según la filosofía de Enrique del Percio.

Cuanto al Origen	Antropológica
Cuanto a la Definición	Catacresis
Cuanto al Modo de Desvelamiento	Conflicto
Cuanto a la Propuesta	Protección a las Víctimas
Cuanto a la Alcance	Universal-Situado
Cuanto a las Consecuencias	Liberación y Justicia Social

La fraternidad, realizada en la horizontalidad, ocurre por no existir verticalidad en la condición humana, aunque pueda existir como producto de la interacción entre los sujetos. La fraternidad, según esa concepción, existe justamente en la ausencia del padre.

Para continuarnos, después de presentar sucintamente la teología de la fraternidad de Chiara Lubich y la Filosofía de la fraternidad de Enrique del Percio, vamos a intentar reconstruir el concepto de fraternidad desde un punto de vista neutral, adoptando una perspectiva reflexiva y crítica.

4. PENSANDO LA FRATERNIDAD DESDE UN PUNTO DE INTERROGACIÓN

Según el sentido común, la fraternidad consiste en una hermandad/sororidad entre las personas, lo que implica un modelo de relación calcado en el respeto y en la horizontalidad. ¿Pero cuál es el “sentido” de la fraternidad? Si el fenómeno existe efectivamente, ¿sería un dato antropológico o una construcción cultural? ¿Es un fenómeno universal o particular? ¿Hay diferencias entre la fraternidad conceptual y su práctica? Mucho se ha dicho y argumentado en favor de un concepto de fraternidad atado a la religión, sin embargo, podemos preguntar: ¿podría ser la fraternidad una categoría no teológica? ¿Sería una categoría política? ¿Cuál su relación con el Derecho? Una investigación profunda del concepto empieza necesariamente desde un análisis sobre los problemas fundamentales destacados anteriormente.

Alguien podría decir: “- ¿A caso no sé yo ser fraterno? ¿Dónde está la fraternidad, si no en mi encuentro con el otro? En la tolerancia, en el amor, en la unión, en la esperanza, en el respeto ... ¡allí está la fraternidad!”. Podemos encontrar en la literatura otras características identificadas como inherentes a la fraternidad, tales como: la empatía, la solidaridad, la confianza, la preocupación, el reconocimiento, la atención. Lo que nos causa admiración si investigamos más profundamente la fraternidad es que una afirmación sobre lo que ella es, deja de ser problemática solamente cuando no cuestionamos una serie de supuestos. Empezando por el hecho de que siendo tantas cosas hace como que ella sea inconsistente. Si ella es todo eso, ¿por qué no sería también otras cosas? ¿Alguna vez has pensado si definimos el amor como “unión, esperanza, respeto, etc”? No haría sentido hablárnos de la fraternidad y el amor como dos cosas separadas. No sería difícil de descubrir o crear nuevas asociaciones, entre ellas las negativas, por ejemplo, “ ser fraterno es no practicar el mal”, “ser fraterno no es desrespetar al hermano”, “ser fraterno es no discriminar a los demás.” Dificilmente alguien estaría en desacuerdo con estas negativas. Pero si la fraternidad es realmente todo (el amor, la unión, la esperanza, etc.), estos requisitos serían por su existencia, o por sus consecuencias? ¿Hay alguna situación en la que hay fraternidad pero uno o más de estos elementos no están presentes? ¿Sería la fraternidad un fenómeno variable? Esta inconsistencia que aquí señalamos está enmascarada por el uso cotidiano del lenguaje, lo que da la impresión de que el concepto es homogéneo, lo que no se sostiene si lo analizamos desde un enfoque crítico. Cuando hablamos en fraternidad, en general, no estamos muy preocupados por su significado real. Tugendhat (2003, p. 21) explica lo que quiero expresar:

[...] parece que nos encontramos ante un ámbito de conocimiento en el que nuestra ignorancia no se debe a una experiencia defectuosa, sino a que se trata de aspectos de nuestra comprensión que nos resultan demasiado cercanos y obvios. A lo que aspiramos aquí no es a la explicación de algo incomprensible en su facticidad, sino a la clarificación de algo ya comprendido. Y esta clarificación sólo se puede lograr mediante la reflexión sobre nuestra comprensión, no mediante la experiencia.

Cuando hablamos en fraternidad, en general, no estamos muy preocupados por su significado real. No nos preguntamos, por ejemplo, sobre el hecho de que una propuesta sobre lo que es la fraternidad sea muy diferente de proposiciones como «el número 12 es par» y «el amarillo es un color». Fraternidad en su sentido ordinario, no sería puramente abstracto (como un número, objeto mental), ni algo sólo el orden fáctico (tal como un color, propiedad física). ¿Cuál es la relación entre el ideal y real de la existencia de este fenómeno? Tampoco nos preguntamos sobre la medida de la fraternidad. ¿Sería medible? Parece que a respecto de la fraternidad tenemos más dudas que certezas. Es por ello que, como punto de partida, no tomaremos la fraternidad como una solución (como es tan común en los estudios sobre el tema), sino como un problema. Para esto, debemos rechazar la metodología de construcción de una historia del concepto en favor de una perspectiva crítica. Creo que este enfoque es ventajoso en el sentido de explorar el objeto sin que su sentido sea presupuesto, o que ideas

preconcebidas afecten enormemente el análisis, que aún requieren precisión y exactitud de los argumentos lingüísticos.

5. DESNATURALIZANDO LA FRATERNIDAD

Inicialmente adoptamos una pregunta guía, que pone en cuestión la misma idea de la fraternidad y nos pone contra la pared si entendemos que la teoría y la práctica no deben dissociarse: ¿Cómo ser fraternal si no sé lo que es la fraternidad? Esta contradicción nos pone en una posición muy incómoda. Si uno no contesta la pregunta correctamente, ser fraterno sería como jugar al fútbol sin conocer las reglas del juego, o hablar de algo absolutamente desconocido para uno. Y más, si tomamos en duda realmente en serio, fácilmente estaríamos en una especie de relativismo o escepticismo. Si reconozco que el hombre no sabe lo que es fraternidad, pero que ella existe como utopía, entonces ella no sería nada más que algo que el plan ideal (*eidós*, en el sentido platónico) y que, al ser de esa esfera, es algo poco práctico en su esencia. Por otro lado, si la practico, pero no sé lo que es la fraternidad, digo una inverdad. ¿Cómo podría identificar su evento si no tengo su sentido como un parámetro? Por eso es más fácil de explicar la fraternidad desde lo que se considera moralmente positivo en nuestra cultura (como en la primera línea de nuestro interlocutor), que sin embargo es muy útil en face de nuestras relaciones de poder - es conveniente ser fraternal.

Pero la dificultad va más allá. El problema nivel macro o el nivel cognitivo afectan directamente a una de las decisiones políticas fundamentales de toda nación (pero que no ha recibido la atención adecuada incluso en Occidente, donde se originó el concepto): ¿la fraternidad debe ser un valor a ser adoptado por nuestra sociedad? Desde ahí, otras preguntas que surgen llegan a un umbral crítico: sería fraternidad incompatible con la política, entendida como conflicto y de juego de intereses? ¿Por qué no utilizar la fraternidad como principio unificador (como Dios, el amor o la raza ariana) con fines de dominio del otro? No sería una constitución para la fraternidad un camino para su deturpación? De ahí surge nuestra segunda pregunta orientadora: ¿Qué es la fraternidad jurídica? Todas estas preguntas son complejas, y apuntan a la necesidad de limitarse a lo que es la fraternidad, con el riesgo de las respuestas se volvieran inocuas. En este sentido, se podría argumentar: «- Los fenómenos ocurren sin la necesidad anterior y definitiva de la teoría. ¡La ciencia, por ejemplo, ha tratado de definir lo que es la vida durante siglos y, a pesar de varios cambios de entendimiento, la vida continúa a brotar por todas partes! También podría decir que debemos tener en cuenta lo que nos constituye como seres humanos, después de todo, todos tenemos una intuición (sentido común) que indica la aparición de la fraternidad. Sería necesario reconocer que su conocimiento no excluye una relativa ignorancia, y que este es su modo específico de existencia, así como fenómenos tales como el amor y la misericordia. Es la prueba de que conoceríamos la fraternidad dentro de los límites de nuestra humanidad; de lo contrario, seríamos Dios el Padre, el único (desde una perspectiva cristiana) a entender todas las cosas. Ambos argumentos son bastante plausibles, pero su aceptación requiere un cierto grado de dogmatismo, que es necesario para aceptarse que hay algo llamado intuición (¡que solamente uno tiene acceso y nadie más!) y que las cosas tienen sus propias formas de ser en el mundo (modos que no conocemos tan bien, de lo contrario no estaríamos discutiendo lo que es la fraternidad). Al mismo tiempo, podemos preguntarnos: ¿cuál es la fraternidad para los que no son cristianos? ¿Qué los budistas comprenden por la fraternidad? ¿Y los musulmanes? ¿Y los ateos? ¿Y los taoístas? ¿Sería la alternativa teísta a mejor? Por otro lado, la fraternidad entendida desde una perspectiva laica (que no se basa en lo sobrenatural) debe prescindir de Dios como su fundamento, pero no es menos problemática. Aun no salimos de nuestra estagio inicial. Sigue la duda: ¿Qué es la fraternidad? ¿Cuál es su fundamento? Estamos frente a un límite. O asumimos Dios como el autor de la creación, incluyendo la fraternidad entre los hombres (fundamento teológico), o adoptamos como parámetro la idea del «hombre como medida de todas las cosas» (fundamento antropológico). Creo que ambas perspectivas son posibles y legítimas.

En respuesta a los dos problemas planteados, propongo tres tesis sobre la fraternidad de un fundamento antropológico:

- 1) La distancia entre la utopía y la práctica de la fraternidad se puede manipular para cualquier propósito práctico, incluyendo los derechos fundamentales en un sistema democrático. (*uso ideológico de la fraternidad*).
- 2) La fraternidad se define a menudo en términos de lo que no es en sí misma, por algo que se le opone y constituye, pero al cual no puede ser reducido. (*dialéctica*)
- 3) La inclusión de la fraternidad como elemento Del derecho puede ayudar para impedir su uso ideológico. (*fraternidad legal como barrera de contención*)

A continuación, voy a explicar estas tres tesis.

6. EL ABISMO ENTRE LA UTOPIA Y LA PRÁCTICA

Podemos distinguir la Fraternidad de dos modos:

- 1) Entendida *lato sensu*, como ideal programático para la humanidad, que se conserva a lo largo del tiempo, siendo, por lo tanto, un arquetipo (in)variable. (sentido utópico).

Por lo general, cuando hablamos de fraternidad nos referimos a ese uso semántico, extremadamente vago, pero que tiene todo sentido desde un punto de vista pragmático (idespués de todo, uno sabe qué acciones deben tomar para ser fraternal!). El sentido utópico es un

impulso para un mundo mejor, necesariamente distinta de la actual y que, por lo tanto, está conectado a la voluntad y a la esperanza. Un «mundo mejor» es una determinación de cada comunidad, y constituye el aspecto variable del sentido utópico.

Sobre el uso del concepto de utopía, cabe hacer una crítica a los que buscan distinguir “utopía” de “eutopia” con base en el origen literario, histórico y etimológico del término. Según estos autores, la utopía (no-lugar, lugar ningún) sería irrealizable y, por lo tanto, proponen la sustitución por el concepto de eutopia (realizable). Un ejemplo es el texto “De la Utopía hacia la Eutopia. Apuntes críticos para pensar y actuar la fraternidad hoy”, de Pablo Ramirez Rivas (BARRENECHE, 2010, p.83):

Sin embargo, considero que la utopía no ha bastado para satisfacer las necesidades que hoy tiene la humanidad. El status epistemológico de la utopía es el de marcar un rumbo, un “norte”. Esta u-topia necesita hoy un giro. Mirado desde los límites, este giro implica comenzar a mirar hacia “un sur”. Hacia y desde “un sur”. La utopía, como es sabido, es un no lugar, un cierto “no ser”: un no ha lugar. A ese no ha lugar, siempre ubicado en algún “futuro” de la modernidad emancipatoria – “libertad, igualdad...” -, le es hoy exigido una nueva superación de sí mismo: un vuelco. En los tiempos que corren, nuestros tiempos, no se trata tan sólo de aspirar a utopías. Estas no bastan. Simplemente porque no han bastado. Se trata de aspirar, imaginar y realizar eu-topias, buenos lugares o lugares de lo bueno, donde sea posible una vida decente, particular y preferencialmente para los que constituyen los límites de la Modernidad, los que están en los confines y los márgenes.

Aparentemente, en ese proceso de cambio semántico, uno no se da cuenta que propone una misma sociedad utópica, cambiando solamente el concepto, como si el cambio de término implicase alguna concretización. De modo que no hay diferencia efectiva entre utopía y eutopia. La fraternidad aún puede ser:

2) Entendida *stricto sensu*, constituida como un conjunto de prácticas (dichas) fraternales, que cambian en función del tiempo y del lugar y que se basa en el carácter programático utópico que le da fundamento (sentido práctico).

Lo que no ha sido percibido es que hay una gran distancia entre el mundo ideal de la utopía, siempre mirando hacia el futuro, y las prácticas cotidianas de nuestra vida en comunidad, que siempre tienen lugar en el presente. Por esta razón, no podemos afirmar que hay utopía en nuestra práctica fraternal, aunque a ella le sirva de fundamento, pues la utopía deja de ser lo que es cuando es realizada. La distinción entre 1 y 2 se refiere, entonces, al nivel/esfera y a la temporalidad.

El problema de la fundamentación de la fraternidad se debe principalmente de este abismo entre la utopía y la práctica. Lo que suele ocurrir es que, frente a la dificultad de fundamentar la práctica, utilizase *a posteriori*, al sentido utópico, a través de una petición de principio. Cuando indagadas acerca de la fundación del acto fraternal, las personas suelen recorrer al argumento de un mundo mejor, sin preguntarse sobre la naturaleza distinta del ideal y del real. Además, una misma acción fraterna puede justificarse con varios argumentos, incluso los contradictorios. El religioso puede afirmar que es fraterno para cumplir un mandamiento divino, el ateo, a su vez, puede decir que la fraternidad es un simple dato de la naturaleza. En el ejemplo, hay fraternidad, tanto para el religioso como para el ateo, pero la explicación de su origen es diversa. Por cuenta de esta brecha, la fraternidad siempre resulta ser un principio olvidado (no sólo desde la modernidad), ya que el paso de lo ideal a lo real, y de lo real a lo ideal, puede manipular fácilmente su significado.

Por lo tanto, la fraternidad no es algo «bueno» *de per se*. Desde el punto de vista nazi, por ejemplo, puede ser muy fraterno matar Judíos, así como el político corrupto puede ser fraterna La compra de votos que le lleva al poder. No hace falta recordar que el holocausto no dejó de acontecer en función de la democracia, que ya estaba consolidada en Alemania. ¿No estaban los arianos hermanados en su objetivo? Es lo que resalta Marcel David (1987, p. 8) en su libro “Fraternité et Revolution Française”, cuando afirma que “De septiembre de 1792 al fin del año II, la fraternidad se volvió un arma de lucha entre los jacobinos y los sans-culottes, que disputaban el poder.”

La fraternidad no es necesariamente causa o consecuencia de la democracia. Es producto de un discurso. Como afirma Djik (2008, p. 18), las personas no son libres para hablar o escribir cuando, donde, para quien, sobre lo que o cómo ellas quieren, sino que son parcialmente o totalmente controladas por los otros, tales como el Estado, la policía, los medios o una empresa interesada en la supresión de la libertad de escrita y de habla. La fraternidad es producida en ese contexto. Por ello vale señalar que la corrupción y la mafia son basadas igualmente en lazos de familia o en verdaderas “hermandades” políticas. La fraternidad depende inicialmente de quien yo considero hermano y de los límites del uso de esa fraternidad, que yo mismo establezco. ¡Quién manipula la fraternidad, por supuesto, no anuncia que lo hace! Además, no debemos desconsiderar que esto puede ser bastante coherente, dentro de un sistema de pensamiento, aunque parezca inmoral e injusto para aquellos que, de él, no participa.

Una vez más se puede argumentar: «- ¡Te equivocas! Esta afirmación es incompatible con la pretensión de univ ersalidad de la fraternidad. La fraternidad jamás podrá ser utilizada para servir a los intereses privados de los individuos o grupos.» Pero, ¿quién define lo que es universal? Estamos frente a un problema milenar. Habría que definir primero el general con el fin de obtener el particular. Yo no creo que una fundamentación deductiva sea segura, pues el sentido de la premisa siempre ser manipulado. Y eso es precisamente lo que ocurre cuando de su uso ideológico. Por lo tanto, es necesario desarrollar una teoría general de la fraternidad que presente una racionalidad que reconecte la utopía y la práctica, deteniendola de ser utilizada como una ideología.

7. LA DIALÉCTICA DE LA FRATERNIDAD

La dialéctica a la que nos referimos no sólo se refiere al carácter relacional de la fraternidad (intersubjetividad/politicidad humana), pero a su propia manera de existir, expresada lingüísticamente. Primeramente, no es algo exterior de nosotros mismos, es una práctica disparada como reacción. Es un movimiento cuyo sentido se enfrenta a algo (el otro como *alter*, la pobreza, la desigualdad, el sufrimiento, etc.). No hay fraternidad sin este algo que se le oponga, y que no es su opuesto, pero su inconveniente. Así que es necesario un estado de cosas no fraternales para que la fraternidad sea posible. Es por eso que la fraternidad no es un «vivir dados de la mano» (¿no sería esto la paz?). Y es justamente por constituirse en la alteridad que decimos que la fraternidad es la práctica de respeto, tolerancia y tantas otras cosas que requieren una relación. Fraternidad de uno sólo es un disparate.

Desde el punto de vista existencial, la fraternidad actúa, inicialmente, en el encuentro, abriendo los sujetos para un reconocimiento del otro como otro. Este encuentro siempre ocurre, pero es la «disposición fraterna» que abre los sujetos para una unión en la diferencia, en donde la alteridad es resignificada. No hay, pues, fraternidad sin esta apertura. El sentido de apertura al otro es característico de la fraternidad tanto en el pensamiento de Lubich como de Del Percio. Por lo tanto, podemos definir la fraternidad en su significado práctico como un complejo de elementos (o algo) a ella distintos, pero su constituyente, y los elementos espirituales (internos al sujeto), sintetizados en la acción (cuyo sentido se da históricamente por la cultura), que actúan en el reconocimiento y la resignificación de la alteridad. La dialéctica de la fraternidad es una concepción no-ideológica de la fraternidad, que busca demostrar su funcionamiento, expreso, retóricamente, como otros fenómenos. Por supuesto, la fraternidad no es solo discurso, es un fenómeno mucho más complejo que implica racionalidad, los conflictos de visiones del mundo, sensaciones, emociones e intereses.

8. LA FRATERNIDAD JURÍDICA

La regulación legal de la fraternidad es, posiblemente, una forma efectiva de reducir la brecha entre la utopía y la práctica, en la medida en que el «decir el derecho» puede validar prácticas (denominadas fraternales), que a menudo no encuentran apoyo en un mundo moralmente fragmentado. En el ámbito del Ejecutivo, la fraternidad ha sido relacionada principalmente con la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la igualdad, ya en el marco legislativo y judicial, con la dignidad de la persona humana, con una idea de mínimo existencial, la solidaridad y los derechos humanos. Estos han sido los principales mecanismos para insertar la fraternidad en los sistemas jurídicos. Y este movimiento que desplaza la fraternidad de la moral hacia el derecho, sólo es posible gracias a un cambio en el sentido de la propia fraternidad, que es estatizada y se somete a un proceso de homogeneización. Ese posicionamiento es, por lo tanto, contrario al de Percio (2014, p. 67), quien cree que la fraternidad no puede ser legislada (ordenada o prohibida) pues, como condición antropológica, ya está en la base del derecho: «La hermandad no es del orden del derecho ni puede ser de suyo exigible legalmente, sino que es “la ley primera”; la que da sentido, la que orienta el derecho.» Como explica a continuación:

[...] se pueden establecer normas que garanticen la libertad de expresión. O de movimientos, o que regulen directa o indirectamente la propiedad privada, la distribución de bienes o servicios o el acceso a información, cargos o empleos contribuyendo así a una mayor igualdad. En cambio, no es posible dictar leyes que ordenen o prohíban conductas fraternas. (PERCIO, 2014, p. 63).

La fraternidad no podría ser legislada porque es ineludible, y está en la base de toda la sociabilidad humana. Pero podría ser reconocida por el Derecho, impidiendo la represión derivada del no reconocimiento de algunos sujetos sociales. Sin embargo, no creo que hay impedimentos para que la fraternidad sea legislada o utilizada como fundamento de decisiones judiciales, y que esté presente no sólo como ideal valorativo que nortea los ordenamientos jurídicos en el ámbito político. La fraternidad puede ser exigida jurídicamente, aunque admitamos que es un dato antropológico, por el hecho que su sentido puede ser sencillamente manipulado.

¿Cuáles serían las diferencias entonces entre una fraternidad moral y una fraternidad jurídica? La principal diferencia que propongo es que la fraternidad «moral» es un atributo interno al sujeto, mientras que la comunidad jurídica es un atributo externo, que conecta las dos áreas. Pero no sólo eso. La fraternidad jurídica no es sólo un derecho, sino también un deber, imponible a los sujetos y al Estado. La comunidad jurídica se puede establecer como un concepto, un principio o regla general, dependiendo de qué función debe desempeñar y lo que pretende el creador de la ley en términos de modelo social que se debe buscar. La fraternidad, como un concepto, que aparece en la arena discursiva de foros jurídicos como digno de ser considerado derecho, camina para convertirse en un principio, una orden de cumplimiento de los derechos fundamentales, que irradia más tarde por medio de las reglas.

La fraternidad jurídica tiene la ventaja de evitar el uso ideológico de la fraternidad por una clase de iluminada, un discurso religioso dominante, una teoría de los oprimidos libertarios, o cualquier grupo que intenta imponer su propia visión del mundo. En este sentido, el derecho fraterno ofrece un filtro que ayuda a prevenir el abuso en la reivindicación de derechos y deberes, sobre la base de la fraternidad.

Un derecho fraterno encuentra, como presupuesto, la fraternidad moral, sin la cual no puede existir. Por eso mismo, ser fraterno en el sentido jurídico demanda primero obtener una respuesta a la primera pregunta que nos guía: ¿cómo ser fraternal sin saber lo que es la fraternidad? De ahí la importancia de los estudios sobre la fraternidad, que establecerían los límites a su ejercicio en el marco moral, y en la

fraternidad jurídica, que indicarían los límites de esta práctica dentro de los sistemas jurídicos. La fraternidad jurídica se inscribe así en la especificidad de cada derecho nacional (pero también del derecho internacional), con sujeción a los criterios de evaluación y los mecanismos jurídicos disponibles (doctrinales, jurídicos, legislativos, etc.), que modulan su significado y su alcance en el ejercicio del control social. No debemos esperar que el derecho altere su racionalidad debido a la inclusión de la fraternidad como elemento jurídico, lo que cambia son sus objetivos y el significado de sus prácticas.

9. CONCLUYENDO, PERO NO FINALIZANDO

La fraternidad jurídica no debería sorprendernos como algo muy lejos de la fraternidad en su sentido habitual. Esto se debe a que el derecho siempre se encuentra en una relación difícil con la realidad, en una lucha constante entre lo que él es, el deber-ser, y el ser del mundo natural en que vive el hombre. El derecho no trata impunemente los elementos de la cultura (la igualdad, la libertad, el trabajo, el honor, la dignidad, etc.). El precio que se paga es el de la necesidad de establecer el significado jurídico de cada uno de estos elementos, lo que, normalmente, suele ser un gran desafío frente a la diversidad de casos concretos relacionados. Lo mismo se aplica a la fraternidad. Si se propone que ella sea derecho, lo primero que debemos considerar es la pérdida relativa de autonomía de la sociedad para definir, incluso si lo hacen precariamente, lo que considera ser fraternidad, en favor de una masificación del sentido que permite el cumplimiento de la norma jurídica. En segundo lugar, que es posible manipular la fraternidad como derecho, con la consecuencia de la profundización de la brecha entre lo ideal y lo real, a través de la manipulación de su sentido jurídico y del sentido moral. Esto constituye el uso ideológico de la fraternidad jurídica.

En resumen, fueron presentadas las dos teorías principales de la fraternidad, ya desarrolladas. Según estas teorías, fraternidad sería deseable en cualquier sociedad, lo que nos hace pensar si no sería una buena alternativa en términos de una sociedad posneoliberal. Las teorías de Lubich y Enrique del Percio son, al mismo tiempo, antropológicas (al definir el humano) e idealistas, en el sentido normativo. La principal diferencia entre ellas es la fundamentación teológica en Lubich ante la idea no teológica de Del Percio. Además, las dos tienen como fondo común la defensa de puntos de vista políticos que preceden las propias teorías.

También hemos observado que cuanto a la explicación sobre su origen, la fraternidad puede tener, básicamente, dos fundamentos: 1 - la creación divina (fundamento teológico); 2 - la creación humana (fundamento antropológico). Partir de una fundación no teológica, permite pensarnos la fraternidad de modo no naturalista, lo que representa una ruptura con la idea de la fraternidad como siempre algo positivo desde el punto de vista de la moralidad dominante. Llegamos a la conclusión de que existe una especie de brecha entre la fraternidad en su sentido utópico (ideal) y su sentido práctico (real). El sentido utópico se toma como la base del sentido práctico, y puede ser manipulado discursivamente para cualquier propósito práctico. Lo llamamos «uso ideológico de la fraternidad.»

Posteriormente, vimos que la dialéctica explica la fraternidad a partir de la idea de «apertura fraterna,» un fenómeno existencial que actúa en el reconocimiento de los sujetos y en la resignificación de la alteridad. Según esta perspectiva, la fraternidad, discursivamente, es algo siendo otras. Luego pasamos a mi tesis principal: la inclusión de la fraternidad como elemento jurídico puede ayudar a impedir el uso ideológico del propio derecho (cuando éste se vuelve contra los derechos fundamentales) y servir como una barrera de contención al uso ideológico de la fraternidad moral, aunque siempre haya el riesgo de que esto sea utilizado para profundizar la brecha entre la utopía y la práctica, volviéndose en un mecanismo jurídico de opresión social.

Obviamente, muchos argumentos presentes en este ensayo necesitan ser mejor explorados y explicados. Nuestra intención fue de repensar el fenómeno de la fraternidad a partir de las dos teorías principales acerca de la fraternidad a la luz de la búsqueda de un mejor modelo de sociedad. La pregunta inicial debe mantenerse: ¿Cómo ser fraterno si yo no sé lo que es la fraternidad? Para concluir, me gustaría destacar uno de los aspectos poco explorados sobre el tema y que podría ser objeto de otros estudios: ¿es posible utilizar un discurso no ideológico y retórico de la fraternidad moral y jurídica?

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, J. M. *A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAGGIO, A. M. (Org.). *O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.
- BARRENECHE, O. (Org.). *Estudios Recientes sobre Fraternidad: de la enunciación como principio a la consolidación como perspectiva*. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2010.
- DAVID, M. *Fraternité et Revolution Française: 1789-1799*. Paris: Aubier, 1987.
- DJIK, T. V. *Discurso e Poder*. São Paulo: Contexto, 2008.
- FERRY, Jean-Luc. *A Revolução do Amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Objetiva, 2012.
- GÜMÜ, M. S. *Islam et Christianisme*. Istanbul: Hakikat Kitâbevi, 2010.
- LUBICH, C. *Essential Writings. Spirituality. Dialogue. Culture*. New York: New City Press, 2007.

NICKNICH, M. A Fraternidade como Valor Orientativo dos Novos Direitos na Pós-modernidade. In: BAGGIO, A. M. (Org.). *O Princípio Esquecido*: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

PECK, A. THEODORE, Nik. BRENNER, N. Mal-estar no Pós-Neoliberalismo. In: *Novos Estudos*: CEBRAP, n.92, São Paulo, Mar. 2012.

PERCIO, E. *Ineludible Fraternidad*: conflito, poder y deseo. Buenos Aires: CICCUS, 2014.

PIKETTY, T. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RUSSELL, B. *Ensaíos Céticos*. Porto Alegre: L&PM, 2014.

SADER, E. *Refundar el Estado*: Posneoliberalismo en America latina. Buenos Aires: Instituto de Estudios y Formacion de la CTA, 2008.

SILVA, M. A.; ANDRADE, F. G.; LOPES, P. M. (Orgs.) *Cidadania, Participação e Fraternidade*: uma abordagem multidisciplinar. Recife: Editora UFPE, 2014.

TUGENDHAT, E. *Introducción a la Filosofía Analítica*. Barcelona: Gedisa, 2003.

VOCE, M. *Desafios*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2014.

Recebido em: 09/11/2015

Aprovado em: 19/01/2016

AS CONSEQUÊNCIAS SOCIOECONÔMICAS DA CONCENTRAÇÃO FUNDIÁRIA DO PONTO DE VISTA DOS DIREITOS HUMANOS

THE CONSEQUENCES OF THE LAND OF THE SOCIO-ECONOMIC VIEWPOINT CONCENTRATION OF HUMAN RIGHTS

HEITOR ROMERO MARQUES ¹

JOÃO VITOR ALVES DOS SANTOS ²

RESUMO: O presente trabalho sobre as consequências socioeconômicas da concentração fundiária tem a finalidade de analisar a atual situação da implementação da Reforma Agrária no Estado de Mato Grosso do Sul como forma de democratização ao acesso à terra. Para isso procura analisar a formação histórica do Brasil no que concerne à inacessibilidade histórica a terra e as lutas e conquistas dos movimentos camponeses pela implementação da Reforma Agrária no decorrer do século XX, além de procurar verificar a legislação vigente como forma de melhor compreender o modo como a distribuição de terra é feita, a quem são distribuídos os lotes e quais os créditos e financiamentos disponíveis para os assentados. Para tanto, utiliza-se do método de abordagem hipotético dedutivo e indutivo, com base em pesquisa bibliográfica, documental e base de dados dos órgãos Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul (MPF/MS).

Palavras-chaves: Inacessibilidade à terra. Desvio de finalidades. Reforma Agrária.

ABSTRACT: This study on the socioeconomic consequences of land concentration aims to analyze the current status of implementation of agrarian reform in the state of Mato Grosso do Sul as means of democratizing land access. For that analyzes the historical formation of Brazil regarding the historical inaccessibility to land and the struggles and achievements of peasants movements for the implementation of agrarian reform during the twentieth century, and seek to verify the current legislation in order to have a better understanding about how the land distribution is made, whom the lots are distributed and which credits and financing are available for the settlers are distributed. Therefore, it uses the inductive and deductive hypothetical method of approach, based on literature review, document and database of organs as National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA) and the Federal Public Ministry of Mato Grosso do Sul (MPF/MS).

Keywords: Inaccessibility to land. Purposes diversion. Agrarian Reform.

¹ Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial pela Universidad Complutense de Madrid/Espanha. Mestre em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco/MS. Especialista em Filosofia e História da Educação pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Licenciado em Ciências e Pedagogia pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco/MS. E-mail: heiroma@ucdb.br

² Acadêmico de Direito da Universidade Católica Dom Bosco/MS. E-mail: joao.alves-santos@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a implementação da reforma agrária no Estado de Mato Grosso do Sul. Para tanto, busca contemplar a formação histórica do Brasil como um todo para entender as origens da concentração fundiária. Nesse aspecto o segundo tópico aborda a questão da inacessibilidade histórica à terra. No terceiro tópico são estudadas as primeiras conquistas dos movimentos sociais camponeses no que concerne à legislação a respeito do uso da terra no Brasil. Na sequência, o quarto tópico trata do Estatuto da Terra, que é abordado juntamente com a função social da terra. A análise histórica se estende até a Constituinte de 1988 quando a política agrária se tornou matéria Constitucional. Conjuntamente, procura-se entender as principais tentativas de colocar em prática a reforma agrária, por meio dos Planos Nacionais de Reforma Agrária.

O tópico cinco trata da tentativa de se evitar o desvio de finalidade na reforma agrária e para tanto aborda a questão dos requisitos para obtenção de lote, da constatação de desvio de finalidade e a Operação *Tellus* do Ministério Público Federal. Por último, no tópico seis abordam-se os artifícios utilizados para manter o assentado na terra, e para tanto são analisados os principais créditos e financiamentos cedidos pelo governo como forma de auxiliar na fixação dos mesmos à terra e contribuir para o desenvolvimento dos projetos de assentamentos com o fim de efetivar a democratização ao acesso à terra.

2. DA INACESSIBILIDADE HISTÓRICA À TERRA

Ao abordar a questão da inacessibilidade à terra é preciso compreender que as mazelas econômicas e sociais de um País são historicamente construídas e para isso corroboram uma série de fatores endógenos e exógenos. Como fatores endógenos se destacam a política, a cultura, a educação do povo e a produção de bens de uma forma geral. Esses fatores internos servem como suporte ora para impedir ora para favorecer as forças exógenas, que via de regra se caracterizam pelos interesses de países mais desenvolvidos e por suas forças econômicas representadas por seus governos e suas corporações da iniciativa privada.

Nesse sentido a história brasileira está tomada de exemplos. Desde a época colonial tem havido uma série de procedimentos de aviltamento da riqueza nacional e que refletem até hoje em momentos de crise, daí dizer-se que não se pode separar o atual cenário de pobreza e desigualdade social do seu passado histórico de concentração de riquezas.

O descobrimento das Américas pelos povos europeus deu início ao que pode ser chamado pré-globalização, com a consequente exploração dos recursos naturais e impedindo que novos horizontes econômicos fossem estabelecidos pela colônia, por meio de embargos e empréstimos, que resultaram no fortalecimento e perpetuação da estrutura latifundiária. Com isso surgiu uma elite interessada no próprio enriquecimento e permanência no poder, além de impedir qualquer ameaça a esse sistema, por mais incipiente que fosse. As primeiras informações a respeito da efetiva exploração do Brasil são as chamadas Capitânicas Hereditárias, utilizadas como primeira forma de colonização e para defender o litoral de corsários e nações estrangeiras com interesses de tomar uma parte para si da longínqua terra de Santa Cruz.

Segundo Santana (2015), no Brasil de 1536 foi instituído, pelo rei de Portugal, Dom João III, as Capitânicas Hereditárias. No total foram instituídos 14 distritos, partilhados em 15 lotes e repartidos entre 12 donatários, que receberam as terras como doação do governo português. Os donatários, não foram isentados de pagar impostos à monarquia. A partir da instituição das capitânicas foi inserido o sistema de sesmarias – pedaço de terra devolvido ou abandonado. Cabia a estes donatários permitirem que os colonos cultivassem estes pedaços de terra e os tornassem produtivos. No entanto, havia vários problemas, entre eles a atitude dos sesmeiros diante da obrigatoriedade de se cultivar a terra, isso levou muitos deles a locar suas terras a pequenos lavradores – dando origem aos posseiros. Estes cultivavam as terras, porém, não tinham direitos sobre elas, eram “donos” de terra adquirida de forma ilegal, muitas vezes pagando para ficar com elas e cultivá-las. Em virtude das inúmeras irregularidades, em 1822 foram suspensas as concessões de sesmarias, só permanecendo aquelas anteriormente reconhecidas. Quem se beneficiou de tal medida foram os posseiros, que ascenderam socialmente e se firmaram como únicos proprietários de terras a partir de então, com escritura de propriedade registrada em cartório.

A coroa permanecia como proprietária da terra, bem como se reservava o direito de fazer o dinheiro, que era o mesmo de Portugal. Estipulava o imposto do “quinto” (20%) sobre metais e pedras preciosas encontradas, da “dizima” (10%) sobre as colheitas, a “vintena” (5%) sobre a pesca e o monopólio do pau-brasil. O donatário detinha posse da capitania, transmitida hereditariamente em linha masculina, não podendo ser objeto de negociação (FROTA, 2000, p.58).

É possível notar, em vista dos impostos cobrados dos donatários, que a coroa portuguesa não possuía nenhum outro objetivo com suas novas propriedades a não ser o lucro imediato, a retirada das riquezas existentes nas terras brasileiras o mais rápido possível. Essa característica permaneceu viva por tanto tempo que se enraizou na cultura do povo, a tal ponto que mesmo após o rompimento das relações diplomáticas e econômicas com a metrópole, no processo de independência, essa estrutura permaneceu intacta.

Conforme a colonização se estruturava novos métodos de exploração começaram a ser utilizados pelos grandes latifundiários para a produção e consequente exportação, é o caso do sistema de *Plantations*, cujo sistema pode ser definido por meio de duas palavras: monocultura e escravidão. O sistema de *Plantations* impedia o desenvolvimento do mercado consumidor interno e tornava a colônia cada vez mais refém da metrópole, pois exportavam tudo que produziam e importavam tudo que consumiam, além de proporcionar uma riqueza artificial e passageira. Nas palavras de Barreto (1923, p.44):

O País, no dizer de todos é rico, tem todos os minerais, todos os vegetais úteis, todas as condições de riqueza, mas vive na miséria. De onde em onde, faz uma “parada” feliz e todos respiram. As cidades vivem cheias de carruagens; as mulheres se arream de jóias e vestidos caros; os cavalheiros chiques se mostram, nas ruas, com bengalas e trajos apurados; os banquetes e as recepções se sucedem. [...] Isto dura dois ou três anos; mas, de repente, todo esse aspecto da Bruzundanga muda. Toda a gente começa a ficar na miséria. Não há mais dinheiro. [...] É que a vida na Bruzundanga é toda artificial e falsa nas suas bases, vivendo o País de expedientes.

Os expedientes mudavam de produtos e muitas vezes de região, começou com o Pau-brasil presente na mata atlântica brasileira, continuou com o açúcar do Nordeste, houve períodos do algodão e da borracha, mais isolados, ao Norte, o ouro de Minas e o café do Sudeste. Quando do surgimento do interesse em algum desses produtos no exterior, não demorava muito para que os grandes proprietários alinhasssem suas propriedades para a produção daquele produto em específico, sendo registrados muitos casos de crises de fome e miséria, devido ao fato de não se produzirem insumos para a alimentação e sim para a exportação apenas.

3. A LEI DE TERRAS

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada “Lei de Terras” foi a primeira lei a regulamentar a questão da posse e propriedade de terras no Brasil, dispoendo sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que eram possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais bem como por simples título de posse mansa e pacífica. A rigor a “Lei de Terras” foi uma consequência da Lei nº. 581, de 4 de setembro de 1850 “Lei Eusébio de Queiroz”, que estabelecia medidas para a repressão do tráfico de africanos, representando um avanço para os abolicionistas e uma ameaça aos latifundiários, pois, o próximo passo seria a abolição da escravatura.

A lei “Eusébio de Queiroz” deve ser entendida também no contexto das exigências feitas pela Grã-Bretanha ao governo brasileiro no sentido de acabar com o tráfico de escravos. O governo da Grã-Bretanha cobrava do Brasil uma posição favorável à recém-criada legislação britânica, conhecida como Bill Aberdeen (de agosto de 1845), que proibia o comércio de escravos entre África e América. A lei concedia o direito à marinha britânica de apreender qualquer embarcação com escravos que tivesse como destino o Brasil. A Lei Eusébio de Queiroz não surtiu efeitos imediatos. O tráfico ilegal ganhou vitalidade e num segundo momento o tráfico interno de escravos aumentou. Foi somente a partir da década de 1870, com o aumento da fiscalização, que começou a faltar mão de obra escrava no Brasil. Neste momento, os grandes agricultores começaram a buscar trabalhadores assalariados, principalmente em países da Europa (Itália, Alemanha, por exemplo) período em que aumentou muito a entrada de imigrantes deste continente no Brasil (RODRIGUES, 1980).

A possibilidade de negros forros ocupando terras e iniciando sua própria produção apavorou a banca ruralista de tal maneira que a Lei de Terras de 1850 instituiu que a terra poderia ser adquirida apenas por meio da compra, impedindo grande parte dos futuros libertos e imigrantes europeus de se tornarem proprietários. A antecipação das oligarquias agrárias fez reafirmar e estimular a tradição latifundiária brasileira. Alguns artigos e parágrafos da referida Lei de Terras ajuda entender essa questão, como segue *in verbis*:

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa [...];

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

§ 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás

ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.

§ 2º As posses em circunstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnização pelas bemfeitorias. Exceptua-se desta regra o caso do verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos.

§ 3º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem posseiro para entrar em rateio igual com elles.

§ 4º Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario.

Art. 6º Não se haverá por principio do cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimas de mattos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente.

Art. 7º O Governo marcará os prazos dentro dos quaes deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, attendendo ás circunstancias de cada Provincia, comarca e municipio, o podendo prorogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que comprehenda todos os possuidores da mesma Provincia, comarca e municipio, onde a prorogação convier.

Art. 8º Os possuidores que deixarem de proceder á medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em commisso, e perderão por isso o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o sómente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto.

[...]

Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo.

[...]

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos; 3º, para a construção naval.

Art. 13. O mesmo Governo fará organizar por freguezias o registro das terras possuidas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas áquelles que deixarem de fazer nos prazos marcados as ditas declarações, ou as fizerem inexactas.

Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:

[...]

Art. 15. Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua aquisição, terão preferencia na compra das terras devolutas que lhes forem contiguas, comtanto que mostrem pelo estado da sua lavoura ou criação, que tem os meios necessarios para aproveitall-as.

Art. 16. As terras devolutas que se venderem ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes:

§ 1º Ceder o terreno preciso para estradas publicas de uma povoação a outra, ou algum porto de embarque, salvo o direito de indemnização das bemfeitorias e do terreno occupado.

§ 2º Dar servidão gratuita aos vizinhos quando lhes for indispensavel para sahirem á uma estrada publica, povoação ou porto de embarque, e com indemnização quando lhes for proveitosa por incurtamento de um quarto ou mais de caminho.

§ 3º Consentir a tirada de aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnização das bemfeitorias e terreno occupado.

§ 4º Sujeitar ás disposições das Leis respectivas quaesquer minas que se descobrirem nas mesmas terras.

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no paiz, serão naturalisados querendo, [...].

Art. 18. O Governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Aos colonos assim importados são applicaveis as disposições do artigo antecedente.

Art. 19. O producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, [...] será exclusivamente applicado: 1º, á ulterior medição das terras devolutas e 2º, a importação de colonos livres, conforme o artigo precedente.

Art. 20. Emquanto o referido producto não for sufficiente para as despesas a que é destinado, o Governo exigirá annuamente os creditos necessarios para as mesmas despesas, ás quaes applicará desde já as sobras que existirem dos creditos anteriormente dados a favor da colonisação, e mais a somma de [...]

Art. 21. Fica o Governo autorizado a estabelecer, com o necessario Regulamento, uma Repartição especial que se denominará - Repartição Geral das Terras Publicas - e será encarregada de dirigir a medição, divisão, e descripção das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalisar a venda e distribuição dellas, e de promover a colonisação nacional e estrangeira. [...].

De forma análoga os Estados Unidos da América, na mesma época, passavam por período semelhante ao enfrentado pelo Brasil: avanço das ideias abolicionistas e chegada de grandes contingentes de imigrantes europeus. Porém, a maneira pela qual a situação foi administrada divergiu da brasileira.

Em 1862 Abraham Lincoln (1809 – 1865) sancionou em 20 de maio de 1862 o Homestead Act (Lei da Fazenda Rural). Trata-se de um programa destinado a conceder terras públicas a pequenos fazendeiros, a baixo custo. A lei concedia 160 acres – 650 mil metros quadrados – a todo solicitante, desde que fosse chefe de família e tivesse 21 anos ou mais, e garantisse permanecer e trabalhar a terra por no mínimo cinco anos, pagando uma pequena taxa de administração. Ao invés de favorecer a formação de uma pequena elite de proprietários de terra ligada à exportação de produtos agrícolas, a medida tomada garantiu segurança alimentar e criou excedentes para a exportação de vários itens, fator esse de suma importância para a transformação dos Estados Unidos em grande potência econômica (KULCSÁR; SHIRTS, 2013).

Mais de 100 anos após a “Lei de Terras”, as reivindicações sociais das massas rurais por reformas eram tantas que se lançaram, em meio a um governo ameaçado e instável, as Reformas de Base. João Goulart sofreu visível limitação de poderes durante seu governo, a histeria causada pela Revolução Cubana de 1959, o contexto geopolítico de Guerra Fria e todas as inquietações sociais que vinham ocorrendo em toda a América Latina eram os principais motivos para que as elites, por meio do congresso, impedissem o avanço das reformas propostas por Goulart.

O ano de 1964 se iniciou com o esgotamento das negociações com o Partido Social Democrático (PSD). João Goulart, alinhado com os principais grupos de esquerda, com o intuito de mobilizar a população brasileira às reformas de base, deu início a uma série de comícios nas principais cidades do Brasil. Com o visível apoio da população, as elites se viram no dever de impedir a ameaça ao sistema, assim, em 31 de Março ocorreu o Golpe militar, instaurou-se um regime que manteria os interesses da elite a salvo. Porém, as reivindicações por parte da população continuaram, as associações camponesas continuaram a lutar pela reforma agrária e, no mesmo ano do Golpe Militar, o Estatuto da Terra foi elaborado (MARTINS, 1981).

4. O ESTATUTO DA TERRA E O PROSSEGUIMENTO DA LUTA PELA REFORMA AGRÁRIA

O Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, em seu Artigo 2º estatui que o acesso à terra seja assegurado a todos, além de condicionar esse acesso à sua função social. No parágrafo primeiro do mesmo Artigo é definido o que seria entendido por função social da terra: o alinhamento da propriedade rural para com a coletividade, tanto de seus donos com seus lucros, quanto para com os trabalhadores e suas famílias que nela labutam para sua subsistência.

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

As reivindicações dos movimentos teriam sido atendidas se a função social da terra tivesse sido perseguida, porém, o Estatuto da Terra não foi posto em prática, pois os interesses dos grandes proprietários continuavam a ser protegidos pela estrutura do Estado.

O final do Regime Militar foi marcado pelo surgimento do I Plano Nacional de Reforma Agrária (I PNRA), aprovado pelo Decreto nº 91.766, de 10 de Outubro de 1985. Fiel ao Estatuto da Terra, este plano foi considerado como um termo de compromisso com as reivindicações camponesas do novo governo. O Plano Nacional de Reforma Agrária definiu como meta o assentamento de 1.400.000 famílias em uma área de 43.090.000 hectares no período de 1985 a 1989.

O Plano Nacional de Reforma encontrou oposição nos movimentos sociais como Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) e Central Única dos Trabalhadores (CUT), tais movimentos se manifestavam com insatisfação devido à falta de comprometimento para com a Reforma Agrária, pois, era definido no Plano que o Poder Público iria evitar, sempre que conveniente, a desapropriação mesmo que a propriedade se enquadrasse na definição de Latifúndio. Após dois anos da elaboração do Plano, o prazo para os assentamentos foi aumen-

tado e o número de famílias e a área a ser distribuída foram diminuídos, esses fatores podem ser atribuídos aos latifundiários insatisfeitos, organizados na União Democrática Ruralista (UDR), e à falta de vontade política vigente (MEDEIROS, 2013).

Diante de políticas de proteção ao latifúndio os movimentos sociais promoveram protestos e conflitos a níveis nacionais, a ponto de culminar nas discussões travadas durante a constituinte de 1988. A Constituição de 1988 trouxe conquistas para os movimentos que reivindicavam reformas no âmbito rural brasileiro, sem ameaçar os interesses da bancada ruralista do Congresso, ou seja, as conquistas aconteceram, mas não foram tantas. É possível notar tal aspecto no Capítulo III da Constituição que em seus dispositivos trata da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro

Até a atualidade há inúmeros debates, visto que os proprietários de terras ao mencionar a desapropriação não concordam que a indenização seja feita com títulos da dívida agrária, em virtude do prazo estabelecido e da desconfiança das ações de governo. A rigor advogam que a indenização deveria seguir simplesmente o que estabelece o Parágrafo primeiro. Evidente também é a conquista dos movimentos sociais envolvidos com as reivindicações da reforma agrária, pois, poderá ocorrer a desapropriação por interesse social, em imóveis que não estejam cumprindo a sua função social.

Art.185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Como se vê o Art. 185 estatui que serão insuscetíveis de desapropriação a propriedade produtiva, todavia, não há um protocolo que valha para todo o território nacional, sobre que critérios que serão levados em conta para se classificar uma propriedade como produtiva ou improdutiva. No parágrafo único é definido que lei especial irá legislar para que a função social da terra e a sua produtividade possam permanecer em harmonia. Por meio do artigo 186 pode – se visualizar quais seriam os requisitos necessários para uma propriedade atender à função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Em vista do exposto, caso uma propriedade seja produtiva pelo aproveitamento irracional de seus recursos, por meio da exploração do trabalho em condições análogas ao trabalho escravo ou até mesmo através do desmatamento violando leis ambientais, esta propriedade não está cumprindo a sua função social e estará sujeita à desapropriação.

5. DA TENTATIVA DE EVITAR O DESVIO DE FINALIDADES NA REFORMA AGRÁRIA

O dispositivo constitucional que possui o intuito de evitar o desvio de finalidades da reforma agrária é o Art. 189, o mesmo define que os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo período de dez anos. Pode-se presumir que a principal função deste dispositivo seja a prevenção de que as terras desapropriadas sejam utilizadas para quaisquer outros fins que não a democratização ao acesso à terra.

Tal dispositivo fica regulamentado por norma infraconstitucional na qual é disposto que o assentado que receber o título de domínio se obriga a cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou por meio de seu núcleo familiar, mesmo que por intermédio de cooperativas, e de não ceder o seu uso a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de 10 anos (Art.21, Lei nº 8.629/93).

A norma retro referida específica o disposto no texto constitucional e amplifica os meios pelos quais ocorre o desvio de finalidade na distribuição de terras. No Art. 189 da Constituição Federal de 1988, ao se estipular que os imóveis rurais adquiridos pela reforma agrária serão inegociáveis por determinado prazo, impede-se a celebração de qualquer ato de compra e venda. Na norma infraconstitucional é definido que o assentado deverá cultivar o imóvel direta e pessoalmente, mesmo que por meio de núcleo familiar ou cooperativa. Assim se excluem as possibilidades de arrendamento e qualquer outro instituto que possa trazer terceiro que não preencha os requisitos para ser beneficiado

com a distribuição de lotes para a posse da respectiva terra.

5.1. Dos requisitos a serem preenchidos para obtenção do lote

Para a obtenção de um lote na reforma agrária não existem requisitos e sim vedações, ou seja, todas as pessoas que não possuem nenhuma das vedações estarão aptas a concorrer na distribuição de um lote. No entanto, haverá requisitos a serem preenchidos na ordem preferencial à titulação do lote.

As vedações para a distribuição dos lotes consistem em limitações a pessoas que não necessitem ou possuam incompatibilidade no exercício de alguma função para que as mesmas não sejam beneficiadas, portanto, ausentes as situações de exclusão estará apto a ser beneficiado qualquer cidadão brasileiro. As vedações são estendidas para: o proprietário rural, o funcionário público, autárquico ou que se ache investido de atribuição parafiscal e quem já tenha sido contemplado pelo programa anteriormente (Art.20, Lei nº 8.629/93). Preenchidos os requisitos para adquirir o lote, o mesmo será distribuído a homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente de estado civil, observando uma ordem preferencial, conforme estabelece a Lei nº 8.629/93.

Art.19 O título de domínio, a concessão de uso e a concessão de direito real de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente de estado civil, observada a seguinte ordem preferencial:

I – ao desapropriado, ficando-lhe assegurada a preferência para a parcela na qual se situe a sede do imóvel;

II – aos que trabalham no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários;

III – aos ex-proprietários de terra cuja propriedade de área total compreendida entre um e quatro módulos fiscais tenha sido alienada para pagamento de débitos originados de operações de crédito rural ou perda na condição de garantia de débitos da mesma origem;

IV – aos que trabalham como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários, em outros imóveis;

V – aos agricultores cujas propriedades não alcancem a dimensão da propriedade familiar;

VI – aos agricultores cujas propriedades sejam, comprovadamente, insuficientes para o sustento próprio e o de sua família.

Parágrafo único. Na ordem de preferência de que trata este artigo, terão prioridade os chefes de família numerosa, cujos membros se proponham a exercer a atividade agrícola na área a ser distribuída.

Vistas as questões relativas às vedações, compete analisar, na sequência a constatação do desvio de finalidades da reforma agrária.

5.2. Da constatação do desvio de finalidades.

Quando da constatação de quaisquer irregularidades referentes aos itens já citados, seja o imóvel ocupado por quem não preencha os requisitos, ser alienado ou negociado de qualquer forma ou estar improdutivo, o imóvel deverá retornar ao órgão concedente, no caso o INCRA.

Está previsto em lei cláusula resolutória que prevê a rescisão do contrato e o retorno do imóvel ao órgão que distribui os lotes no caso de descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas pelo adquirente (Art.22, Lei nº 8.629/93).

5.3. A Operação Tellus.

Em 2008 teve início o que ficou conhecido como Operação Tellus. Essa operação consistia em investigações desenvolvidas pelo Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul para apurar irregularidades no andamento da reforma agrária no Estado. A investigação culminou na suspensão de todos os processos de aquisição de novas áreas para a Reforma Agrária no Estado até que o INCRA faça o levantamento dos lotes ocupados de maneira irregular e inicie o processo de retomada.

Em 2007 fora desapropriada uma área de 16.926 hectares do Grupo Bertin pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). O local era denominado Fazenda Santo Antônio, localizada em Itaquiraí (MS). Tal desapropriação gerou 1.234 lotes divididos em quatro projetos de assentamento: Caburey, Foz do Rio Amambaí, Itaquiraí e Santo Antônio.

A Operação *Tellus* constatou distribuição irregular dentre esses 1.234 lotes a pessoas que não constavam na lista de espera e não preenchiam os requisitos para serem assentadas. A distribuição foi dirigida a líderes de movimentos sociais (CUT, Fetagri, FAF e MST) e funcionários do INCRA. Além da distribuição irregular, ocorreram vendas e trocas de lotes e, também, o desvio das verbas que seriam utilizadas inicialmente pelos assentados para as melhorias nos assentamentos. Houve participação ativa de funcionários do INCRA para a regularização das vendas ilegais e omissão dos mesmos no que concerne aos desvios de verbas (MPF/MS).

Em nota de Esclarecimento o Ministério Público Federal declarou que de acordo com levantamento ocupacional realizado pelo INCRA em assentamentos de 10 municípios do Estado, com 11.126 lotes vistoriados, existem 3.025 lotes considerados com irregularidades passíveis de gerar a retomada da área. Portanto, verifica-se que 27,77% dos lotes vistoriados apresentam irregularidades. Caso o percentual se estenda para os 29.850 lotes existentes em Mato Grosso do Sul, haverá cerca de 7.230 lotes ocupados irregularmente.

Outro levantamento efetuado pelo INCRA, com corroboração da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), informou a existência de cerca de 2.800 famílias em situação de insegurança alimentar acampadas à beira de estradas a espera de um lote da reforma agrária.

Tal levantamento é utilizado pelo MPF/MS para fundamentar a suspensão dos processos de aquisição de novas áreas por parte do INCRA. A projeção de 7.230 lotes passíveis de retomada e a existência de cerca de 2.800 famílias não justificam a aquisição de novas áreas.

Na nota de esclarecimento do MPF/MS frisa-se que o custo da retomada de um lote e a sua distribuição é extremamente inferior ao custo de aquisição de novas áreas e implementação de novos assentamentos.

A principal motivação para o desenvolvimento da atual pesquisa foi a percepção do clamor popular contra a implementação da reforma agrária. A ideia de distribuir lotes para participantes de movimentos sociais desagradou em muitos aspectos boa parte da população, entre os motivos se encontra o desvio de finalidades dos lotes distribuídos.

A linha de pesquisa procurou partir do princípio de que era certa a ocorrência do desvio de finalidades na reforma agrária, no entanto, a mesma teria um motivo. A constatação de vendas, trocas e arrendamentos dos lotes se dariam devido às dificuldades enfrentadas pelos assentados.

Não se pode exigir a permanência do produtor na terra pelo simples fato de o mesmo ter sido beneficiado com um lote, é necessária a existência de políticas que visem à fixação e manutenção dos trabalhadores na terra. Essas políticas devem consistir em incentivos financeiros para a produção, disponibilidade de saúde e educação acessíveis às famílias assentadas e melhorias, que visem à estruturação básica necessária para viver, nos assentamentos.

No decorrer do desenvolvimento da pesquisa constatou-se que os incentivos financeiros que visam a fixação do assentado à terra existem. Constatou-se também que as principais formas de desvios de finalidades da reforma agrária não partem dos assentados devido a dificuldades enfrentadas e sim pela corrupção de funcionários públicos e líderes de movimentos sociais, conforme as informações dispostas pela Operação *Tellus* feita pelo Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul (MPF/MS).

6. ARTIFÍCIOS UTILIZADOS PARA MANTER O ASSENTADO NA TERRA

No Estatuto da Terra está presente a assistência e proteção à economia rural. É possível notar no Artigo 73 desta lei, os vários artifícios para a fixação do assentado à terra e o incentivo para que ocorra o aumento da produtividade, não só para o consumo nacional, mas, também, para a consequente exportação.

Art. 73. Dentro das diretrizes fixadas para a política de desenvolvimento rural, com o fim de prestar assistência social, técnica e fomentista e de estimular a produção agropecuária, de forma a que ela atenda não só ao consumo nacional, mas também à possibilidade de obtenção de excedentes exportáveis, serão mobilizados, entre outros, os seguintes meios:

- I - assistência técnica;
- II - produção e distribuição de sementes e mudas;
- III - criação, venda e distribuição de reprodutores e uso da inseminação artificial;
- IV - mecanização agrícola;
- V - cooperativismo;
- VI - assistência financeira e creditícia;
- VII - assistência à comercialização;
- VIII - industrialização e beneficiamento dos produtos;
- IX - eletrificação rural e obras de infraestrutura;
- X - seguro agrícola;
- XI - educação, através de estabelecimentos agrícolas de orientação profissional;
- XII - garantia de preços mínimos à produção agrícola.

De acordo com o parágrafo primeiro deste mesmo artigo todos os meios enumerados serão utilizados para dar capacitação ao agricultor e sua família e visam, especialmente, ao preparo educacional, à formação empresarial e técnico-profissional, ao garantir sua integração social e ativa participação no processo de desenvolvimento rural e estabelecer, no meio rural, clima de cooperação entre o homem e o Estado, no aproveitamento da terra.

O Artigo 17 da Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993 estatui o assentamento de trabalhadores rurais em terras economicamente úteis, de preferência na região por eles habitada, ou seja, deve ocorrer o menor transtorno possível para o trabalhador rural para que a possibilidade de fixação, e consequente produção, sejam mais efetivas.

O Decreto nº 8.256, de maio de 2014, regulamenta a concessão de créditos de instalação previsto no inciso V do Art. 17 da Lei nº 8.629 de 1993, neste Decreto ocorre a delegação da função de gestão operacional da concessão de créditos de instalação dos assentados ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

Art. 2o Os créditos de instalação serão concedidos nas seguintes modalidades:

- I - Apoio Inicial I - para apoiar a instalação no projeto de assentamento e a aquisição de itens de primeira necessidade, no valor de até R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) por família assentada;
- II - Apoio Inicial II - para apoiar a aquisição de bens duráveis de uso doméstico e equipamentos produtivos, no valor de até R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) por família assentada;
- III - Fomento - para viabilizar projetos produtivos de promoção da segurança alimentar e nutricional e de estímulo da geração de trabalho e renda, no valor de até R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais), dividido em duas operações

de até R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), por família assentada; e

IV - Fomento Mulher - para implantar projeto produtivo sob responsabilidade da mulher titular do lote, no valor de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), em operação única, por família assentada.

Outro dispositivo muito importante, elaborado para facilitar na reorganização do espaço rural utilizado para a reforma agrária, é o Fundo de Terras e da Reforma Agrária, criado pela Lei Complementar nº93 de 1998. Serão beneficiados por esse fundo os trabalhadores rurais que não possuem propriedade, posseiros, arrendatários e agricultores proprietários de imóveis que não ultrapassem a dimensão da propriedade familiar, desde que comprovem cinco anos de experiência em atividades agropecuárias. A assistência fornecida pelo Banco da Terra consistirá na concessão de financiamentos individuais ou coletivos e empréstimos com taxas de juros de até 12% ao ano.

Nota-se que há o incentivo para a fixação e produção dos assentados, porém, não se pode dizer que a reforma agrária é bem sucedida no Brasil. O assentamento ocorre, é oferecido ao assentado créditos, financiamentos e empréstimos, porém, ainda é possível constatar o abandono e venda de muitos dos lotes designados para a reforma agrária, isso constitui um desvio de finalidades e pode-se dizer que, com esse desvio, não ocorre o fim da miséria no campo, não ocorre a democratização à terra, não findam as reivindicações dos movimentos sociais camponeses e não ocorre o aumento da produtividade de insumos básicos, para o consumo, e excedentes, para a exportação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar a implementação da reforma agrária, particularizando algumas questões do Estado de Mato Grosso do Sul de forma a entender como funcionava a distribuição e o acesso à terra, os requisitos a serem cumpridos para a aquisição de lotes e os incentivos financeiros oferecidos pelo governo para se tornar possível a fixação do assentado à terra.

No decorrer da pesquisa, além da análise de como funciona a reforma agrária, também se tornou objeto de estudo o motivo pelo qual existe a opinião negativa por parte da população a respeito da mesma. Assim, constatou-se o desvio de finalidades das verbas e terras destinadas ao projeto de democratização à terra. Nesse aspecto o trabalho procuraria partir do princípio que o desvio de finalidades realmente ocorria, vendas, trocas e arrendamento de lotes eram notórios de acordo com os veículos de informação do Estado de Mato Grosso do Sul. Altos preços para a produção e deficiência nos incentivos do Governo, precariedade das estradas dentro dos loteamentos para o escoamento dos produtos, ausência de água e energia elétrica nos projetos de assentamento, além da ausência de estruturas básicas para saúde e educação.

As dificuldades descritas acima são realidades. No entanto, constatou-se, por meio da análise da Operação *Tellus*, que não são a principal fonte dos desvios de finalidades na reforma agrária.

O incentivo financeiro e o desenvolvimento dos projetos de assentamentos são previstos em Lei, a única necessidade é a de que os mesmos sejam postos em prática. Nesse aspecto, o trabalho esclareceu que as consequências da inacessibilidade à terra são diversas e que as ações governamentais para a diminuição das desigualdades e democratização ao acesso à terra por meio da reforma agrária encontram muitos entraves. No entanto, a reforma agrária acontece e já demonstra bons resultados.

Por mais que não fique aparente, a reforma agrária é a principal maneira de sanar os problemas ocasionados historicamente quando da formação do Brasil. A distribuição de terras fomentaria uma maior produtividade, além de ser um meio de conquistar a igualdade, certo, pois que a mesma não existe.

Oportunizar famílias com a possibilidade de produzirem para seu sustento contribuiria para o desenvolvimento e maior segurança social, pois inúmeras são as famílias acampadas ao longo de rodovias em situação de insegurança alimentar, conforme informação mencionada no desenvolvimento do presente trabalho.

Assim, por meio da tentativa de resolver o problema da inacessibilidade histórica à terra por meio da reforma agrária, percebem-se as consequências socioeconômicas de tal concentração na formação do País, dentre elas a desigualdade. Deste modo, a implementação da reforma agrária, por ser um meio de diminuição das desigualdades existentes, não constitui uma simples política pública e sim um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Portanto, o desvio de finalidades não deve ser um argumento para a suspensão da Reforma Agrária e sim um obstáculo a ser superado.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Lima. *Os bruzundangas*. São Paulo: Martin Claret, 2009. 44p.

BRASIL. *Decreto n. 8.256, de 26 de maio de 2014*. Regulamenta o inciso V do caput do art. 17 da Lei no 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre os créditos de instalação no programa de reforma agrária.

BRASIL. *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

BRASIL. *Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <<http://www.prms.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. *Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988*.

FROTA, Guilherme de Andreia. *História do Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2000. 58.p.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. São Paulo: L&pm, 1971.

KULCSÁR, João; SHIRTS, Matthew. *Herança compartilhada*. São Paulo: SENAC, 2013.

MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil: as lutas sociais no campo e seu lugar no processo político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1981.

MEDEIROS, Leonilde Servolo de. *Reforma agrária no Brasil: história e atualidade da luta pela terra*. São Paulo, SP: Fundação Perseu Abramo, 2003.

RODRIGUES, Jaime. *O tráfico de escravos para o Brasil*. 3.ed. São Paulo: Ática. 1980. 64p.

SANTANA, Miriam Ilza. Sesmarias. Info Escola: navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/sesmarias/>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

SILVA, José Graziano da. *Caindo por Terra: crises da reforma agrária na Nova República*. São Paulo, SP: Busca Vida, 1987.

Recebido em: 11/01/2016

Aprovado em: 03/02/2016

COMENTÁRIOS AOS ACÓRDÃOS VIKING E LAVAL: o direito de greve na União Europeia

COMENTARIOS SOBRE LOS JUICIOS Viking y Laval: el derecho de huelga en la Unión Europea

HELENA TELINO NEVES ¹

RAPHAELLA VIANA SILVA ASFORA ²

RESUMO: O presente estudo remete à importância dos direitos sociais, os quais dependem de ações legislativas e executivas, que estão sendo afetadas pelos movimentos de reforma do Estado desencadeados pela crise. No cenário internacional, a crescente insegurança decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais, acompanhadas de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sobrevalorização da economia face aos direitos sociais. Portanto, o direito de greve foi o direito social escolhido para efeitos de análise no quadro da União Europeia. O objeto de estudo diz respeito aos Acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos em 2007, o Caso Laval e o Caso Viking que versam, sobretudo, sobre limites comunitários ao exercício do direito de ação coletiva, como a greve. Neste contexto, a partir do constitucionalismo, há uma reflexão acerca dos direitos fundamentais, os direitos individuais, direitos negativos e os direitos de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade e intimidade), uma certa expectativa de abstenção do Estado, ao poder exercer em sua plenitude os direitos fundamentais que estavam sendo reivindicados, ao compreender em que medida uma ação sindical coletiva pode constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento na União Europeia e como se deve conciliar a liberdade de estabelecimento e o direito de ação coletiva.

Palavras-chave: Acórdãos. Viking e Laval. Direito de Greve. União Europeia.

RESUMEN: Este estudio apunta a la importancia de los derechos sociales, que dependen de las acciones legislativas y ejecutivas, que están siendo afectadas por los movimientos de reforma del Estado provocados por la crisis. A nivel internacional, la creciente inseguridad se debe a la demanda de prestaciones sociales, acompañadas de una disminución paralela de la capacidad prestacional del Estado y la sobrevaloración de la economía a los derechos sociales. Todavía, el derecho de huelga es el derecho social elegido para el análisis dentro de la Unión Europea. El tema se refiere al Tribunal de Justicia proferidos en 2007, el Caso Laval y el Caso de Viking, que se centran principalmente en los límites de la Comunidad en el ejercicio del derecho a la acción colectiva, como la huelga. En este contexto, desde el constitucionalismo, hay una reflexión sobre los derechos fundamentales, los derechos individuales, los derechos negativos y la primera dimensión de los derechos (la vida, la libertad, la propiedad y la privacidad), una cierta expectativa de la abstención del Estado, para poder continuar su plenitud a los derechos fundamentales que estaban siendo reclamados, para comprender en qué medida una acción sindical colectiva puede constituir un obstáculo a la libertad de establecimiento en la Unión Europea y la manera de conciliar la libertad de establecimiento y el derecho a la acción colectiva.

Palabras claves: Juicios. Viking y Laval. Derecho de Huelga. Unión Europea.

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL/Portugal). Mestre em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais). Professora Universitária. Advogada. Bióloga. E-mail: htelino@hotmail.com

² Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo CESED/Facisa/IBCCRIM. Especialista em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB)/Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB)/Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Administradora. Jornalista. E-mail: raphaella_asfora@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto mundial, sobretudo sob o enfoque dos direitos e das garantias fundamentais no Brasil, assim consagrados através do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos são iguais perante a Lei e possuem inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Mediante a relevância deste tema sob a perspectiva econômica, social, jurídica, política e contemporânea, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e à assistência social devem ser respeitados, sobretudo em tempos de crise.

No Brasil e também no cenário internacional, a crise pode ser identificada como um processo de autodissolução do Estado Social, degenerando-se de Estado de bem-estar para Estado de mal-estar, em virtude da hipertrofia do Estado e da sociedade. Os problemas específicos do presente estudo consistem em analisar os aspectos contemporâneos da discussão sobre os direitos sociais nos momentos de crise, além da crise presente nos movimentos de redimensionamento do Estado.

Todavia é fundamental delinear contornos para a proteção dos direitos sociais, os quais dependem de ações legislativas e executivas que estão sendo afetadas pelos movimentos de reforma do Estado desencadeadas pela crise. A crescente insegurança decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais, acompanhada de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sobrevalorização da economia face aos direitos sociais.

No âmbito da União Européia, o direito de estabelecimento inclui o direito de aceder a atividades não assalariadas, como trabalhador independente, assim como a liberdade e de criar e gerir empresas, para uma atividade permanente de natureza estável e contínua, nas mesmas condições que a lei do Estado-Membro de estabelecimento fixar para os seus nacionais.

Há chance de liberdade na prestação de serviços, aplica-se a todas as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas. O prestador do serviço pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua atividade no Estado-Membro onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado-Membro impõe aos seus próprios cidadãos.

Portanto, O direito de greve foi o direito social escolhido para efeitos de análise no quadro da União Europeia - UE. Na seara constitucional brasileira, sobretudo em relação às garantias dos direitos sociais, há a possibilidade da sindicalização e o direito de greve, os quais permitem aos trabalhadores brasileiros, uma reinvidicação por salários melhores. Da mesma forma, os sindicatos revelam a possibilidade de celebrarem convenções coletivas de trabalho e a legitimação para suscitar o dissídio coletivo de trabalho.

Outrossim, há a plena garantia de outros direitos sociais, tais como a seguridade social, o acesso às ações sociais e aos serviços de saúde, educação, cultura, ao meio ambiente, o livre exercício da cidadania, o sigilo e a igualdade do voto, principalmente, a eficácia na aplicabilidade imediata das normas constitucionais voltadas ao cidadão brasileiro.

De acordo com as funções institucionais dos sindicatos, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), há também a relevância das questões abordadas pelo Comitê de Liberdade Sindical sobre o direito de greve. Em especial, de Composição Tripartite, sob o Número 958, ao ter sido produzida uma resolução unânime em 1982, dada a importância ao direito de greve como um dos meios essenciais que devem estar disponíveis aos trabalhadores e suas organizações, que devem promover e defender seus interesses ocupacionais e laborais.

Esta posição clara da OIT sobre o direito de greve no Brasil, também corresponde a um fator importante para que o governo reconsiderasse a intervenção da OIT em situações semelhantes na Polônia e África do Sul. Tal posicionamento da OIT colabora e objetiva analisar os aspectos jurisprudenciais no âmbito comunitário e as decisões objeto de análise referem-se aos Acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos em 2007, Caso *Laval* e Caso *Viking* que versam, sobretudo, sobre limites comunitários ao exercício do direito de ação coletiva, como a greve.

A discussão proposta não pode ser satisfatoriamente realizada sem que se adiante uma noção geral sobre os direitos fundamentais sociais. Por essa razão, o primeiro capítulo trata da greve como direito fundamental e da sua normatização em nível comunitário.

No segundo capítulo, passamos ao relato do Acórdão do TJUE, de 11 de dezembro de 2007 (Processo C-438/05), Caso *Viking*. No capítulo seguinte, faz-se uma análise do Acórdão do TJUE, de 27 de outubro de 2011 (Processo C-255/09), Caso *Laval*.

É salutar compreender em que medida uma ação sindical coletiva pode constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento na União Europeia e como se deve conciliar a liberdade de estabelecimento e o direito de ação coletiva. O desafio é tentar encontrar um equilíbrio entre esses interesses que, às vezes, se opõem. Por fim, encerra-se a investigação com breves notas conclusivas.

2. DIREITO DE GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o constitucionalismo foram positivados os primeiros direitos fundamentais, os direitos individuais, direitos negativos, direitos de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade, intimidade, dentre outros) que tinham como característica principal uma certa expectativa de abstenção do Estado, um não-agir a fim de que as pessoas pudessem exercer em sua plenitude os direitos fundamentais que estavam sendo reivindicados, sobretudo após as revoluções liberais voltadas à superação do Absolutismo.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social houve uma profunda alteração na interação Estado-sociedade. O Estado passa a atuar na sociedade com finalidades sociais e de desenvolvimento econômico.

Houve a expansão da positivação dos direitos sociais, originariamente identificados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. São os direitos positivos, prestacionais, a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais. A positivação de direitos sociais provocou uma mudança notável na concepção dos direitos fundamentais. Passou-se a exigir a gestão da ordem econômica

e social pelo Estado de forma que ele garantisse a prestação de condições materiais que assegurassem a dignidade humana.

A estrutura das normas de direitos sociais é aberta, implica na necessidade de interposição legislativa e procedimentos estatais para efetivação desses direitos. O que se fixa constitucionalmente ou em normas comunitárias e internacionais é que os indivíduos devem, por meio de ação estatal, ter acesso ao bem ou atingir o fim visado pela norma consagradora do direito social.

Os direitos sociais impõem ao Estado o dever de respeitar, proteger e realizar prestações fáticas destinadas a promover o acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Esta tripartição de deveres estatais foi consagrada pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e delimita o leque dos deveres estatais no domínio dos direitos sociais. (PISARELLO, 2007, p.62).

O direito de negociação e de ação coletiva foi tutelado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - CDFUE³ no artigo 28º: *'Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve'*.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, em seu artigo 151º, menciona a Carta Social Europeia e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, implicando numa referência ao direito de greve reconhecido por estes instrumentos jurídicos.

A fundamentalidade dos direitos sociais traduz-se em efeitos jurídicos concretos, vinculando o legislador quanto ao seu conteúdo⁴. As disposições que prevêm direitos sociais impõem uma obrigação no sentido de produzir normas que garantam a sua exequibilidade, determinando a forma pela qual o Estado cumprirá o seu dever de prestação⁵. Este dever enquadra-se na obrigação de o Estado na prosseguir o bem-estar⁶.

A maior ou menor atividade que conferirá eficácia aos direitos fundamentais sociais poderá traduzir-se em situações de colisão entre o direito social em causa e as opções político-econômicas. Tais situações de colisão devem ser resolvidas pelo método da ponderação, balizado pelo princípio da proporcionalidade, objetivando a concordância prática⁷.

A proporcionalidade servirá como meio para se fazer uma restrição temporária de um direito, ou seja, tornar-se-á um critério instrumental quando lidar com a questão dos limites e restrições dos direitos. A proporcionalidade está no seio das decisões ora objeto de análise.

3. ACÓRDÃO DO TJUE, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2007 (PROCESSO C-438/05), CASO VIKING.

O Acórdão do TJUE, de 11 de dezembro de 2007 (Processo C-438/05) tratou de um pedido de decisão prejudicial⁸ que tinha por objeto a interpretação do artigo 43º CE⁹ 10 (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro) e do Regulamento nº 4.055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplicava o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-membros e Estados-membros para países terceiros.

Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio envolvendo a Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) e o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU), contra a Viking Line ABP (Viking) e a sua filial Viking Line Eesti (Viking Eesti), a propósito de uma ação coletiva com o intuito de dissuadir a Viking de mudar o pavilhão (bandeira) finlandês de um dos seus navios (Rosella) e de registrar esse navio sob o pavilhão de outro Estado-membro.

3.1. Dos Fatos

A sociedade Viking Shipping Line operava serviços marítimos de *ferryboat* sob pavilhão finlandês ligando a Finlândia à Estônia. A administração da sociedade decidiu registrar um desses navios sob o pavilhão estônio para aproveitar os salários mais baixos, tendo em

3 Sobre a gênese e estrutura da Carta: Duarte (2002, p.723-755).

4 A densificação legislativa do direito social não surge fundamentada na constitucionalização material dos preceitos legais concretizadores, mas no princípio da democracia econômica, social e cultural e no próprio princípio do Estado Social. (SOUSA, 2007, p.751).

5 Nos dizeres de Vieira de Andrade (2006, p.387): 'autênticos deveres de legislação'.

6 A busca pelo bem-estar foi tratada por Paulo Otero (1995, p.592-596).

7 Sobre a aproximação da concordância prática e da ponderação, ver: Novais (2003, p.561-563); Borowski (2000, p.45); Alexy (2002, p.166).

8 Decisão prejudicial é aquela derivada de uma consulta feita pelos Tribunais Nacionais ao Tribunal de Justiça para que esclareça a interpretação de um elemento do Direito da União Europeia. Assim, caso os Tribunais Nacionais tenham uma dúvida quanto à interpretação ou à validade de uma disposição do Direito da União Europeia, eles podem pedir o parecer do Tribunal de Justiça, que se pronuncia sobre a questão que lhe é apresentada, emitindo uma decisão a título prejudicial. Tal mecanismo está previsto no artigo 267º do TFUE.

9 O artigo 43º referia-se à liberdade de estabelecimento: 'No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais'.

10 Refere-se ao atual artigo 49º do TFUE.

consideração a futura contratação de trabalhadores estonianos.

Em resposta a esta medida, o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos informou à Viking que intentaria ações coletivas para bloquear o processo de mudança do pavilhão. O Sindicato também solicitou à Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) que os membros não finlandeses deixassem de negociar com a Viking.

A ITF afirmou que uma das suas principais políticas era a luta contra os pavilhões de conveniência¹¹. Combater os pavilhões de conveniência objetivava garantir as condições de trabalho para as tripulações dos navios¹². O direito de celebrar acordos coletivos relativos a um navio incumbe apenas aos sindicatos do Estado onde se encontra o proprietário efetivo do navio. (WARNECK, 2010, p.7).

Enquanto o navio Rosella tivesse pavilhão finlandês, a Viking seria obrigada a pagar à tripulação salários de nível idêntico àqueles praticados na Finlândia, por força do direito finlandês e da convenção coletiva de trabalho aplicável. Ora, os salários pagos às tripulações estônias eram inferiores aos pagos às tripulações finlandesas.

A Viking alegava que a atividade de exploração do navio Rosella era deficitária devido à concorrência direta com dos navios estônios, que asseguravam o transporte Finlândia-Estônia a custos salariais inferiores.

Em 17 de Novembro de 2003, a convenção coletiva da Viking com o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU) expirou. Consequentemente, a FSU anunciou uma greve, exigindo que a Viking aumentasse em oito pessoas os efetivos a bordo do Rosella e renunciasse ao projeto de mudança de pavilhão do navio. A Viking aceitou a reivindicação relativa aos oito membros de tripulação suplementares, mas se recusou a renunciar ao projeto de mudança do pavilhão.

O FSU indicou que só aceitava a renovação da convenção coletiva de trabalho se a Viking se comprometesse, independentemente de uma eventual mudança de pavilhão do Rosella, a não despedir trabalhadores e a continuar a respeitar o direito finlandês e a convenção coletiva de trabalho finlandesa.

A convenção coletiva não foi renovada e os trabalhadores da FSU iniciaram uma greve. A atividade de exploração do Rosella continuou deficitária e a Viking persistiu na intenção de registrar o referido navio sob pavilhão estônio.

Uma vez que havia uma circular da Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) que impedia a Viking de negociar com os sindicatos da Estônia, foi intentada no Tribunal de Primeira Instância de Helsínquia uma ação destinada a obter a proibição da greve promovida pelo Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU).

Posteriormente, em 18 de Agosto de 2004, a Viking impetrou uma ação judicial pedindo que a ação coletiva da ITF e do FSU fosse declarada contrária ao artigo 43° CE¹³.

O órgão jurisdicional acolheu o pedido da Viking, considerando que a ação coletiva da ITF e do FSU impunha restrições à liberdade de estabelecimento contrárias ao artigo 43° CE e, subsidiariamente, constituía restrições ilegais à livre circulação dos trabalhadores e à livre prestação de serviços, na acepção dos artigos 39° CE e 49° CE¹⁴.

Em recurso, a ITF e o FSU alegaram que o direito de os sindicatos desencadear uma ação coletiva para preservar postos de trabalho constitui um direito fundamental reconhecido no artigo 136° CE¹⁵. Portanto, os sindicatos teriam o direito de desencadear uma greve contra uma entidade patronal, estabelecida num Estado-Membro, objetivando dissuadi-la de transferir sua empresa para outro Estado-Membro.

3.2. Das questões prejudiciais

Questionou-se se o Tratado proibia uma determinada ação sindical se esta ação objetivasse impedir uma entidade patronal de utilizar a liberdade de estabelecimento por razões econômicas. Foi nesse contexto, e por considerar que a resolução do litígio dependia da interpretação do Direito da União Europeia, que o Tribunal Nacional decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça algumas questões prejudiciais¹⁶.

3.2.1. Liberdade de estabelecimento

Na primeira questão, foi perguntado ao TJUE se o artigo 43° CE deveria ser interpretado no sentido de que estaria subtraída do seu âmbito de aplicação uma ação coletiva desencadeada por um sindicato a fim de induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva cujo conteúdo poderia dissuadi-la do exercício da liberdade de estabelecimento.

O FSU e a ITF alegaram que as ações coletivas poderiam constituir o último recurso ao dispor das organizações sindicais para ver

11 Pavilhão de conveniência é quando a propriedade e controle efetivos do navio se encontram num Estado diferente do Estado da bandeira do navio.

12 Esta campanha de luta contra os pavilhões de conveniência é levada a cabo através de boicotes e de outras ações de solidariedade entre os trabalhadores.

13 Liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Refere-se ao atual artigo 49° do TFUE.

14 Refere-se aos atuais artigos 45° e 56o do TFUE, respectivamente.

15 Refere-se ao atual artigo 151° do TFUE.

16 Uma vez que a questão relativa à livre prestação de serviços só posteriormente à mudança de pavilhão do Rosella é suscetível de se colocar e que na data em que as questões prejudiciais foram submetidas ao Tribunal de Justiça essa mudança ainda não tinha ocorrido, o pedido de decisão prejudicial tem caráter hipotético, pelo quê é inadmissível na parte relativa à interpretação do Regulamento n° 4.055/86. Nestas condições, as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio foram respondidas unicamente tendo por objeto o artigo 43° CE.

satisfeita a sua reivindicação de regular a atividade dos trabalhadores da Viking.

Embora o direito de desencadear uma ação coletiva, incluindo o direito de greve, seja reconhecido enquanto direito fundamental, o seu exercício pode estar sujeito a determinadas restrições¹⁷.

O Tribunal de Justiça respondeu a primeira questão no sentido de que uma ação coletiva desencadeada por um sindicato contra uma empresa para induzi-la a celebrar uma convenção coletiva cujo conteúdo pode desincentivá-la de exercer a liberdade de estabelecimento não estaria subtraída ao âmbito de aplicação do artigo 43º CE (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro).

3.2.2. Efeito direto horizontal

Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou se o artigo 43º CE era suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos (eficácia horizontal).

O artigo 43º CE foi interpretado no sentido de que pode ser diretamente invocado por uma empresa privada contra um sindicato, pois, no âmbito da livre circulação de mercadorias, determinadas restrições podem ser de origem não estatal e resultar de ações desencadeadas por pessoas privadas.

O TJUE reconhece o efeito horizontal do artigo 43º CE afirmando que ele pode ser invocado por um sindicato e que pode ser aplicável a uma restrição resultante do exercício de greve como direito fundamental.

De acordo com estas considerações, a segunda questão foi respondida no sentido de que o artigo 43º CE é suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos.

3.2.3. Ações coletivas como restrições à liberdade de estabelecimento

17 O artigo 28º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia afirma que os direitos de ação coletiva gozam de proteção em conformidade com o direito da União, as legislações e práticas nacionais. Além disso, segundo o direito finlandês, o direito de greve não pode ser exercido quando a greve for contrária aos bons costumes ou proibida pelo direito nacional ou pelo direito europeu.

18 As questões 3 a 10 são as seguintes: 3) Quando um sindicato ou uma união de sindicatos desencadeia ações coletivas contra uma empresa privada para obrigar essa empresa a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato num determinado Estado-Membro, que tem por resultado tornar inútil a mudança do pavilhão de um navio para outro Estado-Membro, constitui esta ação uma restrição para efeitos do artigo 43º CE e/ou do Regulamento nº 4055/86? 4) A política de uma união de sindicatos segundo a qual os navios devem ser registrados no país onde se situam a propriedade e o controle do navio, de modo que os sindicatos do país da propriedade de um navio tenham o direito de celebrar convenções coletivas de trabalho relativas a esse navio, constitui uma restrição diretamente discriminatória, indiretamente discriminatória ou não discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86? 5) Para determinar se as ações coletivas de um sindicato ou união de sindicatos constituem uma restrição diretamente discriminatória, indiretamente discriminatória ou não discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86, é relevante a intenção subjetiva do sindicato que desencadeia a ação ou deve o tribunal nacional resolver o litígio apenas por referência aos efeitos objetivos dessa ação? 6) Quando uma sociedade-mãe está estabelecida no Estado-Membro A e pretende realizar um ato de estabelecimento mediante a mudança de pavilhão do navio para o Estado-Membro B, para ser explorado por uma filial que lhe pertence na íntegra, existente no Estado-Membro B e que está sujeita à direção e controle da sociedade-mãe: a) a ameaça ou a realização efetiva de uma ação coletiva de um sindicato ou união de sindicatos que procura tornar inútil o exercício acima mencionado é suscetível de constituir uma restrição ao direito de estabelecimento da sociedade-mãe nos termos do artigo 43º CE, e b) após a mudança de pavilhão do navio, pode a filial invocar o Regulamento nº 4055/86 relativamente aos serviços por si prestados do Estado-membro B para o Estado-membro A? 7) Se as ações coletivas de um sindicato ou união de sindicatos constituírem uma restrição diretamente discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86, pode esta restrição, em princípio, ser justificada pela exceção de ordem pública prevista no artigo 46º CE com base: a) no fato de as ações coletivas (incluindo a greve) serem um direito fundamental protegido pelo direito comunitário; e/ou b) na proteção dos trabalhadores? 8) Consegue a aplicação de uma política de uma união de sindicatos segundo a qual os navios devem ser registrados no país onde se situam a propriedade e o controle do navio, de modo a que os sindicatos no país da propriedade de um navio tenham o direito de celebrar convenções coletivas de trabalho relativas a esse navio, um equilíbrio justo entre o direito social fundamental de desencadear ações coletivas e a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços e é objetivamente justificada, adequada, proporcionada e está em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo? 9) Quando uma sociedade-mãe no Estado-membro A possui um navio registrado no Estado-Membro A e presta serviços de ferryboat entre o Estado-membro A e o Estado-membro B utilizando esse navio; a sociedade-mãe pretende alterar o pavilhão do navio para o Estado-membro B para aplicar termos e condições de emprego menos exigentes que os do Estado-membro A; a sociedade-mãe no Estado-membro A tem uma filial no Estado-membro B e essa filial está sujeita à sua direção e controle; se pretende que a filial opere o navio após a sua mudança de pavilhão para o Estado-membro B com uma tripulação recrutada no Estado-membro B, abrangida por uma convenção coletiva de trabalho negociada com um sindicato membro da ITF, no Estado-membro B; a sociedade-mãe continua a ser a proprietária do navio e este a ser fretado sem tripulação à filial; o navio continua a prestar diariamente serviços de ferryboat entre o Estado-membro A e o Estado-membro B; um sindicato do Estado-membro A desencadeia ações coletivas para levar a sociedade-mãe e/ou a filial a celebrarem uma convenção coletiva de trabalho mediante a qual se aplicarão à tripulação do navio termos e condições aceitáveis para o sindicato no Estado-membro A, mesmo depois da mudança de pavilhão do navio e que tem por efeito tornar inútil para a sociedade-mãe mudar o pavilhão do navio para o Estado-membro B: conseguem essas ações coletivas um equilíbrio justo entre o direito social fundamental de desencadear ações coletivas e a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, são objetivamente justificadas, adequadas, proporcionadas e estão em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo? 10) Seria a resposta à nona questão diferente se a sociedade-mãe se comprometesse em Tribunal, em seu nome e em nome de todas as empresas do mesmo grupo, a não despedir, devido a mudança de pavilhão, nenhum dos seus empregados (compromisso que não exige a renovação de contratos por tempo determinado nem impede a reafetação dos empregados em termos e condições equivalentes)?

As questões 3 a 10 foram apreciadas em conjunto e foi perguntado, no essencial, se as ações coletivas constituíam restrições na aceção do artigo 43º CE e, se assim fosse, em que medida poderiam essas restrições ser justificadas¹⁸.

A liberdade de estabelecimento constitui um dos princípios fundamentais da União Europeia e as disposições do Tratado que garantem essa liberdade têm efeito direto¹⁹. As condições impostas para a matrícula de navios não devem constituir obstáculo à liberdade de estabelecimento, na aceção dos artigos 43º CE a 48º CE.

A ITF alegou que as restrições se justificavam para garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores e que isso era uma razão imperiosa de interesse geral.

O Tribunal afirmou que a ação coletiva planejada pelo Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU) objetivou tornar menos atrativo o exercício do direito de livre estabelecimento, na medida em que essa ação impediu que a Viking recebesse na Estônia o mesmo tratamento que os restantes operadores económicos lá estabelecidos.

A ação coletiva da Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) foi considerada como suscetível de restringir o exercício pela Viking do seu direito de livre estabelecimento.

Relativamente à questão de saber se a ação coletiva não ultrapassava o necessário para alcançar o objetivo prosseguido, caberia ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se o FSU não dispunha de outros meios, menos restritivos da liberdade de estabelecimento, para levar a bom termo a negociação coletiva encetada pela Viking e, por outro, se este sindicato tinha esgotado esses meios antes de desencadear a greve. O Tribunal afirmou que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se os postos de trabalho dos membros do FSU eram verdadeiramente colocados em causa.

As questões terceira até a décima foram respondidas afirmando que o artigo 43º CE deve ser interpretado no sentido de que ações coletivas que visam induzir uma empresa (cuja sede está situada num Estado-Membro determinado) a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato estabelecido em outro Estado constituem restrições²⁰.

3.3. Pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Viking

Isto posto, o TJUE, no caso Viking, declarou que o artigo 43º CE é suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos e que não está subtraída ao seu âmbito de aplicação uma ação coletiva desencadeada por um sindicato contra uma empresa privada para dissuadi-la de exercer a liberdade de estabelecimento.

As ações coletivas, como as que estavam em causa no processo principal, constituem restrições ao artigo 43º CE (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro). Estas restrições podem, em princípio, ser justificadas por uma razão imperiosa de interesse geral, como a proteção dos trabalhadores, na condição de se provar que são aptas a garantir a realização do objetivo legítimo prosseguido e que não ultrapassem o necessário para o alcançar.

4. ACÓRDÃO DO TJUE, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2007 (PROCESSO C-341/05), CASO LAVAL

Trata-se um pedido de decisão prejudicial que tem por objeto a interpretação dos artigos 12º CE (discriminação em razão da nacionalidade)²¹ e 49º CE (restrições à livre prestação de serviços)²², bem como da Diretiva n.º 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços.

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Laval, sociedade com sede na Letônia, ao Sindicato sueco dos trabalhadores do setor da construção e das obras públicas (Byggnads), à Seção sindical n.º 1 do referido sindicato (Byggettan) e ao Sindicato sueco dos eletricitistas (Elektrikerna).

A ação instaurada pela Laval objetivava que fossem declaradas ilegais a ação coletiva interposta pelos Sindicatos Byggnads e pela Byggettan, que afetava todas as obras em que essa sociedade participava e a ação de solidariedade do Elektrikerna, que consistia num bloqueio de todos os trabalhos de eletricidade da obra. Foi solicitada a cessação dessas ações e que as organizações sindicais fossem condenadas a indenizá-la pelo prejuízo que sofreu.

4.1. Dos Fatos

A Laval ganhou um concurso público para a construção de uma escola numa cidade sueca. Para o cumprimento do respectivo contrato, a Laval destacou os seus trabalhadores da Letônia para a Suécia.

19 O Tribunal de Justiça considerou que, embora as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visem nomeadamente assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado-Membro de origem coloque obstáculos ao estabelecimento noutra Estado-Membro de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação. Os direitos garantidos pelos artigos 43º CE a 48º CE seriam esvaziados do seu conteúdo se o Estado-Membro de origem pudesse proibir que as empresas abandonassem o seu território para se estabelecerem noutra Estado-Membro.

20 Ainda sobre a aplicabilidade do artigo 43º CE no acórdão Viking, ver: Garde;Mahé (2009, p. 97-106) e Rodiere (2008, p.47-66).

21 Atual artigo 18º do TFUE.

22 Atual Artigo 56º do TFUE.

De acordo com a prática usual do sistema de relações sociais sueco, os sindicatos entraram em negociações com a Laval para a celebração de um acordo coletivo regulando salários e outras condições da prestação de trabalho.

Como a sociedade Laval pretendia prevalecer-se do salário mais baixo vigente na Letônia²³, celebrou um acordo coletivo naquele país. Após o fracasso das negociações na Suécia, os sindicatos suecos propuseram ações coletivas de bloqueio do canteiro de obra. Estas ações foram apoiadas pela ação coletiva de solidariedade dos sindicatos suecos dos eletricitistas. (WARNECK, 2010, p.7-8).

A Diretiva nº 96/71/CE prevê as condições de emprego aplicáveis à relação de trabalho quando uma empresa estabelecida num Estado-membro destaca temporariamente trabalhadores para o território de outro Estado-membro, no âmbito de uma prestação de serviços²⁴. A lei Sueca não impõe às empresas estrangeiras a aplicação das convenções coletivas suecas e a legislação sueca não prevê remunerações salariais mínimas.

Nos termos do artigo 17º da Constituição Sueca, as associações de trabalhadores têm o direito de desencadear ações coletivas, salvo se uma lei ou uma convenção dispuserem em sentido contrário. Há, na Suécia, a Lei (MBL), que contém disposições que limitam o direito de as organizações sindicais desencadear ações coletivas²⁵.

Segundo a interpretação jurisprudencial do §42 da MBL (acórdão *Britannia*), é proibido desencadear uma ação coletiva a fim de obter a revogação ou a modificação de uma convenção coletiva celebrada entre terceiros²⁶.

Em sequência ao acórdão *Britannia*, foi publicada uma norma denominada *Lex Britannia*, onde o legislador pretendeu reduzir o alcance do princípio desenvolvido no acórdão, definindo que as ações coletivas desencadeadas contra um empregador estrangeiro que exerce temporariamente uma atividade na Suécia já não seriam proibidas. Na Suécia, a determinação das remunerações dos trabalhadores cabe aos parceiros sociais, através de negociação coletiva.

A Laval levou para a Suécia cerca de trinta e cinco trabalhadores para a realização de obras em um estabelecimento escolar e tinha assinado na Letônia convenções coletivas com o sindicato dos trabalhadores de construção. Portanto, não estava vinculada a nenhuma convenção coletiva celebrada com os sindicatos suecos.

Foram estabelecidas negociações entre os Sindicatos suecos e a Laval com vista à adesão à convenção coletiva sueca da construção civil. A Byggettan exigiu que a Laval aderisse à convenção coletiva da construção civil sueca para a obra e declarou-se pronta a desencadear imediatamente uma greve caso não se chegasse a um acordo neste sentido.

Malograda a negociação, os sindicatos iniciaram um bloqueio que consistiu na organização de uma greve, impedindo a entrega de mercadorias e a entrada dos trabalhadores letões e dos veículos na obra. Os sindicatos dos eletricitistas iniciou uma ação de solidariedade que impediu que as empresas eletricitistas suecas prestassem serviços à Laval.

No Natal, os trabalhadores destacados pela Laval regressaram à Letônia e não voltaram à obra. Em Janeiro de 2005, outras organizações sindicais anunciaram ações de solidariedade que consistiam num boicote de todas as obras da Laval na Suécia.

4.2. Das questões prejudiciais

Interrogando-se sobre a questão de saber se os artigos 12º CE e 49º CE (discriminação em razão da nacionalidade e restrições à livre prestação de serviços) e a Diretiva nº 96/71/CE se opõem a que as organizações sindicais tentem obrigar, através de uma ação coletiva, uma empresa estrangeira que destaca trabalhadores para a Suécia a aplicar uma convenção coletiva sueca, o Tribunal decidiu submeter ao TJUE algumas questões prejudiciais.

4.2.1. Discriminação em razão da nacionalidade e livre prestação de serviços

Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou se era compatível com as regras do Tratado o fato de as organizações sindicais tentarem obrigar, através de ação coletiva sob a forma de bloqueio, um prestador de serviços estrangeiro a aderir, no Estado-membro de acolhimento, a uma convenção coletiva (como a convenção coletiva da construção civil), uma vez que a legislação sueca que transpõe a Diretiva nº 96/71/CE não continha nenhuma disposição expressa relativa à aplicação das condições de trabalho e de emprego previstas nas convenções coletivas.

De acordo com o TJUE, o artigo 12º CE²⁷, que consagrou o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, apenas é aplicável de modo autónomo às situações para as quais o Tratado não preveja normas específicas de não discriminação. No que respeita à livre prestação de serviços, esse princípio foi consagrado e concretizado pelo artigo 49º CE²⁸.

23 A expressão *dumping social* é frequentemente utilizada para descrever uma situação quando os empregadores enviam trabalhadores para países com altos salários e continuam aplicando suas condições nacionais de trabalho com baixos salários. (HATZIDAKI-DAHSTRÖM, 2007, p.142).

24 “Para efeitos da presente diretiva, a noção de «remunerações salariais mínimas» referida na alínea c) do nº 1 é definida pela legislação e/ou pela prática nacional do Estado-membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado.”

25 O §42 da MBL prevê: “Uma associação de empregadores ou de trabalhadores não pode organizar nem provocar, seja de que forma for, uma ação coletiva ilegal e não pode participar numa ação coletiva ilegal, quer apoiando-a quer de qualquer outra forma”.

26 No acórdão *Britannia* (1989, nº 120), o Arbetsdomstolen decidiu que esta proibição era extensiva às ações coletivas desencadeadas na Suécia com o objetivo de obter a revogação ou a modificação de uma convenção coletiva celebrada entre contratantes estrangeiros.

27 Atual artigo 18º do TFUE.

28 Atual artigo 56º do TFUE.

O artigo 49º CE se opõe a que um Estado-Membro proíba um prestador de serviços estabelecido noutra Estado-membro de se deslocar livremente para o seu território com o seu pessoal, ou a que esse Estado-membro sujeite a deslocação do pessoal a condições mais restritivas.

Na Suécia, as remunerações salariais mínimas constituem a única condição de emprego cuja fixação não segue uma das vias previstas pela Diretiva nº 96/71/CE²⁹. Conforme o TJUE, um Estado-membro, onde as remunerações salariais mínimas não são determinadas por uma das vias previstas na Diretiva nº 96/71/CE, não poderia impor às empresas de prestação de serviços transnacional uma negociação caso a caso, para definir os salários que deverão ser pagos aos seus trabalhadores destacados³⁰.

O artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo, da Diretiva nº 96/71/CE prevê que os Estados-membros providenciarão que as empresas, no âmbito de uma prestação de serviços transnacional, garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condições de trabalho e de emprego adequadas.

Esta disposição visa garantir uma concorrência leal entre as empresas nacionais e as empresas que realizam uma prestação de serviços transnacional e garantir aos trabalhadores destacados a aplicação das regras de proteção mínima do Estado-membro de acolhimento quanto às condições de trabalho.

Porém, o artigo 3º, nº 7, da Diretiva nº 96/71/CE não poderia ser interpretado no sentido de que permitisse ao Estado-membro de acolhimento subordinar a realização de uma prestação de serviços no seu território ao respeito de condições de trabalho e de emprego que vão além das regras imperativas de proteção mínima. No processo em questão, o TJUE concluiu que certas cláusulas da convenção coletiva da construção civil diziam respeito às matérias não especificamente referidas no artigo 3º da Diretiva nº 96/71/CE.

Quanto à apreciação da ação coletiva à luz do artigo 49º CE (restrições às prestações de serviços), embora o direito de desencadear uma ação coletiva devesse ser reconhecido como direito fundamental, o seu exercício poderia estar sujeito a determinadas restrições.

Reconheceu-se o direito de greve como direito fundamental que, em princípio, seria suscetível de justificar restrição à livre circulação de mercadorias. Mas esse exercício deveria ser conciliado com as exigências relativas aos direitos protegidos pelo Tratado e ser conforme o princípio da proporcionalidade.

Só seria admissível uma restrição à liberdade de prestação de serviços se esta prosseguisse um objetivo legítimo e se justificasse por razões imperiosas de interesse geral. As organizações sindicais demandadas e o Governo sueco alegavam que as restrições em causa seriam justificadas para garantir a proteção dos trabalhadores e que isso constituiria uma razão imperiosa de interesse geral.

Dado que a União tem uma finalidade econômica, mas também uma finalidade social, os direitos que decorrem das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias devem ser ponderados com os objetivos prosseguidos pela política social, dentre os quais figuram a melhoria das condições de vida e de trabalho.

De acordo com estas considerações, o TJUE respondeu a primeira questão no sentido que o direito de desencadear ações coletivas, através das quais a Laval seria obrigada a aderir à convenção coletiva da construção civil onde constam cláusulas que divergem das disposições legislativas da Diretiva nº 96/71/CE, seria suscetível de tornar mais difícil a execução de trabalhos de construção no território sueco e constituiria, por isso, uma restrição à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49º CE.

4.2.2. Ações coletivas e aplicação direta da lei nacional de um estado-membro

A segunda questão era se os artigos 49º CE e 50º CE³¹ se opunham a que, num Estado-membro, a proibição imposta às organizações sindicais, de desencadear uma ação coletiva com o objetivo de revogar ou de modificar uma convenção coletiva celebrada por terceiros, fosse subordinada à condição de que a ação dissesse respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplicasse diretamente.

Isso implicaria, para uma empresa que destaca trabalhadores para um Estado-membro e que estivesse vinculada por uma convenção coletiva regulada pelo direito de outro Estado-membro, a impossibilidade de invocar tal proibição face a essas organizações.

A aplicação de um regime único de remunerações no mercado sueco objetivaria criar condições de uma concorrência leal entre empregadores suecos e empresários provenientes de outros Estados-membros.

Na medida em que aplicava às empresas estrangeiras o mesmo tratamento que é reservado às empresas nacionais que não concluíram uma convenção coletiva, a legislação nacional sueca criava uma discriminação contra estas empresas, pois não tinha em consideração as convenções coletivas que as vinculavam no Estado-membro onde estavam estabelecidas.

Todavia, dado que nenhuma das considerações indicadas pelos sindicatos remetia para razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública, na acepção do artigo 46º CE, aplicado em conjugação com o artigo 55º CE³², o TJUE concluiu que uma discriminação como a que estava em causa no processo principal não poderia ser justificada.

29 Na Suécia, as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias referidas no artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo, alíneas a) a g), da Diretiva 96/71 nº 96/71/CE 1, com exceção das remunerações salariais mínimas, foram fixadas por disposições legislativas.

30 Os Estados-Membros continuam livres de escolher, a nível nacional, um sistema que não figure expressamente entre os previstos na referida diretiva, desde que não coloque obstáculos à prestação de serviços entre os Estados-membros.

31 Atuais artigos 56º e 57º do TFUE, respectivamente.

32 Atuais artigos 52º e 62º do TFUE, respectivamente.

4.3. Pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Laval

Isto posto, o TJUE declarou que os artigos 49° CE e 3° da Diretiva n° 96/71/CE deveriam ser interpretados no sentido de que uma organização sindical não poderia obrigar, através de uma ação coletiva, um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulassem, para algumas matérias, condições mais favoráveis do que as resultantes das disposições legislativas existentes ou de cláusulas que tivessem por objeto matérias não mencionadas no artigo 3,° da Diretiva n° 96/71/CE.

Os artigos 49° CE e 50° CE se opunham a que, num Estado-Membro, a proibição imposta às organizações sindicais de desencadear uma ação coletiva com o objetivo de revogar ou de modificar uma convenção coletiva celebrada por terceiros fosse subordinada à condição de que a ação dissesse respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplicasse diretamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica europeia acolhe a ação coletiva (como a greve) como bem fundamental, a ser tutelado num quadro de internormatividade.

Nos acórdãos Viking e Laval, o TJUE viu-se perante a obrigação de conciliar as liberdades de mercado com o exercício de ações coletivas levadas a cabo por sindicatos, nomeadamente o direito à greve. Os acórdãos têm sido criticados pelos setores ideológicos que denunciam o excessivo peso do económico no processo de integração europeia³³.

Numa Europa que tem por objetivo não somente conduzir a uma economia transnacional integrada, mas também garantir um nível elevado de proteção social, foi colocada a questão de como conciliar o direito de greve com a livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e prestação de serviços.

Um ponto relevante que merece ser destacado é o reconhecimento de que os artigos 43° e 49° CE eram capazes de ter efeito direto horizontal contra os sindicatos. O TJUE afirmou que não considerava os sindicatos como organismos públicos, tornando claro que o efeito é verdadeiramente horizontal.

Era jurisprudência assente que uma Diretiva não poderia ter efeito direto horizontal, de modo que o empregador não poderia invocar a Diretiva para apresentar uma queixa contra os sindicatos. No entanto, o TJUE afirmou que a interpretação da Diretiva poderia ter alguma relevância para o Tribunal Nacional, esclarecendo sobre a interpretação dos artigos 43° e 49° CE. Assim, o TJUE reconheceu o efeito direto horizontal.

O Tribunal de Justiça justificou a aplicação dessas disposições alegando que os sindicatos pretendem desempenhar um papel determinante na elaboração de termos e condições de emprego, de forma a ter relevante impacto sobre a liberdade de estabelecimento ou de livre prestação de serviços.

Entretanto, a decisão sobre o efeito direto horizontal em Viking e Laval abre um precedente e deixa uma pergunta sem resposta: à luz do Direito Europeu, quais os tipos de atividades privadas que contrariam os termos dos artigos 43° e 49° e estariam agora vulneráveis ao efeito horizontal?

Posteriormente, em ambos os acórdãos, o TJUE proclamou categoricamente o direito de greve como um direito fundamental. Todavia, o TJUE conclui que a greve não é um direito absoluto, que seu exercício deve ser conciliado com as exigências do mercado europeu e que as ações coletivas podem ser objeto de certas limitações.

O reconhecimento do direito de greve ficou condicionado ao cumprimento do teste de proporcionalidade. Ou seja, a proporcionalidade foi elevada a um critério de determinação se a greve causa ou não um entrave ilegal ao comércio e às atividades económicas. A proporcionalidade é um instrumento utilizado para justificar uma eventual medida restritiva em cada caso concreto, devendo considerar a intensidade da restrição ao direito social relativamente ao favorecimento do bem que se pretende proteger.

O TJUE acaba por concluir que o direito de greve é lícito se não implicar numa restrição aos direitos de livre circulação, afirmando que as liberdades do mercado interno podem prevalecer sobre as ações coletivas no âmbito da União Europeia. Ainda sobre a aplicação do critério de proporcionalidade, o TJUE não considerou que o simples exercício do direito de ação coletiva é um objetivo em si mesmo. Aparentemente, o direito de greve não foi considerado pelo TJUE como um interesse legítimo per se.

Nos acórdãos Laval e Viking, o Tribunal afirmou que a legitimidade do exercício do direito de greve dependeria da prova da proteção dos trabalhadores suecos e finlandeses. A forma pela qual o TJUE aplicou o princípio da proporcionalidade pode ter colocado em causa a qualificação do direito de greve como direito fundamental.

Isso porque, para o TJUE, há que se adotar um critério de ponderação entre o direito às ações coletivas e o livre mercado. Ou seja, em cada caso concreto, ter-se-á de proceder a uma análise para determinar se uma dada greve pode ou não constituir uma restrição justificada às liberdades do mercado interno.

O TJUE pronunciou sobre as condições que uma ação coletiva deve preencher a fim de justificar um atentado à liberdade de estabelecimento, confirmando a regra do princípio da proporcionalidade na ordem jurídica europeia³⁴.

33 Ver: Syrpis;Novitz (2008, p.411-426); Edelman (2009, p.1547-1551); Kilpatrick (2009, p.844-865); Corti (2008, p.249-286); Davies (2008, p.126-148).

34 A proteção dos direitos fundamentais constitui um interesse legítimo que pode justificar uma restrição às liberdades fundamentais garantidas no TFUE. O direito de greve deve conciliar-se com as exigências relativas àquelas referentes aos direitos de liberdade que se encontram protegidas pelo TFUE e deve ser conforme o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido ver: Quadra-Salcedo Janini (2008, p.843).

Para cumprimento da proporcionalidade, os sindicatos, antes de partirem para o exercício de uma ação coletiva, estariam obrigados a esgotar todos os outros meios menos atentatórios à liberdade de mercado do empregador. Essa análise e controle prévio das razões que levam à greve constitui uma forte limitação à autonomia sindical e ao exercício do próprio direito, esvaziando o seu conteúdo, uma vez que a causa dos entraves (as ações coletivas) correspondem ao próprio exercício deste direito fundamental.

A greve é lícita per se, independentemente dos objetivos prosseguidos³⁵. Fazer um teste de proporcionalidade ou uma ponderação entre os interesses a ser defendidos por uma determinada greve e a conseqüente lesão dos interesses do empregador é estranho ao ordenamento europeu. Os trabalhadores passarão a enfrentar grandes dificuldades na determinação casuística da licitude de uma greve.

O curioso nos acórdãos Viking e Laval é que o TJUE insistiu em um elemento de autorregulação por parte dos sindicatos: o TJUE queria que eles demonstrassem que estavam agindo de forma responsável no exercício do direito de greve, e não apenas que eles estavam exercendo o direito de greve. Em relação às decisões dos tribunais de reenvio, os tribunais suecos condenaram os sindicatos envolvidos no acórdão Laval ao pagamento de uma indenização ao empregador³⁶. Ressalta-se que uma questão prejudicial sobre eventual indenização não foi colocada ao TJUE³⁷. O acórdão Viking foi resolvido por acordo, pelo quê esta questão não foi sequer dirimida ao nível do ordenamento jurídico finlandês. O grande desafio da Europa não está somente na correção das imperfeições da união monetária³⁸ com melhor direcionamento econômico e fiscal, mas em debater formas efetivas de convergência política, econômica, social e cultural.

O processo de construção europeia parece não estar sendo capaz de adaptar às circunstâncias atuais, acarretando uma limitação: fez regredir a importância da articulação entre o crescimento econômico e a promoção do bem-estar, fazendo acreditar que com baixo crescimento econômico não é possível sustentar o Estado Social. Um dos maiores desafios que as sociedades deparam no seu processo de desenvolvimento consiste em saber como compatibilizar a garantia dos direitos sociais com a sustentabilidade econômica e financeira do sistema. Diante da escassez de recursos e da crise do Estado Social, a garantia de levar a cabo ações coletivas deveria ser uma preocupação tão importante como a construção do mercado interno europeu, o que as decisões do TJUE parecem não refletir.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.166.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.
- APPS, Katherine. Damages claims against trade unions after Viking and Laval. *European law review*, v. 34. Paris: 2009, pp.141-154.
- BOROWSKI, Martim. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no 59, ano 20, mai-ago, 2000, pp. 29-56.
- CORTI, Matteo. Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l' Europa sociale. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, a.27, n.2, Parte prima. Milão: 2008, pp. 249-286.
- DAVIES, A.C.L. One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ. *Industrial Law Journal*, v. 37, n. 2. Oxford: June/2008, pp. 126-148.
- DUARTE, Maria Luísa. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Almedina: Coimbra, 2002, pp. 723-755.
- EDELMAN, Bernard. *Droit du travail, droit de la concurrence: un nouveau contrat social*. Recueil Dalloz, n. 23. Paris: jun/2009, pp. 1547-1551.
- GARDE, Amandine; MAHÉ, Sophie. L'affaire Viking: dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement? *Revue du marché commun et de l'union européenne*, n. 525. Paris: fev. 2009, pp. 97-106
- HATZIDAKI-DAHSTRÖM, Lea. The Latvian building worker: social dumping or social protectionism? The ambiguities of the laval case. *Revue hellénique de droit international*, a. 60. Atenas: 2007, pp.139-151.
- KILPATRICK, Claire. Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers. *European law review*, v. 34. Londres: 2009, pp.844-865.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária*. Cascais: Principia, 2001.
- OTERO, Paulo. *O poder de substituição em Direito Administrativo*. v. II. Lisboa: Lex, 1995.

35 Quanto mais negativa for a consequência da ação coletiva para o empregador, mais eficiente serão os resultados do objetivo perseguido.

36 Katherine Apps (2009, p.141-154) chega a rascunhar um quadro hipotético de pedidos de indenização aos sindicatos por violação da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços. Para a autora, os acórdãos Viking e Laval abriram precedente para esta responsabilização.

37 A resposta a esta questão teria sido de grande utilidade para o esclarecimento do Direito da UE nesta matéria.

38 Sobre as perspectivas financeiras e a crise monetária da União Europeia: Pitta e Cunha (2013).

PITTA E CUNHA, Paulo. *Sombras sobre a integração europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. TJCE - Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-341/05: libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores: la supuesta legalización del Dumping social en el interior de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, a.12, n.31. Madrid: Septiembre-Diciembre/2008, pp. 835-848.

RODIERE, Pierre. Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective. *Revue trimestrielle de droit européen*, Paris, 2008, pp. 47-66.

SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 83, 2007, pp.747-803.

SYRPIS, Phil; NOVITZ, Tonia. Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their reconciliation. *European law review*, v. 33, n. 3, London: Jun/2008, pp. 411-426.

WARNECK, Wiebke. The ECJ Decisions. In: BÜCKER, ANDREAS; WARNECK WIEBKE (eds.). *Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives*, ETUI, Relatório 111, ETUI: Bruxelas, 2010.

Recebido em: 28/10/2015

Aprovado em: 21/01/2016

DUALISMO E PRESCRIÇÃO

DUAL THEORY AND PRESCRIPTION (LIMITATION)

CÉSAR FIUZA ¹

SÁVIO LÚCIO MATOS DA SILVA ²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma releitura da incidência da prescrição em face da autonomia concedida ao direito de agir e em face da teoria dualista das obrigações. Historicamente, até a promulgação do Código Civil de 1916, era adequada a afirmação de que a prescrição incidia sobre a ação ou sobre a pretensão, pois vigia a teoria processual do direito concreto de agir. Contudo, com a aplicação da teoria do direito abstrato de agir pelo atual Código de Processo Civil, a pretensão do autor passou a ser autônoma e independente em relação ao direito material pleiteado. Consequentemente, o que passa a se extinguir pela prescrição é a responsabilidade do devedor, não mais a ação ou a pretensão do autor. Para corroborar esta conclusão, avalia-se, também, a origem histórica do termo pretensão no Direito Comparado, bem como a sua tradução do alemão para o português, oportunidade em que restou demonstrado que é inadequada a afirmação de que a prescrição incide sobre a ação ou a pretensão do credor, devendo recair sobre a responsabilidade do devedor.

Palavras-chave: Prescrição. Pretensão. Responsabilidade. Teoria dualista. Autonomia.

ABSTRACT: This article aims to reinterpret the application of civil law statutes of limitation ("prescription"), in light of the autonomy granted to current right to sue and in light of the dual theory of obligations. Historically, until the enactment of the 1916 Brazilian Civil Code, one could affirm that prescription applied to the action or to the claim, as the governing procedural theory concerned the concrete right to action. However, the current Brazilian Civil Procedural Code, by applying the theory of the abstract right to action, has made the plaintiff's claim independent and autonomous with regard to the material right being claimed. Subsequently, it is the defendant's liability that is extinguished by prescription, no longer the plaintiff's action or claim. In order to corroborate this conclusion, we will also analyze the historic origin of the term "claim" in Comparative Law, in addition to its translation from German to Portuguese, when it was made clear that the statement that prescription applies to the creditor's action or claim is inaccurate, whereas it should apply to the debtor's liability.

Keywords: Prescription; Claim; Liability; Dual theory; Autonomy.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade Mineira de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC/MG. Professor colaborador na FADIPA. Advogado e consultor jurídico.

² Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Qual a essência do vínculo obrigacional? É um só ou são dois? É divisível ou indivisível?

A resposta a estas questões implica o conhecimento de algumas teorias, que buscam a essência e a natureza do vínculo obrigacional.

A questão é tanto mais complexa, quanto se vê a confusão que permeia nossa doutrina, com alguns trabalhos equivocados, conduzindo outros, menos avisados, a equívocos maiores ainda.

Decifrar a essência do vínculo obrigacional pode não ter, a princípio, nenhum desdobramento prático. Mas, na verdade, longe disto, a ressonância prática é bastante, para empolgar o cientista do Direito a tentar resolver o problema e extrair conclusões. Se nos enveredamos pela corrente personalista do monismo, podemos, por exemplo, encontrar seguros fundamentos para a prisão civil por dívida. Por outro lado, a visão dualista em muito nos ajuda a entender o complicado conceito de prescrição, o que já vale o esforço. O assunto não é, portanto, de mera elucubração científica.

2. TEORIAS MONISTAS

Tradicionalmente, sempre se falou em apenas um vínculo, de caráter pessoal e coercitivo. Pessoal, porque traduzia-se no poder do credor sobre uma pessoa, o devedor, sendo seu objeto um comportamento do devedor, que deve realizar uma prestação em favor do credor. Coercitivo, porque jurídico, não apenas moral ou social. Esta a teoria monista tradicional.

No Direito Romano primitivo, a obrigação era vínculo estritamente pessoal, respondendo a pessoa do devedor, com seu corpo, sua vida e sua liberdade. O direito do credor recaía sobre a pessoa do devedor, assumindo caráter de direito real, análogo ao direito de propriedade. Posteriormente, foi-se abrandando, com a própria evolução do Direito Romano, essa força pessoal do vínculo, que se tornava patrimonial. A submissão pessoal do devedor foi substituída pela *bonorum venditio* e pela *bonorum distractio*.³ Finalmente, foi introduzida pelo Imperador Antonino Pio (138 a 161 d.C.) a execução por penhora, semelhante à do Direito moderno. (SCIALOJA, p. 285 et seq.)

No entanto, a total espiritualização do vínculo obrigacional só se concretizou plenamente, em fins do Séc. XIX início do Séc. XX. Daí a razão pela qual a teoria monista ter rendido tributo à materialidade e à realidade do vínculo, viciada que estava pelo Direito Romano.

A teoria monista, que enxerga um só vínculo entre credor e devedor, divide-se em duas correntes: uma clássica, a personalista; outra, a objetivista, antepondo-se à clássica.

O precursor da corrente personalista foi Savigny, em sua obra, *Obligationenrecht*, de 1851. Segundo ele, o direito de crédito consistia no domínio sobre uma pessoa; não sobre esta pessoa em sua totalidade (o que daria lugar à supressão da personalidade), mas sobre determinadas atividades suas, que devem considerar-se separadas de sua liberdade e submetidas à vontade do credor. Essas atividades seriam atividades tendentes à satisfação do crédito. (COSTA JÚNIOR, p. 49 et seq.)

Resumindo, segundo Savigny, a essência da obrigação consistiria no domínio do credor sobre certas atividades do devedor. Tais atividades seriam aquelas tendentes à realização da prestação. Se a prestação não for adimplida, ficando o crédito insatisfeito, o credor poderá acionar o devedor, penhorando seu patrimônio. Essa penhora patrimonial não faz parte da essência da obrigação. É questão de ordem processual, determinada pelo eventual e anormal inadimplemento.

Tentemos visualizar um exemplo. A se comprometeu a vender um quadro a B. Este pagou o preço, sendo credor do quadro. A essência da obrigação, neste caso, consiste no poder que B tem sobre A referente à entrega do quadro. O objeto deste poder recai sobre a ação (atividade, prestação) de A, respeitante à entrega do quadro. Como B fará para forçar A, caso ele não entregue espontaneamente, é outra questão. Se deverá pedir sua prisão, sua morte, ou a penhora de seus bens, isso é questão que diz respeito ao Direito Processual, não integrando a essência da obrigação.

Dulckeit, desenvolvendo a ideia de Savigny, afirmava, em sua obra, *Die Verdinglichung obligatorisches Rechts*, também de 1851, que o direito de crédito é um direito de domínio. O ato da prestação se converte numa parte do mundo exterior patrimonial, na medida que se desprende, alheia-se da pessoa do devedor. O ato de prestar desvincula-se da pessoa do devedor, tornando-se, assim, passível de apropriação pelo credor. É como se o credor fosse dono da atividade (prestação) do devedor, tendente à satisfação do crédito. (COSTA JÚNIOR, p. 49 et seq.)

A outra corrente monista, de natureza objetivista, não entendia ser possível que o objeto do poder do credor pudesse ser a atividade (prestação) do devedor. O ato de pagar (prestar) é incoercível. O Direito não permite que o credor obrigue o devedor a realizar a prestação em espécie. Se, no exemplo anterior, A não entregar o quadro a B, este não poderá forçá-lo à entrega em si. O máximo que poderá fazer é executar judicialmente o patrimônio de A, dele extraindo tantos bens quantos sejam necessários para a satisfação de seu crédito, ou seja, quando nada, o valor do quadro.

Assim, para a corrente objetivista, a essência da obrigação consiste no poder do credor sobre o patrimônio do devedor, não sobre sua pessoa, como queria a corrente personalista.

Quem inaugurou esta segunda corrente, a objetivista, foi o jurista alemão, Brinz, em suas obras, *Der Begriff Obligatio*, de 1874, e

³ Na *bonorum venditio*, era penhorado e vendido todo o patrimônio do devedor. Na *bonorum distractio*, era penhorado todo o patrimônio do devedor, e vendidos apenas os bens suficientes para a satisfação do credor. Modernamente, são penhorados e vendidos apenas os bens suficientes para a satisfação do direito do credor.

Obligatio und Haftung, de 1886.

Brinz, lembrando a diferença entre débito (*Schuld, debitum*) e responsabilidade (*obligatio, Haftung*), já antiga no Direito Germânico, fez repousar a essência da obrigação na responsabilidade, que seria o fato de o devedor ser responsável, com seu patrimônio, pela realização da prestação obrigacional. O débito não faz parte da essência do vínculo creditício, por consistir em dever pessoal. Seria o dever de pagar, relativo à pessoa do devedor e não a seu patrimônio. A responsabilidade diz respeito ao patrimônio do devedor. O débito diz respeito à pessoa do devedor. É, pois, a responsabilidade que integra a essência de uma obrigação. (COSTA JÚNIOR, p. 49 et seq.)

Polacco levou a concepção de Brinz ao exagero, asseverando que o vínculo obrigacional ligava, na verdade, dois patrimônios, tomados como personalidades abstratas.

A tese de Brinz teve o mérito de abrir caminho às teorias dualista e eclética.

3. TEORIA DUALISTA

Dois juristas alemães, Amira (*Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1895) e Gierke (*Schuld und Haftung*, 1910), sustentaram que, na realidade, débito e responsabilidade são conceitos distintos, constituindo relações obrigacionais diversas e autônomas, que podem ocorrer junta ou separadamente. Basearam-se em casos práticos para demonstrar sua teoria. Assim, por exemplo, o arrendatário responde pelas dívidas do senhor das terras; o tutor pelas dívidas de seu pupilo etc. Ora, se ambos, arrendatário e tutor, respondem, com seu patrimônio (responsabilidade), por dívidas (débito) de outrem, débito e responsabilidade são conceitos distintos.

A partir daí, desenvolve-se, principalmente na Alemanha, a teoria dualista, defendendo a existência de dois vínculos, de duas relações distintas, uma de débito e outra de responsabilidade. Para demonstrar sua teoria, os dualistas afirmavam existirem obrigações em que havia relação de:

1. débito sem responsabilidade, como é o caso de dívida prescrita, ou de dívida de jogo, em que a obrigação não é exigível, não respondendo por ela o devedor. Há, portanto, apenas relação de débito;
2. débito sem responsabilidade própria, como, por exemplo, o devedor que apresenta um fiador. Ora, o débito é do devedor, mas caso este não pague, quem responderá é o fiador. A relação de responsabilidade vinculará, assim, duas pessoas distintas da relação de débito;
3. responsabilidade sem débito, em que podemos tomar o mesmo exemplo da fiança. Ora, o fiador poderá vir a responder por dívida que não seja sua, ou seja, responde sem dever. Tanto é assim que, uma vez que pague a obrigação, poderá regressar contra o devedor, por ser este, afinal, quem realmente deve. Mais uma vez, vê-se que as duas relações, de débito e de responsabilidade, possuem sujeitos próprios e distintos;
4. responsabilidade sem débito atual. Aqui também nos servirá o exemplo da fiança. O fiador, num primeiro momento, como vimos, tem apenas a responsabilidade, mas não o dever de pagar. Este é do devedor. Daí falarmos em responsabilidade sem débito. O débito, próprio do devedor, só trará repercussão para o fiador, caso aquele não pague. Pode-se, pois, afirmar que, num primeiro momento, dependendo do ângulo que enfoquemos, o fiador terá responsabilidade sem débito, ou responsabilidade sem débito atual, tanto faz.

Na Itália, a teoria dualista repercutiu, sendo apoiada por Pacchioni e Rocco, que a viam também no Direito Romano, no qual débito e responsabilidade não se confundiam, constituindo dois vínculos, duas relações obrigacionais, sendo a relação de responsabilidade garantia da relação de débito. (PACCHIONI, 1927, p.15 et seq.)

Parte-se do princípio de que as obrigações se cumprem espontaneamente, por força de um imperativo ético. O credor tem, na relação creditícia, a expectativa de obter do devedor a prestação. Se o devedor não a realiza, surge para o credor o poder de agredir-lhe o patrimônio. Quando isso ocorre, desfaz-se a relação de puro débito e tem lugar a relação de responsabilidade. O patrimônio do devedor cumpre a função de garantia. (COVELLO, 1996, p.92-93).

É como se houvesse uma relação primária (originária) e uma secundária (derivada). O objetivo da relação primária é a prestação. O da relação secundária é a sujeição do patrimônio do devedor ao poder de coerção do credor. A relação primária tem sua essência no débito, do qual surge o dever de prestar. A relação secundária tem sua essência na responsabilidade ou garantia, da qual surge a ação judicial do credor sobre o patrimônio do devedor. É lógico que a relação secundária só ocorrerá, se frustrada a relação primária, isto é, se o devedor não pagar espontaneamente. (COVELLO, 1996, p.104-105; AZEVEDO, 1990, p. 37-39)

A finalidade da obrigação é a realização da prestação (relação originária – débito). Não sendo esta satisfeita, segue-se a submissão do patrimônio do devedor ao poder coativo do credor, nascendo uma nova relação (derivada da primeira), a de responsabilidade. (BITTAR, 1990, p.10).

Na França, Mazeaud et Mazeaud adotaram a teoria dualista, afirmando que não só se distinguem a relação de débito e a de responsabilidade, como haveria ainda uma terceira, a *actio*, ou seja, o constrangimento judicial. (MAZEAUD ET MAZEAUD, 1998, p.22 et seq.)

Mais à frente, veremos a importância do dualismo para a compreensão da prescrição. Antes, porém, vejamos mais uma teoria, para melhor aclarar o assunto.

4. TEORIA ECLÉTICA

Tanto a teoria monista quanto a dualista foram sintetizadas numa teoria eclética, sobretudo a partir do pensamento de Ferrara, para quem débito e responsabilidade são conceitos distintos, mas integrantes do mesmo vínculo, da mesma relação obrigacional. Não há duas relações, dois vínculos, um de débito e outro de responsabilidade. O vínculo obrigacional é uma moeda de duas faces: débito e responsabilidade. (FERRARA, 1923, p.17)

Na mesma trilha de Ferrara, os próprios juristas alemães, tais como Kohler, Enneccerus e Larenz defendem a idéia de um só vínculo, uma só relação obrigacional, cuja essência seria composta de débito e responsabilidade, porque um está sempre ligado à outra, sendo aspectos distintos de um único fenômeno. (LARENZ, 1987, p.21 et seq.; ENNECCERUS, KIPP & WOLFF, 1933, p.31 et seq.)

Vemos, assim, as três teorias, a monista, a dualista e a eclética, cada uma com suas correntes, mas todas, a seu modo, buscando desvendar a essência das obrigações.

A adoção de uma ou outra teoria, com já dito, tem desdobramentos práticos. A teoria monista personalista seria ótimo fundamento para a prisão civil do devedor; com as teorias dualistas e mesmo eclética, a ideia de prescrição se torna mais clara, muito mais adequada à moderna processualística, como se verá a seguir.

5. DUALISMO E PRESCRIÇÃO

Nas linhas que se seguem, tentaremos fazer uma conexão entre a teoria dualista, ou mesmo a eclética, é a prescrição, na busca de demonstrar que esta nada mais é que a extinção da responsabilidade pelo decurso do prazo fixado em lei.⁴

Numa análise baseada na evolução histórica e sociológica do tema, o Código Civil de 1916 previa, em seu art. 177, que “as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955)”. Observe-se que, pela redação do dispositivo legal, a ideia era a de que a prescrição atingia diretamente a ação.

O Código Civil vigente, por sua vez, dispõe que a prescrição incide sobre a pretensão. É o teor do art. 189, *verbis*: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. A mesma referência ocorre nos atuais arts. 190, 205, 206, dentre outros, do mesmo Código. Por outros termos, para o atual ordenamento civil, a prescrição atinge a pretensão, não a ação.

A razão da alteração do Código Civil de 1916 para o atual se deu numa tentativa de adequar a definição de prescrição à teoria do direito abstrato de agir (ou teoria abstrata da ação), segundo a qual, o direito de ação é abstrato, autônomo e independente em relação ao direito material afirmado. É dizer, o direito de ação poderá ser exercido independentemente de existir ou não o direito ao bem da vida pretendido. Negar esta premissa seria o mesmo que afirmar que alguém somente poderia acionar o Poder Judiciário, caso tivesse um provimento jurisdicional favorável à sua pretensão. De fato, podemos ajuizar ações com base em pretensões contidas na peça inicial, tendo ao final, um provimento negativo, e, mesmo neste caso, o direito de ação terá sido exercido.

O ordenamento jurídico e a doutrina são firmes no sentido da adoção pelo Direito brasileiro da teoria do direito abstrato de agir. Segundo o art. 3º do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Fica claro, com esta redação, que a existência do direito material afirmado pelo autor não é requisito para o exercício do direito de ação. Bastam o interesse e a legitimidade, elementos estes de natureza notoriamente processual. No mesmo sentido andou o art. 5º, XXXV da Constituição da República, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nosso ordenamento acolheu, sem sombra de dúvida, a teoria do direito abstrato de agir.

Opõe-se a esta tese a teoria do direito concreto de agir, já adotada por sistemas processuais de outrora, os quais viam o Direito Processual como um ramo não autônomo e independente do Direito, negando, portanto, o direito de ação desvinculado do direito material. Para esta teoria, o direito de ação somente existiria se o direito material afirmado pelo autor fosse efetivamente procedente, não apenas aparentemente. Não poderia ter prosperado tal pensamento, pois, se fosse aplicado, não haveria como explicar as hipóteses de improcedência do pedido. É dizer, se a ação for julgada improcedente, qual terá sido o direito exercido pelo autor ao acionar o Poder Judiciário? Nesse contexto de amadurecimento das doutrinas processuais, foi necessária uma alteração legislativa civil, que afastasse do ordenamento qualquer incompatibilidade entre a teoria de Direito Processual adotada e o manuseio dos direitos materiais. Exemplo disso, foi o art. 189 do Código Civil, oportunidade em que se desvinculou a prescrição da ação, para vinculá-la à pretensão. O art. 75 do Código Civil de 1916 dispunha que “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Nota-se, neste artigo, sem correspondente no Código atual, uma nítida vinculação do direito de ação à existência do direito material, o que definitivamente não corresponde ao Código de Processo Civil de 1973.

A origem do modelo abstrato, autônomo e independente da ação se deu com a presença, de 1940 a 1946, do jovem italiano Enrico Tullio Liebman em São Paulo, ocasião em que houve o ingresso do método científico na ciência processual em nosso meio, dando início à “Escola Processual de São Paulo”. Ada Pellegrini Grinover, sobre este passado histórico, comenta:

A “Escola Processual de São Paulo” caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos

⁴As linhas a seguir partem do texto básico elaborado por REGINA RIBEIRO, ex-aluna de disciplina isolada do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, especialista em direito médico e hospitalar pela Escola Paulista de Direito e advogada no direito médico e saúde em Belo Horizonte.

pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou res in iudicium deducta), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo. (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2000, p.125) (grifamos)

Sobre o tema, leciona Alexandre Freitas Câmara:

[...] Surge, então, a teoria abstrata da ação, ou teoria do direito abstrato de agir, segundo a qual o direito de ação seria, simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado-juiz. Em outros termos, para essa teoria a ação é o direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja o seu teor. (CÂMARA, 2008, p.110)

Para a maioria dos autores, o fato de o novo Código Civil não utilizar-se da expressão *prescrição da ação*, como fazia o Código Bevilacqua, mas da expressão *prescrição da pretensão* (ou *extinção da pretensão pela prescrição* – art. 189), foi o suficiente para adequar o instituto da pretensão ao caráter autônomo, independente e abstrato do direito de ação (teoria do direito abstrato de agir). Veja-se, por exemplo, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Assim, consoante o art. 189 do Texto Codificado, a prescrição tem como objeto fulminar a pretensão do titular em reparar um direito (subjetivo) seu que foi violado. Note-se, por importante, que o Código Civil explicitou não atingir a prescrição o direito de ação em si mesmo (instituto de direito processual), mas sim a pretensão (esta sim, instituto de direito material), confirmando o caráter autônomo, abstrato, público e subjetivo do direito de ação, resguardado em sede constitucional, pelo art. 5º, XXXV. (ROSENVALD; FARIAS, 2007, p. 556)

No mesmo sentido, Ricardo Ribeiro Campos, segundo o qual:

Destaca-se também a tomada de posição do legislador sobre a controvérsia se a prescrição extingue a ação ou o direito. Diz o art. 189 que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Merece encômios a utilização do termo pretensão. Na verdade, a prescrição não extingue, como muitos asseveram, a ação, tanto que, se reconhecida judicialmente, ainda assim terá havido exercício regular do direito de ação (cf. art. 269, IV, CPC). O que extinguirá é o poder de exigir a prestação, ou seja, a pretensão. (CAMPOS, 2004, p. 03)

Há, por outro lado, autores que afirmam que o problema não foi corrigido de um Código Civil para o outro, pois a prescrição não incidiria nem sobre a ação, nem sobre a pretensão. Neste sentido, nossa opinião:

[...] Sempre que houver direito a uma prestação, haverá responsabilidade e prazo prescricional. Esse prazo pode ser específico, como os do art. 206, ou genérico, de 10 anos (art. 205), caso não haja prazo específico. O Código Civil, a meu ver, equivocadamente, define a prescrição apenas pela ótica do credor, quando a ótica do devedor é muito mais importante. Em outras palavras, definir prescrição como o fim da submissão do devedor ao credor é muito mais adequado do que defini-la como a extinção da pretensão do credor. É ao devedor que a prescrição beneficia. [...]. (FIUZA, 2014, p. 273).

José Carlos Barbosa Moreira segue a mesma linha de raciocínio, expurgando a possibilidade de a prescrição atingir a pretensão:

Na parte inicial do art. 189, diz-se que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. No rigor da lógica, não é exato supor que a violação efetiva do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na exigência de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça *jus* à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão – ou porque o direito inexistia, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. Afinal de contas, há pretensões fundadas e pretensões infundadas. (MOREIRA, 2002, p.189).

E, mais adiante, na mesma obra, continua o autor:

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão “se extingue” pela prescrição. É curioso como a idéia de extinção reluta em sair de cena. O Novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção da ação, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. *Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também.* (grifamos) (MOREIRA, 2002, p.189).

Agnelo Amorim Filho, em seu clássico artigo sobre os prazos extintivos, afirmou que a prescrição atinge a pretensão, apesar de que, na época em que foi publicado, ainda se afirmava que o alvo da prescrição era a ação:

[...] Convém acentuar que quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra “ação” no sentido de “pretensão”, isso é, no mesmo sentido de que ela é usada nas expressões “ação real” e “ação pessoal”, pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela. (AMORIM FILHO, 1961, p.121).

Contudo, o próprio Amorim Filho, no mesmo artigo, reconhece a possibilidade de ser inadequada a incidência da prescrição sobre a ação ou a pretensão, em face da autonomia do Direito Processual:

[...] Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressalvado o ponto de vista daqueles que, *abrangendo a doutrina mais moderna* – e talvez mais acertada – vêm no direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. *Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia*. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação. (AMORIM FILHO, 1961, p.126) (grifamos)

5.1.Pretensão: definição e natureza jurídica

Temos a impressão de que a celeuma se resume, na realidade, à definição dada ao termo pretensão e à natureza jurídica a ela atribuída.

Bernhard Windscheid, figura principal da elaboração do Código Civil Alemão, foi o primeiro a definir a pretensão (*Anspruch*). Segundo seu § 194 (1), a pretensão é “o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão”. À palavra *direito*, contida no aludido dispositivo legal, atribuíam-se o sentido de *poder*. Esta definição acabou sendo repetida maciçamente ao redor do mundo, apesar de seus opositores, ficando consagrada no meio jurídico esta conotação de Direito Material ao termo direito e, conseqüentemente, à pretensão. Para se ter uma ideia irrefutável do caráter material que foi dado ao conceito de pretensão, diversos doutrinadores referiam-se a ela como sinônimo do próprio direito subjetivo. Então, firmou-se que pretensão seria direito, e direito seria poder. André Fontes, contudo, afirma que os dois institutos se diferenciam pela exigibilidade inerente apenas à pretensão:

Direito subjetivo é direito à prestação, enquanto pretensão seria o direito de exigir a prestação (ou mais propriamente, o poder de exigir a prestação). Seguindo a conceituação alemã, pretensão seria o direito subjetivo de exigir a prestação. A consideração da pretensão como direito subjetivo tem origem no direito legislado alemão (§ 194 I do Código Civil), que por sua vez reproduz o pensamento de Windscheid, e tal fato sujeitou toda a literatura teutônica. (FONTES, 2002, p.41).

Por outro lado, e apesar dessa antiga tendência em conferir à pretensão a natureza jurídica de direito material, a corrente opositora, liderada por Carnelutti, emprestou um tom mais flexível ao termo, desta vez de natureza processual, classificando-o como um *ato jurídico*, uma *declaração de vontade*, no sentido de uma *aspiração*, a qual poderia ser fundada ou infundada. Inevitável concluir que, adotando-se a definição Carneluttiana, se a pretensão pode ser fundada ou infundada, ela não será um poder, no máximo um anseio do autor.

Carnelutti criou seu conceito de pretensão como sendo a exigência da subordinação do interesse alheio ao próprio. Conquanto não incidisse a ideia de *ato*, foi assim por ele caracterizada.

André Fontes manifesta-se sobre este duplo sentido da pretensão, o alemão e o italiano, nos seguintes termos:

A pretensão pode ser vista em relação a algo que se tem ou algo que se quer. No primeiro sentido, é associada à palavra direito; no segundo, à de uma exigência. A definição dada pelo § 194 I do Código Civil alemão, da pretensão como direito (subjetivo) de exigir de um outro fazer ou uma omissão, constitui o primeiro sentido. Destarte, sua consistência independe de qualquer exercício, e não precisa ser objeto de afirmação ou mesmo de conhecimento pelo credor. Marcante na distinção é que esse primeiro sentido fixa o termo *a quo* da prescrição. Noutro sentido, a pretensão significa o desejo direcionado a uma determinada prestação, e se refere especificamente à prestação que está sendo exigida. Diferentemente do primeiro sentido, fica em aberto aqui a prestação desejada pode realmente ser exigida, e a isso se vincula a ideia de ela estar ou não fundada. (FONTES, 2002, p. 20)

Apesar de o art. 189 do nosso Código Civil adotar a definição alemã, diversos autores pátrios a conceituam pela teoria Carneluttiana. Vejamos, por exemplo, a posição de José Manoel de Arruda Alvim Netto (1971, p.398). Para ele, a pretensão seria *a opinião de ter direito*, seria simplesmente *o fato da afirmação de ter direito, aquilo que se afirma como seu*, uma certa *opinio iuris*. O próprio autor admite que o termo seja polissêmico, mas insiste em que sua consideração não tenha o significado de direito material estabelecido no Código Civil Alemão.

A corrente italiana soa-nos mais adequada, provavelmente em razão do sentido que tem a palavra *pretensão* em nosso idioma. De fato, pretensão, no português corrente, não significa *poder*, apenas *aspiração*. O dicionário Aurélio da língua portuguesa assim define o termo:

Pretensão. [Do lat. *Praetensu*, ‘pretendido, pretenso’, + -ão.] S. f. 1. Ato ou efeito de pretender. 2. *Direito suposto e reivindicado*. 3. Vaidade exagerada; presunção. 4. *Aspiração; ambição*: Expôs com clareza a sua pretensão e foi atendido. 5. Dir. Pedido ou objeto da ação judicial. V. pretensões. (FERREIRA, 1986, p.1.390) (grifamos)

André Fontes, embora adepto da definição alemã, sobre este aspecto assim se manifestou:

É sabido que não houve identidade evolutiva dos idiomas [referia-se aos idiomas alemão e português], a justificar as bases da suposta correspondência, pois no português a pretensão pode ter tido seu sentido ampliado pelo Direito de modo a exprimir o sentido da "Anspruch", mas, como se sabe, atribuiu-se-lhe um significado comum não correspondente ao da língua alemã, a que sentenciamos ser o de aspiração. (FONTES, 2002, p.13).

No mesmo sentido, Barbosa Moreira (2003, p.120), ao citar Pontes de Miranda, comenta que este se referia à tradução do termo alemão *Anspruch* por pretensão como sendo uma "infeliz definição".

Mas não é apenas o sentido corrente da pretensão em nosso idioma que nos conduz a vê-la como um anseio do autor, não como um direito. É que, ao tempo em que se definiu o termo, isto é, à época em que veio a lume o Código Civil Alemão, ao Direito Processual não se outorgava a autonomia e a independência dos dias atuais. A teoria da ação, até então empregada no direito, era a concretista. Com a adesão à teoria abstracionista do direito de agir, tanto pela Constituição da República, quanto pelo Código de Processo Civil, é razoável que os conceitos do Direito Civil sejam revistos. Tanto é assim, que foi exatamente nessa tentativa de ajuste dos dois ramos do Direito (o Civil e o Processual Civil) que o novo Código absteve-se de se referir à prescrição da ação, passando a referir-se à prescrição da pretensão. Daí a afirmação de Barbosa Moreira:

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão "se extingue" pela prescrição. É curioso como a idéia de extinção reluta em sair de cena. O Novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção da ação, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também. (MOREIRA, 2002, p.192).

Assim como o entendimento de Arruda Alvim Netto, supra mencionado, veja-se também a definição Carneluttiana da pretensão, nos comentários de Cândido Rangel Dinamarco:

Todo processo tem seu objeto, que é a pretensão trazida pelo demandante ao juiz, em busca de satisfação. *Essa pretensão, caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo* e acompanhada do *pedido* de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais e, particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim. É em relação a ela que a jurisdição se exerce e a tutela jurisdicional deve ser outorgada àquele que tiver razão. (DINAMARCO, 2000, p.300) (grifamos)

E, ainda, Barbosa Moreira:

Na parte inicial do art. 189, diz-se que, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão". No rigor da lógica, não é exato supor que a violação efetiva do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na exigência de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça *jus* à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão - ou porque o direito inexistia, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. *Afinal de contas, há pretensões fundadas e pretensões infundadas.* (MOREIRA, 2002, p.189) (grifamos)

Ora, se há "pretensões infundadas", as quais terão o provimento negado pelo Judiciário, não poderão ser tidas como *poder*. É que, mesmo diante de um provimento jurisdicional contrário aos interesses do autor (improcedência da ação), sua pretensão (aspiração, anseio) continuará existindo. Explica-se: tendo em vista que o pedido contido na ação (pretensão) pode ser julgado procedente ou improcedente, a pretensão não pode ser definida como um *poder*, mas será tão somente uma aspiração, um *anseio* do autor. Havendo pretensão infundada, para a qual o Judiciário negará provimento, a pretensão não pode ser um direito de *exigir*, mas será somente uma *aspiração* do autor, passível de ser acatada pelo Estado-juiz ou refutada.

Neste contexto, surgem inconformismos com a redação dada ao art. 189 do Código Civil, segundo o qual: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206." Ora, não é apenas quando o direito é violado que nasce para o credor a pretensão. A pretensão nascerá (*rectius*, poderá nascer) independentemente de ter ocorrido ou não a violação do direito, pois a pretensão do autor é autônoma em relação ao direito que ele afirma ter. Afinal, sua pretensão poderá ser improcedente. E sendo a pretensão autônoma em relação ao direito afirmado, a prescrição – instituto de direito material que é – não terá o condão de fulminá-la, mas, no máximo, torná-la ineficaz. Diante disso, o único *poder* que o autor tem é o direito de ação (e não a pretensão), por ser abstrato, independente e autônomo em relação ao direito material afirmado.

Daí a afirmação de Barbosa Moreira, *verbis*:

[...] Caso se configure realmente a prescrição alegada pelo réu, o órgão judicial julgará improcedente o pedido, *mas não porque o autor já nada pretenda, e sim porque o réu, ao alegar a prescrição, tolheu eficácia à pretensão manifestada.* Se a pretensão na verdade se houvesse 'extinguido', jamais seria razoável, omisso que

permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor. (MOREIRA, 2002, p.189) (grifamos)

E, em outra obra, o mesmo autor assim se manifestou: "Na perspectiva do novo Código Civil, só mereceria o nome de pretensão a pretensão fundada, aquela que se baseie num genuíno poder de exigir." (MOREIRA, 2003, p. 121-122)

O que se pretende afirmar com isso é que, apesar da inércia do novo Código Civil em manter a antiga definição alemã da pretensão (poder), esta definição está defasada em face do Direito Processual contemporâneo, para o qual o direito de ação é autônomo e independente do direito material afirmado, podendo haver, por isso, ajuizamento de ações com base em pedidos que serão julgados improcedentes, pois há pretensões fundadas e pretensões infundadas. O fato de uma pretensão ser infundada, não retira do autor o exercício do direito de ação (CR/88, art. 5º, XXXV), mas tampouco se pode afirmar que sua pretensão seja um poder, afinal, o provimento jurisdicional poderá ser denegatório do direito material pleiteado.

Enfim, em que pese o fato de que nos soe mais apropriada a doutrina italiana sobre o tema, o que se observa é que as diferenças de posicionamento residem no fato de que há duas concepções do termo *pretensão*, assim resumidas:

(i) uma de natureza material e de origem germânica, para a qual ou o direito existe, e daí nascerá a pretensão, ou ele não existe, tampouco a pretensão. Nesta definição não há que falar em pretensões fundadas e infundadas, mas em existência ou inexistência da pretensão, haja vista ser a pretensão o próprio direito subjetivo. E, sendo assim, a prescrição estará apta a fulminar a pretensão. Para estes, a pretensão é a consequência necessária da violação ao direito material, traduzindo-se, por isso, no *poder* de exigir de outrem um fazer ou um não fazer;

(ii) a outra, de origem italiana, de natureza processual, mais adequada aos anseios do Direito Processual moderno, o qual se pretende autônomo e independente do Direito material, e, diga-se de passagem, impensável ao tempo da criação da definição alemã do termo pretensão. Neste caso, a pretensão será apenas uma aspiração do autor, independente da existência do direito material, não necessariamente coincidente com o direito subjetivo afirmado, passível, portanto, de ser julgada procedente ou improcedente pelo Estado-juiz.

Complementando-se, é importante que se diga que tanto o Código de Processo, quanto a Constituição de 1988 adotaram a vertente italiana. O Código Civil, na contramão, ateve-se à antiga corrente alemã.

5.2.Prescrição e responsabilidade

Para nós, deve-se mudar a perspectiva pela qual é vista a prescrição, passando-se a enfocá-la sob a ótica do réu, não do autor, como costumeiramente se faz. Afinal, a prescrição é um instrumento a ser utilizado por aquele, não por este. O raciocínio é bastante simples e parte da ideia de que só se pode falar em prescrição diante do inadimplemento de um direito a uma prestação. Esta ideia, aliás, espousa o Código Civil, que menciona violação de direito, no art. 189. Ora, não nos esqueçamos de que só os direitos a uma prestação podem ser violados. Como? Pelo inadimplemento da prestação.

Para entendermos melhor como a prescrição tem a ver com o inadimplemento de um direito a uma prestação, é necessária a conexão à teoria dualista das obrigações. Recordando, as obrigações são constituídas por dois elementos: a) o débito (*Schuld*), dever jurídico que um dos sujeitos (devedor) de uma relação creditícia ou real tem, de realizar uma prestação em decorrência de uma obrigação, e b) a responsabilidade (*Haftung*), imputação ao sujeito passivo da obrigação, de cumprir efetivamente a prestação ou responder pelo descumprimento da obrigação, com a garantia constituída por seu patrimônio. Nas palavras de André Fontes:

É a teoria-matriz aplicada a partir da Tese Dualista das Obrigações que dissociou o débito da responsabilidade perante o crédito, sendo o débito entendido como o dever de prestar, e a responsabilidade o estado de sujeição dos bens ao poder de outrem, de maneira que a dívida seja um vínculo de pessoas e a responsabilidade um vínculo de patrimônio, pelo que o devedor obriga-se e o seu patrimônio responde. (FONTES, 2002, p. 45).

Como vimos acima, os dois elementos surgem em momentos distintos: o débito origina-se com a formação da obrigação, ao passo que a responsabilidade origina-se posteriormente, na hipótese de seu descumprimento, razão pela qual se entende que a responsabilidade é eventual e não necessária na obrigação.

A doutrina fala comumente na possibilidade de haver obrigação com débito, mas sem responsabilidade, como é o caso das obrigações prescritas (bem como as demais obrigações naturais), e cita, também, aquelas em que há a responsabilidade sem o débito, a exemplo da obrigação do fiador.

A par disso, diz-se que a responsabilidade surge com o inadimplemento da obrigação, fato que concede ao credor o poder de exigir seu crédito, isto é, a pretensão (levando-se em consideração sua definição germânica, tal como adotada no art. 189 do Código Civil Brasileiro), a qual se *extinguirá* pela prescrição.

Como visto *supra*, parte-se do princípio de que as obrigações se cumprem espontaneamente, por força de um imperativo ético. O credor tem, na relação creditícia, a expectativa de obter do devedor a prestação. Se o devedor não a realiza, surge para o credor o poder de agredir-lhe o patrimônio. Quando isso ocorre, desfaz-se a relação de puro débito e tem lugar a relação de responsabilidade. O patrimônio do devedor cumpre a função de garantia. (COVELLO, 1996, p. 92-93)

É, segundo já se falou acima, como se houvesse uma relação primária (originária) e uma secundária (derivada). O objetivo da relação primária é a prestação. O da relação secundária é a sujeição do patrimônio do devedor ao poder de coerção do credor. A relação primária tem sua essência no débito, do qual surge o dever de prestar. A relação secundária tem sua essência na responsabilidade ou garantia, da

qual surge o poder do credor sobre o patrimônio do devedor. É lógico que a relação secundária só ocorrerá se frustrada a relação primária, isto é, se o devedor não pagar espontaneamente.

Repetindo, a finalidade da obrigação é a realização da prestação (relação originária – débito). Não sendo esta satisfeita, segue-se a submissão do patrimônio do devedor ao poder coativo do credor, nascendo uma nova relação (derivada da primeira), a de responsabilidade. (BITTAR, 1990, p. 10).

Na realidade processual, o credor pode exigir o recebimento de seu crédito, mesmo que este crédito não exista (lembrando aqui a teoria do direito abstrato de agir), e que, neste caso, terá um provimento negativo do Estado-juiz. Mesmo assim terá o autor exercido seu direito autônomo, abstrato e independente de ação, manifestando sua pretensão. Estaríamos diante de uma pretensão infundada. Por mais que tentemos adotar a definição germânica da pretensão, vendo-a como um *direito* ou *poder* do credor, a Lei processual a desqualifica, pois somente a permite existir tal como é posta, se o provimento jurisdicional for favorável ao credor. Vale aqui perguntar: que poder ou direito material o credor exerce, quando o Estado-juiz julga seu pedido improcedente? Nenhum. Mas, por outro lado, terá exercido, sem sombra de dúvidas, seu direito de ação, que não é material, mas processual. Desta maneira, afirma-se mais uma vez: em face da atual teoria processual do direito abstrato de agir (adotada pelo CPC e pela CR), que permite ao credor ajuizar a ação, mesmo quando houver apenas aparência de direito subjetivo, a definição germânica de pretensão cai por terra, pois *pressupõe*, erroneamente, a *existência* e a *procedência* do direito material afirmado.

Quando, em tempos remotos da ciência processual, afirmava-se que o direito de ação somente poderia ser exercido, quando o autor tivesse a seu favor a procedência do direito afirmado (teoria concretista da ação), a definição alemã de pretensão era defensável. Mas, com a evolução da doutrina processual, faz-se necessário esse ajuste no Direito Civil. E, por esta razão, propomos que a prescrição recaia sobre a responsabilidade.

Há razões de peso para afirmarmos que a responsabilidade seja o elemento adequado para ser *extinta* pela prescrição. O réu, e não o autor terá, de fato, o *poder* de valer-se da prescrição, deixando de cumprir sua obrigação, pois prescrição é matéria de defesa. E, neste caso, pode-se mesmo falar em poder, pois poderá ele inclusive optar por renunciar à prescrição e pagar ao credor. É o teor do art. 191 do Código Civil: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consuma; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

Vê-se, portanto, que, quem tem algum poder sobre a prescrição é o devedor, não o credor. Somente ao devedor é dado argui-la e somente o devedor poderá a ela renunciar, cumprindo a obrigação espontaneamente. Ao credor pertence apenas um anseio (pretensão) e um direito autônomo, abstrato e independente, que é o direito de acionar o Judiciário. Em outras palavras, o direito do autor é exclusivamente processual, até que o Estado-juiz julgue procedente o pedido, passando a existir um direito material exigível após o provimento positivo do Poder Judiciário. É por isso que afirmamos que a atual conceituação dada à pretensão é inadequada: ela desconsidera a possibilidade de o Estado-juiz julgá-la improcedente.

Se a responsabilidade, vista pela ótica do devedor (réu), consiste na submissão patrimonial ao credor, vista pela ótica do credor (autor), consiste no poder, ou no direito de exigir a prestação. Qualquer que seja o enfoque, é a responsabilidade que se extingue pela prescrição, e extingue-se independentemente de qualquer ato, seja do devedor, seja do credor. Transcorrido o prazo, extingue-se a responsabilidade. Mas e se o devedor quiser pagar? O pagamento não seria válido? E se o devedor, enquanto réu, deixar de alegar a prescrição a seu favor, não poderia ser condenado a pagar? Nestes casos, a responsabilidade não estaria íntegra? Definitivamente, não. O que está íntegro é o débito. Este não se extingue jamais. Por isso, o pagamento de dívida prescrita é válido; por isso, o réu pode não suscitar a prescrição e eventualmente ser forçado a pagar. Não porque a responsabilidade não tenha sido extinta, mas porque o débito não o foi. E a pretensão? Bem, a pretensão tampouco se extingue pela prescrição. Mesmo que o réu alegue a prescrição e que o juiz, por isso, rejeite o pedido, mesmo assim, a pretensão continua íntegra. Tanto é assim, que se o credor desejar intentar a mesma ação novamente poderá e terá direito a um provimento jurisdicional, mesmo que previsivelmente desfavorável. Entenda-se, de uma vez por todas, que, em nosso sistema processual, a pretensão é uma aspiração do autor a que o direito do réu se subordine ao seu próprio direito. É apenas uma aspiração, não uma certeza, não um poder, tampouco um direito. A pretensão, conceito de Direito Processual, jamais se perde.

Observe-se uma situação emblemática: apesar de já estar extinta sua responsabilidade pela prescrição, o devedor poderá optar por pagar ao credor, e este pagamento não será passível de repetição. É o teor do art. 882 do Código Civil atual: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente exigível.” Ora, se o próprio Código Civil afasta a repetição do indébito em caso de cumprimento de obrigações prescritas, é porque a pretensão não será afastada (*extinta*, nos termos da Lei) pela prescrição. A pretensão do autor persistirá, cabendo ao *devedor* a escolha entre adimplir ou não a obrigação. É ao devedor que a prescrição beneficia. Nada mais é do que um meio de defesa do devedor, que poderá, inclusive, a ela renunciar, pagando. O pagamento realizado, espontaneamente, pelo devedor é válido, porque o direito a uma prestação é eterno. O débito nunca se extingue.

Humberto Theodoro Júnior refuta esta tese, afirmando o seguinte:

Ora, se o credor não perde a pretensão, porque pode obter pagamento ou condenação, se não invocada a prescrição, o mesmo acontece com a responsabilidade, ou seja, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente argüida. Como então falar, *in casu*, em extinção da responsabilidade? De fato, a prescrição não gera imediatamente a perda da pretensão, mas conduz à sua extinção se o devedor, acionado, fizer uso da respectiva exceção. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 62)

Ousamos discordar. A pretensão, sem dúvida, poderá ser acolhida ou não. No entanto, nunca se perde, pois mesmo que desacolhida,

poderá ser renovada em outro processo, mesmo que previsivelmente se saiba que será rejeitada. A pretensão não é um poder ou um direito que se possa perder. É uma aspiração, como dizia Carnelutti. Aspirações não morrem, pelo menos não em nossa processualística. Mas e a responsabilidade? Esta já foi extinta há muito pela prescrição. O que o réu faz é meramente opor uma exceção, alegando exatamente a extinção da responsabilidade. E se não o fizer? E se vier a ser obrigado a pagar? Se não o fizer e vier a ser obrigado a pagar, é porque o débito ainda existe, não a responsabilidade. E uma vez que a alegação da prescrição é algo a que se possa renunciar, o pagamento será feito e será válido. Aliás, este é um engano comum: não é à prescrição que se pode renunciar, mas ao direito de invocá-la.

Em síntese, devemos lembrar que o que não se extingue, mesmo com a prescrição, é o débito. Talvez a isso tenha desejado referir-se Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que do mesmo modo que a pretensão prevalece, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente arguida. Não é a responsabilidade que prevalece, mas o débito. Daí a importância de se estudar e entender a teoria dualista.

Vale a pena, neste momento, ilustrarmos o que aqui se afirma, através da jurisprudência. Vejamos:

A prescrição tem início na data do nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. (STJ – 1ª seção, REsp. 1.003.955, Min. Eliana Calmon, j. 12.8.09, maioria, DJ 27.11.09)

Se adequarmos este texto à definição carnelutiana de pretensão, e adotando, ainda, nossa tese, teríamos o seguinte: a prescrição tem início na data do inadimplemento da obrigação (caso se trate de obrigação contratual), ou na data da ocorrência da lesão (caso a obrigação tenha origem extracontratual), o que vem a ser os momentos do nascimento da responsabilidade do devedor. Em ambos os casos, há direito a uma prestação violado. Assim, tão logo ocorra a violação, surgirá para o devedor a responsabilidade (elemento da obrigação), entendida, pela ótica do devedor, como a submissão patrimonial ao credor; pela ótica deste, como o poder de expropriar o patrimônio do devedor, evidentemente que pela via judicial. Este, então, será o termo inicial para a ocorrência da prescrição. Uma vez decorrido o prazo prescricional, sem manifestação do credor, estará extinta a responsabilidade do devedor. A responsabilidade, como se vê, tem conotação de direito material. Ocorre que, para concretizar esse direito de submeter o patrimônio do devedor, o credor deverá agir, deverá deduzir sua pretensão em juízo. Por que uma mera pretensão, se a responsabilidade pelo inadimplemento já lhe confere um direito? Simplesmente, porque o juiz não sabe disso. O juiz quererá ouvir a versão do réu, enfim, porque, no Direito Processual, nenhum direito será conferido sem o devido processo legal.

Concluindo, a prescrição atinge a responsabilidade. Com o decurso do prazo, o devedor passa a não mais responder pela dívida; passa a não mais responder pelo inadimplemento do direito do credor à prestação. Assim, se o devedor for acionado, poderá, se quiser, valer-se da extinção de sua responsabilidade pela prescrição, para se defender, não adimplindo, pois, o direito do credor.

Ora, a responsabilidade, na ótica do devedor, consiste em ele responder pelo inadimplemento, sujeitando-se patrimonialmente ao credor, que poderá intentar ação condenatória para exigir seu direito violado. Vista pela ótica do credor, a responsabilidade consiste no direito de sujeitar o devedor ao cumprimento da prestação inadimplida. São conceitos de direito material. A pretensão, por outro lado, é processual; jamais se perde. Não é o direito do credor à prestação, mas o direito de exigir que o devedor seja condenado a realizar a prestação. Uma aspiração. O direito a uma prestação é eterno, não se extingue jamais. O que se extingue pela prescrição é a responsabilidade (poder/direito – pela ótica do credor, ou submissão patrimonial – pela ótica do devedor).

A prescrição poderia, *grosso modo*, ser identificada com a faculdade do réu (devedor) de se opor à concretização da pretensão do autor (credor), demonstrando estar extinta sua responsabilidade.

Sempre que houver direito a uma prestação não adimplida, haverá responsabilidade e prazo prescricional. Esse prazo pode ser específico, como os do art. 206, ou genérico, de 10 anos (art. 205), caso não haja prazo específico.

Sintetizando, podemos definir prescrição como a extinção, pelo decurso de prazo, da responsabilidade decorrente do inadimplemento de um direito a uma prestação, surgindo para o devedor a faculdade de opor uma exceção à pretensão do credor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a devida conexão entre o dualismo e a prescrição, qualquer que seja a definição dada à pretensão, seja ela de natureza material ou processual, de uma afirmação não se pode escapar: é mais adequado afirmarmos que a prescrição atinja a responsabilidade, não a pretensão, pois a prescrição é matéria de defesa, a ser manuseada, portanto, unicamente pelo réu, não pelo autor. Considerando-se que a pretensão é instituto que se relaciona ao autor, e que a responsabilidade recai sobre o réu, afirmar que a prescrição incide sobre a responsabilidade põe fim a maiores discussões sobre qual definição de pretensão deveria ter sido adotada pelo ordenamento brasileiro.

Se, contudo, tivermos que afirmar que a prescrição atinja a pretensão, que o seja, no máximo, emprestando-lhe a função de, momentaneamente, tirar-lhe a eficácia, jamais de extingui-la.

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3, p. 95-132, 1961.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 5. ed., São Paulo: RT, 1990.
- BITTAR, Carlos A. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Decadência e Prescrição no Novo Código Civil: breves considerações. *Jus Navigandi*. Teresina, v. 8, n. 453, 3 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5764>. Acesso em: 13 abr. 2010.
- COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação natural*. São Paulo: Leud, 1996.
- ENNECCERUS, KIPP & WOLFF. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FERRARA, Francesco. *Tattato di diritto civile*. Napoli: Eugenio Marghieri, 1923.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Nova Fronteira, 1986.
- FIUZA, César. Compreendendo a prescrição e a decadência. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 24-25, 2008.
- FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 17. ed., São Paulo: RT, 2014.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LARENZ, Karl. *Schuldrecht*. 14. Aufl., München: Beck, 1987, Band I.
- MAZEAUD ET MAZEAUD. *Obligations*. 9. éd., Paris: Montchrestien, 1998, t. II, v. I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 366, p. 119-126, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código civil e o Direito Processual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 364, p. 181-193, 2002.
- PACCHIONI. *Trattato delle obbligazioni*. Torino: Fratelli Bocca, 1927.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: Europa-América, 1954.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência - Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 836, p. 49-68, 2005.

Recebido em: 26/12/2015

Aprovado em: 03/02/2016

A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COMO VALOR MOBILIÁRIO

THE Bank Credit Certificate AS SECURITIES

JERFFERSON DA MATA ALMEIDA ¹

RESUMO: A Cédula de Crédito Bancário nascida em 1999 por intermédio da Medida Provisória 1925, posteriormente convalidada na Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, é um importante título de crédito focado no interesse do Sistema Financeiro Nacional, no que tange as instituições financeiras. Sua possibilidade de lastrear toda e qualquer modalidade de crédito trouxe ao cenário bancário forte instrumento de fomento, de garantia, de circulação de riqueza e, notadamente, agilidade na cobrança em caso de inadimplimento do cliente emitente devedor que se dará pela via da ação de execução. Além desses benefícios, a CCB após julgamento pela Comissão de Valores Mobiliários em 2007, foi admitida como valor mobiliário, autorizando sua circulação no mercado de capitais, focada, notadamente na jurisprudência norte-americana afeta as securities. Muito embora tal título de crédito esteja atrelado ao mercado financeiro e sobre as diretrizes do Banco Central do Brasil (BCB). Desta feita, o presente artigo traz argumentos sobre os títulos de crédito, valores mobiliários objetivando externalizar suas características e evidenciar, de fato, a natureza jurídica da CCB e seu mercado de circulação.

Palavras-chave: Cédula de Crédito Bancário. Título de crédito. Valor mobiliário. Sistema Financeiro Nacional.

ABSTRACT: The Bank Credit Certificate born in 1999 through the Provisional Measure 1925, later in Law 10.931, of August 2, 2004, is an important credit instrument focused on the interests of the National Financial System, as regards financial institutions. Your chance of backing any type of credit brought the strong banking scenario development tool, warranty, wealth of movement and, especially, agility in the collection in case of default of the debtor issuer client that will occur by way of enforcement action. In addition to these benefits, the CCB after trial by the Securities and Exchange Commission in 2007, was admitted as the security, authorizing their circulation in the capital market, focused, especially in American jurisprudence affects securities. While such credit security is affection to the financial market and on the guidelines of the Central Bank of Brazil (BCB). This time, this article presents arguments on credit instruments, securities aiming outsource their characteristics and evidence, in fact, the legal nature of CCB and its circulation market.

Keywords: Bank Credit Certificate. Credit title. Securities. National Financial System.

¹ Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC/MG). Especialista em Direito Tributário e em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. E-mail: damataadv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

"A Cédula de Crédito Bancário (CCB) é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade", de acordo com o conteúdo do art. 26 da Lei 10.931/2004 (BRASIL).

Com esta conotação a CCB passou a ser largamente utilizada no mercado financeiro por toda instituição financeira, visto que pode comportar toda e qualquer modalidade de crédito.

Em 2007, a Comissão de Valores Mobiliário (CVM), pelo julgamento do processo 11.593-RJ, sob a relatoria do Diretor Marcos Barbosa Pinto, concebeu a CCB como valor mobiliário podendo as instituições financeiras lançar tal título no mercado, sem se coobrigar, para buscar recursos na economia popular.

Tal decisão é objeto de grande discussão doutrinária, discordando uma boa parte da doutrina sobre tal decisão. De frente a isto, nas linhas a seguir serão abordados os fundamentos para a tomada da decisão, discutindo a natureza jurídica da CCB com a possibilidade (ou não) de subsunção do título ao mercado de capitais sob balizadas doutrinas.

2. O VALOR MOBILIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Consustanciados na Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976 (BRASIL), os valores mobiliários foram criados e passaram a ser admitidos no mercado brasileiro, desde então, sob a "influência do direito societário francês, já que o legislador brasileiro procurava conferir a noção de valores mobiliários caráter restritivo" (EIZIRIK; PARENTE, 1998, p. 24). Desta feita, a legislação regente no seu texto original dispunha, de forma taxativa, quais eram os valores mobiliários admitidos em negociação, *in verbis*:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

- I - as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição;
- II - os certificados de depósito de valores mobiliários;
- III - outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.

Parágrafo único - Excluem-se no regime desta Lei:

- I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal;
- II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.

Posteriormente, por necessidade do mercado interno, notadamente do agronegócio, o conceito de valor mobiliário foi elasticado objetivando encampar os títulos ou contratos de investimentos na nova forma genérica do conceito, trazida no bojo da Medida Provisória n. 1.637, de 07 de dezembro de 1976, (reeditada na MP-2110-39 e posteriormente convertida na Lei 10.198, de 14/02/2001) que assim definiu o que é valor mobiliário:

Art. 1º Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Com a inserção desse novo conceito, inspirado no direito norte-americano, Nelson Eizirik e Flávia Parente (1998, p. 27) informam que:

Os valores mobiliários passaram a ser não apenas aqueles que já se encontravam previstos na legislação em vigor, mas também quaisquer contratos de investimento oferecidos ao público investidor, que aplica seus recursos na expectativa de obter lucro, não tendo, no entanto, controle direto sobre o empreendimento, uma vez que o responsável pelo sucesso do negócio é o empreendedor.

Esse novo contorno do direito norte-americano teve fonte no julgamento do caso *Sec v W.J. Howey & Co*², porém o ordenamento jurídico brasileiro não abdicou totalmente da taxatividade francesa visto que com a edição da Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, que alterou a Lei 6.385/76, o conceito de valores mobiliários ficou redigido de forma a englobar as duas doutrinas, *verbis*:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

- I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;

²"Aponta-se como leading case da conceituação de investments contracts o famoso julgamento, ocorrido nos Estados Unidos, em 1946, do caso SEC v. W. J. Howey & Co, que versava sobre a venda de terrenos a centenas de pessoas por uma companhia e sua subsidiária - a Companhia Howey e a Howey-in-the-Hilles Service Company, respectivamente -, com a assunção do compromisso de, em contrapartida, prestar serviços de plantio da terra e de comercialização dos produtos colhidos." (EIZIRIK; GAAL; PARENTE; HENRIQUES, 2008, p. 31).

- II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;
- III - os certificados de depósito de valores mobiliários;
- IV - as cédulas de debêntures;
- V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;
- VI - as notas comerciais;
- VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;
- VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e
- IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

A ampliação dada ao conceito de valor mobiliário despertou interesse tanto do público ofertante, que passaram a ter mais uma opção de investimento, quanto dos pesquisadores do Direito, pois tal possibilidade trouxe controvérsias no assunto.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães (1974, p. 57), sintetizando o entendimento da doutrina e jurisprudência americana, entabulou cinco características que, se apresentadas, estaríamos diante do conceito das *securities*:

- (1) todo investimento em dinheiro ou em bens suscetíveis de avaliação monetária, (2) realizado pelo investidor em razão de uma operação de captação pública de recursos, (3) de modo a fornecer capital de risco a um empreendimento, (4) em que ele, o investidor, não tem ingerência direta, (5) mas do qual espera obter algum ganho ou benefício futuro.

Ary Osvaldo de Mattos filho (1985, p. 42-47), caracterizou a existência de um valor mobiliário desde que um instrumento de negócio detivesse a maioria das seguintes características: 1) a contribuição para o investimento, podendo se dar em dinheiro, bens ou serviços; 2) um empreendimento comum, com ou sem participação do investidor na gerência do empreendimento, contudo com interesse comum no seu sucesso; 3) expectativa de lucro, entendido como um benefício econômico em prol do investimento feito; 4) caracterização do empreendimento, prevalecendo sobre a substância do negócio jurídico e seu fundamento econômico - a motivação; 5) o contrato de risco, evidenciado pela possibilidade de perda do investimento de forma total ou parcial; 6) Controle do empreendimento nas mãos do tomador do recurso; 7) materialização do valor mobiliário, podendo advir de um documento ou título, e; 8) falta de conhecimento técnico por parte do investidor no negócio que está se investindo, ficando este conhecimento a cargo do administrador.

Esse cenário, com várias interpretações do conceito de valor mobiliário ampliado pelo novo contorno dado as *securities*, foi responsável pelo lançamento das Cédulas de Crédito Bancário (CCB) no mercado de capitais pois, a partir da decisão do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através do julgamento do processo RJ 11.593 em 2007, as instituições financeiras passaram a contar com a possibilidade de angariar recursos da economia popular, mediante a utilização deste título.

3. O JULGAMENTO DO PROCESSO RJ 11.593/2007 PELA CVM

Este julgamento foi o marco para a admissão das CCB como valor mobiliário, onde o relator Diretor Marcos Barbosa Pinto, por intermédio de pedido do Banco Itaú BBA S.A de dispensa de registro de uma oferta pública de cédulas de crédito bancário (CCB) emitidas pela Bracor Investimentos Imobiliários Ltda., decidiu por arrolá-las ao inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76 (BRASIL).

O enquadramento das CCB ao conceito de valor mobiliário se deu no exame, item a item, do conteúdo do inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76, da seguinte forma pelo relator:

- i. ao adquirir uma CCB, o poupador está fazendo um investimento em renda fixa, o que satisfaz o requisito delineado no item 2.11(i) acima;
- ii. o art. 26, caput, da Lei nº 10.931/04 deixa claro que as CCBs são títulos de crédito, atendendo assim o requisito descrito no item 2.11(ii) acima; a este propósito, vale destacar que embora o conceito de “valor mobiliário” não se confunda com o conceito de “título de crédito”, sempre se admitiu que alguns títulos de crédito podem ser valores mobiliários, como é o caso das notas promissórias;
- iii. a partir de uma mesma operação de crédito, e ressalvado o disposto no art. 28, § 2º, II, da Lei nº 10.931/04, diversas CCBs com as mesmas características podem ser emitidas e transferidas a pessoas distintas, o que caracteriza o potencial coletivo do investimento nesses títulos e atende o requisito descrito no item 2.11(iii) acima;
- iv. as CCBs pagam juros aos seus titulares e estes juros constituem, obviamente, uma remuneração, o que satisfaz o requisito descrito no item 2.11(iv) acima; a propósito, vale lembrar que, segundo nossos precedentes, a palavra “remuneração” empregada no inciso IX deve ser entendida em sentido lato, de forma a cobrir “qualquer investimento que o público faça na expectativa de obter algum rendimento”;(11) e
- v. a remuneração paga pelas CCBs tem origem nos esforços do empreendedor e não do investidor, já que este

aguarda passivamente o pagamento dos juros incidentes sobre o crédito; também está satisfeito, portanto, o item 2.11(v) acima. (PINTO, 2007)

E no ponto condizente a possibilidade de ofertar as CCB ao público, o relator concluiu seu raciocínio:

3.9 A meu ver, também não há nada na Lei nº 10.931/04 que impeça uma oferta pública de CCBs. A este respeito, vale notar que:

i. o art. 29, §1º, da Lei nº 10.931/04 permite a transferência das CCBs a terceiros que não sejam instituições financeiras;

ii. as CCBs são títulos de crédito, o que facilita - e muito - sua venda e negociação no mercado;

iii. segundo a Exposição de Motivos da lei que as regula, as CCBs foram criadas também para “facilitar e agilizar a negociação de créditos bancários”.

3.10 Portanto, não vejo nenhum óbice a que uma instituição financeira faça uma oferta pública de CCBs no mercado, caso em que restarão satisfeitos todos os requisitos previstos no art. 2º, inciso IX, da Lei nº 6.385/76. (PINTO, 2007)

Ultrapassadas estas premissas, ainda cabia transposição de um último obstáculo para que as CCB ascendessem a natureza jurídica de valor mobiliário, que seria a vedação do inciso II, parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 6.385/76 que excluía do regime da citada lei “os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures”. Isso porque sendo a instituição financeira beneficiária da CCB e transmissível por endosso, via de regra³, seria ela também responsável pelo adimplemento.

Para ultrapassar esta barreira, portanto, no ato de colocação da CCB no mercado, segundo entendimento do relator, seria necessária a exclusão da responsabilidade da instituição financeira. Desta forma, estaria apta a oferta pública e estaria caracterizado a CCB como valor mobiliário, o que foi feito mediante endosso sem coobrigação.

O entendimento para a conclusão e aceitação das CCB como valor mobiliário, via de regra, foi a disposição do inciso IX do artigo 2º da Lei 6385/76, enquadrando-as no conceito de contrato de investimento coletivo, termo extraído do mercado das *securities* norte-americanas, como já dito anteriormente.

4. AS SECURITIES, O HOWEY TEST E O REVES TEST

A conceituação de *securities* como se tem no mercado americano ficou entabulada no voto do relator do processo *Justice Murphy*, como esboçou Jefferson Siqueira de Brito Alvares (1998, p. 213), *verbis*:

Em seu voto, o *Justice Murphy* forneceu uma conceituação de contrato de investimento, inovando em relação ao caso *Joiner*. Ei-la: “um contrato de investimento, para os fins da *Securities Act*, compreende todo contrato, transação ou esquema por meio do qual uma pessoa investe seu dinheiro em um empreendimento comum e é levada a esperar lucros, advindos exclusivamente dos esforços do empreendedor ou de um terceiro”.

Essa definição de contrato de investimento celebrizou-se e transbordou os limites do próprio objeto definido, transformando-se na própria definição de *security*. Isso porque a Suprema Corte, ao definir *investment contract*, revelou o raciocínio a ser seguido na identificação de todas as demais *securities*, isso é, mostrou que a substância do negócio deve prevalecer sobre a sua forma, atribuindo-se ênfase à realidade econômica subjacente.

Este conceito elástico de *securities* capturado pelo direito brasileiro tem sua razão de ser e seguiu critérios estabelecidos no chamado *Howey test*, a semelhança do que vinha ocorrendo na Corte Americana para enquadrar determinados contratos de investimento às *securities*.

As cortes norte-americanas, no julgamento de casos em que estava sendo discutida a submissão de determinados títulos, instrumentos ou operações ao regime jurídico das *securities*, passaram a examinar em cada hipótese concreta se estavam presentes os elementos compreendidos na *Howey definition*, a saber:

Investimento of Money (“investimento em dinheiro”);

Common enterprise (“empreendimento comum”);

Expectation of profits (“expectativa de lucro”), e

Solely from the efforts of others (“unicamente dos esforços dos outros”). (EIZIRIK; GAAL; PARENTE; HENRI-

³Art. 15 do Anexo I da Lei Uniforme relativa as letras de câmbio e notas promissórias que diz que: “O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto pela aceitação como do pagamento da letra. O endossante pode proibir um novo endosso, e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada.”

QUES, 2008, p. 31-33).

Érica Gorga (2013, p. 270-271) informa que aplicar o *Howey Test* às CCB é um equívoco, posto que o que deve ser feito ao caso das CCB é a aplicação do *Reves Test*, conforme decidiu para as notas comerciais a Corte Norte Americana no julgamento de 21 de fevereiro de 1990 entre *Reves v. Ernest & Young* (EUA), *verbis*:

Todavia, a doutrina brasileira que cita o *Howey test* para analisar eventual caracterização das CCBs brasileiras como valores mobiliários perante o direito americano está tecnicamente equivocada. O teste apropriado para as CCBs, tal como a Suprema Corte deixou claro, seria o *Reves Test* - e não o *Howey test*. Em conformidade com o direito americano atual, a questão primordial não é saber se as CCBs se configurariam em um contrato de investimento coletivo, mas saber se se constituem em títulos (ou *notes* como refere a jurisprudência americana). (GORGA, 2013, p. 270-271).

Muito embora Gorga (2013, p. 264) tenha total convencimento de que não haveria nenhuma necessidade em aplicar teste algum pois pela própria leitura textual da lei, ao estabelecer no inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/76 a expressão “quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo”, já havia enquadrado todo e qualquer título.

No caso do *reves test* uma cooperativa emitiu várias notas promissórias para várias pessoas, cooperados ou não, a fim de obter capital para levantar recursos para suas atividades e, seus investidores almejavam um rendimento pelo valor investido mais alto do que os pagos pelos bancos, por alocarem seus recursos.

Este caso foi admitido pela Corte Suprema dos Estados Unidos como *leading case*, aplicando dispositivos diferentes ao *howey test*, para apreciar se tais notas comerciais poderiam ser enquadradas como valores mobiliários, ou não, chamado de “teste de semelhança familiar”, sob a adoção de quatro fatores, conforme informa Érica Gorga (2013, p. 268-269):

Primeiro, as cortes deverão analisar as motivações que levam um vendedor e um comprador a realizarem o negócio. A nota tenderá a ser negócio imobiliário se o propósito do vendedor for levantar recursos para uso geral num empreendimento empresarial ou financiar investimentos substanciais e o comprador estiver interessado no lucro que receberá com a aquisição da nota. Do contrário, se a nota for utilizada para facilitar a compra de ativos menos importantes, ou bens de consumo, ou para corrigir dificuldades de fluxo de caixa, será menos propensa a ser considerada valor mobiliário. Em segundo lugar, o plano de distribuição da nota deve ser analisado para se averiguar se existe um mercado secundário de negociação ou especulação com tal papel. Em terceiro lugar, deve-se levar em conta as expectativas razoáveis desse público investidor. Nesse ponto, a corte realiza uma afirmação importante: “The Court will consider instruments to be ‘securities’ on the basis of such public expectations, even where an economic analysis of the circumstances of the particular transaction might suggest that the instruments are not ‘securities’ as used in that transaction. Em quarto lugar, a Corte examinará se existe qualquer outro esquema regulatório que mitigue os riscos da nota, tornando desnecessária a aplicação das normas que regulam os valores mobiliários.

Verifica-se no caso que, efetivamente o motivo da colocação das notas comerciais no mercado foi angariar recursos da economia popular, seja em âmbito restrito ou amplo, para investir no negócio empresarial do emitente, sendo extremamente relevante para sua caracterização enquanto valor mobiliário a sua motivação:

Tendo em vista tais elementos apresentados, pode se perceber que determinado título de crédito poderá se configurar em valor mobiliário ou não, a depender das circunstâncias particulares pelas quais foi emitido e distribuído. Assim, a nota promissória dada em garantia pela compra de um bem não será valor mobiliário, mas poderá sê-lo quando emitida como meio de financiar um investimento empresarial. Da mesma forma sucede com as CPRs e as CCBs: tais títulos de crédito poderão se consubstanciar em valores mobiliários dependendo das suas características e das circunstâncias fáticas de sua emissão. (GORGA, 2013, p. 261-262).

O que ocorre no caso das CCB e que, inclusive, foi objeto de apreciação pela CVM no julgamento paradigma de n. 11.593/2007, para aceitá-las enquanto valores mobiliários têm formatação diferente e que, indubitavelmente, possui interferências na conclusão e transformação do título em valor mobiliário.

Isso porque a CCB “é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade”, nos termos art. 26 da Lei 10.931/2004 (BRASIL), onde esta pessoa (física ou jurídica) busca recursos na instituição financeira (beneficiária) para qualquer fim, e esta utiliza instituição financeira o utiliza para lançá-lo no mercado e adquirir recursos de investidores diversos e variados.

Ora, há nítida diferença entre o *reves test* dirimido pela Suprema Corte Americana com o lançamento da CCB por instituições financeiras objetivadas a buscar recursos no mercado. Lá houve emissão primária para angariar recursos diretos por quem os emitiu, muito embora estes investidores pudessem repassar estes títulos a outros, mas o motivo era o investimento e emissão direta a várias pessoas era apenas um: buscar investimento pelo emitente do título.

Aqui, no caso das CCB, não se verifica a emissão desse título de crédito pelas instituições financeiras no mercado, mas um ativo nego-

ciado por elas e em proveito delas, tendo nascedouro e origem diversos das notas outrora comentadas e que foram utilizadas para angariar recursos para a cooperativa norte-americana.

A utilização da CCB no direito brasileiro tem eficiência (ou pelo menos se espera ter) na cobrança do crédito concedido, sendo prática usual, corriqueira e amplamente utilizada pelas instituições financeiras. Tais créditos poderão até mesmo serem utilizados para alavancagem de capital, empréstimos, ou “operações de crédito, de qualquer modalidade”, conforme externa seu conceito inserto no *caput* art. 26 da Lei 10.931/2004.

E mais, seu beneficiário, necessariamente, será uma instituição financeira ou uma instituição equiparada a ela mas não o público em geral. Vale dizer, uma pessoa não poderá emitir uma CCB para o mercado de valores mobiliários diretamente, para angariar recursos na bolsa de valores ou em mercado fechado como fez a Cooperativa no mercado americano. O que se tem no mercado pátrio é a emissão de CCB para obtenção de crédito emitindo este título de crédito “em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada” e estas as transmitiriam ao mercado, transmutando-as em valores mobiliários, repita-se. Sendo forma completamente diversa do que a Suprema Corte americana avaliou.

Portanto, apesar das divergências para aplicação do *reves test* ou do *howey test*, uma coisa é clara, para aperfeiçoamento de qualquer instrumento ao mercado de capitais, é necessário a motivação de sua emissão e o real interesse econômico do negócio.

Tanto é assim que noutro caso analisado pela Corte Americana, *McNabb v. SEC* (EIZIRIK; GAAL; PARENTE; HENRIQUES, 2008, p. 48-49), em que McNabb emitiu dez notas promissórias a pessoas de seu convívio com o pretexto de saldar dívidas ocasionadas por um divórcio, ficou constatado nos autos deste caso que o motivo real de buscar dinheiro nos beneficiários dos títulos era para realizar negócios, fazendo valer a realidade do negócio face sua formatação.

Assim, a CCB, num ou noutro teste, não se amolda e não há transmutação da sua natureza jurídica para valor mobiliário, sendo imperfeita a interpretação da expressão contida no inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/76 que ao mencionar “contrato de investimento ou título” autorize abraçar todo e qualquer título de crédito, devendo respeitar, nos dizeres de Haroldo Malheiros Dulclerc Verçosa (2006, p. 121-122), que sua aplicação está restrita aos incisos que o antecedem, logo, não sendo uma norma em branco, a ponto de albergar todo e qualquer caso não descrito nos incisos integrantes do artigo em comento, mas sim um conceito genérico que abrange outros valores mobiliários dentro da delimitação contida nos incisos.

Portanto, impossível a aplicação das CCB por analogia ao caso do *Howey e Reves test*, isto porque há mais fundamentos que desaconselham a transmutação do título de crédito para valor mobiliário do que o autorizam, pelos seguintes motivos.

No caso do *Howey Test*:

Não comporta uma categoria de investimento, porque é uma operação de crédito, lastreadas por regras de direito bancário, e aquele que adquire uma CCB, por endosso ou mesmo por cessão, se for o caso, visa a adquirir um crédito com deságio;

Não se denota nenhum empreendimento posto que a instituição financeira ao realizar a operação de crédito visa conceder recursos e recebê-los mediante um juro compensatório no futuro, não apresentando as características do empreendedorismo.

Além disso, falta-lhe o interesse comum, posto que a exclusão da responsabilidade da instituição financeira na insistência de se amoldar a CCB ao conceito de valor mobiliário contido na Lei 6.385/76 retira a instituição financeira da operação e, de outro lado, não se vislumbra a apresentação do emitente da CCB, pois ele, ainda mais, não demonstra qualquer manifestação de vontade de empreender, posto que seu interesse era meramente nos recursos já fornecidos pela instituição financeira;

Noutro lado, a expectativa de lucro apresentada pelo *Howey Test* informa a união dos requisitos anteriores, um investimento alocado a um empreendimento, comungando de um mesmo interesse: o lucro ou a expectativa deste.

Na aquisição de um título de crédito é de presumir-se que este título esteja circulando porque ainda não vencido e aquele que se interessa em adquiri-lo, compra-o com deságio para, no vencimento, receber o valor de face, acrescidos dos juros compensatórios e demais encargos avençados e constantes do próprio título. Os valores percebidos por aqueles que adquirirem uma CCB não representam uma rentabilidade no sentido de um empreendimento, com risco na atividade econômica do negócio, representando um *plus* em face da indisponibilidade do capital por aquele que emprestou ou que adquiriu um título representativo de operações creditícias.

Por fim, focado no último tópico do *Howey Test*, onde se afirma que os esforços para a expectativa do lucro sejam praticados por terceiros, é de se afirmar que tais esforços são praticados pelo emitente da CCB, o cliente da instituição financeira, sendo ele o gerador da riqueza que gerará o lucro do negócio. Não sendo verdade, até porque ele nem estará sabendo que a CCB emitida por ele foi direcionada ao mercado de capitais para qualquer fim, não se podendo aceitar esta afirmação também.

Muito mais do que ampliar o conceito de valores mobiliários, é fazer com que o pagamento de uma dívida possa significar esforços de terceiros como se quer, *in casu*, com a CCB. Paga-se porque existe um direito obrigacional, representado por uma cambial causal, não havendo esforço do emitente da CCB para prosperidade de algum empreendimento, no sentido em que se tem o negócio como se vislumbrou nos casos *sub judice* na Corte Americana. Paga-se o que convencionou e nada mais.

No caso do *Reves Test*:

4 CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, atualmente CETIP S.A. - Mercados Organizados). A Cetip é a integradora do mercado financeiro. É uma companhia de capital aberto que oferece serviços de registro, central depositária, negociação e liquidação de ativos e títulos. Por meio de soluções de tecnologia e infraestrutura, proporciona liquidez, segurança e transparência para as operações financeiras, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do mercado e da sociedade brasileira. Disponível em: <<https://www.cetip.com.br/Institucional/seguran%C3%A7a-que-move-o-mercado>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Neste caso não há motivação do emitente de uma CCB que evidencie o lançamento deste título no mercado. Isto porque o emitente busca a instituição financeira para obter crédito, dinheiro para qualquer fim, seja para financiar sua atividade empresarial, se empresário, seja para adquirir um veículo, um imóvel, etc, servindo este título para garantir uma operação de crédito, seja de que modalidade for, mas direcionada a apenas aquela instituição financeira, beneficiária, que concedeu ao emitente determinada monta em dinheiro.

O que acontece ao querer enquadrar a CCB como valor mobiliário é diferente do que ocorre com os valores mobiliários propriamente ditos, isto porque o lançamento de títulos no mercado de valores mobiliários visa alavancar recursos para seu caixa ou para alocá-los ao capital social, ou ambos, significando e apresentando um investimento, um empreendimento, com o propósito de se empreender capital a uma atividade econômica, a uma evento de risco.

O lançamento de uma CCB no mercado de capitais é uma compra e venda de ativos, em última análise. Não se relaciona, por analogia, ao caso das *securities* norte-americanas conforme os casos apresentados.

Contudo, ocorre no mercado da CETIP⁴, a compra e venda de títulos, incluindo a CCB, mediante endosso, sendo as operações realizadas de forma eletrônica onde a instituição financeira endossa o título a CETIP e faz negociações com tal documento pela circulação que é um dos atributos dos títulos de crédito, portanto, diferente da natureza jurídica de valor mobiliário, ocorrendo o que Jean Carlos Fernandes (2012, p.8) diz virtualização dos títulos de crédito, cujas operações dar-se-ão por sistema de registro em modalidades de crédito e débito:

Tais títulos de créditos escrituras, como a Letra Financeira, a Letra de Arrendamento Mercantil, o Certificado de Registro Imobiliário, o Certificado de Cédula de Crédito Bancário, o Conhecimento de Depósito Agropecuário, o Warrant Agropecuário, entre diversos outros, reclamam a reconstrução da teoria clássica fundada, em outros tempos, exclusivamente na cártula. É necessária a compreensão dos contornos jurídico-econômicos da teoria contemporânea dos títulos de crédito, em um cenário no qual grande parte dos títulos de crédito tornou-se nominativos, transferidos eletronicamente por meio de anotações em sistemas de registro e liquidação. (Cetip, Selic, por exemplo).

Noutro norte, a instituição financeira beneficiária do título de crédito não visa investir no seu cliente tomador por fornecer-lhe recursos, não havendo nenhuma correlação de empréstimo com participação ou interesse da instituição financeira. Ao revés, ela tem interesse e envia todos os esforços, para que o ocorra o pagamento, tanto que ingressará na justiça até para exigir o pagamento caso não ocorra espontaneamente no prazo ajustado.

Por fim, estas operações detêm regras próprias expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, que é um dos instituidores do Sistema Financeiro Nacional e tem como finalidade formular a política da moeda e do crédito objetivando o progresso econômico e social do país, conforme definido nos artigos 1º e 2º da Lei 4.595, de 31/12/1964 (BRASIL);

Desta forma, as CCB se subordinam ao mercado de crédito e não dos valores mobiliários, devendo obediência a autarquia regulamentadora própria - o Banco Central do Brasil - diferentemente da CVM, de acordo com Eizirik (2013):

As CCB são negociadas não no mercado de capitais, mas no mercado de crédito, no qual as operações se realizam por meio de intermediação das instituições financeiras na concessão de empréstimos ou financiamentos. Nestas operações, o investidor não almeja participar do negócio desenvolvido pelo empreendedor ou dos lucros por este gerados, mas apenas visa a remuneração do capital por ele emprestado. Tais operações de natureza creditícia não estão subordinadas ao regime legal dos valores mobiliários e à fiscalização da CVM, mas, ao contrário, são reguladas e supervisionadas pelo Banco Central.

Inclusive, a Resolução 2.843/2001 (BRASIL) e a Carta Circular 3.585/2013 (BRASIL), nada dispõe a respeito de negociação do citado título no mercado de valores mobiliários, ao revés, afirma sua negociação no âmbito bancário, informando, inclusive, os procedimentos para tanto.

Transmutar as CCB, que são títulos de crédito afetos ao sistema bancário ao de valor mobiliário, seria uma tentativa de se "misturar" as CCB como espécies de valores mobiliários, atribuindo a elas tais características que não acontecem e nem poderiam acontecer, pois "neste caso é como se alguém tentasse uma fusão entre azeite e água: por mais que o operador agite os dois ingredientes, ao final de algum tempo eles permanecerão separados, e este efeito se repetirá indefinidamente", consoante entendimento de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2006, p. 126-127).

Muito embora estas discussões doutrinárias e apenas como fato curioso é que, apesar da elevação das CCB a categoria de valores mobiliários, não há registro na CVM sobre qualquer oferta pública do título em comento, seja no âmbito da Instrução CVM 400/03 (BRASIL) ou da Instrução CVM 476/09 (BRASIL). Embora tenham larga comercialização na CETIP como negociação do título de crédito mas não como valor mobiliário.

5. CONCLUSÃO

Ex postis, é de se concluir que com a ampliação no conceito de valores mobiliários pela Medida Provisória 1.637/76, influenciada pelo mercado de *securities* norte-americano, foi introduzido na Lei 6.385/76 o inciso IX que, entre outras possibilidades, trouxe o termo genérico de "quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo".

Utilizando-se desse conceito genérico, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, então, incluiu a CCB ao elenco dos valores

mobiliários, sempre que for ofertada publicamente e sem a responsabilidade da instituição financeira do título.

A seu turno, a vontade de se elevar este título de crédito ao mercado de capitais era maior do que propriamente as possibilidades jurídicas e técnicas do instituto da CCB.

Malgrado tenham admitido a CCB como valor mobiliário, melhor entendimento merece guarida porque a emissão de uma CCB, *de per sí*, (i) não pressupõe a existência de um empreendimento por parte do emitente devedor, (ii) não configura investimento por parte de quem a adquire, (iii) não se verifica o “lucro” porque a operação é tipicamente de crédito, verificando-se o pagamento de juros compensatórios pela privacidade dos recursos (capital) da instituição financeira; (iv) não há participação do beneficiário do título (a instituição financeira credora) estando ela alheia ao risco do suposto empreendimento, diferentemente do que ocorre no mercado de valores mobiliários, (v) não existe qualquer comunhão de interesses entre emitente devedor e a instituição financeira credora dos recursos para se buscar recursos no mercado e, sobretudo, (vi) por não gozar de motivação. Isto porque emitente da cédula não visa buscar recursos na economia popular, devendo prevalecer a substância do negócio originário que é, de fato, a realização de uma operação creditícia, a tomada de empréstimo, seja ele de que modalidade for.

Nestes termos, para segurança jurídica e adequado aproveitamento da CCB deve se ater a estas conclusões mantendo-se a CCB dentro do mercado financeiro e não no mercado de capitais.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Jefferson Siqueira de Brito. O atual conceito de valor mobiliário. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. v. 5, Belo Horizonte, 1998.

BRASIL. Banco Central do. *Resolução n. 2843*, de 28 de junho de 2001 que “dispõe sobre a negociação de Cédulas de Crédito Bancário e sobre a emissão de certificado representativo dessas cédulas por parte de instituições financeiras.” Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Banco Central do. *Carta Circular n. 3585*, de 18 de fevereiro de 2013 que Divulga procedimentos para o registro de instrumentos financeiros representativos de operações de crédito e de arrendamento mercantil, de direitos creditórios decorrentes de operações de crédito e de arrendamento mercantil, e de cessões e alienações fiduciárias de operações de crédito e de arrendamento mercantil, em sistemas de registro e liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 400* de 29 de dezembro de 2003 que “dispõe sobre as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, nos mercados primário ou secundário, e revoga a Instrução CVM nº 13, de 30 de setembro de 1980, e a Instrução CVM nº 88, de 3 de novembro de 1988.” Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 476* de 16 de janeiro de 2009 que “dispõe sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados.” Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. *Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm. Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. *Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. *Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.931.htm. Acesso em 13 jul. 2015.

CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos), atualmente CETIP S.A. - Mercados Organizados. Disponível em <https://www.cetip.com.br/Institucional/seguran%C3%A7a-que-move-o-mercado>. Acesso em 13 de jul. 2015.

EIZIRIK, Nelson. *As CCBs são valores mobiliários?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

EIZIRIK, Nelson; PARENTE, Flávia. *Ampliação do conceito de valor mobiliário no direito brasileiro*. Revista da CVM-Comissão de Valores Mobiliários. n. 27, out. 1998.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais - regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte de Justiça. Reves v. Ernst & Young*, 494 EUA 56 (1990). Decisão em 21 de fevereiro de 1990. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/494/56/>, acesso em 09 fev. 2015.

FERNANDES, Jean Carlos. *Teoria contemporânea dos títulos de crédito*: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GORGA, Érica. *Quando um título de crédito se transforma em valor mobiliário?* Os casos das Cédulas de Produto Rural e das Cédulas de Crédito Bancário. In: GORGA, Érica; PINTO, Lígia Paulo. (Coords.) Estudos avançados de Direito Empresarial: Títulos de crédito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito de "security" no direito norte-americano e o conceito análogo no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 14, 1974.

MATTOS FILHO, Ary Osvaldo. O conceito de valor mobiliário. *Revista de Administração de Empresas*. vol. 24, n. 2, abr/jun, 1985.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. As cédulas de crédito Bancário (CCBs) como Valores Mobiliários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 144, out/dez 2006.

Recebido em: 22/10/2015

Aprovado em: 04/02/2016

PROVA E JURISDICIONALISMO NO NOVO CPC BRASILEIRO

EVIDENCE AND JUDICIAL POWER IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

VINÍCIUS LOTT THIBAU ¹

ANDRÉ CORDEIRO LEAL ²

RESUMO: Com base no método lógico-dedutivo do racionalismo crítico de Karl R. Popper, o texto busca testar a hipótese de que o Novo Código de Processo Civil brasileiro reproduz polissemias em torno da prova já presentes no Código de Processo Civil de 1973, mantendo intocada, exatamente por isso, a impossibilidade de sistematização do instituto. Para tanto, apresenta argumentos que visam a sustentar a afirmação de que as confusões conceituais do novo código derivam, basicamente, de seus fundamentos teóricos, os quais ainda rendem homenagens às lições pseudocientíficas do processualismo de Oskar von Bülow. A partir daí, conclui que o Novo Código de Processo Civil brasileiro apenas radicaliza o solipsismo judicial já presente no Código de 1973, em nada colaborando para a implementação da democraticidade jurídica pretendida pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Novo CPC. Prova. Jurisdicionalismo. Democraticidade jurídica.

ABSTRACT: Based on the logical-deductive method of critical rationalism of Karl R. Popper, the text tests the hypothesis that the New Brazilian Code of Civil Procedure polysemies around the evidence, already contained in the 1973 Code of Civil Procedure keeps untouched the inability to systematize the institute. It presents arguments aimed at supporting the assertion that the conceptual confusion of the new code are derived primarily from its theoretical foundations, which still renders homage to the lessons of pseudoscientific processualism of Oskar von Bülow. From there, it concludes that the New Brazilian Code of Civil Procedure only radicalizes the judicial solipsism already present in the 1973 Code, nothing collaborating for the implementation of the constitutional democracy provided for in the Constitution of 1988.

Keywords: New Brazilian Code of Civil Procedure. Evidence. Judicial Power. Constitutional democracy.

1 Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara/MG. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Advogado. E-mail: vinciusthibau@yahoo.com.br

2 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade FUMEC/MG, instituição de ensino superior em que ministra aulas no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) e no Curso de Graduação em Direito. Professor do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Economista e Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Ao reproduzir os equívocos e indistinções de que padece o Código de Processo Civil de 1973, um dos pontos mais obscuros do Novo CPC talvez esteja no tratamento que dispensa ao instituto da prova. Vê-se que a prova ora é entendida como meio, ora como atividade ou como resultado, a despeito de, em qualquer dessas significações, estar sempre destinada à formação da convicção judicial sobre a verdade dos fatos afirmados e negados no procedimento.

Essa pseudo-confusão não é casual. Ela deriva, como se demonstrará ao longo do texto, da assimilação, pelo Novo CPC, de uma compreensão jurisdicionalista da decisão jurídica já pressuposta na teoria do processo como relação jurídica de direito público que Oskar von Bülow adota quando propõe a sistematização do direito processual.

É por isso que, ao recepcionar, sem mais, as categorias que se criaram pela dogmática processual de fundo bülowiano, o Novo CPC, longe de apresentar quaisquer inovações teóricas, apenas reproduz a violência estrutural que se oculta no pressuposto de que a jurisdição é atividade monopolística de dicção do sentido fático-normativo pelo juiz, com redução do cidadão à condição de mero destinatário do dizer judicial – ou, como quer a exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, ao *status* de mero jurisdicionado.

Embora esteja a merecer aplausos de boa parte da doutrina que se apressa em produzir comentários abonadores da novidade legislativa, é necessário, portanto, investigar se os cognominados fundamentos do Novo CPC são compatíveis com a Constituição brasileira de 1988, apontando-se, a partir daí, como foi possível à codificação recém-publicada permanecer indiferente às complexas indagações que a prova suscita na constitucionalidade democrática.

2. O CONCEITO DE PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Segundo Antonio Dellepiane (2004, p.21), a diversidade de acepções do vocábulo prova no direito processual é determinativa da primeira dificuldade enfrentada na análise da temática probatória. É que, na dogmática jurídica, embora a prova seja majoritariamente conceituada como meio ou como conjunto de meios tendentes à formação da convicção do julgador quanto à verdade dos fatos,³ também é habitualmente definida, ora como a atividade que conduziria a este convencimento, ora como o resultado obtido pelo exercício da atividade ou do emprego de meios, que, igualmente, influi na convicção do magistrado.

Assim é que, pelos escritos a que se faz referência, é instalado “um vocabulário jurídico *multívoco* que conduz inexoravelmente ao *equivoco*” (VELLOSO, 2010, p.15)⁴ e que, apesar disso, pouco se apresenta como objeto de problematização. Contrariamente, o que se lê na grande parte dos estudos formalizados sobre o tema é uma ausência de análise do hibridismo conceitual de prova⁵ que, de modo acrítico, é acolhido por legislações procedimentais civis variadas, ainda que recentemente modificadas, como a brasileira.

Entre nós, a polissemia da prova já existente na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, foi integralmente ratificada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Em busca de prometida eficiência, o Novo CPC brasileiro não se ocupou em afastar a diversidade conceitual de prova, vez que, conforme se lê na sua já tematizada exposição de motivos,⁶ o acatamento normativo dos ganhos teóricos obtidos pelo direito processual não se apresentou como um dos principais objetivos buscados pelos juristas que compuseram a assembleia de especialistas nomeada à elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil⁷ e, muito menos, pelos congressistas que atuaram no *iter* procedimental legislativo.

Conforme se estampa na exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, que reproduz o texto da exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado Federal, em 8 de junho de 2010, pela comissão de juristas notáveis nomeada pelo senador José Sarney:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.

3 Apesar da dogmática processual indicar, frequentemente, os fatos como o objeto da prova, a norma indicada no art. 376, da Lei nº 13.105/15, estabelece que, excepcionalmente, também o direito pode assumir essa condição, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, e determinar o juiz a demonstração de seu teor e vigência.

4 No original: “[...] un vocabulario jurídico multívoco que conduz inexoravelmente al equivoco”.

5 Para acessar uma análise sobre o hibridismo conceitual de prova, confira, sobretudo, a obra de João de Castro Mendes (1961). Confira, ainda, em especial, os escritos de Moacyr Amaral Santos (1949, p. 4, v. I); Vinicius Lott Thibau (2011, p.30-36); Eduardo Cambi (2001, p.47); Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p.57-61); e Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p.47-60).

6 Uma crítica contundente à existência de uma exposição de motivos para o Novo CPC brasileiro foi formalizada por André Cordeiro Leal (2012, p.99-102).

7 O Senado Federal, pelo Ato do Presidente nº 379/2009, instituiu a comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Ao longo de sua atuação, a assembleia de especialistas contou com a participação de Luiz Fux (presidente), Tereza Arruda Alvim Wambier (relatora-geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Elpidio Donizetti Nunes e Benedito Cerezzo Pereira Filho. É o que se registra no Anteprojeto do novo código de processo civil – comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil (BRASIL, 2010).

Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

E, ainda:

Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.

De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo. (BRASIL, 2015, p.25)

No recém-promulgado Código de Processo Civil brasileiro, assim, a prova permanece assumindo as acepções de meio, de atividade e de resultado adstritos à formação da convicção do julgador sobre a verdade dos fatos. Se comparado com o Código de Processo Civil de 1973, modificaram-se os números dos dispositivos que abordam a temática probatória, bem como, parcialmente, a grafia conferida à normatização. Mantém-se intocada, no entanto, a persistente acientificidade conceitual.

2.1. A prova como atividade de convencimento do julgador

Na Lei nº 13.105/15, o conceito de prova como atividade destinada à formação da convicção do juiz sobre a verdade dos fatos é identificado nas normas dispostas nos arts. 373, 374, 376 e 379.

Ao aludir à regra geral do ônus probatório e aos requisitos que devem ser preenchidos para o seu eventual afastamento pela convenção das partes ou pela distribuição *ope judicis* do encargo, aos fatos que não se sujeitam à necessidade de fixação procedimental e, ainda, à atuação das partes na demonstração da verdade dos fatos e, excepcionalmente, do direito, o Novo CPC recepciona o significado de prova como atuação humana que conduziria a uma convicção do magistrado sobre o seu resultado.

Em outros termos, nos dispositivos indicados, a Lei nº 13.105/15 acolhe, expressamente, um conceito de prova teorizado por reconhecidos processualistas estrangeiros, dentre os quais se destacam Giuseppe Chiovenda (2002, p.109, v. III), para quem “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”, James Goldschmidt (1946, p.130), que conceitua a prova como os “atos das partes, que tem por fim convencer ao juiz da verdade da afirmação de um fato”⁸, e, ainda, Adolf Schönke (1950, p.198), ao afirmar que “Se entende por prova a atividade das partes e do Tribunal encaminhada a proporcionar ao Juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato.”⁹

2.2. A prova como meio de convencimento do julgador

Pelas normas previstas nos arts. 369, 370 e 372, entretanto, o Novo CPC acolhe, igualmente, o conceito de prova como meio de convencimento do julgador.

As normas referidas estabelecem que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais ou moralmente legítimos à demonstração da verdade dos fatos e à influência eficaz na convicção do julgador; que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar os meios necessários ao julgamento do mérito, bem como indeferir a adoção de meios que se imponham como inúteis ou meramente protelatórios para o alcance desta finalidade. E, também, a possibilidade de utilização, pelo magistrado, de um documento produzido em outro procedimento como meio de fixação de fatos no procedimento judicial em desenvolvimento.

Assim estabelecendo, o que vê é que, nesse aspecto, a Lei nº 13.105/15 oferta ao vocábulo prova o conceito de meio ou meios tendentes ao convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos afirmados e negados no âmbito procedimental, afastando-se do significado que acolheu pelas normas hauridas dos arts. 373, 374, 376 e 379. A prova deixa de se vincular diretamente à atuação humana que conduziria a um determinado resultado mental do julgador relativo aos fatos, para se vincular aos meios utilizados nessa atividade, que se impõem como determinativos da convicção do juiz.

Nesse sentido, portanto, o Novo CPC acolhe um conceito de prova já explicitado por Eduardo José Couture (1946, p.137-138), para quem, quanto às partes, “a prova é também, uma forma de provocar a convicção do magistrado. O regime vigente leva as partes a esgotarem os meios facultados pela lei para formar no espírito do juiz um estado de convicção acêrca da existência ou da inexistência das circunstâncias relevantes do processo”.

Um conceito que, na dogmática processual brasileira, por mera amostragem, é compartilhado por José Eduardo Carreira Alvim,¹⁰

⁸ No original: “[...] los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho.”

⁹ No original: “Se entiende por prueba la actividad de las partes y del Tribunal encaminhada a proporcionar al Juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho.”

¹⁰ Segundo o autor, “Se a prova tem um sentido vulgar, na técnica jurídica o vocábulo pode ser tomado em duas acepções: no sentido objetivo e no sentido subjetivo. Objetivamente, são os meios de demonstrar a existência de um fato jurídico, ou os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo. Neste sentido, fala-se em prova testemunhal, documental, pericial. Subjetivamente, é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.” (CARREIRA ALVIM, 2005, p.260).

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,¹¹ assim como por Sergio Bermudes.¹²

2.3. A prova como resultado que convence o julgador

Por fim, o Novo CPC também adota o conceito de prova como o resultado que convence o magistrado a respeito da verdade dos fatos. É o que se extrai da norma prevista no art. 371, de acordo com a qual “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A disposição examinada explicita que a prova não assumiria a significação de atividade ou de meio destinados à formação da convicção do julgador sobre a verdade dos fatos, mas a do próprio resultado obtido pela atividade direcionada ao convencimento do juiz ou pela adoção dos meios legais ou moralmente legítimos à geração desta convicção.

A Lei nº 13.105/15 encampa, aqui, o conceito atribuído à prova por João de Castro Mendes (1961, p.273-274), que considera “como sentido próprio da palavra *prova* o de resultado probatório. [...] A prova é um resultado juridicamente relevante. Não é efeito jurídico, mas é um fenômeno jurídico. O seu *genus* é, portanto, este: o resultado”, ou, como prefere Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p.315), “a constatação demonstrada de fato ocorrido.”

3. A POLISSEMIA DA PROVA E O CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A polissemia da prova constante na codificação procedimental civil brasileira recém-promulgada causa um imenso desconforto a quem pretenda estudar a temática probatória em consonância com a “autonomia do Direito Processual, com o seu bem demarcado campo de investigação, com conceitos e categorias próprias” (GONÇALVES, 2001, p.13). No entanto, o que desperta ainda maior perplexidade é a ausência de problematização sobre a correlação teórico-normativa existente entre a prova e o convencimento do julgador, que atravessa qualquer das significações anunciadas no item anterior.

Ao que nos parece, a não tematização decorre da manutenção inquestionada de conceitos processuais arcaicos pelo Novo CPC que, embora originalmente anunciado como resultado de reclamos de novos tempos,¹³ apresenta-se como resultado de um movimento dogmático que teria conseguido criar, com o Anteprojeto que produziu, “um saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado” (BRASIL, 2015, p.44).

Ao contrário daquilo que fez a assembleia de especialistas nomeada pelo senador José Sarney, contudo, é de se indagar se seria mesmo compatível com o marco teórico inscrito na constitucionalidade brasileira atual o aproveitamento de conceitos que deram suporte às técnicas procedimentais acolhidas pelo Código de Processo Civil brasileiro promulgado em 1973, e tão caras a Alfredo Buzaid que, em tempos de excepcionalidade normativa, foi ministro da justiça de Emílio Garrastazu Médici.

É que a Constituição brasileira de 1988 não pode ser abordada, como fez a exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, sem que se considerem os problemas da violência pressuposta na gênese paradoxal do direito dos regimes de exceção de que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 é legatário. É exatamente a ausência de drástica ruptura com o passado e com o presente de legitimidades duvidosas que situa o Novo CPC como hábil reproduzidor de um direito truculento já há muito instalado entre nós.

Como se lê na exposição de motivos do Novo CPC brasileiro, o que se pretende com a Lei nº 13.105/15 é, principalmente, ofertar uma maior eficiência a um sistema jurídico que é, há várias décadas, impeditivo de democraticidade jurídica. Decide-se pela inafastável implementação dos ganhos supostos de “celeridade”, “segurança jurídica” e “justiça”, sem que se instale, antes, uma perquirição acerca da compatibilidade das técnicas instituídas em prol do alcance desses objetivos com as bases normativas do marco teórico (paradigma) previsto na Constituição brasileira de 1988.

O compromisso com o aumento dos níveis de eficiência sistêmica do direito processual civil, sem a prévia interrogação dos fundamentos de legitimidade da própria sistematicidade de que se parte para a elaboração do texto legal, deixa transparecer que o Novo CPC pode se erigir como uma normatividade apta à viabilização de uma mera legitimação da autocracia que, por milênios, identifica-se no âmbito jurídico-geral e, pelo menos, há cento e cinquenta anos é acolhida pelo Direito Processual, cuja formulação científica é bastante recente (LEAL, 2008), ao contrário do que, frequentemente, explicita a dogmática jurídica.

Em outros termos, extrai-se do Novo CPC que, a pretexto de ofertar respostas às mudanças exigidas pela Constituição a que tanto apela, apenas coloniza a própria constitucionalidade com conceitos arraigados em um direito processual civil tradicional, os quais se apresentam absolutamente desalinhados ao projeto democrático brasileiro, que almeja superar os envelhecidos fundamentos ideológicos dos Estados Liberal e Social de Direito, conforme determina a norma prevista no art. 1º, da CB/88.

11 De acordo com os autores, “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p.349).

12 Conforme o autor, “O conjunto de meios pelos quais se demonstra a veracidade das alegações produzidas no processo – e também cada um desses meios – recebe o nome de prova (em latim, probatio, de probare, ensaiar, examinar, cujo étimo é probus, o que é de boa qualidade, o que é bom).” (BERMUDES, 2006, p.127).

13 É o que se vê, expressamente, da mensagem assinada pelo presidente da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, Ministro Luiz Fux, quando do encaminhamento do anteprojeto do NCPC ao senador José Sarney: “os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*”. (BRASIL, 2010, s.p).

Daí, ao se referir à Constituição brasileira, o que anuncia a exposição de motivos do Novo CPC é, como se verá, uma leitura às avessas da constitucionalidade que ele afirma obedecer, porque se ancora em conceitos que, por sua origem, são inconciliáveis com um projeto democrático não acolhedor do viés civilizatório constante das normas hauridas da codificação recentemente promulgada.¹⁴

O direito processual civil em que se funda a exposição de motivos do Novo CPC e, por desdobramentos lógicos, o próprio texto da Lei nº 13.105/15, é mesmo aquele da suposta cientificidade a que faz referência Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ao se pronunciar sobre o que denominou evolução da doutrina processual. É o direito processual anunciado por Oskar von Bülow, em obra que já foi qualificada como triunfal:

Se aceite ou se rechace a doutrina de Bülow, ninguém poderá negar ao seu livro duas vitórias decisivas: a) haver buscado uma explicação publicista para a natureza do processo, graças a qual as interpretações privatísticas, ou seja, as que imaginaram o processo como um contrato ou um quase-contrato, restaram definitivamente postas de lado; b) ter provocado um movimento científico processual de magnitude e brilhantismo inigualáveis, que, ao ser irradiado primeiro para a Itália e, depois, para outros países, originou a completa renovação da nossa disciplina no mundo. (CASTILLO, 1992, p.308, t. II).¹⁵

Conforme aduz Celso Neves (1997), ao analisar, detalhadamente, a estrutura fundamental do processo civil tradicional, os conceitos de processo, de jurisdição e de ação não só orientam a construção do sistema processual, como são determinativos das possibilidades interpretativas de toda a legalidade, de modo a tornar possível a sua operacionalização. A adoção de conceitos processuais já ultrapassados pelo Novo CPC brasileiro, entretanto, repercute, de modo relevante, também na abordagem codificada da temática probatória.

3.1. A jurisdição estatal e a destinação da prova

Embora muito se discuta acerca de ter ou não sido Oskar von Bülow o primeiro autor a compreender o processo como relação jurídica,¹⁶ é pertinente afirmar que o jurista alemão foi primeiro a propor, a partir da concepção de processo que adota, que se construísse um sistema de saber acerca das condições necessárias à superveniência de uma decisão judicial.

Havendo o autor alemão reclamado a criação de uma teoria geral do processo,¹⁷ foi a partir de suas propostas que o direito processual moderno se desenvolveu pela comunidade de estudiosos instada a elaborar a nova disciplina que, por seus conteúdos, propunha a radicalização da cisão entre os denominados direito material e direito processual.¹⁸

É possível afirmar, sobre esse aspecto, que toda a sistematização do direito processual civil tradicional apresenta como núcleo o conceito bülowiano de processo, não obstante o faça a partir de um pano de fundo fornecido pela concepção de jurisdição já pressuposta nesse significado, e sem descurar da importância conferida à temática da ação.

É o que também ocorre em relação ao Novo CPC, em que o conceito de processo e suas interfaces com a jurisdição e com a ação foram integralmente conservados, a despeito da exigência constitucional de implementação do projeto democrático brasileiro, o qual, pela ruptura explícita com os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, não se compatibiliza com os fundamentos bülowianos de um processo que se pensa e se desenvolve por uma perspectiva de hierarquização dos sujeitos que atuam no âmbito procedimental.

Sem qualquer ressalva, portanto, o Novo CPC brasileiro acolhe a dogmática processual tradicional, e mantém intocado o conceito de processo como relação jurídica de direito público a subordinar as partes ao juiz.¹⁹ A herança bülowiana, aliás, é ainda mais explicitamente

14 Sobre a civilidade referida, confira a obra de Rosemiro Pereira Leal (2005).

15 No original: “Se acepte o se rechace la doctrina de Bülow, nadie podrá discutirle a su libro dos triunfos decisivos: a) haberle buscado una explicación publicista a la naturaleza del proceso, merced a la cual las interpretaciones privatistas, es decir, las que o imaginaron como un contrato o un cuasicontrato, han quedado definitivamente arrumbadas, y b) haber provocado un movimiento científico procesal de magnitud y brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, ha originado la completa renovación de nuestra disciplina en el mundo.”

16 É o que se vê, por exemplo, na obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p.308, t. II). Na dogmática processual brasileira, confira, especialmente, as obras de Hélio Tornaghi (1987, p.5-8); José Eduardo Carreira Alvim (2005, p.164) e Celso Neves (1997, p.175-176).

17 Oskar von Bülow considera, em suas reflexões, aquilo que chama de equívocos cometidos por seus contemporâneos quanto ao que denomina de pressupostos processuais. Para o autor alemão, se verificados os textos da época, identificaremos os pressupostos processuais com o rótulo de exceções dilatórias, em um disfarce que deforma completamente a matéria dos pressupostos e que deve ser afastado antes de se levar a efeito a tarefa de elaborar uma íntegra e ampla teoria geral, a partir do conceito de processo como relação jurídica de direito público. Sobre o assunto, confira a obra Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais (BÜLOW, 1964, p.11).

18 Apenas por amostragem, o intitulado Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.043, parágrafo segundo, adota essa separação, de modo expresso, quando afirma que os embargos de divergência podem ser utilizados quanto à dissidência na aplicação “do direito material ou do direito processual”.

19 Celso Neves (1997, p.187), cuja obra clássica representa a síntese do pensamento do direito processual moderno, afirma que o processo “É relação jurídica de direito público, de caráter continuativo, resultante do exercício do direito de ação que tem por objeto imediato a realização do direito objetivo e por objeto mediato, ou a solução da lide, ou a satisfação do interesse do litigante, ou a pretensão cautelar que provisoriamente as assegure, ou a integração de negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis, mediante a prestação da tutela jurídica que, como obrigação do Estado, incumbe ao Poder Judiciário.” No mesmo sentido, afirma Galeno Lacerda (2008, p.22) que, “a partir dos estudos dos grandes processualistas alemães do século XIX, passamos a definir o processo como uma relação jurídica de direito público.” Confira, ainda, a lição de José Eduardo Carreira Alvim (2005, p.169), segundo o qual “A concepção de processo como relação jurídica é dominante na doutrina, sendo que, para uns, o processo é uma relação jurídica (Bülow), enquanto, para outros, ele contém uma relação jurídica (Chiovenda).”

assimilada pela Lei nº 13.105/15 do que foi pelo próprio Código de Processo Civil de 1973, apesar dos impactos da excepcionalidade normativa imposta pela ditadura militar que vigorava no Brasil à época de sua construção e da patente fidelidade de Alfredo Buzaid à teoria do processo que tanto serviu aos anseios do estado social totalitário.²⁰

É que, ao contrário do que dispunha o chamado Código Buzaid, o Novo CPC é inequívoco ao afirmar que a “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238), confirmando seu tributo a relacionistas bülowianos que, registre-se, também integraram a comissão de especialistas nomeada pelo Senado Federal à elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil brasileiro.

Juristas notáveis que, além de explicitarem a importância do processo bülowiano para a codificação procedimental civil recém-promulgada, mantiveram a articulação da temática do processo com a da ação, ao assegurarem, pelo Novo CPC, que o exercício da ação permita ao julgador positivar os anseios estatais por via decisória, na condição de sujeito especial da relação jurídica de direito público denominada processo.

Como afirma Hélio Tornaghi, ao se pronunciar sobre o que chama de problemática da ação, é esta que permitirá ao Estado-Juiz exercer a jurisdição, afastando a autotutela e fazendo justiça:

[...] primitivamente, quando alguém via insatisfeita sua pretensão, agia diretamente contra o adversário para compeli-lo fisicamente à prestação. Um dia, porém, o Estado proibiu de fazer justiça pelas próprias mãos, chamou a si a tarefa de resolver os conflitos de interesse e disse aos particulares: de ora em diante só quem tem o poder de fazer justiça (jurisdição) sou eu; não há mais ação de particular contra outro; a única maneira de agir permitida é esta: vir a mim; de mim é que o particular poderá exigir justiça. E eu farei usando do poder que tenho sobre todos e, portanto, sobre o adversário de que a pede. Dessa forma aquele (que podemos chamar *autor*) nada pode exigir desse (a quem podemos chamar *réu*), mas esse não se poderá furtar ao meu poder.

Ora, essa transformação histórica pode traduzir-se em termos jurídicos da seguinte maneira:

- a) ação era outrora o poder jurídico que tinha alguém (autor, aquele que age, que atua) de sujeitar outrem (réu) a alguma coisa;
- b) no dia em que o Estado disse: – não há mais esse tipo de ação, ele está proibido, é ilícito, mas em lugar dela eu instituo outro, permitindo agir perante mim para exigir de mim que eu faça justiça – a ação se converteu num direito subjetivo público: o direito de exigir do Estado que se faça justiça. (TORNAGHI, 1987, p.101-102)

E conclui:

Mas não teria restado ao autor um poder jurídico sobre o réu? Não estaria o réu sujeito à vontade do autor? Não seria, portanto, a ação, também um poder jurídico (ou direito potestativo) do autor sobre o réu? Aparentemente, sim. Na verdade, não. Porque não é à pessoa do autor que o réu está sujeito e sim ao Estado. A sujeição do réu corresponde a esse poder jurídico que é a jurisdição. O que realmente cria para o réu a sujeição (o dever de tolerar) é o poder do juiz. (TORNAGHI, 1987, p.102)

De conseguinte, apesar do infundável debate instalado na dogmática processual sobre limites e conceitos da ação, e embora o Novo CPC brasileiro não faça alusão expressa em seu texto às condições da ação ou à possibilidade da decretação de carência de ação, vê-se que o novo texto legal acolhe as concepções de ação construídas por estudiosos comprometidos com a teoria do processo como relação jurídica, da qual se colhe que a ação é direito de provocar o exercício do poder estatal (jurisdição) mediante demonstração de interesse e legitimidade, como igualmente se extrai do art. 17, da Lei nº 13.105/15.

Apesar do *status* científico conferido por Oskar von Bülow ao processo, assim como as interfaces que este apresenta com a ação, é a jurisdição que sempre se destaca na proposta do jurista alemão. Tendo em vista que os pressupostos da teoria da relação jurídica reduzem o processo à mera tecnologia da jurisdição (LEAL, 2008) e, em sendo a ação compreendida como “o direito público subjetivo abstrato, exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.103), é diante de um pano de fundo jurisdicionalista não tematizado que os conceitos de processo e de ação se desenvolvem como desdobramentos do denominado processualismo científico.

É o que se estampa, de modo patente, no magistério de Cândido Rangel Dinamarco. Prestando adesão irrestrita ao Estado Social, com desconsideração do disposto no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, o destacado integrante da escola paulista de processo chega a apologizar a jurisdição, situando-a no centro do sistema processual:

Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual. Nem o processo merece tal colocação, porque não é fonte substancial de

²⁰ Sobre as interfaces existentes entre a teoria do processo como relação jurídica e o Estado Social totalizante, confira, especialmente, a obra de Vinicius Lott Thibau (2015, p.239-245).

emanação e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é um instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destituiu o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. (DINAMARCO, 2013, p.92-93)

E arremata:

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado Estado social: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor. (DINAMARCO, 2013, p.95)

Daí, a exposição de motivos da recém-promulgada Lei nº 13.105/15 não nos causa surpresa ao empregar a expressão jurisdicionado por tantas vezes. Assim o fazendo, o Novo CPC ratifica que, a despeito da democraticidade jurídica exigida pela Constituição de 1988, o cidadão brasileiro permanece reduzido à condição de mero receptáculo dos serviços estatais de dicção fático-jurídica, em consonância com os contornos ideológicos da teoria do processo como relação jurídica.

Condenado o cidadão a ocupar esse lugar, o Estado-Juiz assume, no Novo CPC, funções pedagógicas ainda maiores do que as que exercia quando vigorava a ditadura militar no Brasil.²¹ O judiciário ostenta o *status* de guardião do sentido dos fatos e da lei, notabilizando-se como enunciador privilegiado do destino do cidadão-jurisdicionado e consumidor dos serviços estatais.

Um serviço do qual as partes são apenas destinatárias-colaboradoras,²² seja na concretização da jurisprudencialização do direito que busca tornar “[...] ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de suas condutas” (BRASIL, 2015, p.31), seja na demonstração de uma pretendida verdade dos fatos destinada a influir eficazmente na formação da convicção do julgador.

É possível afirmar, logo, que nenhuma novidade há quando o Novo CPC brasileiro anuncia, em seu art. 16, que “a jurisdição civil é exercida pelos juízes”. Muito menos, quando conceitua a prova como atividade, meio ou resultado aptos à formação do convencimento do juiz a respeito da verdade dos fatos afirmados ou negados em juízo.

Atendendo aos apelos da dogmática tradicional, que se mantém alinhada às bases normativas do Estado Social, a Lei nº 13.105/15 não acolhe os avanços teóricos da constitucionalidade democrática indicada pela Constituição de 1988, à qual, não obstante, a legislação processual recém-promulgada no Brasil faz insistentes referências.

Ao contrário disso, o Novo CPC insiste em ratificar a monologia de um Estado que, além de desvendar solitariamente o sentido normativo (LEAL, 2013, p.14-23), recepciona, no âmbito do accertamento fático, lições no sentido de que “ainda que apresentadas pelo autor e pelo réu, as provas não se destinam a um ou a outro dos litigantes, mas, somente, ao juiz” (SANTOS, 1979, p.5), ou, como prefere José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 17), de que ninguém “melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento.”

Pela ausência de drástica ruptura com o conceito de processo como relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, tal qual com o de ação que permite o exercício da jurisdição naquele já pressuposto, o Novo CPC desconsidera que, com o advento da Constituição brasileira de 1988, a cognição “*deixou de ser uma atividade exclusiva do juiz para ser também das partes*” (MADEIRA, 2008, p.165).²³

Revela a Lei nº 13.105/15, pelo contrário, ao conceituar a prova como atividade, como meio ou como resultado direcionados a impactar a consciência do julgador para convencê-lo a respeito da verdade dos fatos, que, além de não afastar uma reprovável polissemia relativa ao vocábulo prova, não recepciona uma teorização desse instituto que possa ser adjetivada como compatível com o marco teórico do Estado Democrático de Direito.

21 No Novo CPC, não por acaso, há uma proliferação das penalidades corretivas a serem aplicadas às partes e aos terceiros pela prática de atos solitariamente apurados pelo juiz como passíveis de punição. Exemplos disso são as inúmeras multas aplicadas pela prática de atentatórios à dignidade da justiça e por litigância de má-fé, inclusive no âmbito probatório, como se vê, por amostragem, dos artigos 139, IV, 142, 380, 536, § 3º, e 777.

22 Na obra *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, publicada originariamente em 1868, Oskar von Bülow já anunciava essa proposta, afirmando que o processo trata da função dos oficiais públicos. Por isso é que, embora passe pela existência de uma colaboração, tal se dá, unicamente, da vinculação das partes ao juiz. (BÜLOW, 1964, p.2). No Novo CPC brasileiro, pelo seu art. 6º, imagina-se uma nova espécie de colaboração (cooperação), embora, no mesmo Código, o juiz continue a ser juris-dicente exclusivo.

23 No mesmo sentido, confira as obras de Rosemiro Pereira Leal (2001, p.348-350), André Cordeiro Leal (2002, p. 102-108); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015, p. 188-192) e Vinicius Lott Thibau (2015, p.53-64).

4. CONCLUSÃO

A indemarkação conceitual de prova no Novo CPC é apenas um sintoma que a legislação procedimental civil brasileira de 1973 já apresentava. Embora pretenda ser novo, o Código de 2015 padece da ancianidade fundante do próprio direito processual, que é pensado, desde Oskar von Bülow, em favor de um paradigma de Estado Social radicalizado.

Mantendo intocadas as categorias das quais tem se servido a dogmática tradicional para construir um direito processual que se rotula científico, sem que, no entanto, os seus adeptos tematizem as bases de cientificidade de seu saber, o Novo CPC brasileiro, ao encampar a teoria do processo como relação jurídica, acolhe, simultânea e silenciosamente, um pano de fundo jurisdicionalista da decisão jurídica.

Não por acaso, portanto, a exposição de motivos do Novo CPC insiste na utilização do termo jurisdicionado, uma vez que a concepção de jurisdição, desde sempre pressuposta na teoria relacionista, reduz mesmo o cidadão à condição de mero destinatário de um serviço estatalizante, que se notabiliza pela dicção fático-normativa por uma autoridade soberana.

O que se extrai, daí, é que tematizar a prova, em suas raízes dogmáticas, implicaria interrogar os próprios fundamentos do direito processual que informa a legislação recém-promulgada, tornando insustentável o magistério no sentido de que a prova encontra-se sempre a serviço de um julgador magnânimo, que tem, em sua consciência, o *locus* especial em que devem reverberar a coleta e o exame de fatos afirmados ou negados no procedimento.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRASIL. Exposição de motivos do código de processo civil (Lei nº 13.105/15). In: OLIVEIRA JUNIOR, Arnaldo (org.). *Novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil* – comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 183-205.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.293-325, t. II.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. III.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução Enrico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1946.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. *A tensão entre o público e o privado* – ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p.97-112.

- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus* – Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.347-357.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição* – uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, João de Castro. *O conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil* – tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949, v. I.
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Tradução L. Prieto Castro y Victor Fairén Guillén. Barcelona: BOSCH, 1950.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THIBAU, Vinicius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 49-91.
- THIBAU, Vinicius Lott. Processo e mercado. In: SILVA, Michael César (org.). *Transformações do direito na contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015, p.239-245.
- THIBAU, Vinicius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosario: Editorial Librería Juris, 2010.

Recebido em: 15/01/2016

Aprovado em: 26/01/2016



Quem se prepara, não para.