

Como contribuição para uma psicanálise do conhecimento, Gaston Bachelard (2003, p. 18) afirma que “para o espírito científico, todo conhecimento é resposta a uma pergunta. Se não há pergunta, não pode haver conhecimento científico. Nada é evidente. Nada é gratuito. Tudo é construído.” Por sua vez, os estudos de Maturana e Varela (2001) constituíram-se em um marco no que se refere à reflexão sobre como se conhece o mundo, a partir das bases biológicas da compreensão humana. Para os autores, a vida é um processo de conhecimento, apesar de haver uma resistência em “conhecer o conhecer”:

Talvez uma das razões pelas quais tendemos a evitar tocar as bases do nosso conhecer, é que isso nos dá uma sensação vertiginosa, dada a circularidade resultante da utilização do instrumento de análise para analisar o próprio instrumento de análise: é como se pretendêssemos que um olho visse a si mesmo (MATURANA; VARELA, 2001, p. 30).

Sob a perspectiva da hermenêutica existencialista gadameriana, o conhecimento, por ser oriundo do processo circular de perguntas e respostas, apresenta-se umbilicalmente concatenado com as pré-compreensões individuais, a partir do horizonte histórico do sujeito cognoscente (GADAMER, 2006). Em outras palavras, o conhecimento não é absoluto, nem único, nem esgotável, já que várias são as apreensões possíveis de um mesmo objeto por sujeitos com horizontes hermenêuticos diversos. Outrossim, o conhecimento será sempre acumulativo, tendo em vista que a produção do conhecimento tem como base uma gnose preexistente, como ensina Warat (2004, p. 190):

El circuito que describe la producción de un objeto de conocimiento va, por tanto, desde un sistema complejo de pensamiento en dirección a la experiencia directa. Los actos de producción del conocimiento, de esta manera, implican el enfrentamiento dialéctico con la historia del pensamiento científico. Es posible avanzar con un conocimiento científico justamente porque ele considera el conocimiento acumulado. La lectura de lo real está siempre orientada por lo que de la realidad nos dicen o predicen las teorías que de ella se tienen en el momento. Este conocimiento acumulado se manifiesta siempre a través de una red compleja de insuficiencias y obstáculos metodológicos.

Considerando-se que a gnose jurídica pode se desenvolver nos termos de um saber científico, tem-se no fenômeno jurídico o objeto de cognição, de acordo com Agostinho Ramalho Marques Neto (2003, p. 35):

O objeto principal da ciência do Direito, isto é, o objeto real para cujo estudo se volta prioritariamente, é o fenômeno jurídico, que se gera e se transforma no interior do espaço-tempo social por diferenciação das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos,

econômicos, morais, artísticos, religiosos, etc. [...] um dos grandes obstáculos epistemológicos ao estudo científico do Direito é precisamente a preocupação, quer dos empiristas, quer dos idealistas, com a determinação do estatuto da ciência do Direito a partir do objeto: para os primeiros, as normas ou os fatos; e para os últimos, os valores e as ideias.

Portanto, a produção do conhecimento jurídico é afim à produção de conhecimento desenvolvida nas ciências em geral. Assim sendo, a pesquisa se apresenta como uma ferramenta metodologicamente adequada, apta a descrever e apreender o multifacetado fenômeno jurídico. De acordo com Aurélio Wander Bastos (1986, p. 24):

Pesquisar juridicamente significa identificar nos fenômenos sociais emergentes as vertentes suscetíveis de proteção legal e as formas e vias de se instrumentalizar a sua aplicação no contexto geral da ordem jurídica, bem como significa identificar na ordem jurídica consolidada e nos seus instrumentos de viabilização as fraturas, vazamentos e calcificações que impedem a sua intercomunicação com a sociedade.

Assim, compreender e analisar a produção e a construção do conhecimento jurídico por meio da apreciação da pesquisa, examinando os motivos, os tipos, os conteúdos da produção científica em geral, permite estabelecer uma linha histórica das principais ideias desse campo do saber num certo *locus* e tempo. Tal estudo pressupõe uma análise apurada, não só das atividades de fomento à pesquisa, mas também acerca do ensino jurídico, ao apreciar o modelo de ensino utilizado nas faculdades de direito em seus múltiplos aspectos, incluídas na tríade ensino, extensão e pesquisa, como explica Antônio Alberto Machado (2005, p. 16):

O entendimento acerca da maneira pela qual se processa e se transmite o conhecimento do Direito no Brasil, bem como a compreensão sobre o tipo de cultura que resulta dessa produção e produção do saber jurídico, supõe, necessariamente, uma análise do modelo de ensino praticado em nossas faculdades de direito, desde suas propostas pedagógicas, definidas por diretrizes curriculares do Ministério da Educação, até a forma pela qual esse ensino vem se reproduzindo no âmbito do sistema de ensino superior no País, como as suas universidades, centros universitários e as faculdades isoladas, tanto públicas quanto privadas.

Desde logo se afirma a imprescindibilidade da Universidade na tarefa de construção e transformação do conhecimento jurídico. Machado (2005, p. 73) afirma:

Com o advento da modernidade, as comunidades universitárias se firmaram como o *locus* da produção científica e conservaram até hoje essa ideia original de comunidade de mestres e alunos, investigando e ensinando as disciplinas

do conhecimento de forma autônoma, sempre numa perspectiva de altos estudos, ou de estudos realmente superiores.

Apesar da relevância dos demais espaços do saber, a Universidade ainda se constitui como o principal *locus* de produção e transmissão do conhecimento jurídico. Sendo fundamentalmente o ambiente de produção e propagação das ideias jurídicas, a análise permanente da produção científica nas instituições universitárias, veiculadas em artigos e outros textos específicos nas revistas institucionais, permite que se infiram as principais concepções jurídicas em certo tempo e espaço.

3 BREVE HISTÓRIA DA PESQUISA JURÍDICA INSTITUCIONAL NO CEARÁ

Segundo Schwartz (2003, p. 23), a montagem de uma rede de instituições de saber estável, no Brasil, é bastante recente. Partindo-se dessa afirmativa e deslocando a referência espacial para o estado do Ceará, tem-se um cenário mais recente ainda. Considerando a criação dos cursos jurídicos, no Brasil, em 11 de agosto de 1827, a primeira faculdade de Direito no Ceará só foi criada em 1903, incorporando-se à Universidade Federal do Ceará apenas em 1954. Durante 76 anos, portanto, os bacharéis em Direito que atuavam no Ceará formavam-se em Recife ou São Paulo:

De 1850 até a proclamação da República, o Ceará viu 233 de seus filhos graduarem-se em Direito na Faculdade nortista. [...] Na Escola de Direito de São Paulo, até 1900, haviam-se formado vinte cearenses apenas, segundo o exame que fiz a respeito (INSTITUTO DO CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, 1987, p. 11-12).

Dada a influência, na academia jurídica cearense, das Escolas de Direito de Recife e de São Paulo - duas instituições que contam com um grande volume de pesquisas sobre sua trajetória, produção e prestígio no cenário intelectual e político do Brasil - muitos foram os traços de formação intelectual desses dois centros educacionais incorporados pelos primeiros professores da Faculdade de Direito do Ceará.

Avante, em 1939, trinta e seis anos após sua criação, a Faculdade de Direito do Ceará publicou uma revista, denominada “Revista da Faculdade de Direito”, que veiculou, em 33 volumes, artigos de juristas e professores não somente desta Instituição, mas também de autores nacionais e internacionais. Em 1993, a publicação do período jurídico foi interrompida. Em 2013,

ocorreu o seu relançamento, objetivando manter-se como canal institucionalizado para propagação do trabalho de pesquisa e investigação da comunidade jurídica no estado e no país (BARROS, 2013, online).

Na década de 40, pois, a faculdade de Direito já se constituía como sede de discussões, preleções, teses e conclaves jurídicos e filosóficos (BARBOSA, 2000, p. 16). É relevante atentar que, mesmo antes da criação do primeiro curso de Direito no Ceará, já havia a veiculação e a divulgação de artigos científicos acerca de jurisprudência e doutrina, por exemplo, em revistas como “Ceará Judiciário” e “Gazeta Forense” (SILVA, 2003, p. 276).

No ano de 1976, dois outros cursos de Direito surgem no cenário cearense: um na Universidade de Fortaleza, sendo o primeiro curso jurídico de estabelecimento de ensino privado; e o outro curso na Faculdade de Direito do Crato (URCA). Já em 1977, cria-se e programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, com a instalação do curso de Mestrado, sendo o único programa de pós-graduação *stricto sensu* vinculado a uma Universidade pública nos estados do Ceará, Piauí e Maranhão (TORRES, 2010, online). O programa de pós-graduação publicou, em 1978, a primeira edição da Revista do Mestrado em Direito da UFC, a NOMOS, contribuindo efetivamente para o desenvolvimento da pesquisa no Ceará.

Somente na primeira década desse século são autorizados, pelo MEC, novos cursos de graduação em Direito, majoritariamente empreendimentos educacionais privados. Atualmente, o Ceará possui dezoito cursos de graduação em Direito devidamente credenciados e autorizados pelo Ministério da Educação (2013, online). Alguns cursos publicam periódicos científicos com certa regularidade e adequadamente indexados no ISSN - *International Standard Serial Number*¹.

De acordo com levantamento das revistas institucionais presentes no programa avaliativo Qualis, ainda são poucos os cursos de graduação e pós-graduação em Direito no Ceará que editam periódicos científicos indexados no ISSN. Assim, são periódicos indexados segundo o Qualis: Diálogo Jurídico (ISSN: 1677- 2601), da Faculdade Farias Brito; Nomos (ISSN: 1807-3840), da Universidade Federal do Ceará; Opinião Jurídica (ISSN: 1806-0420) do Centro Universitário Christus; O Público e o Privado (ISSN: 1519-5481), da Universidade Estadual do Ceará (UECE); Pensar (ISSN: 1519-

¹ Número Internacional Normalizado para Publicações Seriada, constituindo um identificador internacionalmente aceito com o fim de individualizar uma dada revista científica.

8464), da Universidade de Fortaleza; Revista da Faculdade de Direito - Revista dos Estudantes (ISSN: 1981-5387), da Universidade Federal do Ceará; Revista Jurídica da FA7 (ISSN: 1809-5836), da Faculdade 7 de Setembro; Revista Jurídica da FIC (ISSN: 0103-3506), do Centro Universitário Estácio de Sá.

A inclusão da obrigatoriedade de trabalho de conclusão de curso na graduação, ou seja, a apresentação de monografia, em atenção à Portaria Ministerial nº 1.866/94, além da necessidade de qualificação permanente do corpo docente, dada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ampliou o interesse, por parte dos profissionais do Direito, nas atividades de produção e desenvolvimento do conhecimento jurídico. Machado (2005, p. 23) acrescenta:

De modo que a nova ordem constitucional, com que os juristas passaram a lidar desde 1988, define novas finalidades, princípios e interpretações para o direito, exigindo também uma atuação jurídica inelutavelmente condicionada por esses novos fatores sócio-políticos, muito diferente daquela atuação exigida pela ordem anterior.

Em pesquisa avaliativa do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, os pesquisadores relatam:

Nos últimos anos, houve um inegável avanço quantitativo na produção científica na área do Direito. Com efeitos, os dados indicam que hoje temos mais programas, mais alunos e mais publicações. Esta vasta produção pode ser objeto de uma análise quantitativa, centrada em algum dos diferentes indicadores de produção construídos para a área: a quantidade e a regularidade das publicações efetuadas por membros dos corpos docente e discente em periódicos indexados pelo sistema Qualis, ou ainda, o tempo médio para a defesa das dissertações e teses, que, consoante os critérios da área jurídica, foram fixados em 30 e 48 meses para os padrões de excelência (AMORIM et al. 2011, p. 773).

Em comparação com um panorama anterior, conforme estudo realizado por Silva (2003) e tendo em vista uma distribuição das revistas científicas por região geográfica do Brasil, de acordo com a Bibliografia Brasileira de Direito (BBD) de 1998, observa-se que a região Nordeste apresentava, dentre as 109 revistas jurídicas relevantes para indexação no país, 11 títulos, que correspondiam a, aproximadamente, 11% do total. Numa outra perspectiva,

desta vez qualitativa, de acordo com o Qualis², não há nenhum veículo de divulgação da produção científica do Ceará com estrato A1 ou A2, ou seja, os conceitos de mais alta qualidade.

Tendo em vista a classificação do sistema Qualis³, observa-se que, entre as revistas científicas devidamente publicadas no Ceará, aquelas que apresentam a melhor classificação quanto ao critério qualidade são: a Revista NOMOS – Revista do Mestrado em Direito da UFC; a PENSAR, revista do curso de Direito da UNIFOR, e a Opinião Jurídica, veículo de divulgação acadêmica do Centro Universitário Christus, com estrato qualitativo de, respectivamente, B1, B1 e B4.

A Revista NOMOS, apesar de apresentar um estrato regular de qualidade, de acordo com o Qualis, não possui, desde sua criação, em 1978, uma regularidade nas suas edições. Apresenta uma área de concentração temática na ordem jurídica constitucional, consubstanciado em duas linhas de pesquisas principais: “a tutela jurídica dos direitos fundamentais” e “a implementação dos direitos fundamentais e as políticas públicas”.

A revista PENSAR, por sua vez, teve seu primeiro número lançado em 1992 e publicou edições em 1993, 1995, 1996. Suspendeu a periodicidade por 04 anos e retomou em 2000, ininterruptamente. Sua edição mais recente foi em 2013. Já a revista Opinião Jurídica, criada em 2003, tem publicação regular desde 2004 e encontra-se na 13ª edição e apresenta uma multiplicidade de artigos mesclando os vários ramos do Direito.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS: DESVELAMENTO DA PRODUÇÃO JURÍDICA NO CEARÁ

Após uma pequena narrativa da história da construção do pensamento jurídico no Ceará será feita a análise dos três periódicos escolhidos como amostragem não aleatória dessa pesquisa: a Revista Nomos, a Revista Pensar e a Revista Opinião Jurídica.

² Qualis é o procedimento para análise e estratificação da qualidade da produção acadêmica dos programas de pós-graduação, dado os canais e veículos de divulgação acadêmica institucionalizados. A estratificação da qualidade dá-se de forma indireta: o Qualis examina a qualidade dos artigos e outros tipos de produção científica, verificando a excelência dos periódicos científicos. As revistas serão enquadradas nos estratos: A1, A2, B1, B2, B3, B4, B5, C ; numa ordem decrescida de qualidade.

³ COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **WebQualis**. 2013. Disponível <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/>>. Acesso: 08 de abril de 2013.

A pesquisa inicia com um levantamento quantitativo de dados, traçando numericamente a quantidade de artigos publicados por edição de cada revista, de modo a permitir inferir se há ou não uma regularidade na produção científica e, por conseguinte, se existe um desenvolvimento ativo e pleno da pesquisa jurídica. Em seguida será feita a construção de um quadro referencial temático acerca do pensamento jurídico no Ceará, revelando, pois, quais temas têm sido problematizados e discutidos pela academia.

É conveniente, inicialmente, relatar as dificuldades para a realização do levantamento de dados, haja vista a dificuldade de encontrar todas as revistas necessárias para a catalogação, em razão da descontinuidade numérica dos periódicos. A Universidade Federal do Ceará não apresenta registros de nenhum exemplar dos volumes 19, 20 e 21 da Revista Nomos, o que compromete parcialmente o resultado da presente pesquisa⁴. Tornou-se necessária a mudança do referencial temporal anteriormente estipulado, ou seja, a partir de 1988, com a instauração da nova ordem constitucional, para o marco temporal inicial em 2003, ano da autorização e implementação da maioria dos cursos privados de graduação em Direito, concentrando-se a pesquisa nos últimos dez anos.

Após o levantamento, diante da exponencial multiplicidade temática, as publicações foram classificadas em 20 grupos temáticos diferentes, que correspondem, muitas vezes, aos principais ramos do Direito, consubstanciados nas disciplinas dos cursos de graduação jurídica. São os seguintes grupos: Análise crítica do Direito, do Judiciário, do Estado; Biodireito; Propedêutica; Direito Ambiental; Direito Administrativo; Direito Civil; Direito Constitucional; Direito do Consumidor; Direito do Trabalho; Direito Econômico; Direito Eleitoral; Direito Eletrônico; Direito Empresarial; Direitos Humanos e Direitos Fundamentais; Direito Internacional; Direito Penal; Direito Previdenciário; Direito Processual (Civil, Penal, Trabalho); Direito Tributário e Metodologia da Pesquisa e do Ensino. Além disso, tais subgrupos foram locados em quatro grandes grupos, para uma melhor sistematização.

Justifica-se a segmentação em tantos subgrupos pelo fato de que uma *summa divisio* em Direito Público e Privado não permitiria fidedignamente

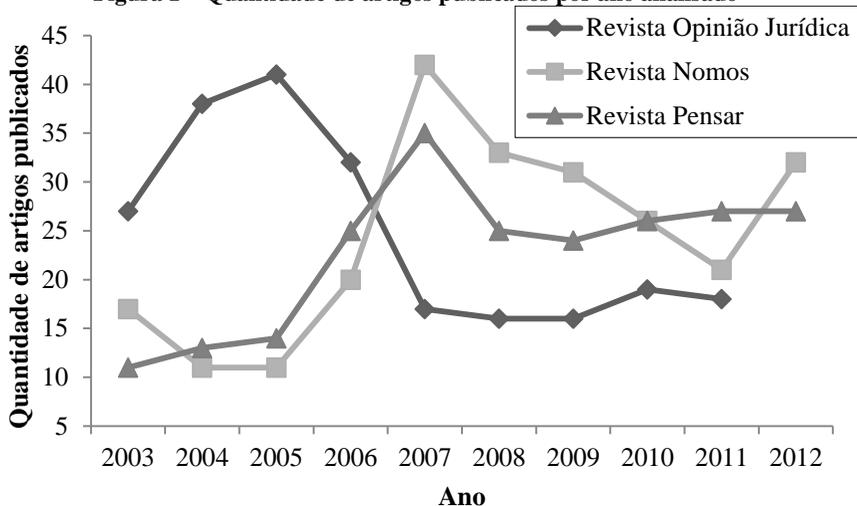
⁴ Tanto a pesquisadora XXXX como a professora Gretha Leite Maia empreenderam, em momentos distintos, uma busca pessoal na biblioteca da Faculdade de Direito, não obtendo êxito na identificação dos citados números. Tampouco na Secretaria do Programa de Pós-graduação souberam informar sobre a existência de tais exemplares.

mapear as informações procuradas, por exemplo. Primeiramente porque há uma diversidade de assuntos que poderiam ser classificados quer em Direito Público, quer em Direito Privado. Além disso, qualquer classificação semelhante generalizaria demais, o que não se coaduna com o objetivo do presente artigo que visa buscar eixos temáticos prevalentes.

Ademais, é necessário ressaltar a dificuldade de enquadrar os artigos em um grupo específico, em razão do caráter multidisciplinar das produções e a constitucionalização dos problemas jurídicos. A classificação assim teve como identificador temático o título do artigo, deduzindo-se daí a temática predominante. Outro óbice encontrado foi a redação do título do artigo: na maioria das vezes, os títulos contêm palavras com sentido velado ou genéricas demais, o que impede a identificação do objeto principal da pesquisa. Assim, optou-se por classificar os artigos mediante o seu objeto mais específico. Pode-se citar como exemplo o artigo “Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil”, veiculado na revista *Pensar*, volume 14, número 01, do ano 2009, que foi catalogado como produção de Direito Administrativo.

Superadas as questões relativas à complexidade da catalogação, sistematizou-se a população total da pesquisa: setecentos e cinco artigos, veiculados em dezesseis edições da *Revista Nomos*, treze edições da *Revista Opinião Jurídica* e dezessete edições da *Revista Pensar*. Observou-se, inicialmente, que a quantidade dos artigos publicados por ano não foi regular, ao contrário, consubstanciou-se em linha evolutiva com bastantes acréscimos e decréscimos, como se pode analisar na Figura 1.

Figura 1 – Quantidade de artigos publicados por ano analisado



Fonte: Dados coletados de acordo com a metodologia utilizada.

26

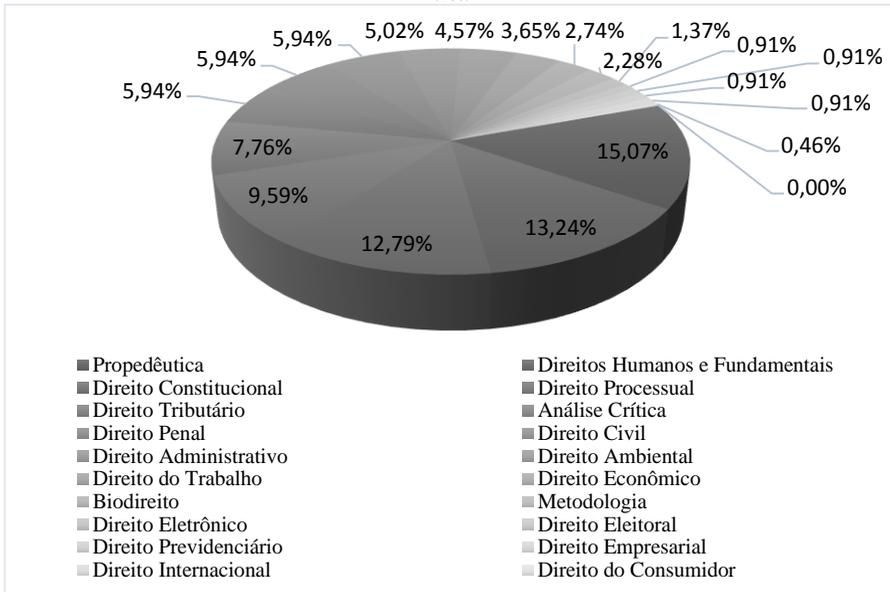
A prossecução da pesquisa jurídica não ocorre de maneira linear, apresentando, ao longo do período analisado, momentos virtuosos e outros de grande declínio. Nos anos de 2004 a 2007, observa-se um aumento significativo da quantidade de artigos veiculados, inferindo-se, pois, como o apogeu da produção científica no Ceará nos dez últimos anos.

Verificou-se, a par da periodicidade anual constante, uma oscilação numérica dos artigos por edição, com uma tendência de diminuição de artigos publicados nas últimas edições das revistas analisadas. Dando seguimento à análise dos dados, percebe-se que a academia cearense mantém uma produção científica voltada para o Direito Público, ou seja, para os grandes pilares do Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, assim como Direitos Humanos e Fundamentais, o que está consideravelmente relacionado com a proposta das IES que mantém os periódicos.

A partir do diagnóstico da figura 01, nota-se que 123 (cento e vinte e três) artigos do total tratam de Direito Constitucional, 36 (trinta e seis) de Direito Administrativo, 49 (quarenta e nove) de Direito Tributário, e 96 (noventa e seis) artigos de Direitos Humanos e Fundamentais, correspondendo a, praticamente, 43,1% da população temática total.

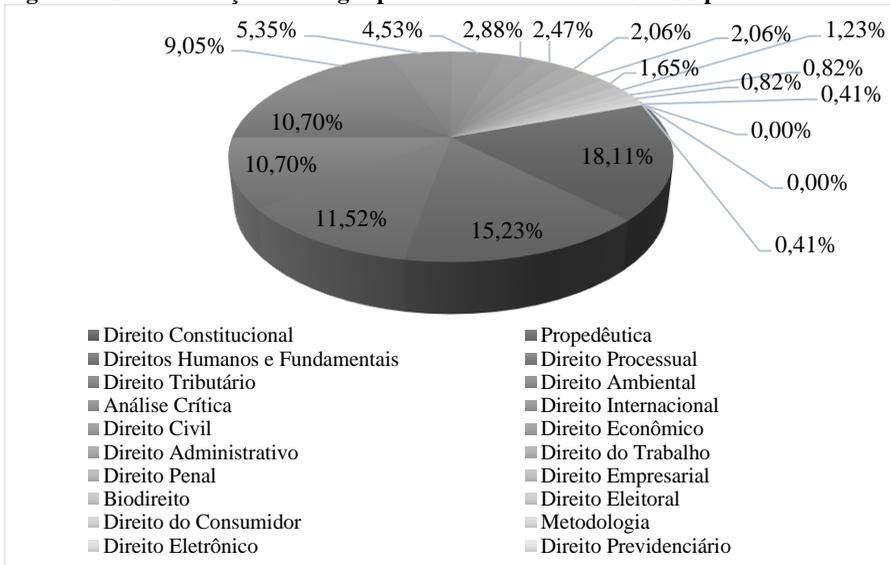
As figuras 02, 03 e 04 mostram a sistematização de artigos publicados na Revista Opinião Jurídica, NOMOS e Pensar, por temática:

Figura 2 - Sistematização de artigos publicados na Revista Opinião Jurídica por temática



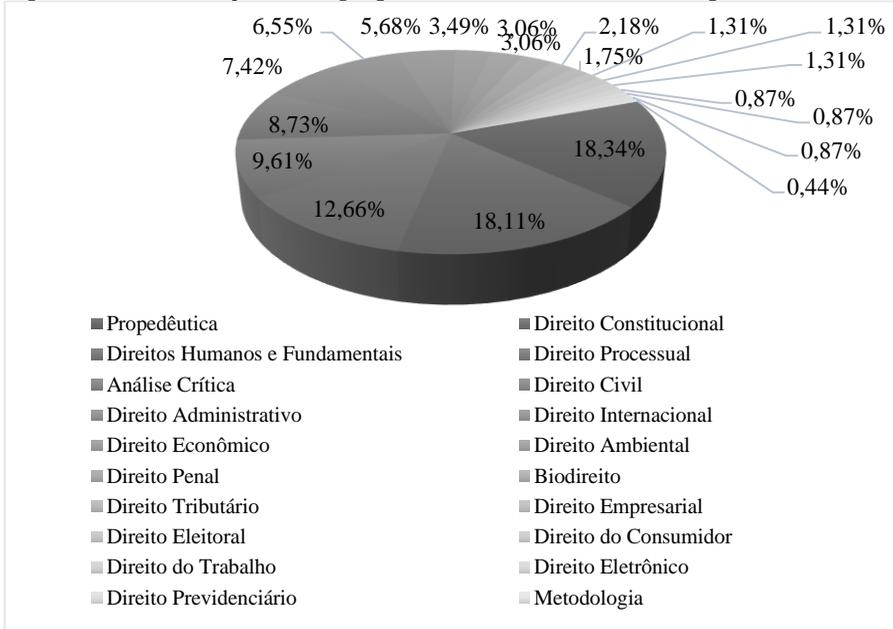
Fonte: Dados coletados de acordo com a metodologia utilizada.

Figura 3 - Sistematização de artigos publicados na Revista NOMOS por temática



Fonte: Dados coletados de acordo com a metodologia utilizada.

Figura 4 - Sistematização de artigos publicados na Revista PENSAR por temática



Fonte: Dados coletados de acordo com a metodologia utilizada.

Da análise das figuras e dos dados coletados, percebe-se que um aspecto bastante relevante é a escassez de artigos sobre Direito do Consumidor. Apenas quatro artigos, dada a população total de setecentos e cinco, tratam da relação consumerista, sendo escassas também publicações sobre Direito Eleitoral, Direito do Idoso, da comunidade LGTB e de Direito Previdenciário, bem como ligados ao Direito Privado, como civil e empresarial. Noutra perspectiva interessante, há um aumento considerável de artigos abordando o Direito Ambiental. A Revista Nomos, dos volumes 29.2 a 32.2 (entre 2009 e 2011), possui 19 artigos sobre tal temática, o que corresponde a uma média, aproximadamente, de três artigos por edição.

Por um lado, a academia cearense pesquisa consideravelmente as matérias ditas propedêuticas, ou seja, as revistas veiculam muitos artigos que abordam Teoria Geral do Estado e do Direito, Filosofia e Sociologia, por exemplo. Por outro lado, percebe-se a ausência de pesquisas que discutem a análise crítica do Direito e do Ensino Jurídico, bem como são raras as análises econômicas do Direito. Poucos foram os artigos encontrados com uma metodologia de introspecção. Em outras palavras, tem-se um número insignificante de artigos objetivando fazer uma investigação do ensino jurídico

realizado nas instituições, bem como uma investigação sobre seus desenvolvimentos e sobre os desdobramentos da atividade de pesquisa. Apenas na Revista Pensar, em antítese a tal afirmação, foram encontradas algumas produções com essa perspectiva avaliativa, como a pesquisa citada sobre avaliação do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, publicada no Volume 16, número 2.

Percebeu-se, nos últimos três anos, o aumento do número de artigos sobre Direito Ambiental, Biodireito e Direito Eletrônico, a par da criação de novos dispositivos legais nas respectivas áreas. Um fator relevante é que a produção acadêmica muitas vezes tem como objeto as manifestações legislativas do Direito. Em outras palavras, é recorrente o desenvolvimento de artigos relacionados com a prática forense dos profissionais do Direito (como o uso de pareceres e petições transfiguradas em artigos científicos). Há, assim, uma produção acadêmica significativa acerca das inovações legais. É válido mencionar que na última edição da Revista Pensar, datada de 2013, há dois artigos que aportam sobre o Projeto do Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional. Nessa esteira, questiona-se: a produção acadêmica antecede as alterações legislativas ou é posterior à promulgação dos dispositivos normativos⁵?

A repetição de algumas temáticas também é visível. O problema da divisão em gerações ou dimensões dos direitos humanos e fundamentais, por exemplo, foi objeto de três artigos catalogados. Isto configura uma prática denominada manualismo, ou seja, desenvolvimento de trabalhos sem que haja uma inovação científica, constituindo-se em meros aprofundamentos de temáticas já abordadas em outras pesquisas.

Destarte, com base nos dados desvelados, resta por fim questionar a associação do atual panorama da pesquisa jurídica no Ceará e, por conseguinte, da produção do pensamento jurídico na academia cearense, com a crise que o Direito e a pesquisa atravessam⁶. O questionamento acirra-se no embate entre quantidade e qualidade de pesquisa, pois apesar do incremento numérico, a produção é irregular no decorrer dos anos, numa repetição de temáti-

⁵ O desenvolvimento de tal questionamento perpassa os objetivos da presente pesquisa, de modo que deve constituir, de forma autônoma, uma investigação específica.

⁶ Para uma análise mais apurada, seria essencial a comparação do atual panorama da produção cearense com a dos demais entes federativos do Brasil.

cas abordadas, o que gera uma desigual produção quanto aos objetos de pesquisa privilegiados. Neste sentido, encerra-se o presente estudo numa sugestão de reflexão a partir da opinião de João Maurício Adeodato (1999, p. 220):

A pesquisa jurídica é das mais atrasadas do país e os investimentos governamentais na área são irrisórios, nada obstante ser direito um dos cursos superiores mais importantes e procurados pelos egressos do segundo grau no país. Este fenômeno deve-se a diversos fatores, tais como a profissionalização (e mesmo proletarização) da profissão, mercantilismo nos cursos jurídicos privados, omissão do Estado e da sociedade, sem falar nas duradouras consequências do esvaziamento qualitativo do corpo docente jurídico levado a efeito pelo governo militar que se estendeu desde 1964 [...]. Além da ignorância sobre como pesquisar e como apresentar os resultados de suas pesquisas, os juristas estão em geral tão envolvidos com problemas práticos do dia-a-dia que não têm tempo para estudos mais aprofundados. A pesquisa toma tempo, exige grande dedicação e as recompensas imediatas são parcas, ainda que seu resultado, o saber, seja extremamente útil no tratamento de problemas práticos do dia-a-dia.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se depreender a imprescindibilidade de pesquisas introspectivas acerca do processo de construção do conhecimento científico e jurídico. Tendo como dimensão espaço-temporal o Ceará e os últimos dez anos, respectivamente, percebe-se que a contemporânea conjuntura da pesquisa jurídica está ligada a um contexto de crise do Direito e da própria pesquisa, embora apresente variáveis quantitativas positivas.

A instalação de dois cursos de Doutorado e a imposição de duas publicações anuais obrigatórias para mestrandos e doutorandos deve manter uma tendência de crescimento de produção. Por outro lado, a existência de um sistema de avaliação deve contribuir para diminuir o déficit qualitativo das pesquisas, no sentido de fomentar na pesquisa jurídica um maior rigor metodológico e a busca por instrumentos de pesquisa mais sofisticados, para além do método bibliográfico. Estima-se a busca por pesquisa de campo, que introduza na pesquisa jurídica métodos já sedimentados nas pesquisas sociais. Ademais, ressalta essa pesquisa a necessidade de aprimoramento das técnicas redacionais específicas de artigos científicos, assim como uma maior atenção aos elementos pré-textuais, como o título do trabalho e o texto do

resumo, ambos importantes para indexação e identificação dos objetivos, métodos e resultados da pesquisa empreendida.

Conclui-se, ademais, que o menor número de artigos publicados nas últimas edições das revistas analisadas tem por motivo principal as regras mais específicas para aceitação e publicação de trabalho, com exigência de recomendação de publicação por pareceristas exógenos à instituição mantenedora e pelo sistema de avaliação cega.

Em síntese é fundamental associar os diagnósticos obtidos com a sistematização dos dados ao cenário do ensino jurídico e da pesquisa em Direito como um todo. No Ceará, pode-se afirmar a necessidade de uma inovação do ambiente teórico e institucional que fomente a experimentação e investigação na seara jurídica desvinculadas de métodos formalistas, sendo capaz, assim, de promover uma dinâmica eficaz para a transformação da pesquisa e, por conseguinte, alcançando a produção de novas ideias jurídicas e novos formatos de pesquisa.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife, v. 8, 1997.

AMORIN, Rosendo Freitas; FARIAS, Cyntia Mirella da Costa; RODRIGUES, Francisco José; LEAL, Leonardo José Peixoto. A avaliação dos 10 anos do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. **Pensar**, Fortaleza, v.16, n. 2, jul./dez. 2011.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. 4º reimpressão, outubro de 2003.

BARBOSA, Francisco Valfrido. **Breves Registros para uma História Recente da Filosofia do Direito no Ceará**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.

BARROS, Rafael. Revista da Faculdade de Direito é relançada. Universidade Federal do Ceará. 8 abril. 2013. Disponível em <http://www.direito.ufc.br/index.php?option=com_content&task=view&id=272&Itemid=1>. Acesso em 08 de abril de 2013.

BASTOS, Aurélio Wander. **Pesquisa jurídica no Brasil**: diagnóstico e perspectivas. Brasília, 1986 (Relatório apresentado ao CNPq).

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **WebQualis**. 2013, disponível <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/>>. Acesso: 08 de abril de 2013.

GADAMER, H.G. **O problema da consciência histórica**. In Fruchon, Pierre (org.). Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

INSTITUTO DO CEARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. História Judiciária do Ceará – Tomo II. Ceará, 1987, p. 11/12.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: UNESP-FHDSS, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, apud Silva, José Antônio Parente. A Ciência do Direito: Uma Visão Epistemológica. In: Vasconcelos, Arnaldo (Coord.). **Temas de Epistemologia Jurídica**. Fortaleza, 2003.

MATURANA, Humberto. VARELLA, Francisco J. **A árvore do conhecimento – bases biológicas do conhecimento humano**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MOTA, Carlos Guilherme. **História e contra-história – perfis e contrapontos**. São Paulo: Globo, 2010.

MULLER, Ingo. **Hitler's Justice – The Courts of the Third Reich**. I.B. Tauris&co Ltd Publishers, London, 1991.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das raças – cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo, Companhia das Letras: 2003.

SILVA, Luiz Antônio Gonçalves. Difusão da doutrina jurídica: as revistas brasileiras de Direito. **Revista de Direito UPIS**, Brasília, DF, v. 01, n.01, jan.2003.

TOMASELLO, Michael. **The cultural origins of human cognition**. Harvard University Press, 1999.

TORRES, Rômulo. O Curso. **Universidade Federal do Ceará**, disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/index.php?option>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Orides Mezzaroba, Arno Dal RI Júnior, Aires José Rover; Cláudia Servilha Monteiro (Coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A RELAÇÃO ENTRE A DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES DE UMA MESMA EMPRESA E O COMETIMENTO DE CRIMES

Elyseu Santos Montarroyos*

RESUMO: O desemprego vem aumentando com a crise econômica e, com isso, muitos sujeitos entram para o mercado informal ou até para a prática criminosa. O presente trabalho teve o objetivo de analisar a relação entre a despedida coletiva de trabalhadores de uma mesma empresa e o cometimento de crimes por esses desempregados. Para tanto, discorreu-se sobre os institutos de direito penal e trabalhista, mencionando os conceitos de dispensa individual e coletiva, a sua possibilidade ou não segundo o ordenamento jurídico nacional e internacional e os seus reflexos na segurança pública. O estudo poderá trazer argumentos e entendimentos a respeito do tema, servindo também de fonte de pesquisa e contribuição ao meio da segurança pública. Com a finalidade de desenvolver o trabalho, foi adotado o método dedutivo, pois se partiu de uma análise do problema de forma geral para se chegar a conclusões formais. Utilizou-se de uma pesquisa explicativa e, quanto aos meios, uma pesquisa bibliográfica. Já quanto à forma, tratou-se de uma pesquisa qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade; Desemprego; Dispensa Coletiva.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COLLECTIVE DISMISSAL OF WORKERS FROM THE SAME COMPANY AND THE COMMITTED CRIMES

ABSTRACT: The unemployment is increasing with the economic crisis and, with it, many people enter the informal market or even the criminal practice. The present study aimed to analyze the relationship between collective dismissal of workers from the same company and the committed by those unemployed. Therefore, talked about the criminal law and labour institutes, mentioning the concepts of individual and collective layoff, its accordance with the national and international legal order and its reflections on public safety. The study may bring arguments and understandings on the subject, also serving of source of research and contribution to the public safety. We adopted the deductive method, because it departed from an analysis of the problem in a general way for reaching formal conclusions. Used WAS explanatory research and, as for the media, a bibliographical research. Already on the way, this was a qualitative research.

KEYWORDS: Criminality; Unemployment; Collective dismissal.

1 INTRODUÇÃO

Com a crise econômica presente em diversos países, as empresas costumam despedir grande número de trabalhadores como forma de economizarem nos gastos com pessoal. Uma empresa em situação econômica difícil dispensa vários trabalhadores ao mesmo tempo, porém, não verificam qual

* Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA – e especialista em Direitos do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail: elyseumontarroyos@hotmail.com.

impacto isso acarretará. Os desempregados ficam sem condições de se inserirem no mercado de trabalho devido à falta de planejamento anterior à dispensa coletiva, uma vez que, se a dispensa for individual, é mais fácil a colocação do trabalhador no mercado. Ficam como alternativas o trabalho informal e o crime.

Diante do crescimento dos índices de criminalidade, questiona-se, no contexto atual, a respeito de uma eventual relação entre o trabalho e o crime. Assim, indaga-se se existe alguma relação entre o cometimento de crimes e o desemprego ocasionado pela dispensa coletiva de trabalhadores da mesma empresa?

Com a finalidade de desenvolver o trabalho, será adotado o método dedutivo, pois se partirá de uma análise do problema de forma geral, partindo-se de argumentos que são considerados verdadeiros e inquestionáveis, para se chegar a conclusões formais. Assim, seguirá de um conceito geral para conclusões particulares.

O método, quanto ao fim, será o de uma pesquisa explicativa, pois se pretende analisar e explicar se há relação entre a dispensa coletiva e o cometimento de crimes. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, com a utilização de textos doutrinários, e qualitativa quanto à forma.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a relação entre a despedida coletiva de trabalhadores de uma mesma empresa e o cometimento de crimes por esses desempregados. Como desenvolvimento do trabalho, explicar-se-ão os institutos de direito penal e trabalhista, mencionando os conceitos de dispensa individual e coletiva, a sua possibilidade ou não segundo o ordenamento jurídico nacional e internacional e os seus reflexos na segurança pública. Além disso, buscar-se-á identificar as teorias aplicadas e pensamentos de doutrinadores para justificar a interdisciplinaridade dos estudos.

O estudo poderá trazer argumentos e entendimentos a respeito da possibilidade ou não de haver uma relação entre a dispensa coletiva de trabalhadores e o cometimento de crimes por esses desempregados, objetivando um melhor esclarecimento a respeito do assunto aos que se interessam e servirá de fonte de pesquisa para um posterior posicionamento por parte dos estudiosos.

Desse modo, o tema escolhido trará ao meio da segurança pública importante contribuição, na medida em que propõe uma reflexão sobre a ques-

tão da criminalidade e sua relação com as variantes sociais, mais especificamente à dispensa coletiva de trabalhadores, podendo refletir nos campos sociais e econômicos. Há uma influência no campo da Segurança Pública, uma vez que há poucos estudos a respeito do assunto problematizado.

O trabalho científico será composto de quatro tópicos, sendo que o primeiro fará referência ao contexto histórico, no qual serão mencionadas a evolução da atividade laboral e a transição demográfica e econômica. O segundo capítulo fará referência à relação entre trabalho, demografia e criminalidade. Já o terceiro, explanará sobre a dispensa coletiva de trabalhadores, explicando o papel da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção 158 deste órgão e as formas de evitar a dispensa coletiva dos trabalhadores. E o quarto mencionará os reflexos do desemprego na sociedade e as teorias adotadas na eventual relação entre este e a ocorrência de crimes.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Analisando a etimologia da palavra Trabalho, verifica-se que o termo vem do Latim *tripalium* (ou *trepalium*), um instrumento utilizado pelos romanos para tortura. Como relata Martins¹, “era uma espécie de tripé formado por três estacas cravadas no chão, onde eram supliciados os escravos”. Assim, derivou-se o verbo *tripaliare* (ou *trepaliare*), que significava, inicialmente, torturar alguém no tripalium.

O trabalho é uma necessidade natural e eterna da raça humana, sem a qual o homem não pode existir. Inicialmente, o trabalho foi considerado na Bíblia como castigo a Adão, que teve de trabalhar para comer, em razão de ter ingerido o fruto proibido. Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo, pois envolvia apenas a utilização da força física. O homem que era realmente digno, não trabalhava, pois devia participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Em outras épocas, exercia o com o intuito de modificar o espaço em que vivia, utilizando, para isto, o emprego da força física. Outras vezes utilizava-o simplesmente para sobreviver².

Nos primórdios da humanidade, o ato de trabalhar não tinha o significado que se encontra atualmente. O trabalho está presente na vida de todos, inserindo o indivíduo no meio social, melhorando sua saúde e dignificando

¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

² *Ibid.*, p. 3-4.

a sua vida. Através dele que o sujeito adquire o alimento que vai sustentar sua família.

Para se entender os fundamentos de uma política pública ou o tipo de medidas aplicadas ao sujeito, urge-se compreender o estágio de desenvolvimento econômico de determinada sociedade. Isso porque a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, o trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, e as fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma econômica monetária. De outro lado, o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que muitas daquelas medidas implementadas fiquem inaplicáveis, surgindo outras formas de lidar com os anseios econômicos, políticos, criminais e sociais da comunidade.

2.1 Evolução da atividade laboral

A humanidade passou por vários momentos diferenciados de relações de trabalho. Na comunidade primitiva a relação laboral era exercida de uma maneira, passando pela escravidão, feudalismo e capitalismo, sendo que existiu uma experiência de um regime comunista cuja primeira etapa é o socialismo, mas que não será aprofundada em virtude do objetivo do trabalho.

Relatando a respeito do surgimento dos primeiros indícios da sociedade, Martins³ afirma que “o regime da comunidade primitiva é, historicamente, a primeira forma que a sociedade adota logo que o homem separa-se do mundo propriamente animal, quando num longo processo evolutivo adquiriu as qualidades que o diferenciam dos outros seres vivos”.

Nesse período, o humano contava apenas com seus músculos e elementos de trabalho rudimentares, como pau, machado de pedra, faca de pederneira, arco e flecha. A alimentação era produto da caça, a colheita de frutos silvestres e, posteriormente, com a agricultura, sendo que o trabalho em comum podia garantir a obtenção dos recursos necessários para a sobrevivência e trazia também a propriedade comunitária dos meios de produção, que era a base das relações de produção na época. Assim, todos os integrantes da comunidade estavam em condições iguais com relação aos meios de produção e ninguém podia assumir a propriedade privada deles.

No decorrer do tempo, os homens aprenderam a arte de fundir os metais, melhorando a qualidade das ramas e ferramentas agrícolas, domesticam o

³ Ibid., p. 4-5.

cavalo e aumentam o rendimento das plantações, provocando importantes mudanças sociais. Começou o intercambio de produtos derivados do trabalho, primeiro entre as tribos e depois no centro da própria comunidade. A tribo descompõe-se em famílias que se convertem em unidades econômicas separadas, concentrando-se nelas o trabalho, diferente do trabalho comunitário e dando início a propriedade particular.

Consequentemente à melhoria dos instrumentos e modos de produção, o homem preparou o passo para a escravidão. Sobretudo porque, o escravo era considerado uma coisa, um bem de seu senhor, ou seja, era propriedade de seu senhor e realizava as tarefas coercitivamente.

Continuando, Martins⁴ afirma que, durante o regime escravista, há melhorias nas ferramentas de trabalho, maior uso dos animais, maior conhecimento técnico e aumento do número de escravos, permitindo a construção de obras maiores, como canais, represas, caminhos, navios, prédios. E as pessoas da sociedade livre que já não precisavam desenvolver trabalhos físicos ficam com tempo para se dedicar às artes e às ciências.

Com o desenvolvimento, inicia-se outra fase, feudalismo. A palavra feudal provém do latim “feodum” que identifica as terras que o rei distribuía entre os seus senhores em troca de apoio militar. Os servos eram semilivres. Apesar de estarem obrigados a viver na propriedade, trabalhando na terra do senhor, recebiam um pequeno terreno que era trabalhado pela sua conta. O feudo emprestava aos servos os moinhos, ferramentas, depósitos, currais, de forma bastante onerosa, mas que o servo tinha que aceitar, pois não dispunha desses elementos necessários ao seu trabalho, vinculando-o ainda mais à terra.

Devido às insatisfações dos servos, travaram-se lutas mais acirradas que o conhecido na escravidão. Os camponeses foram lutando com força cada vez maior contra a opressão feudal para obter o direito de dispor livremente do produto de seu trabalho. Nos dizeres de Delgado⁵:

De fato, apenas a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna verificaram-se processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho. Esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário desses meios.

⁴ Ibid., p. 4-7.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 86-87.

Posteriormente, surgem as corporações de ofício. Mais parecida com as relações de trabalho atuais, continham, segundo Martins⁶, três personagens principais, os mestres que eram os donos das oficinas, os companheiros que eram empregados que trabalhavam para os mestres em troca de salários e os aprendizes que eram trabalhadores iniciantes, geralmente menores, treinados pelos mestres no ensino da profissão. Na realidade, deve-se esclarecer que a classe relativa aos companheiros somente surge no século XIV.

Rusche e Kirchheimer⁷ mencionam que, a partir de meados do século XVI, o crescimento demográfico não acompanhou no mesmo nível as possibilidades de emprego, devido a guerras, doenças e outros distúrbios internos. No século anterior, havia um crescimento demográfico acentuado, aumentando a quantidade de trabalhadores. Mesmo com a oferta de muitos empregos, uma vez que os mercados cresciam e a demanda acompanhava, necessitando de mais investimentos de capital, o desemprego começava a aparecer constantemente. O início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção. A falta de constância no fornecimento de mão-de-obra e a baixa produtividade do trabalho significaram uma grande mudança e os trabalhadores tinham o poder de exigir melhorias radicais em suas condições de trabalho e pedir altos salários. Os Proprietários capitalistas tiveram que apelar ao Estado, através do trabalho forçado, como forma de regulação do preço do trabalho no mercado livre e a produtividade do capital.

O Estado tabelou salários máximos para conter a alta dos preços da mão-de-obra, resultante da livre competição no mercado de trabalho. A política salarial era orientada pelo princípio de que um país não poderia tornar-se rico se não dispusesse de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos forçados a trabalhar para sair da pobreza. Esse ponto de vista foi reforçado pela teoria econômica da época e todas as propostas de reforma eram baseadas na idéia de que a população só pode ser obrigada a trabalhar quando os salários estão baixos (...).⁸

O objetivo nesse momento era suprir a carência de mão-de-obra, fazendo, conseqüentemente, com que os salários baixassem. Para tanto, o Estado começou a fazer recrutamento forçado de trabalhadores, colocando-os

⁶ MARTINS, op. cit., p. 4.

⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Trad., rev. técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 44-47.

⁸ Ibid., p. 55.

à disposição dos capitalistas. Muitos trabalhadores não aceitaram essa nova teoria voluntariamente, nem a disciplina severa imposta pelos catecismos foi suficiente para resolver os problemas sociais. A partir desses acontecimentos nascem as casas de correção, onde os mais resistentes eram forçados a forjar seu cotidiano de acordo com as necessidades da indústria⁹.

Os primeiros estabelecimentos penais organizados surgiram nas mais diversas localidades da Europa, como as *houses of correction ou bridwells e workhouse*, situados na Inglaterra, que tinham por finalidade a reforma do delinquente, mediante o emprego de trabalho e disciplina, com aproveitamento de mão-de-obra dos presos. Rusche e Kirchheimer¹⁰ mencionam que:

A primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi, provavelmente, a Bridewell, em Londres (1555). O já mencionado ato de 1576 previa o estabelecimento de instituições similares em todo o país. Foi, portanto, a Inglaterra que abriu o caminho, mas por várias razões o desenvolvimento máximo dessa iniciativa foi atingido na Holanda. Em fins do século XVI, a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa, porém não dispunha da reserva da força de trabalho que existia na Inglaterra depois do fechamento dos campos. Já nos referimos aos salários altos e às condições de trabalho favoráveis que prevaleciam na Holanda, com uma jornada de trabalho pequena. Inovações destinadas a reduzir o custo da produção eram naturalmente bem-vindas. Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas para absorvê-la às atividades econômicas, mas, sobretudo, para “ressocializá-la” de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente.

Melossi e Pavarini¹¹, contribuindo na história do surgimento das casas de correção, lembram que:

(...) Um estatuto de 1530 obriga o registro dos vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aqueles que estavam incapacitados para o trabalho (*impotent*), a quem era autorizado mendigar, e os demais, que não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de serem açoitados até sangrar. O açoite, o desterro e a execução capital foram os principais instrumentos da política social inglesa até a metade do século, quando os tempos se mostraram maduros, evidentemente, para uma experiência que se revelaria exemplar. Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com as proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de

⁹ Ibid, p. 57-69.

¹⁰ Ibid, p. 67-68.

¹¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed., v. 11. Instituto Carioca de Criminologia (Pensamento Criminológico). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 36.

delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto-sustento através do trabalho, a sua principal meta. O trabalho que ali se fazia era, em grande parte, no ramo têxtil, como o exigia a época. A experiência deve ter sido coarada de sucesso, pois, em pouco tempo, *houses of correction*, chamadas indistintamente de *bridewells*, surgiram em diversas partes da Inglaterra.

As casas de correção foram estendidas a todo o país, devendo oferecer trabalho aos desempregados ou obrigar aqueles que não quisessem trabalhar. A recusa ao trabalho era considerada um ato criminoso, podendo ir para a prisão comum, por ordem de um juiz, os ociosos capazes de trabalhar. Essas instituições atendiam a vários segmentos da sociedade, como mendigos apertos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões. Em um primeiro momento, somente os que haviam cometido pequenos delitos eram admitidos, mas foi estendido aos flagelados, marginalizados e sentenciados com penas longas.

É igualmente certo que as casas de correção eram extremamente valiosas para a economia nacional como um todo. Seus baixos salários e o treinamento de trabalhadores não qualificados eram fatores importantes no crescimento da produção capitalista. Escritores contemporâneos e historiadores econômicos concordam neste ponto (...).¹²

Em contemplação aos resultados dessas casas de trabalho, Melossi e Pavarini¹³, criticando o estímulo parcial das habilidades do sujeito, argumentam que:

Assegurar a *supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas* para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista é a função confiada pelos bons burgueses calvinistas do século XVII à casa de trabalho. Essa função será mais tarde atribuída à instituição carcerária. O lugar onde o empobrecimento conjunto do indivíduo tem lugar é a manufatura e a fábrica, mas a preparação, o adestramento, é garantido por uma estreita rede de instituições *subalternas* à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde o quartel, o manicômio. Elas garantirão a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. Frente a isso, se erguerá a resistência, inicialmente espontânea, inconsciente, *criminoso*, e depois cada vez mais organizada, consciente, *política*, que o proletariado saberá opor, na fábrica e no interior de todas as diversas instituições mencionadas.

¹² RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit., p. 80.

¹³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, op. cit., p. 47-48.

Nessas instituições não há um lugar efetivamente de produção, mas sim um lugar onde se aprende a disciplina da produção, preparando o indivíduo para a obediência fora da casa. Além disso, há a prevenção geral, uma vez que contém função intimidadora para com o operário livre, sendo melhor aceitar as condições do trabalho fora das instituições de correção que acabar nelas ou no cárcere.

Com a evolução da sociedade e o crescimento do comércio que se expandia além mar, ao lado de pequenas unidades artesanais começam a aparecer grandes empresas empregando trabalhadores não submetidos à servidão. Surge um novo sistema de produção, o capitalista. A burguesia, classe portadora do novo sistema de produção, precisava de um mercado de trabalho livre, mas para tanto, teria que acabar com o sistema feudal. Com ajuda das classes menos favorecidas, começam as revoluções burguesas, sendo a mais importante delas, a Revolução Francesa de 1789, que trouxe em seu bojo a tríade “liberdade, igualdade e fraternidade.”

Nos séculos XVII e XVIII, um dos problemas mais graves enfrentados pelo capitalismo foi a escassez de mão-de-obra, com o conseqüente aumento do nível de salários¹⁴. O objetivo nesse período era colocar os pobres para trabalhar e foram feitas muitas tentativas nessa direção.

A partir da segunda metade do século XVIII, há uma excepcional aceleração do desenvolvimento econômico, com o fenômeno da Revolução industrial, rompendo com todos os tradicionais equilíbrios sociais precedentes. Observa-se o crescimento demográfico, a introdução de máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito. Com a penetração do capital no campo e a expulsão da classe camponesa, o mercado de trabalho recebe uma grande oferta de mão-de-obra. Com isso, aumentam-se consideravelmente o urbanismo, o pauperismo e a criminalidade.

O capitalismo desenvolve-se, mas traz também mazelas aos trabalhadores. A nova realidade mostra uma acumulação de riquezas em um extremo e muita miséria no outro. Em 1880, “o trabalho era considerado mercadoria. Como havia muita oferta de trabalhadores e pouca procura, o empregado aceitava as condições impostas pelo patrão, recebendo salários ínfimos e trabalhando 15 horas por dia, sem descanso ou férias.”¹⁵

¹⁴ Ibid., p. 61.

¹⁵ MARTINS, op. cit., p. 7.

Estas duas novas classes são econômica e socialmente desiguais e, desde o início, estão se enfrentando em lutas periódicas, pois a classe capitalista, com seu poder econômico, têm se apoderado do trabalho humano, explorando-o.

2.2 Transição demográfica e econômica

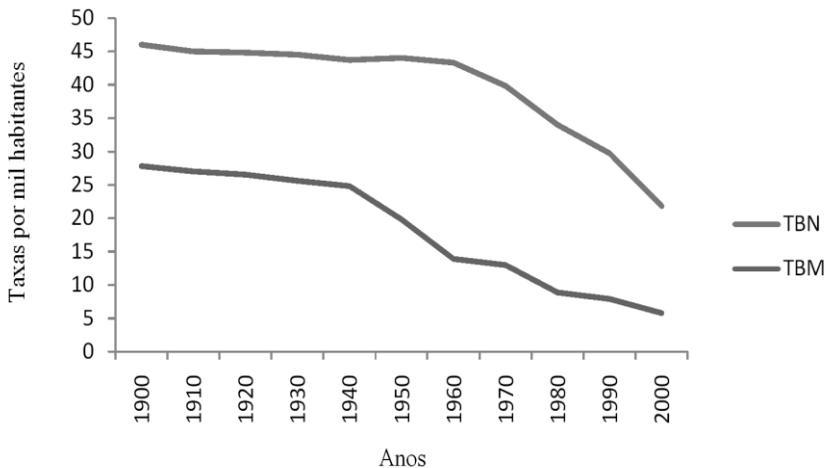
Os séculos XIX e XX são considerados de transição econômica e demográfica, pois existiu uma mudança de uma sociedade agrária e rural com altas taxas de mortalidade e fecundidade para uma sociedade de cunho urbano e industrial com redução das taxas vitais. Além da importância acadêmica, o estudo entre população e desenvolvimento tem importância prática, com consequências sociais, políticas e ideológicas.

Montarroyos e Bertazzo¹⁶, em um estudo sobre os óbitos ocorridos nas cidades de Manaus, Porto Velho e Rio Branco, mostram as taxas brutas de natalidade (TBN) e mortalidade (TBM) para o Brasil entre 1900 e 1998. No gráfico abaixo, observa-se que houve um declínio acentuado em ambas as taxas no século XX. Em 1900 a TBN era de 46 por mil, isto é, nasciam 46 crianças para cada mil habitantes. Já a TBM, para esse ano, era de 27,8 por mil, isto é, morriam 27,8 pessoas para cada mil habitantes. Em 1998, as taxas de natalidade e mortalidade tinham caído, respectivamente, para 21,8 e 5,8.

42

¹⁶ MONTARROYOS, Elyseu Santos; BERTAZZO, Anagali Marcon. **Uma análise descritiva dos óbitos ocorridos nas cidades de Manaus, Porto Velho e Rio Branco, nos anos de 2008 a 2011.** Direitos Sociais e Políticas Públicas II. Florianópolis, CONPEDI, 2014, p. 348-372. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a25067c6d17ee065>>. Acesso em: 24 ago. 2014. p. 351.

Gráfico 1 – Taxa bruta de natalidade (TBN) e taxa bruta de mortalidade (TBM) por mil habitantes, no Brasil, período de 1900 a 1998



Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM/DATASUS); IBGE – Censos Demográficos e Estimativas populacionais.

Discorrendo acerca da transição demográfica brasileira, Alves¹⁷ afirma que:

Segundo Hakkert (1984), o dramático declínio das taxas de mortalidade observado nos países latino americanos e no Brasil a partir dos anos de 1940 está relacionado com políticas explícitas de saúde e, especificamente, com o combate da malária, de outras epidemias e das doenças endêmicas. Ele dá destaque para o papel desempenhado pelas medidas de saúde pública e saneamento, tais como: campanhas de imunização, pulverização com inseticida para erradicar os vetores de doenças, tratamento com cloro da água potável, provisão de esgotos e água tratada, suplementação da dieta e remédios para combater as doenças infecciosas mais comuns.

Simões¹⁸ afirma que “existem algumas causas de morte que são relativamente fáceis de serem controladas, mesmo em circunstâncias de baixo nível de desenvolvimento.” Assim, além de ser um desejo e empenho universal

¹⁷ ALVES, José Eustáquio Diniz. **A Polêmica Malthus Versus Condercet Reavaliada à Luz da Transição Demográfica**. Textos para discussão, número 4. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2002, p. 41.

¹⁸ SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. **A Mortalidade Infantil na Transição da Mortalidade no Brasil: um estudo comparativo entre o Nordeste e o Sudeste**. 1997. 178f. Tese Doutorado – Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997, p. 6.

em reduzir a mortalidade, há doenças que podem ser evitadas utilizando meios de baixo custo.

O gráfico mostra que a fecundidade começou a cair a partir de 1960. Apesar do ritmo da queda ser desigual entre regiões e classes sociais, foi extremamente rápida a partir da década de 70.

Alves¹⁹ afirma que:

Faria (1989) busca relacionar o declínio da fecundidade a processos de mudança institucional associados às políticas públicas promovidas pelo Governo Federal depois de 1964. Ele argumenta que quatro tipos de políticas foram estratégicas para o aumento da demanda por regulação e a consequente redução da fecundidade no Brasil, que são: 1) política de crédito ao consumidor; 2) política de telecomunicações; 3) política de previdência social; 4) política de atenção à saúde. Usando um arcabouço próprio dos enfoques culturais, ele considera que as políticas públicas influenciaram na queda da fecundidade agindo como ‘vetores institucionais’ (difusão) que são portadores de novos ‘conteúdos de consciência’ (inovação), mas foram conseqüências não antecipadas da ação governamental.

Outros fatores também contribuíram para a diminuição dos nascimentos, como os métodos contraceptivos, aumento do nível educacional, inserção da mulher no mercado de trabalho, novos entendimentos sobre a entidade familiar, entre outros.

Grandes transformações que varreram a sociedade na segunda metade do século XX foram, de uma só vez, econômicas, sociais, culturais e políticas. “A mais poderosa e determinante destas forças históricas – tão vigorosa hoje em dia quanto era no tempo de Karl Marx – foi a dinâmica da produção e das trocas capitalistas.”²⁰ Isso porque viabilizaram uma sociedade única, informada, interligada e mais igualitária. Porém, essa mesma força permitiu desigualdades sociais e exclusão social.

Foi durante o período do pós-guerra que o capitalismo monopolista se reinventou na forma de capitalismo de consumo. Houve um continuado crescimento e aumento na qualidade de vida, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. A massa de trabalhadores experimentava o pleno emprego e tinham capacidade para adquirir produtos e serviços antes inimagináveis. Os ditos direitos sociais estavam sendo implementados. Conforme Garland²¹:

¹⁹ ALVES, op. cit., p. 42.

²⁰ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 185.

²¹ Ibid., p. 189.

Independentemente de os políticos aceitarem ou não o rótulo, os Estados Unidos e a Grã-Bretanha se tornaram “Estados de bem-estar”, “Estados regulatórios”, “governos totais” – cada vez mais vistos como garantidores do bem-estar e da prosperidade de sua população, cada vez mais responsabilizados pela tarefa de resolver problemas sociais mais graves.

“A prosperidade econômica foi a mola propulsora dos direitos civis, de uma “política de solidariedade” e de políticas progressistas como o correccionalismo e a reabilitação.”²² Explica ainda que foi a base para a expansão da democracia, do princípio da igualdade entre as pessoas e para amplas mudanças culturais, otimismo e progresso.

A crise do petróleo, ocorrida no início dos anos 1970, inaugurou um período de recessão econômica e de instabilidade política em todas as nações industrializadas do Ocidente. “Em uma década, o desemprego maciço reapareceu, a produção industrial despencou, a adesão aos sindicatos se reduziu significativamente e o mercado de trabalho se reestruturou de forma a gerar consequências sociais dramáticas nos anos estavam por vir.”²³

Quando veio a recuperação econômica, nos anos 80, o processo voltou-se para os setores de serviços e de tecnologia de ponta, tendo um diferente tipo de emprego, de baixos salários, de tempo parcial, que empregava geralmente mulheres ou trabalhadores altamente qualificados. A massa de trabalhadores não qualificados estava num mundo de desemprego duradouro.

Se os lemas da social-democracia do pós-guerra foram controle econômico e liberação social, as novas políticas dos anos 1980 estabeleceram a liberdade econômica e controle social.

Garland²⁴, expondo as mudanças na estrutura da família e do lar no período de recuperação econômica dos anos 80, comenta que houve o ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho e a queda da fertilidade a partir do pós-guerra. Afirma ainda que o número de separações aumentou, crescendo agudamente a quantidade de crianças que viviam em ambientes familiares com apenas um dos pais, o que trouxe novos problemas relacionados à pobreza infantil e feminina.

Segundo Garland²⁵:

²² Ibid., p. 189.

²³ Ibid., p. 190.

²⁴ Ibid., p. 192.

²⁵ Ibid., p. 181-182.

(...) El primer conjunto de fuerzas – la transición a la modernidad tardía – transformó algunas de las condiciones sociales y políticas de las que dependía el campo del moderno control del delito. También planteó nuevos problemas relativos al delito y la inseguridad, cuestionó la legitimidad y efectividad de las instituciones del welfare y colocó nuevos límites a los poderes de Estado-nação. El segundo conjunto de fuerzas – la política del postwelfarismo – produjo un nuevo conjunto de relaciones de clase y raciales y un bloque político dominante que se definió a sí mismo en oposición al viejo welfarismo y a los ideales sociales y culturales en los que se fundaba.²⁶

Houve uma modificação completa da política e das opiniões, bem como a reconstrução de todo o campo do controle do crime. Para Garland²⁷:

Esta mutação histórica, que tinha dimensão política e cultural, propiciou o surgimento de novas relações entre grupos e atitudes sociais – atitudes, em sua maioria, definidas em relação ao problema do crime, do bem-estar e da ordem social. Estas novas relações entre grupos – frequentemente manifestadas através de demonstrações altamente emotivas de medo, indignação e hostilidade – formaram o terreno social sobre o qual se assentaram as políticas de controle do crime nos anos 1980 e 1990.

A partir dessa mudança, classes sociais que apoiaram as políticas de bem-estar passaram a repensar nessas questões diferentemente. Conforme Garland²⁸:

Neste novo contexto político, as políticas previdenciárias destinadas aos pobres foram sendo paulatinamente consideradas luxos onerosos, que os contribuintes trabalhadores não podiam mais sustentar. O corolário disto foi que as medidas penais-previdenciárias para os criminosos foram tachadas de absurdamente indulgentes e inócuas.

A gradual formação das novas sensibilidades e interesses de classe representou uma resposta à crise do Estado de bem-estar e à transformada dinâmica da vida social pós-moderna, mas isso se deu em virtude de escolhas políticas e culturais que não foram em absoluto inevitáveis.

²⁶ (...) o primeiro grupo de forças – a chegada da pós-modernidade – transformou algumas das condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime moderno. Outrossim, este grupo trouxe novos problemas de crime e insegurança, desafiou a legitimidade e a efetividade das instituições de bem-estar e estabeleceu novos limites aos poderes do Estado-nação. O segundo grupo de forças – as políticas do pós-previdenciário – produziu um novo conjunto de relações raciais e de classe, assim como um bloco politicamente dominante, que se definia como opositor do antigo estilo “previdenciário” e dos ideais sociais e culturais nos quais tal estilo se baseava.

²⁷ Ibid., p. 182.

²⁸ Ibid., p. 182.

O último terço do século XX foi um período de declínio. Houve crescimento do desemprego, colapso da comunidade, desintegração da família nuclear tradicional, ausência de respeito, rebaixamento dos padrões, predomínio da desordem e aumento da criminalidade em si.²⁹

Nos anos 90, o mercado de trabalho ficou mais estratificado, com desigualdades crescentes separando as pontas superiores e inferiores da pirâmide, havendo um reduzido senso de comunhão de interesses, à medida que o poder e a adesão aos sindicatos diminuam. Ficou maior o contraste nas condições de trabalho, de moradia e de estilo de vida. Assim, diminuiu o laço de solidariedade entre esses grupos.³⁰

Na reação política ao Estado de bem-estar e à pós-modernidade, o crime agia como uma lente para olhar os pobres – como indesejados, desviantes, perigosos, diferentes – e como uma barreira para conter sentimentos de solidariedade e compaixão.

3 RELAÇÃO ENTRE TRABALHO, DEMOGRAFIA E CRIMINALIDADE

O estudo da demografia, em seus diferentes aspectos e resultados obtidos, possibilita a proposição de meios para a implementação de políticas públicas adequadas a serem estabelecidas a curto, médio e longo prazo pelos gestores do Estado. Entre os componentes demográficos estudados encontram-se a mortalidade, fecundidade e migração.

Os estudos indicam que fatores que implicam num objeto de análise podem se consubstanciar em concentração industrial, urbanização desregulada, falta de perspectivas, uso de drogas lícitas e ilícitas associadas às causas da violência e tem sido objeto de estudo para vários pesquisadores.

A análise de tais elementos permite a verificação dos movimentos que influenciam na prática criminosa ou que são determinantes desta. A análise criminal é talvez o maior vetor de produção de conhecimento específico para a gestão da segurança pública.³¹

²⁹ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia –, 2002.

³⁰ GARLAND, op. cit., p. 191-192.

³¹ MAGALHÃES, Luís Carlos. **Análise Criminal e Mapeamento da Criminalidade – GIS**. In: Fórum Internacional de Gestão Integrada, 2007, São Luis-MA. Disponível em: <<http://www.policiaeseguranca.com.br/gis.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

O resultado deste conhecimento produz conclusões que permitem o planejamento da gestão de segurança pública que se estabeleçam a médio prazo (táticas) formulando uma crescente de ações para as atividades a longo prazo (estratégias).³²

Nascimento³³ acrescenta que:

Importante ressaltar que há um esforço na busca pela ampliação de conhecimento da causalidade da mortalidade por homicídios a fim de se operacionalizar práticas preventivas mais eficazes, tanto no que diz respeito a saúde quanto no setor de segurança pública, tendo em vista que são nesses setores onde as estratégias de prevenção devem ser intensificadas.

Quando a democracia se enraizou, novos tipos de violência, injustiça, corrupção e impunidade aumentaram dramaticamente. “Essa coincidência é o paradoxo perverso da democratização do Brasil.”³⁴

Explicar a relação dessas contradições com o processo de democratização em si continua sendo difícil. Se nem a convergência, nem o descarte constituem explicações adequadas, a teoria democrática deve ser repensada em termos das novas condições que caracterizam a atual insurgência mundial de cidadanias democráticas.

“Há uma dinâmica que vai se alterando ao longo do tempo e deve-se compreender esse movimento, já que a criminalidade não surge com um indivíduo só, mas se constroi ao longo do tempo na sociedade.”³⁵

Por trás de uma ação criminosa existe uma lógica de sua ocorrência e deve-se buscar essa lógica para entender o que causou o crime. A taxa de crimes, muitas vezes, está relacionada com a fé que a população tem nas instituições de segurança pública.

Com a constante exploração dos trabalhadores, estes buscaram melhorias econômicas, sociais e humanas de trabalho ao longo dos tempos. O trabalhador buscava ter reconhecida sua dignidade, mas para tanto, tinha que lutar. Numa sociedade fundada em valores sociais, o direito ao trabalho remunerado e digno relaciona-se intrinsecamente com o direito à vida. Isso porque, para grande parte da população, da remuneração obtida pelo trabalho

³² *Ibide*.

³³ NASCIMENTO, Antônio Gelson de Oliveira. **Vidas Perdidas Precocemente**: o impacto da violência na expectativa de vida da população manauara. Manaus: UEA Edições, 2013, p. 21.

³⁴ HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente**. 2008, p. 349.

³⁵ MONTARROYOS; BERTAZZO, op. cit., p. 355.

prestado é que se obtém os recursos suficientes para a aquisição dos bens indispensáveis à sobrevivência digna. Sendo assim, o direito ao trabalho é um direito de todos os cidadãos.

De uma maneira genérica, a busca pelo pleno emprego significa a criação de oportunidades de trabalho, para que, do próprio esforço, todos possam viver com dignidade.

A dignidade da pessoa humana envolve o direito à vida, direitos pessoais, direitos econômicos, educacionais, saúde, liberdades públicas e direitos sociais. Moraes³⁶ afirma que:

O princípio fundamental consagrado na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

O trabalho insere o indivíduo no meio social, pois deve retribuí-lo economicamente para que possa usufruir de comodidade e lazer, e estreita relações com outros seres humanos. O pleno emprego está diretamente relacionado tanto à oferta de trabalho, quanto ao meio de geração de renda indireta para a circulação do sistema econômico e capitalista.

A busca pelo pleno emprego, princípio da ordem econômica constitucional, é uma forma de garantir a função social da propriedade (empresa), e especialmente, para direcionar o estabelecimento de políticas públicas do Estado, não apenas de oferta de emprego e criação de postos de trabalho, mas parte de um planejamento econômico que contribua com o desenvolvimento do País e com os preceitos de justiça social e existência digna dos indivíduos.

O inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, eleva à condição de fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estes, segundo o art. 170, da mesma Constituição, também são considerados fundamentos da ordem econômica e tem o

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 129.

sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer prevalecer os valores sociais, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Ainda de acordo com o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados, merecendo destaque para este estudo o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais e o princípio da busca do pleno emprego, *in verbis*.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

[...]

VIII – busca do pleno emprego.

Uma política de pleno emprego tem como resultado a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais. Indiretamente, contribui para a melhoria das condições de trabalho, a recuperação da infraestrutura econômica, a melhora das finanças públicas, o incremento na competitividade externa, o aumento de qualidade nos serviços públicos essenciais e na segurança pública.

4 DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES

A despedida do trabalhador pode ser classificada em dispensa individual ou dispensa coletiva. A dispensa regulada no ordenamento jurídico é somente a individual, sendo inexistente regulamentação quanto à coletiva.

A dispensa individual é a que atinge um ou alguns empregados sem configurar a dispensa grupal, podendo se dar por justa causa ou sem justa causa. Delgado³⁷ conceitua esse instituto afirmando que:

A despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado *lay-off*). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva: pode tratar-se de um número disperso de dispensas individuais.

³⁷ DELGADO, op. cit., p. 1175.

O instituto da dispensa coletiva é melhor conceituado por Gomes³⁸:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa de dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.

Na dispensa coletiva, há o desligamento de um número significativo de empregados, vinculados ao respectivo estabelecimento, por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Esta forma de dispensa é prejudicial à empresa, ao trabalhador, à sociedade e à segurança pública e o Poder Público deve encontrar mecanismos para evitar que tais ações ocorram.

O empregador possui um conjunto de prerrogativas com enorme influência no âmbito do contrato e da sociedade. Isso porque ele deve manter a ordem e disciplina no estabelecimento e conduzir a atividade econômica para a realização da sua função social.

Esse poder empregatício ou poder intra-empresarial é refletido nas atividades diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar desempenhadas. Segundo Delgado³⁹, poder empregatício é “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.”

Ocorre que muitos empregadores utilizam-se desses poderes de forma abusiva, não respeitando os direitos dos trabalhadores e a função social da empresa. O mesmo ocorrendo nas dispensas dos trabalhadores, sem atendimento das formalidades legais.

4.1 O papel da OIT e a Convenção 158

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – é um organismo internacional pertencente à ONU – Organização das Nações Unidas – criado para proteger de forma global, o trabalhador. Os países signatários devem ratificar as Convenções oriundas da OIT, para o seu sistema legal interno, através de Decreto Legislativo.

³⁸ GOMES, Orlando. **Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa**: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. São Paulo: LTr, 1974, p. 575.

³⁹ Delgado, op. cit., p. 658.

Como colocado por Husek⁴⁰, em 1919, os países vencedores da Primeira Guerra Mundial reuniram-se em Paris para uma Conferência da Paz. A reunião resultou no Tratado de Versailles que entrou em vigor em 10.01.1920. Com referido tratado, surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o objetivo primeiramente político de manutenção da paz, econômico e humanitário de melhores condições de trabalho.

Importante frisar o preâmbulo da Carta Constitutiva da OIT, também mencionada por Husek⁴¹, que estabelece:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, da fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas. Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando aos fins enunciados neste preâmbulo aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Internacional tem influenciado em muito a ordem jurídica interna de um país. No Brasil, não é diferente. Os tratados e convenções internacionais são fontes formais do Direito interno do estado envolvido, ou seja, suas regras são formas de criação de normas internas. As regras de uma Convenção, por exemplo, são cogentes quando o Estado adere ao diploma internacional, devendo observá-las. Não apenas nesses casos o Estado deve seguir regras internacionais, mas sempre que estas normas consagrarem direitos mínimos aos trabalhadores, posto serem direitos humanos consagrados e protegidos.

⁴⁰ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 95.

⁴¹ *Ibid.*, p. 97.

O Direito Internacional do Trabalho é um instrumento que busca construir uma sociedade mais justa, desprezando concepções puramente capitalistas ou socialistas. Visa evitar a exploração do trabalho humano e permitir a concorrência isonômica. Mesmo no sistema atual – capitalista – podem-se verificar melhoras. As convenções internacionais aparecem como forma de proteção do trabalhador.

Em especial, a Convenção 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), rompe com ideais potestativos do empregador. Relaciona o término do contrato de trabalho a um motivo justificável. Não admite, assim, a dispensa arbitrária:

Art. 4º. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Mencionando as limitações à dispensa injusta, Delgado⁴² explana que:

O respeito ao valor trabalho, o interesse da sociedade na busca do pleno emprego e a subordinação da livre-iniciativa à sua função social têm conduzido, regra geral, parte significativa dos países democráticos mais avançados, em especial no continente europeu ocidental, a suprimir a viabilidade jurídica da dispensa meramente arbitrária, que não se fundamenta em causa tida como socialmente relevante.

53

O Brasil chegou a ratificar a Convenção 158 por meio do Decreto Legislativo n. 68, publicado em 29.8.1992, com depósito do instrumento ratificado perante a Repartição Internacional do Trabalho da OIT em 05.01.1995, iniciando sua vigência no Brasil em 05.01.1996, mas, pouco tempo depois, denunciou com o depósito na OIT em 20.11.1996, com efeitos a contar de 20.11.1997, sendo declarada a denúncia pelo Decreto n. 2.100, de 25.12.1996, expedido pelo então Presidente da República.

A OIT é o grande instrumento de divulgação da consagração dos direitos humanos, visto que o Direito Internacional do Trabalho lida com os direitos humanos específicos dos trabalhadores e dos empregadores. Os direitos humanos dos trabalhadores é um direito subjetivo mais protegido por serem frágeis e vulneráveis nas relações econômicas e sociais.

A Constituição Federal considera tais Convenções como fundamentais, pelo próprio teor do artigo 5º, §2º, supramencionado:

⁴² DELGADO, op. cit., p. 1179.

Art. 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.

Dessa forma, uma Convenção Internacional relacionada ao trabalho deve ser obedecida pelo Estado como forma de construir uma sociedade mais equilibrada e cidadã. Como são Tratados de Direitos Humanos, mesmo que o país não ratifique, devem ser observados, já que possuem caráter normativo e o Estado responsabiliza-se internacionalmente pelo seu cumprimento.

4.2 Enfrentamento da dispensa coletiva

Os tratados e convenções internacionais são fontes formais (fonte normativa heterônoma) do Direito interno brasileiro, devendo observá-los sempre que estas normas consagrarem direitos mínimos aos trabalhadores, posto serem direitos humanos consagrados e protegidos.

Na falta de previsão legal interna, as Convenções Internacionais buscam preencher essas lacunas e acabar com as abusividades. O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – admite o uso de meios para sanar a omissão legislativa:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas informa que na falta de disposições legais ou contratuais, as autoridades decidirão pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Vejamos o texto legal :

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Como no Brasil não há previsão específica de mecanismos a serem obedecidos numa dispensa coletiva, ou até mesmo sua proibição ou permissão, a Referida Convenção 158 da OIT traz ideais para serem seguidos:

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos: a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

Art. 1º — Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Art. 14 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total de pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

Aplicando a convenção internacional, verifica-se que para acontecer a dispensa coletiva, a empresa deve informar à autoridade competente e ao representante dos trabalhadores os motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais que a forçam a dispensar coletivamente, informando por escrito o número de trabalhadores afetados e a categoria a que pertencem, a fim de que possa haver diálogo entre as partes para atenuar os efeitos da dispensa, discutindo-se sobre o número dos envolvidos, um plano racional de escolha dos que serão dispensados, escalonando-se aqueles mais jovens, que têm chance de obter outro emprego, os mais escolarizados e assim por diante.

Dessa forma, seria mais difícil trabalhadores dispensados entrarem na vida do crime.

Os Direitos Sociais consagrados pelo legislador são considerados como conquistas que não podem retroceder, mas sim serem efetivados, buscando-se a consagração de outros direitos e a evolução desses direitos mínimos. Canotilho⁴³ ensina que:

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações... reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão de direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).

O princípio da proibição do retrocesso social confere à sociedade estabilidade nas conquistas históricas positivadas, proibindo o Estado de suprimi-las. É uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana. A finalidade é dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades.

Em razão disso, a legislação e as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo dos anos. Após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. Os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana.

No mesmo sentido posiciona-se Delgado⁴⁴:

Naturalmente que, no contexto de aparente contraposição entre regras internacionais ratificadas e regras heterônomas estatais internas, incidem duas diretrizes orientadoras fundamentais, iluminando o labor interpretativo e também hierarquizante a ser necessariamente feito pelo profissional da área jurídica: o *princípio da vedação do retrocesso* e o *princípio da norma mais favorável*.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 177.

⁴⁴ DELGADO, op. cit., p. 65.

As convenções internacionais da OIT têm consagrado diversos direitos do trabalhador e empregador. Os Direitos Humanos foram consagrados como de terceira geração, afirmando Rezek⁴⁵ que “vieram a qualificar-se como de segunda geração os direitos econômicos, sociais e culturais de que cuida a parte final da Declaração de 1948.”

O Direito Internacional do Trabalho lida diretamente com os direitos humanos específicos dos trabalhadores e dos empregadores, respeitando a dignidade da pessoa humana e buscando sempre sua melhor qualidade de vida.

5 REFLEXOS DO DESEMPREGO NA SOCIEDADE

Enquanto algumas matérias visam essencialmente aspectos econômicos, o Direito Social, como as regras de direito trabalhistas, visa o lado social, econômico e político. Segundo Husek⁴⁶:

O Direito é um só. A árvore do Direito é uma só. Os galhos dessa árvore são os ramos do Direito e em cada ramo circula a mesma seiva, os mesmos e básicos princípios. Toda e qualquer divisão é ilusória e serve para entendermos o mundo e não para seccioná-lo.

A Constituição Federal especifica no artigo 1º que a República se fundamenta no trabalho e na livre iniciativa. O artigo 6º eleva o trabalho à categoria de Direito social. No artigo 170, afirma que a ordem econômica se assenta na valorização do trabalho. No artigo 193, salienta que a ordem social tem por base o primado do trabalho e como objetivo a justiça social. Portanto o trabalho é valor superestimado pela ordem jurídica constitucional.

Segundo Mannrich⁴⁷, “uma dispensa coletiva envolve o trabalhador e sua família, a empresa e toda a comunidade, verificando-se o envolvimento de interesses de toda ordem, econômica especialmente, além da social.”

Na ordem jurídica, o objetivo é a manutenção da empresa, pois esta possibilita preservação do emprego, melhora no vínculo social e a estabilidade na economia. Vejamos o posicionamento de Venosa⁴⁸:

⁴⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255-256.

⁴⁶ HUSEK, op. cit., p. 36.

⁴⁷ MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 14.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo e RODRIGUES, Cláudia. **Direito Civil**: Direito Empresarial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 123.

O legislador criou mecanismos para a preservação da empresa em dificuldades financeiras, como a recuperação extrajudicial e judicial, expedientes que possibilitam a continuidade da empresa, mantendo a produção e sua utilidade social, com a consequente criação e manutenção de empregos.

A autonomia privada não está sendo abolida. O individualismo está cedendo lugar ao solidarismo social, característico de uma sociedade globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade humana. Gomes⁴⁹, afirma que:

O poder compreendido na autonomia privada vem sofrendo na própria economia de mercado graves limitações, sobretudo quando representa manifestação da liberdade de iniciativa econômica. As constituições modernas ainda a reconhecem, mas instituem de logo princípios contensivos a que se deve subordinar.

Quando uma empresa não se adequa aos ditames constitucionais e legais, deve-se buscar soluções para não prejudicar os trabalhadores. Primeiramente, devem-se ter políticas públicas voltadas ao indivíduo como forma de incentivar e desenvolver o emprego. Mas se este mecanismo não é bastante, a Justiça do Trabalho é um meio pelo qual problemas entre empregados e empregadores devam ser resolvidos. Por meio desta, em caso de irregularidades, há meios coercitivos de restauração da normalidade ou de compensação do dano sofrido. O artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, prevê a atuação do Judiciário quando frustrada a negociação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

O salário recebido por um trabalhador é sua fonte de sustento e de sua família. Sua sobrevivência e sua dignidade humana estão atreladas ao trabalho nesse regime capitalista. A Constituição Federal, no artigo 7º, inciso VI,

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.2001, p. 274.

defende a irredutibilidade do salário, como forma de evitar a exploração laboral. Mas também prevê a redução dos vencimentos se houver convenção ou acordo coletivo.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Infere-se que o trabalho possui valor social, sendo fator integrante da estrutura da vida em sociedade. Desta maneira, toda empresa possui um compromisso social que, se não cumprido, cabe à Justiça a sua adequação aos ditames legais, sempre buscando compatibilizar a atividade econômica com a dignidade do trabalhador e evitando o desemprego.

5.1 Teorias relacionadas ao desemprego e à criminalidade

Segundo a teoria da associação diferenciada ou teoria do aprendizado social, os comportamentos das pessoas são ligados às experiências pessoais com relação a situações de conflito, havendo a conjunção de uma série de variáveis. As pessoas, principalmente os jovens, determinam seus comportamentos a partir de suas experiências pessoais com relação a situações de conflito. “Essas determinações de comportamentos favoráveis ou desfavoráveis ao crime seriam apreendidas a partir de interações pessoais, com base no processo de comunicação.”⁵⁰

Segundo Cerqueira e Lobão⁵¹, discorrendo sobre a teoria econômica da escolha racional, segundo a qual o ato criminoso decorreria de uma avaliação racional em torno dos benefícios e custos esperados aí envolvidos, comparados aos resultados da alocação do seu tempo no mercado de trabalho legal, mencionam que:

Freeman fez um exaustivo survey sobre os trabalhos empíricos envolvendo mercado de trabalho e crime. Basicamente, no que diz respeito aos estudos de séries temporais, Freeman constatou não haver consensualidade sobre a questão. Já os estudos que utilizaram técnicas de análises longitudinais com dados

⁵⁰ CERQUEIRA, Daniel e LOBÃO, Waldir. **Determinantes da Criminalidade:** uma resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos. IPEA – texto para discussão n 956. Rio de Janeiro: junho de 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0956.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 8.

⁵¹ Ibid., p. 15.

agregados regionalmente, em geral, conseguiram captar a relação positiva entre crime e desemprego, a despeito do clássico eventual problema de existência de correlações espúrias.

Continuando, os autores⁵² expõem:

Gould, Weinberg e Mustard exploraram também a relação das oportunidades no mercado de trabalho com o crime. Os autores analisaram um painel com efeitos fixos envolvendo 709 municípios americanos, de 1979 a 1997, utilizando dados do UCR acerca de vários tipos de crime contra a pessoa e contra a propriedade. Três interessantes inovações foram feitas nesse estudo: a) analisaram os resultados sobre o segmento do mercado de trabalho não especializado (melhor do que sobre o mercado sobre um todo); b) ao invés de concentrarem-se apenas no desemprego, observaram também os salários reais dos não-especializados; e c) desagregaram o mercado de trabalho para colocar enfoque específico sobre jovens. Os resultados estatisticamente significativos apontaram que homens jovens não-especializados respondem ao custo de oportunidade do crime. Para controlar a possível endogeneidade foram utilizadas variáveis instrumentais baseadas na composição industrial da área, tendência industrial agregada e mudanças demográficas dentro das indústrias no nível agregado. Os resultados deram conta ainda de que a tendência a longo prazo no salário de homens jovens não educados – que explica 43% e 53% dos crimes contra a propriedade e violentos contra a pessoa, respectivamente – do que pelo desemprego. O trabalho não encontrou, por outro lado, evidências de que condições econômicas (mais especificamente relacionadas ao mercado de trabalho) afetam o crime, no que diz respeito à parcela da educação especializada (educada).

Um dos primeiros trabalhos quantitativos empíricos na literatura brasileira coube a Pezzin, que desenvolveu uma análise em *cross-section*, com dados de 1983, e outra em séries temporais, para a região de São Paulo⁵³. Conforme Cerqueira e Lobão⁵⁴:

O autor encontrou uma correlação positiva significativa entre urbanização, pobreza e desemprego em relação a crimes contra o patrimônio. De outro modo, não houve evidências acerca da correlação entre aquelas variáveis sociais e demográficas em relação aos crimes contra a pessoa.

Continuando, os autores⁵⁵ mencionam outros trabalhos da literatura brasileira:

Beato e Reis tentaram evidenciar a relação defasada entre emprego e crimes violentos e crimes violentos contra a propriedade em Belo Horizonte entre

⁵² Ibid., p. 15-16.

⁵³ Com dados compreendidos entre 1970 e 1984.

⁵⁴ Ibid., p. 17.

⁵⁵ Ibid., p. 17-18.

1996 e 1998. Seus resultados não foram significativos, reflexo, possivelmente, da curta série de dados estudada.

Sapori e Wanderley também tentaram evidenciar a relação entre emprego e os homicídios nas regiões metropolitanas do rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre, e também para roubos no caso de São Paulo. Os mesmos cruzaram dados provenientes da Pesquisa Mensal de Emprego (PME/IBGE) de 1982 até 1998, com os dados do Ministério da Saúde. Segundo os autores, não foram encontrados indícios consistentes de que as variações das taxas de desemprego implicariam variações presentes ou futuras dos índices de violência, inevitavelmente. Os resultados não foram robustos.

Não existem apenas essas teorias a respeito do tema estudado. Há outras teorias que tentam explicar as causas da criminalidade. Muitos estudos foram elaborados acerca deste problema e outros estão sendo elaborados. Porém, necessita-se de maiores aprofundamentos e pesquisas, pois se trata de tema muito complexo e pouco explorado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem uma grande criminalidade e o bônus demográfico contribuiu muito para isso. As políticas de educação, de saúde, de trabalho qualificado, entre outras, não acompanharam esse crescimento. Esse aspecto pode contribuir para a violência social.

O trabalho gera um equilíbrio econômico e social e sua proteção nunca foi um mal à economia. Assegura apenas o lado humano da relação de trabalho. Isso mostra que deve ser levado em conta para as formulações e implementações das políticas públicas.

A repercussão da dispensa massiva é muito maior que a dispensa individual, afetando o meio social, econômico, familiar e comunitário. É difícil entender o que levou o sujeito a cometer um delito, mas se verifica grande relação entre o desemprego e o crime, uma vez que sem oportunidades e meios econômicos, o sujeito procura outras alternativas para o seu sustento e de sua família. Ocorre que, muitas vezes, essa outra alternativa é o crime.

Há inúmeras teorias que focalizam nessa relação entre o desemprego e o cometimento de crimes. Deve-se interpretar essas teorias e aplicá-las conforme a necessidade da população, pois não há uma verdade universal. Cada região possui suas peculiaridades, devendo ser estudada em conjunto com esses modelos teóricos.

Resolver o problema da segurança pública é muito complexo, necessitando aumentar o conjunto de instrumentos de análise e de intervenção pública. Daí a necessidade da multidisciplinariedade. Várias disciplinas estudando e atuando na formulação e implementação de políticas públicas, buscando resguardar a dignidade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. **A Polêmica Malthus Versus Condercet Reavaliada à Luz da Transição Demográfica**. Textos para discussão, número 4. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho do. Presidência da República. Rio de Janeiro: 1943.

_____. Constituição da Republica Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde. Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br>>.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2006.

CERQUEIRA, Daniel e LOBÃO, Waldir. **Determinantes da Criminalidade: uma resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos**. IPEA – texto para discussão n 956. Rio de Janeiro: junho de 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0956.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Orlando. **Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. São Paulo: LTr, 1974.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 33-64, jan./jun. 2014

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente**. 2008.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

KIM, W. Chan e MAUBORGNE, René. **Blue Ocean Strategy**. Harvard Business School Press, 2005.

MAGALHÃES, Luís Carlos. **Análise Criminal e Mapeamento da Criminalidade – GIS**. In: Fórum Internacional de Gestão Integrada, 2007, São Luis-MA. Disponível em: <<http://www.policiaeseguranca.com.br/gis.htm>>.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito Processual do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed., v. 11. Instituto Carioca de Criminologia (Pensamento Criminológico). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEZZARROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTARROYOS, Elyseu Santos; BERTAZZO, Anagali Marcon. **Uma análise descritiva dos óbitos ocorridos nas cidades de Manaus, Porto Velho e Rio Branco, nos anos de 2008 a 2011**. Direitos Sociais e Políticas Públicas II. Florianópolis, CONPEDI, 2014, p. 348-372. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a25067c6d17ee065>>.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Antônio Gelson de Oliveira. **Vidas Perdidas Precocemente: o impacto da violência na expectativa de vida da população manauara**. Manaus: UEA Edições, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Trad., rev. técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. **Dispensa coletiva e seu controle pelo Poder Judiciário**. Revista LTr 73, n. 06.

SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. **A Mortalidade Infantil na Transição da Mortalidade no Brasil**: um estudo comparativo entre o Nordeste e o Sudeste. 1997. 178f. Tese Doutorado – Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia –, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo e RODRIGUES, Cláudia. **Direito Civil**: Direito Empresarial. São Paulo: Atlas, 2010.

O DEMANDISMO JUDICIAL EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA E O REFLEXO NO JUDICIÁRIO

Fernanda Cláudia Araújo da Silva*

RESUMO: A explosão de decisões judiciais é um fenômeno mundial e envolve questões relativas à economia, à vida privada, aos bens e à liberdade dos indivíduos e principalmente à internacionalização de direitos, devendo tornar-se uma política pública urgente nos países para que o preceito democrático efetive seus efeitos. Essa quantificação de novas demandas jurídicas e sociais está a desafiar o funcionamento do Judiciário face à multiplicidade de causas. Com isso, leva-se a necessidade de se redefinirem os parâmetros da prestação do Judiciário diante dessa crise econômica globalizada. Assim, o estudo desenvolvido terá sempre que observar esse objeto. Essa dinâmica econômica repercute no comportamento da sociedade é fator essencial para o reflexo pela busca de direitos, e principalmente em busca da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVES: Judiciário. Demandas. Globalização.

ABSTRACT: The explosion of judicial decisions is a worldwide phenomenon and involves issues relating to economics, privacy, property and freedom of individuals and particularly the internationalization of rights, it must become an urgent public policy in democratic countries to make provision enforce its effects. This quantification of novel legal and social demands is challenging the functioning of the judiciary in the face of multiplicity of causes. With that, it takes the need to redefine the parameters of providing the Judiciary before this global economic crisis. Thus, the study developed must always observe this object. This economic dynamic is reflected in the behavior of society is an essential factor for the reflection by the pursuit of rights, especially in search of adjudication.

KEYWORDS: Judiciary. Demands. Globalization.

65

1 INTRODUÇÃO

No relacionamento entre a economia e a atuação do Judiciário é importante a reflexão acerca do demandismo de ações no âmbito do Poder Judiciário e o reflexo econômico-jurídico que tem afetado a prestação jurisdicional. Esse reflexo pode ser identificado em qualquer país, o que não seria diferente no Brasil e principalmente em razão de vários fatores, os quais podemos chamar de fatores democráticos e protetivos. Nessa perspectiva, o Des. Carlos Eduardo Passos, do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar questões acerca desse demandismo (tendo em conta não só o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, mas de todo o Estado brasileiro) estabelece¹:

* Doutoranda em Direito na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Público, Professora e Chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará. E-mail: f.c.araujo@hotmail.com

¹ PASSOS, Carlos Eduardo da Fonseca. **Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_72.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2014, p. 25.

A economia brasileira se aqueceu, melhorou-se o acesso à justiça e juntamente com tal quadro expandiu-se o consumo entre as mais diversas camadas sociais, irrompendo nas classes mais humildes o mesmo mau hábito das mais abastadas: a prática do demandismo e da relutância em aceitar uma solução judicial desfavorável, ainda que o entendimento seja pretoriamente pacificado.

A análise do demandismo observado pelo então Desembargador pauta-se principalmente pela existência de novas relações de consumo, ações coletivas, para a efetivação do Acesso à Justiça (Art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição brasileira²) – diante da propositura de ações, bem como a possibilidade de interposição de recurso. Havendo, portanto, uma nova redefinição das funções jurisdicionais atreladas às modificações do tempo, espaço e exigências do mundo moderno³.

Com isso, leva-se a necessidade de se redefinirem os parâmetros da prestação do Judiciário diante dessa crise econômica globalizada. Assim, o estudo desenvolvido terá sempre que observar esse objeto.

Essa dinâmica econômica⁴ que repercute no comportamento da sociedade é fator essencial para o reflexo pela busca de direitos, e principalmente em busca da prestação jurisdicional.

Sob o aspecto metodológico, o artigo será desenvolvido essencialmente por um estudo descritivo-analítico do tema, pois essa dialética da crise econômica e do Direito, estudado sob a preservação dos direitos fundamentais e sob a tutela de preceitos democráticos, uma vez que analisar as garantias fundamentais do constitucionalismo, mas em nível teórico e intermediário, dentro de lições políticas.

Quanto ao tipo, a pesquisa utilizada foi bibliográfica, de maneira exploratória, através de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na Internet. Por fim, quanto aos objetivos, será descritiva,

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Senado.

³ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário: tempo espaço e atuação da justiça**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVIJAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

⁴ MARTINEZ, Pedro Soares. **Previsão econômica**. 2ª. Ed. Almedina. Coimbra, 2004. P. 119-150.

tendo em vista que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, bem como exploratória. Nesse sentido, calha a menção de Paulo Macedo⁵:

A Ciência tal como hoje a entendemos limita-se a elaborar modelos para a descrição e explicação daquilo que denominamos por *Mundo real*. O grau de intervenção que tais modelos permitem sobre esse *Mundo real* é usualmente tomado como medida do seu sucesso.

Identificar a problemática enfrentada pelo Judiciário no atual contexto econômico ocidental é tarefa de fácil alcance. No entanto, apontar possíveis soluções de compatibilidade a preservar direitos fundamentais, garantias processuais, celeridade e efetivação da Justiça é talvez o grande dilema da solução do demandismo judicial.

A crise econômica não assola somente o continente europeu, sabemos disso. Os países em desenvolvimento e mesmo aqueles, como o Brasil, que tem procurado manter uma estabilidade econômica, a dívida interna pública é crescente, o que afeta a orçamentação estatal, comprometendo certas atividades, como é o caso da prestação jurisdicional. Por isso, devemos analisar a realidade do Judiciário do mundo real (mundo em crise) e seus reflexos. Cabe então, mencionar aqui, uma citação de Barbas Homem⁶ *apud* António Hespanha: “Os estudos histórico-jurídicos, seguindo essa perspectiva metodológica, concentram-se na economia e na organização do poder [...]”.

Os problemas econômicos não podem ser considerados como fatores não jurídicos, são jurídicos sim. Há uma ligação entre a realidade sócio-econômica e o Direito e um reflexo na existência da atuação do Poder Judiciário, tornando-o insatisfatório, burocrático e engessado, impossibilitando-o de sofrer uma grande mudança por várias razões, principalmente de ordem econômica.

⁵ MACEDO, Paulo Gali. **Reflexões sobre a necessidade de um novo paradigma científico**. Encontro de Saberes: três gerações de bolseiros da Gulbenkian. Ed. Fundação Gulbenkian. Lisboa, 2006, p. 535.

⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. História do Pensamento Jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. Coimbra, 2003, p. 38.

2 O CRESCIMENTO DAS DEMANDAS EM PROGRESSÃO GEOMÉTRICA

O que se observa é que há um crescimento em progressão geométrica⁷ no demandismo judicial, por várias razões tal problemática merece ser analisadas, pois se prende à busca de soluções para a diminuição dessa demanda e conseqüentemente dos próprios gastos públicos.

A explosão de decisões judiciais, como fenômeno mundial, envolve questões relativas à economia, à vida privada, aos bens e à liberdade dos indivíduos e principalmente à internacionalização de direitos, devendo tornar-se uma política pública urgente nos países para que o preceito democrático faça valer seus efeitos⁸. Essa quantificação de novas demandas jurídicas e sociais está a desafiar o funcionamento do Judiciário face à multiplicidade de causas⁹.

Afinal, seria impossível compatibilizar a eficiência jurisdicional como princípio estatal¹⁰ e os anseios da coletividade, sob a possível aplicação do princípio da eficiência na prestação da atividade estatal diante da quantidade de demandas judiciais que existem nos países democráticos.

As questões individuais encorajam os cidadãos para a defesa de seus direitos dentro da concepção aberta de justiça, uma vez que esta existe para que se possa limitar o próprio espaço da coletividade¹¹. Por isso, Rawls¹² adequa o bem e o justo na concepção de justiça.

Mas, sob uma concepção política da justiça, esta transcendente à condição do Estado a alcançar um outro patamar, numa estrutura básica, embasada

⁷ A expressão é utilizada como um eufemismo, e não como fórmula matemática, em razão do grande número de demandas propostas a cada ano.

⁸ Essa seria, portanto, uma correspondência dos bens primários descritos por John Rawls, os quais podem ser ampliados: direitos e liberdades; liberdade circulação e escolha, poderes, responsabilidades e prerrogativas políticas e econômicas; bens e riquezas, e as bases sociais do respeito ao ser humano.

⁹ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário**: tempo espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVIJAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

¹⁰ A referência ao princípio da eficiência tem por base a Constituição brasileira. Na concepção lusitana essa eficiência jurisdicional reporta-se ao conceito de gestão processual, ativa e dinâmica do processo para a justa resolução do litígio.

¹¹ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 294.

¹² Op. Cit. p. 294.

por ideias fundamentais “consideradas como latentes na cultura pública de uma sociedade democrática”¹³.

Há um processo de alargamento da democracia na sociedade, através da extensão da democratização¹⁴ na esfera social em que o indivíduo possui uma variedade de ocupações o que o leva a existência de direitos e a possibilidade de litigar por tais preceitos.

Rawls¹⁵ afasta-se um pouco do objeto de estudo das relações sociais em si em seu livro Teoria da Justiça e analisa a justiça numa visão processual e governamental. Ao estudar esse pensamento de Rawls, Barbas Homem¹⁶ diz que:

O desenvolvimento teórico da justiça como equidade não pode ser dissociado dos aspectos marcantes da reflexão do autor: a dimensão política, o regime democrático, a dimensão econômica, o capitalismo, e a dimensão axiológica, o liberalismo. Não podemos perder de vista que os dois princípios de justiça identificados por Rawls – garantir as liberdades e minimizar as desigualdades.

Essa “concepção política razoável da justiça¹⁷” encontra-se dentro de um conteúdo mais elástico por valores referentes às virtudes e ao caráter dos indivíduos, e deve ser compartilhada na sociedade, de forma que não pode ser levada em consideração nenhuma doutrina particular. Esta, portanto, seria a base da Justiça e, por via de consequência, do próprio desempenho jurisdicional.

¹³ Op. Cit. p. 295

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política., Trad. Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011, p. 155-156.

¹⁵ RAWLS, John. **Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenira M. R. Esteves. Martins Fontes São Paulo, 2000.

¹⁶ HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e o injusto**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito – Lisboa: 2001. Reimpressão 2005, p. 47.

¹⁷ Expressão utilizada por John Rawls. In **Justiça e democracia**. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 296.

A concepção política de justiça¹⁸ é introduzida como equidade, simplicidade e disponibilidade de informação para que seja realizável¹⁹ pelo Estado. Esse sentido amplo de atividade política se refere para expressar a atuação humana ligada ao poder, em uma relação Poder Judiciário, Direito e Política, de forma que estariam umbilicalmente ligados, pois “Tanto o Judiciário é integrante do poder quanto o Direito é um dos seus instrumentos, sendo este cobrado coercitivamente pelo primeiro. Percebe-se, assim, a íntima relação entre a tríade Judiciário-Direito-poder político²⁰”.

Além disso, os tribunais, de forma direta ou difusa exercem o controle de constitucionalidade, portanto, com uma função política de preservar os demais poderes (em razão da própria Constituição).

O Judiciário enquanto órgão político e democrático se faz necessariamente diante de três premissas a seguir estabelecidas: a) a racionalidade e a fundamentação das decisões; b) os parâmetros da atividade interpretativa e, por último, c) a relação com ao debate da cultura e crítica de todos os setores da sociedade com a interpretação das normas constitucionais²¹. A racionalidade prende-se à justificativa da prestação jurisdicional; a hermenêutica do direito com base nos fatores axiológicos do próprio Estado e, por último, a correlação do Estado-juiz à sociedade em busca da garantia constitucional.

Assim fica demonstrada que a função política do Judiciário, bem como sua função efetiva (típica) de atuar nas suas atividades institucionais (prestação jurisdicional e, portanto, “estatalmente política²²”) nas tutelas relacionadas a direitos metaindividuais, direitos públicos, sociais, econômicos, eleitorais, enfim qualquer ameaça a direito e lesão.

¹⁸ Gerson Lima ao analisar a crise institucional brasileira sob o enfoque o STF identifica o poder político do Judiciário e explicita que: “[...] Constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por ele se colocar no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das Instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e por não existir poder apolítico dentro da formação estatal.” In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira** – Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 74.

¹⁹ Op. Cit., p. 303.

²⁰ Op. Cit., p. 75.

²¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica dos direitos fundamentais**, Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 273.

²² LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira** – Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 77.

E como isso (preservação de direitos) acontece diante do demandismo processual hodierno? Como a garantia dos Estados democráticos²³ podem ser implantadas em tempo de crise econômica? De um lado a necessidade da implementação de direitos e suas garantias. Do outro, o déficit financeiro dos Estados e a impossibilidade da prestação jurisdicional. Dentro dessa problemática, o presente artigo tem por objeto analisar a situação da crise econômica e seus reflexos na prestação da Justiça, fundamentada nas teorias de John Rawls, Habermas e outros pensadores.

A crise que o Judiciário tem sofrido está atribuída a vários fatores que geram a insatisfação da sociedade. E como diz Ricardo Pereira Júnior²⁴

Na realidade, a insatisfação decorre da redefinição das funções do Direito, somada à modificação das noções de tempo e espaço do mundo moderno. O câmbio do quadro em que o mundo jurídico opera demanda a revisão dos parâmetros de atuação da Justiça, para atendimento das expectativas de um mundo globalizado, de velocidade acelerada.

Não se pretende aqui esgotar o tema, e nem podemos, pois a cada período que passa, novos dilemas econômicos se apresentam e, consequentemente, novos dilemas de organizações do Judiciário se fazem atuar.

3 NECESSIDADE DE UMA POLITICA PÚBLICA EFETIVA JURISDICIONAL

A sociedade tem se modificado significativamente nos últimos anos, ficando mais complexa, diante da ultradimensão dos mercados de bens, serviços, créditos, direitos que eleva a um grau maior de divergências, posicionando o Poder Judiciário a solucionar conflitos advindos dessas novas questões.

²³ Rawls assevera que: “No momento em que os ideais associados às virtudes políticas também são ligados aos princípios de justiça política, bem como à forma de julgamento e de conduta essenciais para se manter uma cooperação social equitativa e duradoura, esses ideais e essas virtudes são compatíveis com o liberalismo político. Eles caracterizam o ideal do cidadão de um Estado democrático”. (In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 312)

²⁴ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário**: tempo espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVIJAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

Essas modificações levaram a uma necessária mudança de postura política tradicional do Poder Judiciário, e a perder diante da velocidade das mudanças tecnológicas e da internacionalização da economia.

No campo específico do Poder Judiciário, os mecanismos vigentes de entender a sociedade e gerir seus litígios não estão à altura da complexidade e da quantidade de litígios marcados, a cada dia, por novos tipos de conflitos, problemas e dilemas. Ricardo Pereira Júnior aduz que é “De se ponderar que tal crise nasce, em parte, da noção econômica de que a relação entre o custo do investimento e o benefício recebido não é satisfatória, conforme ponderou Lord Wolff²⁵”.

A excessiva ênfase sobre o papel do Poder Judiciário como instrumento de controle impõe uma mudança latente de atuação do poder estatal, para que se realize o Direito, enquanto fim do próprio poder político²⁶ estatal. Nessa abordagem assevera Léon Duguit:

[...] o poder político tem por fim realizar o direito; obriga-se, por virtude do direito, a fazer tudo o que está nas possibilidades para assegurar o reino do direito. O Estado tem o fundamento na força. Mas esta força só é legítima quando se exerce em conformidade com o direito.

Como é que o Estado, que tem por fim o direito pode ser legítimo? Uma vez que o Judiciário não tem a força que o torne capaz de efetivar a validade do próprio Estado por ineficiência da função jurisdicional? Precisamos buscar soluções que legitimem o acesso à justiça, não somente numa visão macro, mas nos detalhes que minimizam a atual atividade jurisdicional. Hoje, a esperança é reduzir os custos da justiça, motivando às modificações das fronteiras profissionais do operador do direito. Por isso, as variáveis têm que ser analisadas. Identificam-se: demanda, serviço e prestação jurisdicional.

²⁵ O que se propõe nesse discurso é que o autor pondera a existência de um novo modelo judiciário, nem tanto como ocorre no Estado brasileiro, onde não se justifica mais a existência de investimento público no âmbito do Judiciário, nem tão pouco o modelo inglês proposto por Lord Wolff que as taxas cobradas pela prestação jurisdicional são maiores que o próprio objeto pretendido pela parte. In: PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário**: tempo espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVI-JAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

²⁶ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p.45.

Nesse contexto, o Banco Mundial através do Relatório Técnico apresentado para a mudança do Judiciário na América Latina e Caribe²⁷ analisa o Judiciário (nesses dois locais) por setores integrantes da atividade jurisdicional e em seguida a cada assunto, propõe várias recomendações²⁸.

As matérias analisadas são as seguintes: a) independência do Judiciário, atrelada às nomeações²⁹, avaliações e sistema disciplinar dos membros da magistratura³⁰; b) no setor executivo do Judiciário, a própria administração, orçamento, estrutura e fiscalização de ações; c) estrutura dos códigos de processo; d) acesso à Justiça e mecanismos alternativos, custos da litigância, litígios de menor potencial, assistência jurídica e outras dificuldades do acesso à Justiça; e) a necessária abordagem do ensino jurídico e os conselhos profissionais de advogados; e f) a implementação de um programa de reforma do Judiciário com uma política de recomendação³¹.

Na introdução do Relatório³² já estabelece que:

Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda. Em face o atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do

²⁷ DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na américa latina e caribe**- elementos para reforma. Documento Técnico nº 319 - Relatório do Banco Mundial. Trad. Sandro Eduardo Sardá Washington, D.C., 1996, p. 10.

²⁸ Essas recomendações não são leis, enquadram-se na categoria do *soft law*, e muitas vezes a infusão de regras *soft law* se perfazem como regras mais rígidas a serem seguidas do que as próprias regras *hard law*. Mas são cumpridas, pois fazem parte de um acordo de financiamento de empréstimo para a reforma do Poder Judiciário.

²⁹ No Brasil está regulamentado pela Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, do CNJ. Essa resolução tem caráter administrativo. No entanto, outras medidas foram e vêm sendo tomadas na tentativa de realizar reformas no Poder Judiciário.

³⁰ No Brasil está regulamentado pela Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, do CNJ.

³¹ O CNJ até a presente data (27/08/2014) editou 198 resoluções com o propósito de implantar os indicativos e recomendações para reforma do Judiciário. No entanto, essas resoluções, apesar de serem atos administrativos normativos, têm estabelecido melhoras na condução do Judiciário brasileiro (ainda que com muita deficiência ele funcione).

³² Mesmo o relatório tendo sido publicado há quase 10 (dez) anos, não há muita diferença do que se observa hoje, de forma que ainda que os Estados tenham modificado a estrutura, a legislação e políticas de acesso à Justiça, o demandismo não permite, de forma compatível e equitativa, a adequação dos instrumentos de reforma. Ao contrário, encontra-se cada vez mais deficiente na compatibilização dos preceitos democráticos, tanto é que essas reformas não são “previsíveis e eficazes” e um dos fatores é o demandismo judicial .

estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.

Tudo isso, porque há uma demasia de longos processos jurisdicionais³³ o que torna a prestação jurisdicional imprevisível causando a frágil confiabilidade pública no sistema jurisdicional. Ocorre, a nosso ver, a existência de uma trilogia: demanda → serviço → prestação jurisdicional. É como se perguntássemos: Acesso a que justiça? A que direito? A que tipo de prestação jurisdicional?

Isso torna o Judiciário frágil e alcança a própria atividade administrativa no gerenciamento dos processos relacionados aos juízes, aos funcionários, aos membros do Ministério Público e às partes.

Além disso, o Relatório analisa que os procedimentos jurisdicionais seriam intoleráveis ao estabelecimento da natureza do acesso à justiça, enquanto direito fundamental que é diante da problemática constatada.

Voltando ao Relatório, no ano de sua apresentação pelo Banco Mundial foi dito que 70% (setenta por cento) do tempo do Judiciário era gasto em questões meramente administrativas, portanto em funções atípicas e enquanto isso, a atividade jurisdicional ficaria reduzida a menos de 1/3 das horas trabalhadas³⁴.

No entanto, várias mudanças têm ocorrido como mecanismos de reforma do Poder Judiciário tanto para melhorar a prestação jurisdicional como para instrumentalizá-lo. Mesmo assim, o aumento do número de demandas vem ocorrendo, tornando necessária a reformulação como política pública efetiva.

³³ O Conselho Nacional de Justiça-CNJ, no Brasil, implantou o sistema de metas com a necessária solução de conflitos que estavam ‘congelados’ no Judiciário brasileiro. Muitas críticas têm sido apresentadas ao cumprimento dessas metas e seus relatórios estatísticos, acusando-os de ineficientes, que não atendem à real solução de conflitos, servindo apenas para quantificar os dados do Poder Judiciário. Com todo respeito às críticas, ainda que se apontem elementos negativos, temos observado houve a solução de demandas ‘congeladas’ e muitos processos saíram das prateleira dos fóruns e tribunais.

³⁴ DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na américa latina e caribe**- elementos para reforma. Documento Técnico nº 319 - Relatório do Banco Mundial. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C., 1996, p. 11.

Reformas administrativas, de execução e reformas legais são os preceitos modificatórios desse Judiciário que atualmente existe. No entanto, o Relatório³⁵ estabelece que: “As fases iniciais, todavia, devem evitar a reforma legislativa que por sua natureza implicam altos custos, em termos de capital político”. Entender que essa reforma poderia começar sem uma alteração legislativa é possibilitar uma dinamização interpretativa, através de uma mudança de conduta na atuação do Judiciário (tanto, juízes, advogados, membros do Ministério Público e Auxiliares da Justiça).

Seria uma atuação do Judiciário como gestor público na atividade jurisdicional (típica e atípica) estabelecendo a sincronia do estudo que ora se faz e identificado a obrigatoriedade do cumprimento de preceitos já existentes (leis e Constituição)³⁶.

Aliás, o cumprimento da Constituição seria o próprio exercício do poder político, como “princípio liberal de legitimidade³⁷” do Judiciário e que atenderiam às questões de justiça, ou pelo menos, às questões que incidissem sobre a justiça. Por isso, Habermas³⁸ diz que a “A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure autoreflexivamente à legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole da sua própria atividade”. Ou seja, há uma necessidade de autoverificação da legislação existente nos Estados, tal como se faz no Judiciário, e reciprocamente, o autocontrole que exerce no Executivo, nos âmbito do Judiciário.

As reformas devem ainda atender aos princípios democráticos e a legitimação do Judiciário que se faz pelo devido processo legal. Sob esse prisma, cabe a transcrição abaixo:

Contudo inobstante, ser assegurado nos Estados Democráticos de Direito, mister se faz também que seja assegurada que tal prestação jurisdicional, observando-se o devido processo legal, se concretize em tempo razoável, pois a tutela jurisdicional, mesmo que revestida de toda a legalidade formal, não se

³⁵ Op. Cit. p. 14.

³⁶ Op. Cit. p. 16 que assim estabelece: “A reforma do judiciário deve ser abrangida quando da elaboração de qualquer reforma legal, posto que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma do judiciário racional pode ter um tremendo impacto no sucesso da modernização do estado dando uma importante contribuição para um processo de desenvolvimento mais amplo”.

³⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**, Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo. Ed. Ática, 2000, p. 181-182.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. , v. I, p. 301.

concretizará com a efetividade do processo se o agente procura o judiciário visando obter a tutela jurisdicional e esta se dá tardiamente, pois não irá solucionar o problema, acarretando o descrédito do judiciário e em última análise, a descrença no próprio Estado Democrático de Direito³⁹.

Ondas reformistas são apresentadas por Mauro Cappelletti⁴⁰ (1973) e consistem em transcrições da necessária modificação do Judiciário, compatibilizada à preservação dos direitos fundamentais existentes⁴¹, como elementos indissociáveis ao Estado de Direito e à Constituição democrática. É como se não pudéssemos dissociar Estado → Democracia → Direitos Fundamentais. Senão vejamos o que diz Sarlet⁴²:

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento democrático [...]

Ora, a reforma do Judiciário necessariamente deve prevalecer preservando esses elementos. Por isso deve contemplar não uma simples reforma, de caráter momentâneo, mas um programa efetivo do próprio Estado, dentro de suas políticas públicas e não simplesmente mudanças aleatórias e momentâneas.

As ondas reformistas só tendem a permanecerem para atender às modificações do Judiciário. Mangabeira Unger⁴³, já analisando o Projeto de Acesso à Justiça de Florença (Ondas Reformistas de Cappelletti), estabeleceu uma quarta onda reformista, a chamada onde do movimento de acesso à justiça e a existência de acesso aos operadores do direito.

Mostra-nos que necessitamos de diretrizes que norteiem ações no Judiciário, de forma que se estabeleçam regras e procedimentos para atender o jurisdicionado e o próprio Judiciário. Sistematizando-se a legislação em programas, financiamentos, ações para que haja uma elaboração, implantação e

³⁹ BRITO, Clarissa Moraes. **Gestão processual e audiência de conciliação**. Universidade Autónoma de Lisboa. Mestrado em Direito – Especialidade em Ciências Jurídicas. Lisboa: 2014, p. 4.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARHT, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 31.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.67.

⁴² Op. Cit., p.70.

⁴³ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1979, p. 186.

resultados cíclicos, com a participação ativa da sociedade e dos integrantes da atividade jurisdicional.

Um Judiciário aberto aos debates⁴⁴, para que, de forma mais transparente, verifique o cumprimento de suas referências valorativas, evitando assim, a vulnerabilidade do Poder Judiciário.

Mas, como implementar políticas públicas diante de uma crise econômica, em que as dimensões políticas são voltadas para uma estratégia de alcance muito mais econômico, do que mesmo a institucionalização do Poder Judiciário?

3.1 Déficit Orçamentário do Poder Judiciário e a prestação jurisdicional

A crise econômica impõe o decréscimo orçamentário dos Estados, comprometendo a estrutura e o funcionamento do Judiciário o que tornaria inviável a prestação jurisdicional e a efetivação dos direitos democráticos existentes. A redução material, estrutural e instrumental tem ocasionado o comprometimento dos gastos públicos. Isso sem falar na existência dos gastos efetuados pelos litigantes⁴⁵. Portanto, custo e duração do processo são fatores determinantes para afetar a atuação do Judiciário.

77

⁴⁴ Quase vinte anos depois da promulgação da Constituição Brasileira foi realizada uma audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Vejamos então a notícia: As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “*convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante*” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 20 de agosto de 2014.

⁴⁵ Aliás, Ricardo Pereira Junior (Op. Cit.) estabelece dois tipos de custos: o individual e o estatal. O primeiro diz respeito às despesas processuais que efetivamente vincula-se à incerteza decorrente do tempo de duração do processo. Enquanto que os custos estatais vinculam-se a uma pluralidade de variáveis existentes, desde a organização da Justiça, passando pelo Magistrado ou Tribunais, Ministério público, Defensoria Pública, Fazenda pública, polícia e outros setores diante da multiplicidade de matérias que são apresentadas em juízo, além de toda uma estrutura estatal auxiliar organizada pelo Poder Público.

3.1.1 A Justiça em número pelo CNJ: o caso da Justiça brasileira

No caso, brasileiro, o CNJ⁴⁶ divulgou a justiça em números (2013) apresentando o total das despesas do Judiciário no ano de 2012 de aproximadamente R\$ 57,2 bilhões, com crescimento de 7,2% (sete vírgula dois por cento) em relação ao ano de 2011, correspondente a 1,3% (um vírgula três por cento) do PIB nacional, e a 3,2% (três vírgula dois por cento) do total gasto pela União. Já os Estados e Municípios⁴⁷ no ano de 2012 e gastaram aproximadamente R\$ 300,48⁴⁸ (trezentos reais e quarenta e oito centavos) por litigante. A despesa do Judiciário Estadual é maior que o da União e representa aproximadamente 55% (cinquenta e cinco por cento) de todo o gasto do Poder Judiciário. A segunda maior despesa é da Justiça do Trabalho, seguida da Justiça Federal (União).

A maior parte dos gastos efetuados foi na área dos recursos humanos, o correspondente a R\$ 50,75 bilhões de reais, e representa aproximadamente 88,7% (oitenta e oito vírgula sete por cento) da despesa total⁴⁹.

No entanto, o percentual gasto com recursos humanos tem diminuído, pois passou de 90,8% (noventa vírgula oito por cento) em 2009 para 88,7% (oitenta e oito, vírgula sete) em 2012, com uma tendência a reduzir cada vez mais. E isso, se comparado com o aumento de demandas, sequer, o judiciário brasileiro tem na sua estrutura elementos subjetivos para solucionar os litígios existentes^{50 51}.

78

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de pesquisas Judiciárias. **Sumário Executivo – Justiça em números**. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 22 de agosto de 2014

⁴⁷ A expressão refere-se apenas à condição de litigante, uma vez que o Brasil é um Estado Federal e como consequência dessa forma de Estado, a Justiça é bipartida em federal e estadual.

⁴⁸ Aproximadamente 85€ (oitenta e cinco euros).

⁴⁹ Quantos às receitas, o Judiciário arrecadou aproximadamente R\$ 23,4 bilhões, o que equivale a 46,5% da despesa total, sendo que houve redução em relação ao ano de 2011, quando as receitas foram de R\$ 24,7 bilhões, 50,8% da despesa total. Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Departamento de pesquisas Judiciárias. **Sumário Executivo – Justiça em números**. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 22 de agosto de 2014

⁵⁰ Em Portugal, houve uma desorçamentação para 2014, correspondendo a menos 6,8% (seis vírgula oito por cento) do previsto para o orçamento do ano de 2013.

⁵¹ O que o Relatório não divulga são os gastos relacionados à área da construção e reforma de prédios para o Judiciário.

O Relatório estabelece a existência de acréscimos gradativos, chamada de taxa de congestionamento. Vejamos o que diz o relatório:

O estoque de processos do Poder Judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 92,2 milhões de processos em 2012, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) são casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores. Por outro lado, houve crescimento do total de processos baixados, atingindo-se 27,8 milhões de processos no último ano. No entanto, em mais um ano o número de processos baixados foi inferior ao de casos novos. Isso aponta para uma tendência de que o estoque aumente para o ano de 2013. Em termos relativos, os casos novos são os que mais cresceram, com aumento de 8,4% no ano, enquanto os baixados tiveram incremento de 7,5% e as sentenças em 4,7%. Um dos pontos principais desse cenário de crescimento gradual das demandas é a liquidação do estoque, visto que os tribunais sentenciaram e baixaram quantidade de processos em patamares inferiores ao ingresso de casos novos, sobretudo a partir de 2011.

A Justiça Estadual alcança 71% (setenta e um por cento) dos processos em juízo. O acréscimo quantitativo de processos a cada ano é agregado ao quantitativo de processos já existentes, o que o CNJ chama de ‘taxa de congestionamento’, que alcançou em 2012, um percentual de 70% (setenta por cento). Dessa quantidade de demandas, mais de 50% (cinquenta por cento) cresce a ‘taxa de congestionamento’ em primeiro grau. Enquanto o acréscimo de demandas foi de 14,8% (quatorze vírgula oito por cento). Como o Judiciário poderá solucionar esse acréscimo?

79

A diminuição nos gastos públicos tende a um ajuste em razão de medidas necessárias, de forma que há a necessidade da existência de reforma no processo orçamentário do judiciário, incluindo atividades que visem à descentralização do orçamento.

Mesmo diante de um grande movimento de mobilização da justiça pela conciliação e projetos promovidos pelo próprio CNJ⁵², juizados especiais, casas de mediação, juizados de paz, Defensorias Públicas (União e Estados), processos extrajudiciais como divórcio e partilhas extrajudiciais, juizados federais, arbitragem e mecanismos de atuação alternativa o desempenho do Judiciário Nacional tem sido “negativo” face ao acúmulo de demandas e ao acréscimo desta (congestionamento, como denomina o STF).

É necessário repensar fatores que busquem meios e recursos para tornar efetivo o acesso à justiça.

⁵² Exemplo é o projeto Pai Presente, que objetiva estimular o reconhecimento de paternidade de pessoas sem esse registro.

3.2 A tendência a repensar mecanismos para minimizar as demandas judiciais

Diante das dimensões atuais econômicas, há uma necessidade acirrada de identificar uma estratégica alternativa, envolvendo as instituições participantes da estrutura do Poder Judiciário.

Agora, a discussão volta-se para uma área além do acesso à justiça. Temos é que propor novos mecanismos de garantia desse acesso, identificando as necessidades do Judiciário, diante da oferta de demandas e o atendimento aos serviços jurisdicionais. Como expressa Economides⁵³: “o acesso aos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”.

Temos, portanto, é que buscar soluções que pacifiquem as demandas sociais e sejam encontrados meios e recursos que tornem a justiça mais efetiva e coativa. Sadek⁵⁴ diz que “[...] a rigor, a busca de soluções pacíficas é mais antiga do que o judiciário. Em sociedades tradicionais, por exemplo, anciãos, líderes religiosos tinham entre suas atribuições arbitrar controvérsias” (sic!). Buscar soluções pacificadoras na atuação jurisdicional é um dos grandes ícones de minimização do judicial. Nesse discurso, Eros Grau⁵⁵ assevera que:

O direito não é só violência monopolizada, mas também um discurso normalizador e disciplinador, no sentido foucaultiano: é prática social específica que expressa historicamente os conflitos e tensões dos grupos sociais e indivíduos que atuam em uma formação social determinada. Daí ser necessário pensar-nos a natureza o papel do Estado e do direito sob suas formas atuais [...]

No entanto, não seria propugnar pela Teoria de Direito Alternativo, contudo estabelecer uma atuação alternativa ao judiciário, com soluções efeti-

⁵³ ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?**. Seminário Internacional Justiça e Cidadania. Trad. Paulo M. Garçhet, Rio de Janeiro, 1997, Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiaversusmetodologiakimeconomides.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2014.

⁵⁴ SADEK, Maria Teresa A. **A efetividade de direitos e acesso à justiça**. In: RENAUT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 281.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e direito sobreposto**. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151.

vas. Se bem que os “juízes alternativos” são dotados do poder de adotar regras interpretativas (meta-regras), dando sentido aos processos sociais de produção de significados éticos⁵⁶.

Assim, que instrumentos estão sendo disponibilizados à sociedade e ao Estado capazes de solucionar a desassistência gerada pela deficiência de efetivação da justiça?

4 A DESASSISTÊNCIA JURISDICIONAL DIANTE DO DEMANDISMO

O acesso à justiça pressupõe um acesso a uma ordem jurídica justa numa jurisdição organizada e comprometida na realização da justiça e adequada à realidade social, por isso, Kazuo Watanabe⁵⁷ diz que “não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais”.

A prestação jurisdicional e a garantia do acesso à justiça correspondem hoje a uma mudança de paradigma desses princípios, de forma que se devem adequá-los às perspectivas atuais, dentro do fenômeno da demandização ou demandismo.

Habermas⁵⁸ propõe a existência de uma mudança nos princípios da ordem jurídica e estabelece que:

Uma mudança nos princípios de uma ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção, que sustentam os direitos de defesa e transportam inexplicavelmente o conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, energéticas e formadoras de estruturas.

Uma mudança no sentido de estabelecer um novo fundamento no acesso à justiça pautado na garantia do atendimento aos serviços jurisdicionais. Pois o entrave e a lentidão contribuem para a violação dessa garantia, fazendo

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e direito sobreposto**. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154, *apud* RUIZ, Alicia E. C.; CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y transición democrática*.

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 307-308.

com que os processos ‘rastejem’ lentamente nos fóruns e tribunais. É o entrave da lentidão⁵⁹ que assola o Judiciário. Humberto Theodoro Júnior⁶⁰ estabelece acerca da lentidão como sendo a própria injustiça ou até pior que a denegação desta. Senão vejamos:

A lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.

Hoje, considerar o quantitativo de processos judiciais como causa do entrave jurisdicional não seria mais plausível, pois a Corte Europeia de Direitos do Homem, desde 1987 entende que a morosidade processual indevida é passível de indenização por danos materiais e morais e o afogamento de processos na justiça não pode ser considerado causa na demora da prestação jurisdicional. Isso quer dizer que, se a prestação jurisdicional não é célere e efetiva não há ordem jurídica, não há direito, não há democracia.

Mas, deve haver a necessária conscientização do operador do direito e principalmente do juiz, a fim de evitar essa desassistência jurisdicional, de forma que os reflexos econômicos estejam inseridos na própria capacidade julgadora e modificadora do atual contexto pelo que passa o Judiciário e conseqüentemente, o jurisdicionado. Podemos, portanto, citar que:

O Direito é reflexo do meio e para ele se dirige, como um bumerangue. Mas, qual meio? O do poder, o das instituições. A sociedade faz, tolera ou é manipulada pelo poder, que se manifesta nas normas, nas instituições, nos fatores reais de poder. A escala de valores de uma sociedade sofre prodigiosa influência do poder político, que pode preservá-la, mascará-la ou alterá-la dissimuladamente.

O Direito é multifacetado: é instrumento do poder, mas, ao mesmo tempo, apresenta-se como escudo dos cidadãos contra os abusos do Estado e dos semelhantes privados⁶¹.

⁵⁹ Em 2011 o Estado Português foi condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem ao pagamento de mais de 10.000 euros pela lentidão em 2 processos.

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, **Revista Síntese ‘Direito Civil e Processual Civil’**, Ano VI, nº. 36, jul-ago 2005, p. 27.

⁶¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira – Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 45.

Gerson Marques Lima, com um tom pouco pessimista sobre o poder e o reflexo estatal que recai aos indivíduos, não se choca com o cenário protetivo de direitos fundamentais que a Constituição brasileira (1988) estabelece. Mas o cenário que o autor analisa exatamente é o previsto em um Estado Democrático de Direito⁶², o qual agrega um caráter transformador. Seria, portanto, incompatível essa desassistência jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Não há mais uma ordem jurídica a ser prestada pelo Judiciário e sim um “sistema de rede, remissivo e carente de sentido⁶³”. Essa é a crise da atualidade do Judiciário: a desassistência. Assim nos ensina Dinamarco⁶⁴ que:

[...] só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo equo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.

Não é só o acesso à justiça, temos direito à uma jurisdição responsável e eficiente, ou seja, um Judiciário que garanta os próprios direitos fundamentais.

4.1 O demandismo e a violação à ordem jurídica justa: uma justiça quantitativa

Ações comuns, *class action*, ações com matérias que envolvem questões de alta especificidade transtornam a atuação do Judiciário, de forma que o direito material na modernidade propõe várias espécies de litígios. Mas esse é o acesso ao judiciário que pretende normalmente um Estado Democrático de Direito moderno propõe.

⁶² Opc. Cit. p.52 estabelece que: “Podem-se utilizar alguns termos, para efeitos didáticos, que diferenciam os vários estádios das espécies de Estado: o Estado Liberal de Direito é marcado por uma faceta ordenadora; o Estado Social de Direito é assinalado pelo seu papel promovedor; e o Estado Democrático de Direito agrega o caráter transformador, conforme o normatizado”.

⁶³ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário**: tempo espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVIJAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. 1. 2001. p. 115.

No entanto, esse demandismo só caracteriza a identificação da justiça quantitativa⁶⁵, sob o aspecto formal do acesso à justiça e a simples garantia do direito de ação⁶⁶, destacando o Poder Judiciário (mas não a função jurisdicional), o que seria “equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social⁶⁷”.

Demandas em massa são geradas em razão de um acesso à justiça quantitativo que existe causando uma hipertrofia do magistrado e a exclusão de uma racionalidade discursiva⁶⁸ em razão da quantificação, levando em conta apenas os resultados⁶⁹, sem, muitas vezes, prover uma construção jurisdicional no ato decisório⁷⁰.

O Judiciário brasileiro, na tentativa de minimizar essa quantificação acabou por criar mecanismos de amenizar os processos judiciais como, por exemplo, a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos e o julgamento com mérito de ações repetitivas.

Cabe aqui lembrar que o Judiciário brasileiro possui como principal cliente o próprio Estado. Vejamos o cita Flávio Pedron⁷¹ *apud* Ada Pelegrini Grinover:

Além disso, o Executivo acaba por quase monopolizar faticamente a atividade do Judiciário. Grinover (2005:501) lembra que, no plano das demandas individuais, o principal “cliente” do Judiciário é o próprio Estado. Com base nas análises da pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, a pedido do Ministério da Justiça, constatou-se que “(...) 79% dos processos em tramitação pe-

⁶⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

⁶⁶ O que seria insuficiente e individualista.

⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 115.

⁶⁸ Op. Cit., p. 137.

⁶⁹ Infelizmente, o CNJ tem tratado assim, com as chamadas metas a serem alcançadas pela magistratura nacional brasileira.

⁷⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

⁷¹ PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

rante o Supremo envolvem o Poder Executivo (64% da União, 8,2% dos Estados e 6% dos Municípios; só a Caixa Econômica Federal é responsável por 44% das causas em andamento no Supremo Tribunal Federal)”.

Voltamos aqui a uma solução que deve ser estabelecida por uma política pública, pois o Estado é o principal cliente do Poder Judiciário, com prerrogativa e sujeições que possui, enquanto poder público, aumentando e travando cada vez mais a atividade jurisdicional. Sem falar que a Justiça Federal tem em todas as suas ações, no mínimo o interesse da União⁷².

4.2 Uma justiça qualitativa: o que precisamos

Precisamos mais do que resultados de provimentos jurisdicionais (resultados quantitativos), precisamos de uma justiça qualitativa. Há duas visões que devem ser estudadas: sob a visão de Dworkin e sob a ótica de Habermas na construção dessa justiça qualitativa.

Dworkin⁷³ apresenta a ideia do direito como um conceito interpretativo e que as práticas sociais são jurídicas e o “sistema de direitos e responsabilidades que respondem a [um] complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”, colocando o direito como integridade e propõe a seguir⁷⁴:

[...] do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos.

Assim, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro e a sociedade que aceita a integridade como virtude e se transforma, sob a ótica dos princípios, adequando-se às novas circunstâncias, sem uma mudança legislativa, tendo uma concepção de justiça no devido processo legal que se sobrepondo às alterações. O Direito para ele, não seria um conjunto de regras, mas princípios que se conectam, de forma que o Judiciário é envolvido por uma carga de responsabilidade política e de coerência com os princípios.

⁷² Referindo-se ao caso da organização da Justiça brasileira.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 116.

⁷⁴ Op. Cit.p. 202

Já Habermas⁷⁵ trata da Justiça qualitativa embasada na substituição da racionalidade instrumental, compatibilizando meios e fins numa racionalidade comunicativa (fenômeno linguístico) na integração social. Assim, o sistema de direitos é responsável pela garantia dos indivíduos em suas liberdades subjetivas de ação a partir das da conformidade com interesses⁷⁶. O direito não pode obrigar o indivíduo a permanecer muito tempo na esfera pública. Mas criaria um instrumento capaz de permitir aos cidadãos uma ordem jurídica, calcado nos direitos fundamentais em várias categorias⁷⁷ e institucionalizado pelo Estado de Direito, com o propósito de dar legitimidade às suas atuações.

Assim, o Direito vigente é capaz de garantir sua imposição e força coativa no comportamento da sociedade e, conseqüentemente nas decisões judiciais, imparcial e capaz de compreender e aplicar o Direito, garantindo a liberdade dos indivíduos e a atuação estatal.

Analisando o pensamento de Habermas, Flávio Pedron⁷⁸ assevera que:

O juiz, então, desempenha um papel de terceiro observador do conflito: cabe a ele questionar sobre a coerência das interpretações levantadas pelos participantes (autor e réu) quanto ao caso, bem como quanto à norma adequada. Dessa forma, a decisão não é apenas sua, mas uma construção conjunta que deve ainda se voltar para a sociedade – uma vez que a mesma é a real titular (e atingida) pelo sistema coerente de normas válidas, representado pelo Direito. Uma decisão pode ser considerada fundamentada quando, além de demonstrar a reconstrução argumentativa dos acontecimentos relevantes do caso concreto, explicita a norma adequada a servir de justificativa para a ação singular. Essa decisão, então, não é apenas dirigida aos litigantes, mas a toda a sociedade.

Dessa forma, o acesso à justiça propõe um direito de ingressar com demandas no Judiciário, em um lapso temporal que garanta o devido processo legal e uma racionalidade comunicativa.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 73-74.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 186.

⁷⁷ Op. Cit. p. 196.

⁷⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

E crise advinda do demandismo de processos? É uma crise que afeta a legitimidade da atuação jurisdicional? Ou uma simples falta de mecanismos de boa vontade do julgador e dos que participam da atuação do Judiciário?

4.2.1 O Novo Código de Processo Civil Português: uma nova proposta a uma justiça qualitativa

A doutrina portuguesa, manifestada de forma lúcida por Ramos de Farias e Ana Luísa Loureiro⁷⁹ expressa a nova diretiva processual de efetivação das demandas jurisdicionais, adequando-as à nova fórmula de gestão processual, conferindo uma atuação ativa no processo pelo órgão jurisdicional. E assim estabelecem:

Gestão processual é a direção ativa e dinâmica do processo, tem em vista, quer a rápida e justa resolução do litígio, que a melhor organização do trabalho do tribunal. Mitigando o formalismo processual civil, assente numa visão crítica das regras, a satisfação do dever de gestão processual destina-se a garantir uma mais eficiente tramitação da causa, a satisfação do fim do processo ou a satisfação do fim do ato processual.

Procura, portanto, estabelecer uma atuação do juiz no processo bem mais ativa, com o propósito de atender a diretiva constitucional prevista no artigo 20, nº 4 reduzindo o formalismo processual⁸⁰. Antônio Martins⁸¹ traduz como sendo, na verdade, um dever funcional⁸² (e não um poder) do próprio Judiciário, a gestão processual para a garantia do andamento célere do processo e para a justa composição do litígio. No mesmo sentido, Rui Pinto⁸³ diz que:

⁷⁹ FARIAS, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa. **Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil**. Coimbra: Ed. Almedina, 2013, p. 42.

⁸⁰ O que na verdade, propõe um Judiciário mais atuante em busca da desformalização sem a violação da lei, agilizando com mais ênfase o processo judicial. Nesses termos é que se observa o artigo 6º do Código de Processo Civil Português.

⁸¹ MARTINS, António. **Código de processo civil comentários e anotações práticas**. 3ª. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2013, p. 24.

⁸² Paulo Ramos de Farias e Ana Luísa Loureiro estabelecem que “Todo o poder exercido pelo juiz – quer surja no âmbito de uma atividade apelidada jurisdicional, quer ser de mera expediente, quer seja tido por discricionário, quer seja marcadamente vinculado – é um poder funcional, apenas sendo legítimo o seu exercício quando orientado para servir os fins que justificaram a sua outorga. A natureza “poder-dever” não é, assim, um sinal distintivo de um concreto poder (dever) exercido pelo juiz; é uma característica comungada por toda a sua atividade”. Op.cit. p. 45.

⁸³ PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao código de processo civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 27.

[...] a gestão processual não tem natureza discricionária: é um dever que cumpre ao juiz realizar. No entanto, o seu conteúdo é indeterminado no plano do objeto mediato, podendo concretiza-se em atos processuais não previamente definidos pela lei, *ad hoc* determinados.

A adequação formal para atender à celeridade e o demandismo de ações no Judiciário Lusitano, prevê uma forma de flexibilização atípica da gestão processual para atender e ajustar o processo, com o respeito aos princípios fundamentais da relação processual (como determinam os artigos 547 e 593 do Código de Processo Civil).

No entanto, até que ponto essa flexibilização dentro dos limites legais pode ser considerado mecanismo efetivo para o dinamismo do Judiciário lusitano? Talvez uma melhora momentânea, mas sabemos que pensar além é essencial.

A mudança desse Código é considerada com uma adequação às novas necessidades, de um juiz mais célere e mais atuante, pois isso agilizaria a processo, o que Rawls⁸⁴ chamaria de virtude política: “Por isso que a teoria da justiça como equidade compreende uma análise de certas virtudes políticas – as virtudes da cooperação social equitativa, tais como a civilidade e a tolerância, a moderação e o senso de equidade”.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁵ estabelece, em seu artigo 47º a garantia dos direitos e de ação e de um tribunal imparcial, num prazo razoável, além da assistência. O Novo Código de Processo Civil Português está a atender essa diretiva, ou pelo menos, a tentar a atender. Isso vem a melhor a autonomia da atuação do Judiciário com essa forma de gestão.

4.3 A (in)eficiência da prestação jurisdicional face à crise econômica: seria o caso brasileiro?

Não se pode atribuir a ineficiência da prestação jurisdicional apenas à falta de estrutura ou defeitos administrativos, ou mesmo a multiplicidade de

⁸⁴ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad.: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 311.

⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Serviço de Publicação da União Europeia: Bélgica, 2012.

causas existentes, o que Ricardo Pereira Junior⁸⁶ chama de “espiral de demandas”.

A ineficiência jurisdicional deve ser identificada diante de vários fatores que desembocam na crise econômico-institucional existente⁸⁷ e por via de consequência, no não funcionamento da sociedade, pois uma ineficiência do judiciário é a própria ineficiência da sociedade.

É claro que o problema orçamental não está só no Judiciário, mas também em outros segmentos estatais, o que afeta o desempenho da própria atividade pela falta de recursos. Isso quer dizer que em sua atuação atípica, o Judiciário ao exercer a função administrativa encontra-se obrigado a gerir, organizar, planejar e executar a atividade jurisdicional⁸⁸.

O Estado (pela determinação Constitucional) e a sociedade exigem a eficiência na gestão administrativa jurisdicional, tratando o Judiciário como próprio gestor público administrativo no desempenho dessa função. Nas atividades executivas típicas ocorrem, corriqueiramente, falhas na gestão administrativa como incompetências, resistência à evolução tecnológica, resistência ao planejamento, à propositura de metas a serem alcançadas, quanto mais na atuação do Judiciário. Por isso, tem passado por dificuldades nessa área. De forma como o Judiciário está preparado para administrar e gerir a atuação jurisdicional numa perspectiva administrativa e de gerenciamento dos gastos públicos, ou seja, da própria gestão e funcionamento desse Poder como atividade administrativa.

Não basta, portanto, definir a autonomia financeira e orçamentária do Judiciário⁸⁹. É necessária a modificação dos gastos públicos para minimizar os efeitos da ineficiência da gestão de gastos nesse Poder.

⁸⁶ PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário**: tempo espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVIJAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-set-set&set_number=000851&set_entry=000021&format=999. Acesso em 26 de agosto de 2014.

⁸⁷ PAPINI, Paulo Antônio. **A crise econômico-institucional brasileira e a crise no poder judiciário são as duas faces da mesma moeda**. p. 2. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26218-26220-1-PB.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2014.

⁸⁸ A Constituição brasileira estabelece os princípios da administração para o Judiciário e são eles expressos e decorrentes previstos no Art. 37 (Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e outros corolários destes).

⁸⁹ O Art. 99 da Constituição brasileira estabelece que: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira” e em seguida no § 1º disciplina: “Os tribunais elaborarão

Para se ter uma ideia, no caso da Justiça brasileira, com a implantação do processo eletrônico⁹⁰, no ano de 2012, a União teve que aumentar o orçamento no valor de R\$ 13 milhões só para atender um Estado da Federação (Mato Grosso do Sul), a fim de atender a determinação do CNJ⁹¹.

No Brasil, salvo melhor juízo, a crise é muito mais de gestão do que mesmo financeira. O que não seria o caso dos países europeus, mesmo com a diminuição do orçamento para o Poder Judiciário brasileiro. O que se observa é a abertura de crédito suplementar no orçamento ao longo do ano e a criação de novos tribunais e varas, principalmente no âmbito da Justiça da União. A afirmação é demonstrada em razão de um levantamento legislativo nos anos de 2012 e 2013, que podemos observar nas Tabelas 1 e 2.

Tabela 1 – Abertura de crédito suplementar para o Poder Judiciário no ano de 2013

Lei	Matéria
12.889, de 6.12.2013	Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Eleitoral e do Trabalho, do Ministério da Educação e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor de R\$ 942.240.394,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.
12.893 de 17.12.2013	Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça do Trabalho e de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R\$ 48.013.037,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.
12.900, de 18.12.2013	Dispõe sobre a criação de cargos de provimento efetivo no Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.
12.904, de 18.12.2013	Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Tribunal de Contas da União e das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho, crédito especial no valor de R\$ 34.958.072,00, para os fins que especifica.
12.914, de 18.12.2013	Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho, do Ministério Público da União e da Secretaria de Portos da Presidência da República, crédito especial no valor de R\$ 46.743.678,00, para os fins que especifica.

suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”.

⁹⁰ É claro que o processo eletrônico diminui bastante o uso de material de apoio no desenvolvimento das atividades jurisdicionais.

⁹¹ Resolução nº 70, de 28 de março de 2009. Dispõe sobre o Planejamento e Gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

12.915,de
18.12.2013 Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho, do Ministério Público da União, do Ministério das Relações Exteriores e das Secretarias de Assuntos Estratégicos, de Portos e da Micro e Pequena Empresa, crédito suplementar no valor de R\$ 182.208.690,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

Fonte: site do Planalto (www.planalto.gov.br/legislação)

Tabela 2 – Abertura de crédito suplementar para o Poder Judiciário no ano de 2012

Lei	Matéria
12.600, de 23.3.2012	Cria os cargos de Juiz-Auditor e Juiz-Auditor Substituto para a 2a Auditoria da 11a Circunscrição Judiciária Militar, no âmbito da Justiça Militar da União; revoga dispositivos da Lei no 10.333, de 19 de dezembro de 2001; e dá outras providências.
12.616, de 30.4.2012	Altera a composição do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região, cria Varas do Trabalho em sua jurisdição e dá outras providências.
12.617, de 30.4.2012	Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região e dá outras providências.
12.656, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 1a Região, define jurisdição e dá outras providências
12.657, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 7a Região e dá outras providências.
12.658, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região e dá outras providências.
12.659, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 8a Região e dá outras providências.
12.660, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de 1 (uma) Vara do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 23a Região e dá outras providências.
12.661, de 5.6.2012	Dispõe sobre a criação de Vara do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 19a Região e dá outras providências.
12.665, de 13.6.2012	Dispõe sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais; cria os respectivos cargos de Juízes Federais; e revoga dispositivos da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001

- 12.674, de 25.6.2012 Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 10a Região e dá outras providências
- 12.675, de 25.6.2012 Dispõe sobre a criação de cargos no quadro de pessoal do Tribunal Regional Federal da 2a Região e dá outras providências.
- 12.709, de 29.8.2012 Dispõe sobre a criação de cargos de provimento efetivo no Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região e dá outras providências.
- 12.759, de 19.12.2012 Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Justiça e da Defesa, crédito suplementar no valor de R\$ 590.979.322,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.
- 12.762, de 27.12.2012 Dispõe sobre a criação de 3 (três) varas federais no Estado do Amapá e sobre a criação de cargos efetivos e em comissão e funções de confiança nos Quadros de Pessoal da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e dá outras providências.
- 12.771, de 28.12.2012 Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Fonte: site do Planalto (www.planalto.gov.br/legislação)

A base legislativa brasileira nos anos de 2012 e 2013, em sua maioria, só demonstra a criação de varas e tribunais no âmbito da União⁹², o que acarreta o aumento de gastos. Porém, numa tendência a adequar essa nova gestão econômica do Judiciário brasileiro, o CNJ criou o Grupo de Apoio aos Tribunais⁹³ com o objetivo de promover uma melhor adequação ao orçamento do Judiciário, além de autorizar a celebração de contratos de consultoria para realizar o levantamento e estudos sobre os gastos e conseqüentemente uma melhor gestão.

Bem, na realidade, o Judiciário brasileiro tem crescido numericamente (quantitativamente) em varas e tribunais e gasto muito, mas muito, dinheiro na parte de recursos humanos, porém com os resultados tão positivos, como se esperava.

⁹² É claro que não estamos analisando a dotação prevista para o Judiciário nesses períodos (2012-2013).

⁹³ Grupo de Apoio aos Tribunais criado pela Portaria nº 204, de 20 de outubro de 2010. E estabelece em seu Art. 1º as seguintes atribuições: estabelecer diretrizes e ações para garantir a autonomia administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário; capacitar os tribunais na elaboração de suas respectivas propostas orçamentárias; e assessorar nos estudos, na elaboração, no encaminhamento e na aprovação de propostas orçamentárias;

O GAT foi criado em 2010 e só tende a apresentar uma defasagem na prestação jurisdicional.

Como relatado anteriormente, o que se necessita são políticas públicas que apresentem ações em continuidade para o Judiciário brasileiro e não somente o crescimento estrutural através de construções e reformas.

A crise econômica e a crise no Poder Judiciário são as duas faces da mesma moeda⁹⁴ e o direito tem que se transformar para se adequar a esse novo momento. Gina Chávez Vallejo⁹⁵

Las transformaciones del derecho y la emergencia del nuevo constitucionalismo exigen de un nuevo tipo de operadores jurídicos formados en las técnicas y métodos de interpretación del derecho público y en el estudio de la ley conforme a la constitución, a fin de que asuman los nuevos roles asignados a los jueces, y que los operadores jurídicos y ciudadanos estén preparados poner en acción los mecanismos garantistas vigentes.

Deve, portanto, a justiça brasileira atender os anseios de uma sociedade de forma organizada dentro dos princípios de justiça, de uma instituição política e social em sua estrutura básica e um senso de justiça efetivo, segundo o pensamento Rawls⁹⁶.

Mas, só teremos isso na justiça brasileira quando houver a mudança de paradigma com a efetivação da justiça que de forma correta atenda a seus preceitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende encerrar com a discussão em torno da relação que se estabelece entre a crise do judiciário e os problemas econômicos que vêm assolando o mundo. Pelo contrário, tem por escopo possibilitar o início de um debate que ainda tem muito a ser dito.

Sabemos que o problema da crise não se limita somente aos gastos no âmbito judiciário, mas repercute na higidez da própria democracia, que só existirá se houver um Judiciário funcionando.

O que se propõe é um Judiciário eficaz e com funcionalidade capaz de participar do desenvolvimento econômico de seu país, acompanhando a re-

⁹⁴ Op. Cit. p. 3

⁹⁵ VALLEJO, Gina Chávez. **Orden Jurídico, Formación de Jueces y transformaciones del Estado**. In: UNASUL e Novo Constitucionalismo Latino-Americano. FREITAS, Raquel Coelho de; MORAES, Germana de Oliveira, Coord. Curitiba: Editora CRV, 2013, p. 254.

⁹⁶ Op. Cit., p. 320-321.

definição de Estado e da própria sociedade, capaz de resolver as mais diversas espécies de disputas que são apresentadas. Para isso, é necessária a reformulação global de reforma do Judiciário adequando às necessidades específicas de cada país.

Mudança na definição de Justiça e sua adequação ao mercado econômico aberto, pluralista e sem fronteiras, como fruto advindo de uma atividade política com valores socioeconômicos.

Além disso, a existência de um discurso mais flexível nas decisões judiciais e não simplesmente a subsunção mecânica e legalista da norma, ou seja, um Judiciário mais otimizado pelo próprio juiz e por todos aqueles que compõem a atividade da prestação jurisdicional, com o reforço à atividade de independência, razoabilidade a atuação criativa e inovadora com ousado do bom senso, busca de novos caminhos com debates abertos com a circulação de ideias, para que a sociedade tenha confiabilidade no Poder Judiciário, e como diz Rawls⁹⁷: “A estabilidade é assegurada pela motivação suficiente do tipo apropriado, adquirida sob situações justas”.

A mudança para se conformar à crise econômica mundial que passamos, impõe uma colaboração de instituições como a Ordem dos Advogados, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Procuradorias e do próprio Judiciário, encarando a participação em um processo mais dinâmico, de grande articulação, avaliação e comprometimento com Judiciário.

Propõe-se também a realização de diagnósticos da atuação jurisdicional, aberto ao debate público e busca incessante de meios alternativos de melhoria da atuação jurisdicional, através de medidas de apoio aos serviços judiciais, de forma preventiva, a regulamentação de planos de assistência judiciária, a criação de Centro de Aconselhamento e Solução de Litígios etc.

As ondas reformistas do Judiciário que propõem a assistência jurídica, uma justiça de interesse público, abordagem de acesso à justiça e a movimentos de acesso aos operadores do direito, sejam uma constante para o encontro de novas diretrizes que venham responder à crise econômica que alcançou a Justiça, pois há uma falta de condições que tornam viável a regularidade da prestação jurisdicional. O que gera a intranquilidade interna e ex-

⁹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**, Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo. Ed. Ática, 2000, p.188.

terna, diante dessa inadequada prestação e proteção dos direitos fundamentais e a preservação da própria justiça. Por isso Habermas⁹⁸ diz que deve haver uma mudança no próprio poder social para preservar e proteger os direitos fundamentais:

Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões a garantias positivas.

Afinal, o Judiciário é o garantidor dos preceitos fundamentais, e deve-se repensar urgentemente uma nova fórmula para o custeio da estrutura da Justiça, de forma a mantê-la em situação compatível com as necessidades da coletividade na construção da efetiva cidadania.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

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

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de pesquisas Judiciárias. **Suário Executivo – Justiça em números**. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 22 de agosto de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resoluções**. Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 204, de 20 de outubro de 2010**. Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/portarias-presidencia/12053-portaria-n-204-20-de-outubro-de-2010>. Acesso em 29 de agosto de 2014.

_____. **Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao> Acesso em 29 de agosto de 2014.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 307.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 20 de agosto de 2014.

BRITO, Clarissa Moraes. **Gestão processual e audiência de conciliação**, Universidade Autónoma de Lisboa. Mestrado em Direito – Especialidade em Ciências Jurídicas Lisboa: 2014

CAPPELLETTI, Mauro; GARHT, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América latina e Caribe**- elementos para reforma. Documento Técnico nº 319 - Relatório do Banco Mundial. Trad. Sandro Eduardo Sardá, Washington, D.C., 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. 1. 2001.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia?. Seminário Internacional Justiça e Cidadania. Trad. Paulo M. Garchet, Rio de Janeiro, 1997, Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiversusmetodologiakimeconomides.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2014.

FARIAS, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa. **Primeiras notas ao novo código de processo civil**. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HOMEM, António Pedro Barbas. **História do Pensamento Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. Coimbra, 2003.

_____. **O justo e o injusto**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito – Lisboa: 2001. Reimpressão 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e direito sobreposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira – Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2009.

MACEDO, Paulo Gali. **Reflexões sobre a necessidade de um novo paradigma científico**. Encontro de Saberes: três gerações de bolseiros da Gulbenkian. Ed. Fundação Gulbenkian. Lisboa, 2006.

MARTINÉZ, Pedro Soares. **Previsão económica**. 2ª. Ed. Almedina. Coimbra, 2004.

MARTINS, António. **Código de processo civil comentários e anotações práticas**. 3ª. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAPINI, Paulo Antônio. **A crise econômico-institucional brasileira e a crise no poder judiciário são as duas faces da mesma moeda**. p. 2. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26218-26220-1-PB.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2014.

PASSOS, Carlos Eduardo da Fonseca. **Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_72.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. **O desafio moderno e o Judiciário: tempo espaço e atuação da justiça**. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2010. Síntese disponível em: http://dedalus.usp.br/F/H12Q3MYIXRCG32E5V3JUCLJ1LVI-JAGM8I2PPLX5S1Q2Y37T975-48993?func=full-setset&set_number=000851&set_entry=000021&format=999

PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao código de processo civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad.: Irene A. Paternot. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

_____. **Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenira M. R. Esteves. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

_____. **O liberalismo político**, Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo. Ed. Ática, 2000.

SADEK, Maria Teresa A. **A efetividade de direitos e acesso à justiça**. In: RE-NAUT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica dos direitos fundamentais**, Brasília, Brasília Jurídica, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Revista síntese ‘direito civil e processual civil’**, Porto Alegre, Ano VI, nº. 36, p. 19-37, jul-ago, 2005.
UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1979.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Serviço de Publicação da União Europeia: Bélgica, 2012.

VALLEJO, Gina Chávez. **Orden Jurídico, Formación de Jueces y transformaciones del Estado**. In: UNASUL e Novo Constitucionalismo Latino-Americano. FREITAS, Raquel Coelho de; MORAES, Germana de Oliveira, Coord. Curitiba: Editora CRV, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (Coords.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

“BEM FEITO — FOI SE METER COM HOMEM CASADO!”¹: DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Hernandes Diego Severiano*

Álison José Maia Melo**

RESUMO: Afigura-se a evolução do conceito de família, sendo entendida como espaço de busca pela felicidade e de desenvolvimento das potencialidades de cada indivíduo, baseada nas mudanças sociais e nos princípios da Constituição Federal, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Inserem-se no novo conceito de família diferentes modelos familiares, como as constituídas pelas relações concubinárias. Neste aspecto, é importante atentar aos efeitos jurídicos dessas relações, para que essas novas entidades familiares não sejam discriminadas ou sofram preconceito. Para que seja efetivada a justiça e que não haja discriminação a nenhum arranjo familiar, deve o Estado regulamentar este fato social existente há muitos anos, pois não é mais aceitável que os membros das relações paralelas continuem no campo de incerteza jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Relação concubinária. Possibilidade de reconhecimento como entidade familiar

ABSTRACT: In the evolution of the concept of family, being understood as a space for happiness and developing the potential of each individual, based on social changes and the principles of the Federal Constitution, especially the human dignity. We can find in the new concept of family different family models, such as those formed by concubinage relationship. In this context, it is important to pay attention to the legal effects of these relationships, trying to prevent these new family entities are discriminated or suffer prejudice. To achieve effective justice and the no discrimination to any family arrangement, the Legislative should regulate this social fact, because it is no longer acceptable that members of concubinage relationships continue in the field of legal uncertainty.

KEYWORDS: Family. Concubinage relationship. Possibility of recognition as a family entity.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 trouxe um novo perfil de Ordem Social ao subtrair a supremacia da união matrimonial como família. Tratou apenas da família, sem qualquer adjetivação. Dessa forma, houve a expansão do

¹ DIAS, Maria Berenice. Os privilégios masculinos. **Consulex**: revista jurídica, São Paulo, v. 8, n. 185, p. 41, set. 2004. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_privil%20E9gios_masculinos%281%29.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Agente Administrativo do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs).

** Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Mestre e Bacharel em Direito pela UFC. Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Ceará (Arce).

tratamento constitucional aos efeitos jurídicos das organizações familiares². Nesse contexto, o agora denominado Direito das Famílias adentrou na nova conjuntura albergada pela Carta Magna, a qual tem como um de seus elementos nucleares o indivíduo, em face do princípio da dignidade da pessoa humana e da consagração dos direitos fundamentais individuais.

O presente estudo tem por objetivo revisitar a natureza jurídica das uniões paralelas após a mudança axiológica das famílias, especialmente respaldada na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a constitucionalidade da união homoafetiva (ADIn 4.277 e ADPF 132), em virtude da atual omissão legislativa, razão de graves consequências imputadas aos membros envolvidos nas relações simultâneas³. Ademais, pretende-se discutir como as relações concubinárias inserem-se no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apresentar os efeitos pessoais e patrimoniais que tal tipo de relação acarreta na visão dos tribunais brasileiros e propor uma solução jurídica para a omissão legislativa.

Indaga-se, a esse respeito, se uma entidade familiar ou, pelo menos, equiparada à familiar, por preencher os requisitos mais relevantes — estabilidade, afetividade, publicidade e ânimo de constituição de família — deve ser regulada pelo Direito das Obrigações e não pelo próprio Direito das Famílias, já que a ligação ocorreu devido ao afeto e aos laços amorosos.

Desta feita, é necessário levar em consideração o atual conceito de família, plural, multifacetado e eudemonista⁴, ao passo que se torna importante para o Direito, enquanto sistema, retirar do campo das incertezas os indivíduos membros das relações simultâneas, pois não há normatização estabelecida no Direito brasileiro, fato este que pode vir a mitigar eventuais direitos concernentes a um núcleo familiar.

² MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 119-132, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232>>. Acesso em: 6 maio 2014.

³ Para uma discussão monográfica sobre o tema, cf. SEVERIANO, Hernandes Diego. **A outra família: a necessidade de regulamentação das relações concubinárias no ordenamento jurídico pátrio à luz do atual conceito de família**. 2014. 76 f. TCC (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza-CE, 2014. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000011/000011dc.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

⁴ A família eudemonista, considerada uma “nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo”, é aquela “que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

Este trabalho está dividido em seis partes. Após esta introdução, inicia-se ao exame da consideração do concubinato nos sistemas social e jurídico (seção 2) para, num segundo momento, trazer alguns aportes científicos para a atual conceito constitucional de família (seção 3). Retoma-se a questão do concubinato, revisitando à luz do novo paradigma de família (seção 4) e, antes da conclusão (seção 6), enfrenta-se o problema deste estudo. A pesquisa é eminentemente exploratória, baseada em referencial bibliográfica, em geral, com perspectiva crítica de proposição de soluções.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCUBINATO NA ATUALIDADE

O concubinato, alcunhado de “adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé” é majoritariamente repellido pela nossa sociedade⁵. No cotidiano, percebe-se que o termo concubino é depreciativo, referindo-se à pessoa que mantém uma relação paralela como amante ou até mesmo prostituta. Tal conduta deve-se ao moralismo e à forte influência da Igreja até então existente na nossa sociedade. Contudo, fechar simplesmente os olhos para um fato social, negando-lhe os efeitos jurídicos devidos, não soluciona o problema, mas apenas o mascara, sendo uma negativa da realidade.

Em que pese o crime de adultério ter sido revogado do Código Penal⁶, o Código Civil permanece punindo o concubino por ser cúmplice de um adultério, negando, por exemplo, direitos adquiridos pelo companheiro na união estável. As uniões paralelas são sentenciadas ao anonimato⁷, tendo a legislação pátria não lhe atribuindo direitos próprios. Apenas se o concubino alegar que não sabia da outra união do companheiro é que poderia ter algum direito concernente às entidades familiares. Caso contrário, na melhor das hipóteses, receberá algo se conseguir provar que contribuiu para a construção do patrimônio, como em uma sociedade de fato, mesmo sendo a relação pública e eivada de afetividade. Tal conduta apenas beneficia o cônjuge infiel, na medida em que ele não contrai obrigação patrimonial com o concubino, ao passo que discrimina uma eventual entidade familiar, já que pode ser perfeitamente comparada à união estável.

⁵ DIAS, 2013, p. 47.

⁶ O artigo 240 de Código Penal, que tipificava o crime de adultério, foi revogado por meio da Lei nº 11.106, de 28 mar. 2005.

⁷ DIAS, 2013, p. 50.

Torna-se preciso compreender que as relações de concubinato, enquanto relações jurídicas, possuem relevância. Nessas uniões também são construídos patrimônios e, mesmo não havendo mais discriminação em relação aos filhos, eles podem ser atingidos pelo não reconhecimento legal dessa relação⁸, uma vez que perdem os direitos sucessórios reflexos em relação ao concubino supérstite, que deixa de receber quinhão relativo à meação em favor do cônjuge.

No que tange às relações concubinárias, é sempre importante atentar que não se tratam de relações casuais, descompromissadas ou de ligação apenas sexual, mas implicam o intuito de constituir família, ou pelo menos uma das partes é conduzida nessa relação com base nessa crença. As relações concubinárias podem ser caracterizadas como relações análogas à união estável, estando presente a afetividade, estabilidade e convivência pública, todavia um dos indivíduos membros da relação, ou até os dois, são impedidos de casar.

Aliás, o concubinato possui conceito legal estabelecido no art. 1.727 do Código Civil, dentro do próprio capítulo da união estável, segundo o qual o concubinato configura-se como a relação não eventual entre pessoas impedidas de casar. A principal diferença conceitual entre o concubinato e a união estável é que, nesta última, os indivíduos não são impedidos de casar. Além disso, o ordenamento jurídico amplamente reconhece a união estável como entidade familiar. Já acerca do concubinato, há uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre se esta relação caracteriza-se ou não como familiar e, desta forma, ser protegida constitucionalmente.

A união estável também esbarrava nos mesmos problemas de reconhecimento que hoje passa o concubinato; todavia, essa realidade mudou com a promulgação da CF/88 que estendeu o conceito de família, reconhecendo a união estável como uma de suas modalidades. Já em relação ao concubinato, o texto constitucional silenciou, não o reconhecendo e nem expondo as suas consequências patrimoniais e jurídicas, mas também não o excluindo como possível arranjo familiar.

Aqueles que negam proteção jurídica ao concubinato alegam, entre outras justificativas, a proteção ao princípio da monogamia, uma vez que entendem que é norteador de todo o Direito das Famílias. Outro argumento

⁸ DIAS, 2013, p. 48.

bastante utilizado por quem nega os efeitos advindos da relação de concubinato é a proibição imposta pelo Código Civil, em seu artigo 1.642, V, à doação de bens do cônjuge ao concubino.

Assim, urge o nosso ordenamento jurídico de regulamentação acerca das uniões paralelas, no sentido de reconhecimento de mais um arranjo familiar, para que os integrantes dessa estrutura não venham a ser privados de direitos concernentes à família por puras questões morais e religiosas de um Estado que é laico, conforme artigo 5º, VI, CF.

No panorama atual, a concubina só tem direito a algo se provar que não sabia da existência da outra relação de seu companheiro, constituindo a união estável putativa, ou se provar que construiu patrimônio junto com seu companheiro, caracterizando-se, assim, uma sociedade de fato, situação esta absurda, já que uma relação amorosa, em tese, é baseada no afeto e não no patrimônio. Outro fato bastante relevante é a concubina saber ou não da outra relação do companheiro, a considerada “oficial”. Alegando a concubina que não sabia, caracteriza-se, segundo a doutrina, o concubinato de boa-fé, dessa forma, analogamente ao casamento putativo, ela tem os seus direitos reconhecidos. Já se ela admite que tinha conhecimento da outra relação do companheiro, são subtraídos os direitos concernentes à relação, ou seja, são desconsiderados seus efeitos jurídicos. Trata-se de um atentado contra a dignidade dos partícipes⁹. Nas palavras de Dias¹⁰: “Somente quando as mulheres dizem que não sabiam que o homem era casado, bem, então, sim, elas são absolvidas e há a possibilidade de receberem alguma coisa por uma vida inteira de dedicação a quem havia lhe jurado fidelidade...”. Neste sentido, dispõe a autora:

Também nessa hipótese — tão frequente em nossa sociedade — continuam os homens sendo os grandes beneficiados. Sob o fundamento de que eles infringiram o princípio da monogamia, cometeram o crime de adultério, descumpriram o dever de fidelidade, simplesmente ficam isentos de quaisquer obrigações para com quem - “bem feito” - foi se meter com homem casado!¹¹

⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. **Direito Unifacs**: debate virtual, Salvador, ano 2002, n. 31, dez. 2002. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_dezembro2002/convidados/convidado01.doc>. Acesso em: 26 mar. 2014.

¹⁰ DIAS, 2004, online.

¹¹ DIAS, 2004, online.

O ordenamento jurídico brasileiro tem conferido ao concubinato o direito à fictícia sociedade de fato no caso de dissolução da relação concubinária. Mesmo sendo constituída uma entidade familiar, essas relações serão regidas pelo chamado Direito das Obrigações, objetivando, assim, evitar o enriquecimento ilícito do indivíduo impedido de casar. Sendo regidas pelo campo do direito obrigacional, as partes ainda necessitam provar o esforço comum na construção do patrimônio no momento da partilha.

A sociedade de fato foi uma maneira paliativa encontrada pelos tribunais para evitar o enriquecimento ilícito de um dos parceiros, sem adentrar na seara do Direito da Família, relutando, ainda, em introduzir o instituto do concubinato em tal área. Nada mais justo que este tipo de relação seja tratada pelo Direito das Famílias, já que a Constituição Federal não trouxe um rol taxativo enumerando as entidades familiares. Além disso, se se parte de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, ou seja, das entidades familiares implicitamente constitucionalizadas, entre elas o concubinato, está-se afrontando frontalmente o ordenamento jurídico¹², pois, no momento atual, a família é entendida sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não conseguindo provar a existência da sociedade de fato, apenas resta a indenização por serviços prestados, recurso esse que ainda é bastante controverso no âmbito jurisprudencial, sendo completamente desconsiderada a equiparação à sociedade de fato, conforme constata-se acima. Nesse contexto, é aplicável a Súmula 380 do STF, na qual é atribuído ao concubinato apenas consequências patrimoniais, equiparando esse tipo de relação às sociedades de fato reguladas pelo Direito Empresarial.

A indenização por serviços prestados chega a ser ofensiva, assemelhando a mulher, companheira da relação concubinária, à doméstica, trabalhadora sexual ou até prostituta. Em que pese o tom pejorativo adotado, esta é uma solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para amparar aquela que, envolvida numa relação de afeto, não terá direito algum relativo aos anos dedicados a uma relação tipicamente familiar. Deve-se à concubina que não conseguir provar que contribuiu para a construção do patrimônio. Desta feita, recebe uma espécie de indenização relativa aos anos da relação. Trata-se de um recurso que tem por finalidade amparar o consorte concubino que, com o término da relação, pode vir a ficar completamente desamparado.

¹² ALBUQUERQUE FILHO, 2002, online.

Mesmo parte da doutrina e da jurisprudência entender a possibilidade de conceder a indenização por serviços prestados, a posição majoritária dos tribunais é no sentido de afastar tal direito, agindo de acordo com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no precedente estabelecido pelo REsp 988.090/MS, de forma que distanciam tal benefício das relações concubinárias.

DIREITO CIVIL. CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.727 DO CC/02. INCOERÊNCIA COM A LÓGICA JURÍDICA ADOTADA PELO CÓDIGO E PELA CF/88, QUE NÃO RECONHECEM DIREITO ANÁLOGO NO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei.

2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.

3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciará um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência.

4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 988.090/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010)

Nesta senda seguem os juízos de diversos tribunais brasileiros, removendo a indenização por serviços prestados do âmbito da relação concubinária, assim, negando uma das poucas vantagens auferidas por essa relação tão rechaçada e marginalizada pela sociedade ao decorrer dos anos, mesmo sendo constituída por afeto e preenchendo todas as condicionantes para a caracterização de uma entidade familiar. Mesmo não obtendo os direitos concernentes a uma família, também esse degradante benefício é negado pela

maioria dos tribunais, não dando o Direito a devida relevância a fatos que carecem de chancela jurídica.

3 A ATUAL CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A estrutura, os tipos e a forma de relacionamento entre os entes de uma família mudaram ao decorrer do tempo. Outrora patriarcal, a família atual define-se principalmente pelos laços de afetividade entre seus integrantes, indo muito além do caráter biológico. Ademais, também é caracterizada pela pluralidade no que tange à sua formação, não sendo mais aceito apenas o modelo matrimonial como a única forma de constituir uma entidade familiar.

O núcleo da construção jurídica da família está consagrado no texto constitucional. Dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Com efeito, a CF/88 considera a família a base da sociedade, não discriminando nenhum tipo de modelo familiar, tendo em vista o seu caráter multifacetado. Todavia, faz-se necessário atentar se todos os tipos de arranjos caracterizados como familiares estão recebendo a atenção devida do sistema jurídico. Outrossim, torna-se de extrema importância contemplar os princípios basilares do Direito das Famílias.

Pode-se inferir que a CF/88, ao mencionar família, nos ditames do seu artigo 226, e não delimitando o modelo familiar a ser protegido, como fazia

anteriormente protegendo apenas aquelas constituídas pelo casamento, não excluiu nenhuma entidade familiar que possa vir a se formar no ambiente da sociedade. Assim, não há mais que se falar em famílias “ilícitas” formadas fora do casamento, sendo claramente o *caput* do artigo supracitado uma cláusula de inclusão, não podendo ser excluída nenhuma entidade que preencha os requisitos da família, a saber, afetividade, ostensividade e estabilidade.

A afetividade é entendida hoje como critério fundamental da família, tomando o lugar que antes era ocupado pela instituição patrimonializada, para sustentar o cultivo dos laços afetivos, no qual o indivíduo é o centro da família. Já por convivência pública e ostensiva compreende-se aquela família que assim se apresenta perante a sociedade, faz com que terceiros compreendam aquele agrupamento como entidade familiar. A estabilidade é definida como a comunhão da vida, sendo excluídas relações momentâneas, episódicas, sem compromisso¹³. Logo, presentes tais critérios, pode-se identificar uma entidade familiar.

Outrossim, a expressão “também” contida no § 4º do artigo em epígrafe ilustra a inclusão de outra modalidade de entidade familiar, não apresentando aspecto de exclusão, dessa forma, sem desconsiderar as demais modalidades que não se encontram expressas no texto¹⁴, tendo em vista que ampla doutrina e jurisprudência já entendem que o rol apresentado na Constituição Federal é meramente exemplificativo.

De acordo com o amplo conceito de família contemporâneo, torna-se possível a identificação de entidades familiares das mais variadas modalidades. Em que pese o fato de parte da sociedade ainda pensar em família como aquele agrupamento formado pela mãe, pai e filhos, este é apenas um dos modelos existentes, devido ao caráter plural desta instituição. Nesse contexto, como arranjos possíveis de entidades familiares podem-se citar as famílias recompostas, homoafetivas, anaparentais¹⁵, poliafetivas¹⁶ e, porque

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79-80.

¹⁴ LÔBO, 2011, p. 82-83.

¹⁵ Família anaparental é aquela na qual está ausente o vínculo parental ascendente entre os familiares, ainda que inexistia relação sexual. Assim, é exemplo disso o ambiente familiar construído por irmãos (DIAS, 2013, p. 55).

¹⁶ As famílias poliafetivas, oriundas do denominado poliamor, são caracterizadas pela pluralidade de parceiros no mesmo ambiente, com fim de constituir duradouramente o vínculo familiar (DIAS, 2013, p. 53-54). No Rio Grande do Norte, Luiz Costa de Oliveira ficou nacionalmente conhecido por constituir família com sua segunda esposa, com a irmã e com a mãe dela (portanto, cunhada e sogra dele) e com as respectivas proles, todos sob o mesmo teto.

não incluir, as concubinárias. Esta pluralidade revela o poder do afeto e a superação da obrigatoriedade de laços de sangue para que seja constituída uma entidade familiar.

No Ceará, pode-se encontrar um exemplo paradigmático do concubinato. Seu Franciné, o sultão brasileiro, vive em Pacajus e mantém relação com três mulheres ao mesmo tempo, sendo elas irmãs, morando em três casas distintas uma do lado da outra¹⁷.

4 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO SOBRE AS UNIÕES PARALELAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Em que pese a Constituição Federal proteger o núcleo familiar em si, como base da sociedade, não importando a forma como ele foi constituído, as relações concubinárias não possuem reconhecimento como família, salientando-se que sequer há regulamentação sobre o tema. Na medida em que o Direito “fecha os olhos” para esse fato, contribui para a discriminação e atenta contra a dignidade das pessoas envolvidas neste tipo de enlace.

O simples fato de negar a realidade até corrobora para que a situação perpetue-se, porque o cônjuge infiel sabe que não haverá consequências na manutenção de sua relação paralela. O maior, e geralmente o único, prejudicado acaba sendo o concubino que na maioria das vezes recebe um sonoro “bem feito”¹⁸ dos nossos tribunais. Dessa forma, tem-se desconsiderado toda a afetividade presente no núcleo familiar, além de poder gerar o enriquecimento injustificado do cônjuge infiel.

É uma questão bastante complexa e delicada, na qual deve ser cuidadosamente avaliado cada aspecto resultante de tal enlace. Apenas não é mais admissível que ainda não haja qualquer tipo de regimento para as relações

(ARAÚJO, Glauco. Aposentado de 90 anos tem três mulheres, 69 filhos e 100 netos no RN. **G1:** Brasil, São Paulo, 19 set. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/09/aposentado-de-90-anos-tem-tres-mulheres-69-filhos-e-100-netos-no-rn.html>>. Acesso em: 15 maio 2014). Em Tupã, São Paulo, foi noticiado o registro em cartório de união estável entre três pessoas (UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. **G1:** Bauru e Marília, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014).

¹⁷ LEITE, José Ricardo. “Sultão brasileiro” vai deixar suas 3 mulheres na mão no dia dos namorados. **UOL:** a copa, Fortaleza, 12 jun. 2014. Disponível em: <<http://copado-mundo.uol.com.br/noticias/redacao/2014/06/12/sultao-brasileiro-vai-deixar-suas-3-mulheres-na-mao-no-dia-dos-namorados.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁸ DIAS, 2004, online.

paralelas, pois é um fato presente na nossa realidade e que necessita de posição concreta e legítima do ordenamento jurídico pátrio, sendo sempre preservados a dignidade da pessoa humana e o núcleo familiar em si, não importando a sua origem.

Não se pode permitir que tamanha hostilidade advinda de preceitos religiosos venha a mitigar direitos concernentes das relações paralelas. Quando a Constituição Federal exaltou a família em seu texto, não foi apresentado um rol exaustivo e sim exemplificativo, dessa forma, também devendo ser protegidas as entidades familiares implícitas, ou seja, aquelas não apresentadas no texto constitucional, como as anaparentais, recompostas, homoafetivas e, porque não, também as concubinárias.

É preciso ter em mente que os indivíduos que formam uma relação paralela encontram-se em uma situação jurídica indefinida, pois não há normatização no nosso ordenamento jurídico. Apenas o Código Civil cuidou de excluir alguns direitos do concubino, como o direito à herança. É imprescindível que os concubinos saiam do plano de incerteza imposto a eles, estando à mercê dos valores internos dos julgadores. Por mais que seja uma circunstância repelida por parte da sociedade, urge resolver tais pendências, tendo em vista que não enfrentar essa realidade nos traz desastrosos efeitos.

Há três aspectos jurídicos da discussão que merecem tratamento em separado, em razão do que podem ter soluções distintas: o primeiro diz respeito à qualificação jurídica da união paralela como uma entidade familiar, para fins e efeitos constitucionais; o segundo aspecto concerne com os efeitos pessoais, especificamente, direitos e deveres de afetividade; e o terceiro aspecto afeta os efeitos patrimoniais decorrentes da relação. A afirmação ou negação de um dos aspectos não eliminará necessariamente a exigibilidade dos demais.

Na ótica do atual conceito de família, no qual a afetividade é o elemento essencial do núcleo familiar, a união concubinária é formada por pessoas maiores e capazes, utilizando-se de sua autonomia para constituir esse enlace. Assim, não pode o Estado insistir em negar ali a constituição real de uma família¹⁹, esquivando-se de normatizar relações eivadas de afeto,

¹⁹ FRISON, Mayra Figueiredo. **O pluralismo familiar e a mutação constante no formato de família**: a constitucionalização do direito civil e dimensões do concubinato na promoção da dignidade da pessoa humana. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre - Mg, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/05.pdf>>. Acesso em: 30/03/2014.

mesmo que ainda causem certa contrariedade em parcela da sociedade e desde que presentes os requisitos necessários.

Sob o ponto de vista das pessoas envolvidas nessas relações afetivas, parece que os principais aspectos de sua preocupação são, segundo uma versão mais básica, a proteção da dignidade familiar, mediante o reconhecimento como entidade familiar, e a equiparação de algumas vantagens patrimoniais como medida de proteção ante às incertezas do futuro. Nada impede, nesse mister, que sejam atribuídas algumas restrições para fins de reconhecimento da familiaridade da relação.

Ainda em que pese à existência do princípio da monogamia, é salutar compreender que tal princípio entra em conflito com outros princípios presentes no Direito das Famílias no que concerne ao reconhecimento das relações concubinárias como entidade familiar. Defende-se que, em situações tais, no processo de produção normativa abstrata e geral, deve o legislativo levar em consideração um certo sopesamento entre os princípios jurídicos envolvidos na realidade factual em pauta de discussão²⁰. Nesse diapasão, a monogamia não é um preceito ordenador do Direito das Famílias e sim a proibição da constituição de múltiplos matrimônios. Não obstante, havendo a formação de famílias paralelas, não devem estar elas alheias a qualquer efeito jurídico, principalmente se as famílias são públicas e ostensivas e uma sabe da existência da outra e, mesmo assim, mantêm-se íntegras. Dessa forma, a duplicidade não é desleal²¹, devendo sim ser valorada juridicamente.

Nessa esteira, torna-se valorosa a reflexão de se o princípio da monogamia seria mesmo mais importante e mais relevante perante uma nova modalidade de entidade familiar constituída sobre a égide da afetividade. É preciso ainda se ponderar os outros princípios correlatos nas relações familiares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da igualdade e da autonomia na formação de unidades familiares. Levando também em apreço o atual conceito de família plural e multifacetado, fugindo do modelo tradicional do matrimônio.

Sem prejuízo de uma regulamentação geral e abstrata, torna-se necessário que cada caso seja analisado separadamente para que não se gere insegurança.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116-118.

²¹ DIAS, 2013, p. 48.

rança jurídica no âmbito familiar. É necessário sempre ter em conta, na produção de normas abstratas e gerais, a presença de sujeitos que agem de má-fé, mediante simulação ou fraude. Contudo, não se devem mitigar direitos inerentes a uma entidade familiar somente por estarem infringindo conceitos morais.

5 A ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE EFEITOS JURÍDICOS-FAMILIARES ÀS RELAÇÕES SIMULTÂNEAS

A inexistência de normativo que, expressamente, atribua prerrogativas aos integrantes das relações simultâneas no nosso ordenamento jurídico não pode ser considerada como declaração de inexistência de direitos, uma vez que se deve analisar o ordenamento jurídico sistematicamente, dando a Constituição Federal um caráter extensivo, de forma a albergar, de maneira satisfatória e eficaz, as diretrizes e fundamentos constitucionais²². Como visto, a falta de regulamentação das relações simultâneas gera situações de insegurança jurídica, já que não se tem assegurado direito algum a este tipo de relacionamento, deixando o fato ao arbítrio do julgador. Deve-se compreender, contudo, que a atribuição de efeitos jurídicos a esse tipo de relação pode ser conferida pelas vias administrativas e jurisprudenciais, como via de regra acontece no âmbito do Direito das Famílias.

Em face do exposto até o presente momento e considerando a fase atual de modificação do conceito de família, privilegiando a afetividade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, é mister que se venham a reconhecer os direitos das famílias paralelas, já que a ligação entre o direito e as urgências da sociedade apresenta-se como uma adequação da norma jurídica às necessidades provenientes da evolução da sociedade²³. Na medida em que se buscam diferenças ínfimas para tentar demonstrar a distinção entre dois institutos jurídicos semelhantes, contribui-se para a manutenção do preconceito velado a um tipo de relação jurídica familiar marginalizada²⁴, seja ela

²² Cf. MELO, Álison José Maia; ROCHA, Maria Vital da. **Direito ao conhecimento das origens genéticas no Brasil**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Lisboa, ano 3, n. 4, p. 2889-2918, abr. 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_04_02889_02918.pdf>. Acesso em: 6 mai 2014.

²³ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 412.

²⁴ MELO, Álison José Maia. Notas sobre o controle abstrato de constitucionalidade da união estável homoafetiva: uma análise da ADI 4.277/DF. In: MARQUES JUNIOR, William Paiva. **Constitucionalização das relações privadas**. v. 2. 2014. No prelo.

concubinária, homoafetiva ou formada por qualquer outro arranjo. Ademais, é de extrema relevância que se possam rever os valores sociais juridicamente relevantes, entender o alcance dos princípios constitucionais e estabelecer espaços para novas discussões, para se continuar a acompanhar a evolução da sociedade e proteger, de forma ampla, todos os arranjos já constituídos de entidade familiar.

Não é mais aceitável a generalização todas as relações concubinárias e negá-las direitos concernentes a uma família, mesmo constituindo uma, uma vez que a Constituição Federal protege a família em si e não um modelo unilateralmente imposto. Como lembra Ferrarini²⁵: “No imaginário popular ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, ‘a outra’, por conseguinte, satanizada”. Nesse contexto, alguns tribunais ainda insistem em mitigar direitos concernentes ao benefício previdenciário em caso de morte do varão que sustentava duas famílias simultaneamente. Dessa forma, é dada clara preferência a uma entidade familiar em detrimento da outra, ferindo fortemente o princípio da igualdade, pois se ambos os arranjos forem caracterizados como entidade familiar devem ser titulares da mesma proteção.

Seguindo os ensinamentos de Lôbo²⁶, é possível se verificar características semelhantes nas entidades familiares, como a afetividade, a estabilidade e a convivência pública e extensiva. Tais qualificações podem muito bem estar presentes em uniões concubinárias. A afetividade, por exemplo, é o liame de ligação dos membros da família, estabelecido pela convivência de seus membros, a comunhão de vidas, podendo ser até afastada a coabitação. Logo, deverá haver conhecimento no círculo de vivência deles, devendo os outros os reconhecerem como casal. No que tange à estabilidade, esta se caracteriza pela não transitoriedade da relação. Tal requisito é facilmente constatado nas relações concubinárias, havendo o clássico exemplo do RE 397.762, julgado pela Primeira Turma do STF, em 03/06/2008, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, no qual o varão manteve um relacionamento paralelo por trinta e sete anos, cessando apenas com a morte dele.

²⁵ FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**: pedaços da realidade em busca de dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89.

²⁶ LÔBO, 2011, p. 79-80.

Neste mesmo caso (RE 397.762), também é possível se constatar a convivência pública, pois quando um relacionamento é duradouro, na maioria das vezes, há constituição da prole, sabendo a esposa de tal relacionamento e até, de certa forma, consentindo já que permanece inerte. Não é coerente, então, que no momento da divisão dos bens ou benefícios previdenciários venha a esposa a negá-lo, pois sabia da existência da união paralela do cônjuge.

Segundo os preceitos de Dias²⁷, a “intenção de constituir família”, que é um dos requisitos necessários à caracterização de uma união estável, é vista apenas do lado masculino (na maioria das vezes o indivíduo que possui duas famílias), não levando em consideração a vontade da companheira. Ademais, a monogamia, tão defendida por quem não acredita na existência jurídica das famílias paralelas, na tentativa de punir a poligamia, acaba por beneficiar o indivíduo que manteve uniões concomitantes, já que ele não vem a sofrer nenhuma sanção²⁸.

A finalidade do benefício previdenciário da pensão por morte é dar suporte aos dependentes do segurado que veio a falecer, de maneira a não deixá-lo desamparado, não importando se este dependente adveio ou faz parte de uma relação moral ou amoral aos olhos da sociedade. Nesta senda, vem decidindo boa parte dos nossos tribunais a conceder tal direito à concubina, apesar do fato de ainda gerar dissonância. Mesmo não considerando o enlace concubinário como família, o benefício é concedido sendo constatada a situação de dependência da consorte concubinária na relação paralela. Acertadamente, o ordenamento jurídico está, gradualmente, desprendendo-se de preconceitos e rótulos e analisando cada caso de maneira particular, sem generalizar as relações simultâneas como apenas adulterinas, com conotação puramente sexual, frívolas e passageiras.

Na medida em que se atribui importância à questão social presente na realidade, clama por ainda mais urgência o Direito de lei regulamentadora sobre as relações paralelas, seus efeitos jurídicos e patrimoniais, para que nenhum possível arranjo familiar tenha seus eventuais direitos retirados, e também para que sejam preservados a dignidade da pessoa humana dos

²⁷ DIAS, 2004, online.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. A união estável. **Maria Berenice Dias**: união estável e concubinato, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni% E3o_est% E1vel.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

membros dessas relações. Malgrado o posicionamento majoritário dos tribunais superiores em negar efeitos patrimoniais às relações paralelas, alguns tribunais estão inovando em suas decisões, que são reflexos dos anseios da sociedade, e reconhecendo direitos à concubina, por exemplo, quando é feita a divisão igualitária dos bens entre a esposa, o marido e a concubina, sendo nomeado de “triação”, conforme será explanado adiante.

Na ânsia de tentar preencher a lacuna legislativa sobre os efeitos patrimoniais das relações paralelas, é possível encontrar decisão de tribunais no sentido de dividir igualmente os bens amealhados na constância da relação paralela, e consequentemente do casamento, em partes iguais entre o marido, a esposa e a concubina. Acabou-se por empregar o termo “triação” para esse tipo de acontecimento. Nessa esteira, recentemente decidiu a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco também a favor da triação, em decisão unânime²⁹, com a seguinte ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. RECONHECIMENTO. PARTILHA DE BENS. TRIAÇÃO.

1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito.

2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos.

3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo.

5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em "triação", pela simultaneidade das relações.

6. Precedentes do TJDF e do TJRS.

²⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. Triação de bens: direito não deve pretender desconstruir fatos da vida. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jan. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-26/jones-figueiredo-direito-nao-pretender-desconstituir-fatos-vida>>. Acesso em 22 abr. 2014.

No caso em comento, ambos os relacionamentos afetivos foram mantidos pelo varão de maneira pública e ostensiva, com o conhecimento recíproco das companheiras, dessa forma, construindo duas famílias de maneira simultânea. José Fernandes de Lemos, em seu voto sobre o julgamento do caso, noticiou que o varão havia realmente constituído duas famílias, já que agia como marido em ambas, além de pai e provedor, tendo a clara intenção e desejo de constituir famílias simultâneas. Pondera ainda afirmando que não deve nenhum tipo de núcleo familiar ser renegado, uma vez que não há razão jurídica para que tal fato ocorra. Dessa forma, faz-se bastante relevante atentar-se para parte do voto do relator, José Fernandes de Lemos:

Aliás, adotando-se a posição contrária, ou seja, a de que a duplicidade de relacionamentos afetivos acarreta a perda da *affectio familiae* e a quebra do dever de lealdade, seria forçoso concluir que tal perda e tal quebra não se restringiriam a uma das relações apenas, mas se estenderiam a todas. No caso dos autos, considerando ilegítima a união afetiva da autora-apelante, teríamos de admitir, por identidade de fundamentos, descaracterizada também a relação do réu-apelado com sua outra companheira, ao menos durante o período em que verificada a simultaneidade, o que nos conduziria ao absurdo de, diante de duas famílias consolidadas no plano dos fatos, não conferir o devido reconhecimento jurídico a nenhuma delas. Por outro lado, tutelar apenas um dos relacionamentos, em desprezo do outro, implicaria clara ofensa à isonomia, por conferir tratamento distinto a situações substancialmente idênticas³⁰.

115

Assim sendo, não deve o Direito rechaçar a existência de um núcleo familiar já formado não o conferindo proteção jurídica. Uma vez constituída, toda e qualquer forma de entidade familiar necessita de proteção estatal. Mesmo que, de uma forma paliativa, seja aplicada diretriz do Direito Obrigacional, com vistas a não desamparar um dos consortes, tal medida não preenche a lacuna deixada em relação às uniões paralelas.

Em contrapartida, há situações em que o cônjuge traído não sabe da existência da outra relação simultânea ao casamento e age de boa-fé, sendo surpreendido com a notícia da nova relação mantida pelo seu cônjuge. Nesses casos, devem ser preservados os bens do cônjuge de boa-fé, ao passo que os bens pertencentes ao cônjuge infiel devem fazer parte da partilha. Recomenda-se, desta maneira, uma forma de não afetação do consorte de boa-fé, na medida em que o cônjuge infiel não é beneficiado pelo enriquecimento

³⁰ ALVES, 2014, online.

ilícito e o concubino não vem a ser prejudicada pela lacuna legislativa acerca das uniões dúplices.

O Estado precisa agir para que os direitos fundamentais sejam assegurados no âmbito das relações privadas, sendo a regulamentação de situações fáticas principal meio para atingir tal fim. Na ausência de legislação, só poderão agir o Executivo e o Judiciário se as bases de suas ações estiverem bem claras no texto constitucional e desde que não limitem direitos de terceiros³¹. Desse modo, quando um indivíduo tem seus direitos fundamentais lesados, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a igualdade de condições semelhantes, deve buscar chancela do Estado, que é provedor e assegurador dos referidos direitos, dado que tem o dever de proteger a família, seja ela concubinária ou não.

Isto posto, não deve o Direito mais marginalizar esse tipo de relacionamento, que sempre existiu e não dá indícios de que seu fim está próximo. Não se aceita mais mascarar a realidade, fingir que ela não existe somente por um ideal moralista e religioso. Deve-se atentar ao fato que o conceito de família mudou, não havendo um modelo tipificado a ser seguido. Agora, trata-se de um lugar onde os indivíduos desenvolvem as suas potencialidades e procuram a felicidade, independentemente dos laços sanguíneos, apresentando-se, assim, como o principal elemento estruturante da família atual a afetividade.

6 CONCLUSÃO

O conceito de família modificou-se com o passar dos anos através do papel do indivíduo no ambiente familiar. A família, outrora patriarcal e hierarquizada, cede espaço à entidade plástica e plural que se vê atualmente. Plástica na medida em que se define de acordo com as escolhas do indivíduo e plural devido às diversas formas de entidade familiar existentes, sendo reflexos das singularidades dos membros da entidade familiar³².

Em face da nova concepção de família baseada nas mudanças sociais e nos princípios constitucionais, principalmente da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, surgiram

³¹ FERRARINI, 2010, p. 119-120.

³² MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **Os Desafios Contemporâneos do Direito das Famílias e Algumas Questões Relativas ao Estado de Filiação**. Conselho Nacional de Pesquisa em Direito. (Org.). Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. , p. 2724-2740.

novas formas de arranjos familiares além das entidades familiares já albergadas pela nossa Carta Magna. Ademais, deve-se considerar o viés plural e multifacetado dos atuais arranjos familiares, não sendo mais relevante a maneira que os núcleos familiares foram concebidos, mas sim se exercem a verdadeira função de uma família, qual seja o local de desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos.

O advento da regulamentação da união estável e do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar são exemplos de normatização do Direito de fatos que ocorriam na sociedade, mas que não tinham chancela jurídica. Contudo, as relações paralelas continuam no campo da incerteza, como se fechar os olhos para o problema fosse resolvê-lo.

O Poder Judiciário constantemente depara-se com questões dessa natureza e, devido à falta de normatização sobre o tema, eventuais entidades familiares possuem seus direitos mitigados na medida em que não é oferecida nenhuma proteção jurídica aos membros da relação simultânea. É dever do Direito, nesta senda, regular os novos conflitos existentes e, por meio da legislação, apresenta-se o principal instrumento de proteção³³ a essas situações ainda não normatizadas.

Não é mais admissível que tal situação continue desprovida de agasalho legislativo e judicial, considerando que as relações paralelas apresentam-se como situação fática presente na nossa sociedade desde o período colonial. Ademais, é dever do Estado assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos, não sendo aceitável que a falta de guarida do Poder Legislativo e do Poder Judiciário acarretem na violação da dignidade da pessoa humana dos integrantes desse tipo de relação.

Nessa dimensão, diante da omissão legislativa existente, surge para o magistrado o dever de estabelecer os direitos existentes diante de cada situação concreta. Como forma de tentar não rechaçar possíveis direitos, não pode o juiz trivializar as relações paralelas como impuras e não atribuir direito algum. Cada caso precisa ser analisado isoladamente para verificar-se se a situação apresentada preenche ou não os requisitos para a formação de uma entidade familiar. Somente depois de tal análise poderá o magistrado proferir decisão justa.

Desta feita, sustenta-se a equiparação das uniões paralelas a verdadeiras entidades familiares, desde que presentes os requisitos para a constituição de

³³ FERRARINI, 2010, p. 120.

uma família acima citados, pois é incoerente e injusto discriminar as entidades familiares concubinárias na medida em que são subtraídos os direitos concernentes a uma família.

Acentue-se ainda que não é objetivo desse trabalho sugerir assistência a simples relacionamentos frívolos, passageiros e de cunho essencialmente sexual. A finalidade maior é oferecer normatização a núcleos familiares existentes, porém não reconhecidos, dado que toda família deve ser titular de proteção estatal. É importante repisar que não se pode parar de pensar nas garantias contra agentes mal intencionados com interesse em praticar negócio simulado no intuito de prejudicar terceiros.

Faz-se necessário ainda ilustrar que, para que aconteçam mudanças no ordenamento jurídico pátrio, torna-se imprescindível que, principalmente, os juristas venham a despir-se de preconceitos e analisem, de forma sistemática, os princípios existentes no nosso ordenamento que regem o Direito das Famílias.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. **Direito Unifacs**: debate virtual, Salvador, ano 2002, n. 31, dez. 2002. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_dezembro2002/convidados/convidado01.doc>. Acesso em: 26 mar. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. Triação de bens: direito não deve pretender desconstruir fatos da vida. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jan. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-26/jones-figueiredo-direito-nao-pretender-desconstituir-fatos-vida>>. Acesso em 22 abr. 2014.

ARAÚJO, Glauco. Aposentado de 90 anos tem três mulheres, 69 filhos e 100 netos no RN. **G1**: Brasil, São Paulo, 19 set. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/09/aposentado-de-90-anos-tem-tres-mulheres-69-filhos-e-100-netos-no-rn.html>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 421, da Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/2/2010. Precedente citado: REsp 931.155-RS, DJ 20/8/2007. REsp 988.090-MS. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>> Acesso em: 01 abr. 2014.

COL, Helder Martinez Dal. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 99-120, jan./jun. 2014

DIAS, Maria Berenice. A união estável. **Maria Berenice Dias**: união estável e concubinato, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%20est%20est%20est.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

_____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Os privilégios masculinos. **Consulex**: revista jurídica, São Paulo, v. 8, n. 185, p. 41, set. 2004. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_privil%20gios_masculinos%20%29.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**: pedaços da realidade em busca de dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRISON, Mayra Figueiredo. **O pluralismo familiar e a mutação constante no formato de família: A constitucionalização do direito civil e dimensões do concubinato na promoção da dignidade da pessoa humana**. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre - Mg, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/05.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

LEITE, José Ricardo. “Sultão brasileiro” vai deixar suas 3 mulheres na mão no dia dos namorados. **UOL**: a copa, Fortaleza, 12 jun. 2014. Disponível em: <<http://copadomundo.uol.com.br/noticias/redacao/2014/06/12/sultao-brasileiro-vai-deixar-suas-3-mulheres-na-mao-no-dia-dos-namorados.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MELO, Álisson José Maia; ROCHA, Maria Vital da. **Direito ao conhecimento das origens genéticas no Brasil**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Lisboa, ano 3, n. 4, p. 2889-2918, abr. 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_04_02889_02918.pdf>. Acesso em: 6 mai 2014.

MELO, Álisson José Maia. Notas sobre o controle abstrato de constitucionalidade da união estável homoafetiva: uma análise da ADI 4.277/DF. In: MARQUES JUNIOR, William Paiva. **Constitucionalização das relações privadas. v. 2. 2014**. No prelo.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 13, n. 1, p. 119-132, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://siai-web06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232>>. Acesso em: 6 maio 2014.

SEVERIANO, Hernandes Diego. **A outra família:** a necessidade de regulamentação das relações concubinárias no ordenamento jurídico pátrio à luz do atual conceito de família. 2014. 76 f. TCC (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza-CE, 2014. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000011/000011dc.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. **G1:** Bauru e Marília, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CPC: O *COMMON LAW* NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Italo da Justa Porto*

João Luís Nogueira Matias**

Luana Pavan***

RESUMO: Reiteradamente, na atividade jurisdicional, evidenciam-se decisões divergentes, mesmo quando se trata de casos análogos, quando não idênticos. Esta realidade afronta inequivocamente os pilares do Direito, assecuratórios da segurança jurídica, da isonomia e, perfunctoriamente, a Justiça no caso concreto. Sob estes aspectos, emergem diversos pareceres de doutos juristas que, claramente influenciados pela doutrina britânica e estadunidense, concebem a necessidade de adoção de precedentes obrigatórios a vincular determinadas questões de direito. Certo é que a incidência dessas correntes doutrinárias advindas do *common Law* se verifica ainda bastante restrita nos tribunais pátrios, vez que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumento de vinculação cogente entre a atividade jurisprudencial. Contudo, é de ressaltar a presença das Súmulas Vinculantes, primeiro brado brasileiro concreto acerca de traços do Direito Jurisprudencial. Mais uma vez, apesar da importância deste instituto, observa-se que seus efeitos ainda são limitados, posto que é de consolidação exclusiva pela Suprema Corte Brasileira. O Projeto do Novo Código de Processo Civil permitirá que se supere décadas de existência de casos em que eram proferidas decisões finais divergentes provenientes de casos similares, ao consagrar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instrumento de uniformização.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Novo Código. Incidente de Resolução Demandas Repetitivas.

ABSTRACT: Repeatedly in judicial activity, divergent decisions appear, even when it comes to similar cases, or even identical. This reality affronts unequivocally the pillars of law, assecuratórios of legal certainty, equality and perfunctorily, justice in real cases. Under these

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

** Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009). Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999). Professor Associado, nível II, da Universidade Federal do Ceará, ministrando as disciplinas "Direito da empresa I" (direito societário), "Ordem jurídica e economia na perspectiva dos direitos fundamentais" e "Meio ambiente, sustentabilidade e direitos fundamentais", respectivamente, na graduação e no Programa de Pós-graduação (Curso de Mestrado e Doutorado). Foi Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito comercial, direito econômico e ambiental, focando seus estudos e trabalhos principalmente nos seguintes temas: direito da empresa, direito da propriedade, efetivação dos direitos fundamentais, relações entre direito e economia, direito ambiental e biodiversidade. Parecerista ad hoc da CA-PES.

*** Bolsista do CNPq pelo PIBIC entre 2010 e 2013. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

aspects, different opinions emerge from jurists who clearly influenced by British and American doctrine, conceive the necessity of adopting legal precedents to bind certain issues of law. Certain is that the incidence of these doctrinal currents arising from the common Law still quite occurs restricted in the national courts, since there is no, in the Brazilian legal system, cogent instrument able to link the activity of jurisprudence. However, it must be pointed out the presence of Binding Precedents, first Brazilian concrete cry about traces of Law Jurisprudence. Again, despite the importance of this institution, it is observed that its effects are still limited, since consolidation is in the exclusive Brazilian Supreme Court. The Project of the New Code of Civil Procedure allow it to overcome decades of existence of cases in which final differing decisions were made from similar cases, to consecrate the Incident of Resolution of Repetitive Demands instrument of uniformity

KEYWORDS: Civil Procedure. New Code. Incident of Resolution of Repetitive Demands.

1 OS PRECEDENTES NOS INSTITUTOS DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW

Em um primeiro momento, para que se torne possível a compreensão desta presente pesquisa acerca das inovações do Novo CPC, dentre elas incluindo-se o Incidente de Coletivização de Demandas, torna-se deveras necessário algumas explanações prévias acerca dos institutos jurídicos do Civil Law e do Common Law.

A priori, cumpre-se destacar que os contextos históricos que deram origem aos institutos jurídicos do Civil Law e o Common Law são completamente diferentes.

O instituto do Civil Law traz consigo dogmas que traduzem, de forma límpida, o momento histórico de seu afloramento, qual seja, o da Revolução Francesa. Este contexto se situava em um momento de superação ao antigo regime francês, período no qual o Judiciário francês era formado pela classe dominante, que possuía estreitos laços com a aristocracia feudal. Em decorrência do modelo aristocrático, nem de longe se vislumbrava o respeito aos ideais da iminente Revolução, tendo em vista que os cargos jurídicos não eram preenchidos por meritocracia, e sim herdados ou comprados.¹

Há relatos do momento histórico pré-revolucionário que os juízes deste período se negavam a obedecer dispositivos legais que se contrapusessem aos interesses dos protegidos da aristocracia, além de interpretarem as leis com tendência a afastar qualquer intenção progressista que por ventura surgisse.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. In Precedentes Obrigatórios. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, 2ª. Edição.

Posteriormente, com a chegada da Revolução Liberal, buscou-se “soltar as amarras” do direito praticado anteriormente. O objetivo dos Revolucionários seria criar um sistema jurídico transparente, claro e completo de forma a não permitir nenhuma ingerência dos juízes no poder do novo governo, tendo em vista a desconfiança deixada pelos magistrados do antigo regime francês. A partir deste momento, o poder dos Juízes estaria subordinado ao poder do parlamento.

A ideia seria tolher dos magistrados o poder de interpretar os textos legislativos, sendo eles, julgadores, transformados em meros aplicadores da Lei. Não haveria, neste azo, necessidade de se utilizar qualquer atividade hermenêutica para se ampliar ou limitar o sentido da norma. Ao magistrado caberia aplicar ao caso concreto a literalidade do texto legal.

Em caso de superveniência de uma possível antinomia ou conflito entre as normas, a querela era então enviada ao poder legislativo que, através de uma “interpretação autorizativa” faria com que qualquer imbróglio fosse sanado.

Em síntese, o que se buscava no Direito Francês pós-revolucionário era a limitação da atividade da atividade do judiciário através da existência de textos legais completos, plenos de direito, supostamente capazes de reduzir o papel do poder judiciário a meros aplicadores da Lei.

Em um diferente momento, teve início o instituto do *Common Law*, com gênese na Inglaterra, no tempo dos reis anglo-saxões, como um direito consuetudinário, baseado nos costumes do reino. Posteriormente, este instituto passou a adquirir características eminentemente jurisprudenciais, através da reafirmação do direito por decisões reiteradas dos tribunais. Havia, deste modo, a aplicação dos costumes locais ingleses ao caso concreto, mantendo sua estrutura jurisprudencial

As bases históricas da Revolução que impulsionaram a tradição jurídica do Common Law na Inglaterra foram as da Revolução Gloriosa, que teve objetivos e circunstâncias sociais completamente diferentes da Revolução Francesa. Não se buscava, na Inglaterra, destruir completamente o direito anterior, mas somente diminuir o poder do monarca, submetendo-o aos direitos individuais do cidadão, influenciados pelas ideias de John Locke.

A Revolução Inglesa não considerava os juízes como uma ameaça, a exemplo do que ocorreu na Revolução Francesa, mas sim como um aliado

na luta contra o monarca. Desta maneira, não houve a necessidade de se reafirmar a prevalência da lei sobre a atividade judicante, de maneira de fazer dos juízes meros aplicadores dos textos legislativos. Neste raciocínio, não havia a manifesta intenção de submeter o juiz à literalidade da lei, como mero produto do Legislativo. Existia, por conseguinte, espaço para os magistrados interpretarem os textos legais ao caso concreto, com mais liberdade do que ocorria no Direito Francês.²

Assim, na Inglaterra tanto as Leis quanto o Rei estavam submetidos ao *Common Law*, tendo em vista que os juízes ingleses poderiam anular as leis que estivessem em conflito com o direito dominante. Abria-se a possibilidade de o magistrado criar o direito com a observação do caso concreto.

A autoridade da lei em relação ao *common law* foi posteriormente contestada; pretendeu-se demonstrar que uma lei apenas teria observância obrigatória se o juiz a considerasse conforme ao *common law*. Neste sistema, um único julgado já pode-se considerar como precedente obrigatório, na medida em que se afirma a norma jurídica a ser aplicada em futuras situações.

O precedente judiciário, desde sua gênese, na Inglaterra, não é, no entanto, uma verdadeira fonte de direito, tendo em vista que o juiz que proferiu a primeira decisão acerca de uma dada matéria teve de se basear em algumas fontes para obter sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Tinha-se o precedente como a decisão obtida a partir de um caso concreto, podendo sua essência servir para resolução de casos posteriores. Sobre o tema disserta o processualista Freddie Didier Jr: “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”³.

Assim, apenas uma decisão judicial poderia ser considerada fonte do direito.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *NOVO CPC ESQUECE DA EQUIDADE PERANTE AS DECISÕES JUDICIAIS*. Disponível em <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto485.html>>. Acesso em: 04 de Julho de 2013.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 381.

2 A UTILIZAÇÃO PRÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Conforme se observou acima, quando da explanação da gênese do *Common Law* inglês, um precedente baseia-se a partir de um caso concreto, devendo, para ser utilizado posteriormente, demonstrar-se a semelhança entre o caso anterior e o caso presente, de modo a que, após este confronto se possa utilizar o dispositivo legal utilizado no precedente.

Dá-se o nome de *distinguishing* à contraposição e distinção entre os casos. É necessário que se interprete o precedente de modo a se verificar se há correlação com o caso analisado no presente, no caso que está em observação. Ou seja, faz-se uma verificação entre o caso presente e o caso paradigma, a fim de que se observe coincidência entre os fatos discutidos. Se o caso presente apresentar inovações em relação ao caso paradigmático, afasta-se sua aplicação.

Assevera-se, ademais, que caso haja divergências entre o caso paradigmático e o caso em análise, pode-se fazer um *distinguishing* restritivo, de modo a poder atender o caso paradigmático às peculiaridades do caso em tela. Por outro lado, há um *distinguishing* ampliativo se o caso concreto apresentar peculiaridades em relação aos casos paradigmáticos. Estende-se à hipótese em tela a mesma solução conferida aos casos anteriores.

O que se observa a partir dos esclarecimentos supra é que o magistrado em um sistema de precedentes não se torna mero reprodutor de casos anteriores, haja vista que o magistrado tem que externar os motivos que levaram a escolha e a aplicação do caso paradigmático em relação ao caso concreto, interpretando-se a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese normativa, contrapondo o caso atual ao precedente.

2.1 As técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*.

A dinamicidade em que ocorrem as relações sociais aumenta consideravelmente com o passar dos anos, o modo de se observar esta mutação social faz com que novas leis superem leis editadas anteriormente. Com o sistema dos precedentes não seria diferente, sendo possível que se revise um precedente sempre que houver novos argumentos, criando-se um novo precedente. É o que se chama de *overruling*.

Assevera-se, ademais, que para que ocorra o chamado “*overruling*”, seja expresso ou tácito, exige-se uma fundamentação bem delineada, trazendo fatos e argumentos inovadores, demonstrando-se o porquê de o precedente merecer ser superado.

No sistema jurídico brasileiro, não se observa o *overruling* tácito, somente o expresso, principalmente no que tange as súmulas vinculantes, quando se tem a previsão legal (previsto no art. 103-A §2º da CR/08) de cancelamento ou revisão de súmula vinculante.

Quando há o *overruling* de um precedente enraizado em um sistema jurídico, firmado após muito tempo de consolidação, há a necessidade que sua superação opere-se com a boa-fé objetiva e a confiança depositada no precedente. Por sua vez, não deve o precedente ter eficácia retroativa, razão pela qual o *overruling* se opera com aplicação *ex nunc*.

Já o chamado *overriding* se observa quando o tribunal restringe o âmbito de incidência de um precedente, após da superveniência de uma regra, com uma superação parcial.

Esclarece-se que o *overruling* e *overriding* são técnicas que restringem as possibilidades de engessamento do sistema jurídico, renovando e oxigenando o ordenamento jurídico, mantendo-o atualizado, bem como conferindo certa flexibilidade ao sistema do *Common Law*.

2.2 Súmula vinculante e os precedentes

O artigo art. 103-A foi inserido no texto da nossa Carta Magna de 1988 através da Emenda Constitucional nº 45/04, que explicita a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante acerca de decisões futuras.

O texto inserido possui a seguinte redação:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni, as súmulas no Direito Brasileiro foram vistas como meios de facilitar a resolução de casos repetitivos, não tendo a preocupação em garantir a coerência do sistema jurídico ou a previsibilidade⁴

A ideia central quando da elaboração das súmulas não seria, a priori, o intuito de conferir uma uniformidade ao entendimento jurídico no Brasil, impedindo que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual, mas sim “desafogar” o Poder Judiciário, que se encontrava com várias demandas similares e repetitivas.

Neste diapasão, cristalina se encontra a diferença substancial entre a súmula e o precedente, tendo em vista que este permite a racionalidade do Poder Judiciário, garantindo a unidade da ordem jurídica, sendo projetado para os casos futuros. De outro modo, quanto às súmulas, esta racionalidade adquire efeito secundário, como consequência de sua aplicação.

Não se deve olvidar que as súmulas vinculantes, entendidas como normas gerais e abstratas, não devem ser compreendidas de maneira dissociada dos precedentes fáticos que deram origem às mesmas.

Entende-se, ademais, que as súmulas não foram compreendidas como um retrato do direito jurisprudencial de um momento histórico, tornando-se as súmulas “guias estáticos”, desvinculando-se dos casos que lhe deram origem e sem a atualização necessária para acompanhar a dinamicidade das mudanças sociais.

Em um cenário de um sistema jurídico no qual se observa decisões divergentes sobre casos, por vezes, rigorosamente iguais, faz-se necessário que se reflita e se busque soluções para manter a ordem, a coerência e a unidade do sistema jurídico brasileiro.

3 RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL

Entende-se que no direito brasileiro não se desenvolveu uma tradição de respeito aos precedentes judiciais em decorrência da hierarquização existente no *Civil Law*, que assegura livre convencimento aos juízes. A inobservância dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro ocasiona situações embaraçosas, a exemplo da adoção do modelo difuso de controle judicial de

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. In Precedentes Obrigatórios. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, 2ª. Edição. Pg. 480.

constitucionalidade. Em virtude da eficácia interpartes das decisões, não operando efeitos *erga omnes*, emerge a possibilidade de prolação de julgados diferentes sobre questões jurídicas idênticas ou fáticas similares, culminando em uma incerteza e insegurança jurídica para todo o sistema jurídico.

Após realizados recentes estudos desenvolvidos pela Faculdade de Direito da FGV – Rio, “I Relatório Supremo em números” revelam que dos mais de 30 mil processos que chegam a ser julgados por ano no STF, 92% por cento são recursos, sendo que os processos eminentemente constitucionais representam menos de 0,5% dos casos julgados.⁵

Os dados supracitados corroboram para o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, atua com maior vigor como um Tribunal Recursal de última instância do que como uma Corte Constitucional. Mesmo após as reformas em nossa Carta Magna de 1988 que introduziram a repercussão geral e a súmula vinculante, o número de processos julgados pela nossa Corte Suprema ainda é bastante considerável.

No que concerne às decisões tomadas em sede de recurso extraordinário, por exemplo, quando se fala em lhes conferir eficácia vinculante, não se objetiva tornar imutável uma decisão acerca de sua inconstitucionalidade, mas impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem seus motivos determinantes.

Em observância à unidade e uniformidade do Sistema Jurídico Brasileiro, não se vislumbra dissociar a atribuição de poder aos juízos de piso sem a vinculação às decisões da Suprema Corte. Torna-se deveras necessária obrigatoriedade dos precedentes da Suprema Corte referentes à aplicação do controle difuso de constitucionalidade. A não observância das decisões da nossa Suprema Corte contribui para a fragilidade da força normativa da Constituição.

A despeito de os precedentes no direito brasileiro não terem o devido respeito que recebem nos países que adotam o *Common Law*, há casos em que observa-se resquícios de observância aos precedentes no Direito Brasileiro.

⁵ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common Law, Judicial Reviel e Stare Decisis: Uma Abordagem Histórica do Sistema de Controle de Constitucionalidade Anglo Americano em Perspectiva Comparada com o Sistema Brasileiro*. Pp. 39. In A Força dos Precedentes, Org. Luiz Guilherme Marinoni. Ed. Jus Podivm, 2012.

Em nosso Código de Processo Civil, por exemplo, verifica-se, em alguns dispositivos, a existência de respeito aos precedentes, a exemplo, da inexigibilidade do reexame necessário (art. 475, §3º), da possibilidade de julgamento liminar do mérito da ação em processos repetitivos (art. 285-A), do julgamento da impugnação e dos embargos à execução com fundamento na inexigibilidade do título (art. 475-L, §1º e art. 741, parágrafo único), do incidente da uniformização da jurisprudência (art. 479), da declaração incidental de inconstitucionalidade (art. 481), da súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º), do julgamento monocrático do recurso com fundamento em jurisprudência dominante (art. 557 e art. 544, §3º e §4º).

Nos tribunais superiores, por exemplo, com a inserção do art. 543-B no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.418/2006, autorizou-se o julgamento de Recurso Extraordinário pelo recurso da amostragem. Este procedimento funciona da seguinte maneira: analisa-se a repercussão geral em alguns processos em andamento, para que o entendimento alcançado em tais paradigmas acerca da repercussão geral possa ser aplicado em todos os demais idênticos casos. Já o art. 543-C, inserido através da Lei nº 11.672/2008, estendeu ao Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de julgar recursos repetitivos através da escolha alguns recursos paradigmáticos, que servirão de paradigma para os demais casos similares.

4 DA NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Bastante louvável a iniciativa do legislador ordinário ao primar pela criação de um instrumento de uniformização jurisprudencial, ato que por si só já demonstra a preocupação com a atual existência de decisões absurdamente contraditórias em pontos jurídicos idênticos. Ocorre que entre alguns tribunais e ainda internamente, a partir do estudo do posicionamento de seus juízes, é possível se evidenciar tratamento jurídico divergente para questões de direito iguais.

Acredita-se que esta situação possivelmente fora provocada por dois fatores principais. A um primeiro momento, emerge a inafastável subjetividade do julgador quando a considerar os elementos violadores ou não do direito. Piero Calamandrei cuidou de ilustrar sua preocupação com a imprevisibilidade das decisões judiciais com um caso concreto que vivenciara de perto. Discutia-se sobre a existência de vício redibitório em cavalo mordedor que fora objeto de uma compra e venda. Se em primeira instância houvera julgamento pela total improcedência do pleito, bastante surpreso quedou o douto

escritor romano diante da reforma da decisão de primeiro grau pelo tribunal competente. Ao ser indagadas as razões do entendimento do membro do *parquet* que convencera os magistrados, este recordou o sofrimento de seu filho quando atacado pela mordida de um cavalo.

Obviamente que este se trata de um caso meramente ilustrativo, apto apenas a demonstrar a influência que as experiências pessoais podem exercer sobre as decisões judiciais. Entretanto, ao mesmo tempo, percebe-se que no presente momento não há ainda instrumento com força normativa suficiente para vincular as decisões judiciais a um sistema de precedentes, mesmo por que este sobrevive no ordenamento brasileiro de maneira esparsa, sem um regramento próprio.

Outro fator ocasionador da mencionada divergência jurisprudencial seria justamente a ausência de um sistema de uniformização jurisprudencial, capaz de privilegiar e reunir os precedentes sobre determinadas questões jurídicas decididas reiteradamente. Este instrumento teria o fito de coibir, primeiramente, o julgamento desigual de casos jurídicos iguais, e, indiretamente, desestimular a propositura de ações fadadas ao insucesso, uma vez que seriam publicizados os entendimentos normativos do Direito Brasileiro.

Por obstante, já é possível visualizar que o ordenamento clama por este instituto de consagração dos precedentes judiciais em nosso país.

5 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5.1 Admissibilidade

A positivação deste instrumento revigora o Direito Brasileiro, ao primar pela uniformidade a ser conferida pelos magistrados a idênticas questões jurídicas. Por oportuno, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se trata de um dissídio a ser proposto ao tribunal em que tramita uma ação originária, na qual tenha sido suscitada divergência de julgamentos anteriores sobre determinada questão de direito. Em conformidade com a dicção do Projeto 8.046/2010 em seu Art. 988, será também admissível o incidente “presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva

ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.”⁶

Pelo que se observa, será necessária a demonstração de existência de controvérsia jurídica que já embase ou possa gerar processos afins, sendo este o mais íntimo requisito de admissibilidade do instituto. Cuidou o legislador de prevenir os efeitos da coexistência de decisões judiciais conflitantes sobre questões jurídicas análogas, o que incorreria em inarredável insulto aos princípios da isonomia e segurança jurídica.

Neste cenário, importante salientar o acolhimento em parte, pelo Poder Legislativo, de incessantes críticas desferidas contra a redação original proposta pelo Senado.

Sabe-se que o projeto, em redação anterior elencava a potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como único requisito do incidente. Sobre o tema, diversos estudiosos do direito, incluindo Leonardo José Carneiro da Cunha e Antônio Adonias A. Bastos, discutiram acerca da impropriedade do texto quando dizia:

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes pelo relator ou órgão colegiado.

Os críticos do tema vibraram ao receber a posterior redação dada pela Câmara dos Deputados ao dispor:

Art. 984. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver decisões conflitantes em processos que versem sobre a mesma questão de direito, material ou processual, desde que presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Frise-se, esta redação se encontra abolida. Criticavam os doutos juristas o cabimento do incidente unicamente com base na possibilidade de existir posicionamentos contrários acerca de uma mesma questão de direito, ou seja, mesmo quando inexistentes decisões judiciais conflitantes ou divergência jurisprudencial sobre um tema. Inegavelmente, este posicionamento, embora compreensível, não vislumbrava a possível ocorrência de graves danos às

⁶ Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

partes, em virtude da adoção de um primeiro posicionamento jurídico pelo juiz de primeiro grau, bem como dos dispêndios com o posterior desfazimento desta decisão judicial, nos casos em que o incidente fosse julgado procedente.

Sobre o tema, imagine-se que, em um caso concreto, uma das partes ou Ministério Público percebesse a existência de reiterados processos semelhantes, bem como a possibilidade de rumos diferentes no julgamento final das lides, todos respeitando a legalidade estrita. Sabendo desta divergência interpretativa, restariam os interessados impossibilitados de suscitar o incidente perante o tribunal competente para exercer o duplo grau de jurisdição? Sob esta premissa, restaria ao julgador *a quo* optar por um dos caminhos, igualmente lícitos, correndo o risco de proporcionar a ofensa à isonomia e à segurança jurídica, além de ter sua decisão desfeita após o julgamento de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ao passo disso, caso julgado procedente o respectivo Incidente, uma das partes estaria suportando o ônus de sucumbência, enquanto o vencedor do processo originário ficaria obrigado a restituir o que eventualmente recebera.

Haveria, por obstante, inconcebível incoerência normativa ao exigir que fossem prolatadas decisões conflitantes para admitir o processamento Incidente. Apesar disso, sabe-se que, atualmente, já podemos evidenciar divergências entre decisões judiciais sobre questões jurídicas iguais.

Admitido o incidente, imperioso que se promova o mais amplo debate possível, com vistas à análise minuciosa da questão de direito que, projetada com suas várias nuances no mundo dos fatos, proporcione a uniformidade e estabilização da jurisprudência. Sob esta perspectiva, discorreu Dworkin ponderadamente sobre o assunto:

O problema que surge em todos os casos é saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de forma a diminuir a probabilidade de (ou eliminar as razões para) novos dissensos.⁷

Incontestemente, por obstante, ser imprescindível que a aprovação de uma tese jurídica em detrimento de outra seja permeado por denso e pormenorizado

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pp. 337. Apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre o Incidente de Resoluções de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo CPC*. In O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Org. Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel. Jus Podivm, 2011.

debate, a partir da análise da questão de direito e do contexto que a circunda, para que seja possível o estudo do maior número possível de argumentos, com fito de evitar novas divergências. Isso não se concretizaria caso a divulgação não fosse realizada por meio eletrônico em banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, ou se a lei não determinasse que seus elementos de busca conterão os principais fundamentos do Incidente.⁸

Importa tecer considerações ainda sobre a abrangência da admissibilidade do Incidente. Sabe-se que sua pertinência primária está relacionada à divergência meritória sobre determinada questão de direito, isto é, primordialmente do sopesamento principiológico no âmbito do Judiciário. Contudo, ao presente momento, o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro estendeu o alcance deste novo instituto também para incluir demandas envolvendo decisões conflitantes acerca de mesma questão de fato.⁹

5.2 Legitimidade

A apreciação do Incidente de Demandas Repetitivas será realizada diretamente por tribunal, seja algum dos Tribunais de Justiça Estaduais seja Tribunais Regionais Federais, ou ainda quando pendente alguma ação de competência originária de outro tribunal. Para que isso ocorra, o projeto salienta que a legitimidade para propositura do Incidente abrangerá desde o relator ou órgão colegiado, por ofício, sobrevivendo às partes envolvidas em questão jurídica controversa ou de fato com enquadramento controverso, além do Ministério Público, Defensoria Pública e pessoa jurídica de direito público ou associação civil.

⁸ Art. 989. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§1º. Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

§2º Para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§3º Este artigo aplica-se também ao julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

⁹ Art. 988. [...] §9º O incidente pode ser instaurado também quando houver decisões conflitantes em torno de uma mesma questão de fato.

Salta aos olhos, preliminarmente, a iminente inovação legislativa ao se conferir poderes para instauração do incidente ao magistrado de segunda instância ou órgão colegiado competente para reanalisar o processo. Por certo, o reconhecimento de divergência jurisprudencial sobre determinado tema pelo julgador da causa proporciona a imediata ciência do tribunal a ele vinculado, para que sejam tomadas providências a fim de evitar a propagação de controvérsia jurídica. Por consequência, tal conduta será responsável por conferir considerável economia processual, vez que o acórdão do processo originário deverá ser prolatado somente após a adoção da tese jurídica mais adequada, com o julgamento do incidente. A partir da aplicação do precedente firmado pelo tribunal, provavelmente a decisão do primeiro processo terá grandes possibilidades de se mostrar irretocável, tendo em vista a análise multifacetada da controvérsia jurídica. Ademais, certo é que o efeito vinculante da solução do Incidente de Demandas Repetitivas desestimularia a interposição de ações contrárias ao entendimento da resolução do incidente, e, por isso, fadadas ao insucesso, exceto se visassem desconstituí-lo ou superá-lo, com que a doutrina especializada denomina *overruling*, se total, ou *overriding*, se parcialmente.

Importa mencionar que outrora o Projeto conferia legitimidade também ao juiz monocrático. Acredita-se que a nova redação, legitimando apenas relator ou órgão colegiado, apesar de inovadora, representa a perda da oportunidade de se dirimir divergência jurídica ainda em primeiro grau. Desta forma, quando apenas o juiz de primeira instância verifique a existência de reiterada controvérsia jurídica sobre o caso analisado, em suas considerações meritórias, será obrigado a optar por tese que julgar mais adequada em detrimento de outra, sem poder se fundamentar em precedente vinculante, aguardando uma possível propositura de Incidente de Demandas Repetitivas sobre o tema.

Consideremos, agora, os demais legitimados a propor o presente instrumento processual. Diferente do caso anterior, de cunho eminentemente excepcional, a legitimação de que se tem notícia neste momento pressupõe uma relação entre o sujeito autor e o conteúdo concreto da decisão questionada. Sobre o tema, bastante esclarecedoras são as palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha:

No plano processual, a legitimidade deve fazer-se presente, não somente para o ajuizamento de demandas, mas também para a instauração de incidentes. Para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas, não restam

dúvidas de que deve haver legitimidade, com pertinência temática relativamente à questão jurídica a ser examinada pelo tribunal. Assim, não é qualquer um que pode suscitar o mencionado incidente. Para poder suscitá-lo, é preciso ser parte numa demanda que verse sobre tema que repercute para diversas outras causas repetitivas. Deve, enfim, haver pertinência subjetiva da parte com a tese jurídica a ser fixada pelo tribunal.¹⁰

Pelo que emerge do excerto acima, para que particulares disponham de legitimidade para oferecer a instauração de um Incidente de Demandas Repetitivas, imprescindível que demonstrem o interesse que os fazem acionar o Judiciário para que se esclareça divergência jurisprudencial. Por oportuno, não é forçoso mencionar que a comprovação desta legitimidade ocorre mais facilmente com a existência de ação corrente, na qual figure com uma das partes.

Por sua vez, a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para propor o incidente de resolução de demandas repetitivas em muito se confunde com sua prerrogativa para interpor a Ação Civil Pública, regulamentada pela Lei. Nº 7.347/85. Contudo, deve-se elucidar as razões que respaldam o labor de cada uma destas instituições.

Empós o mandamento constitucional no sentido de que cabe aos membros do Ministério Público proteger, através do inquérito civil e da Ação civil Pública, os interesses difusos e coletivos,¹¹ decorre analogamente que estará o *parquet* legitimado para apresentar o Incidente de Demandas Repetitivas com relação a direitos destas naturezas. Como se pode analisar pormenorizadamente alhures, cuidou o legislador originário de resguardar, por tutela do Ministério Público, os direitos difusos, posto que são transindividuais, de titularidade indeterminada, apesar da coletividade que representa ser interligada por circunstância de fato; bem como dos direitos coletivos, também oriundo do gênero dos transindividuais, se caracterizam por seus titulares, determináveis, se vincularem por uma relação jurídica entre si ou com parte adversária.

Ao primeiro momento, estas duas subespécies de direitos transindividual foram conferidas aos cuidados do MP, restando a categoria dos direitos individuais homogêneos à margem deste rol, uma vez que inexistia previsão legal específica. Entretanto, respaldando-se na exceção prevista no Art. 129,

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resoluções de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo CPC. In. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Jus Podivm, 2011.

¹¹ Art. 129, III, CF/88.

inciso IX, da Constituição Federal¹², a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) inclui na competência do Ministério Público a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, sendo estes os que decorram de origem comum, porém cuja divisibilidade e seus titulares poderão ser determinados no momento da liquidação ou execução de uma sentença coletiva.

Ainda assim, pairava incessante divergência doutrinária acerca da existência de legitimidade do MP em tutelar direitos individuais homogêneos. Inobstante fervorosos argumentos em contradição, o Supremo Tribunal Federal assinalou a pertinência de pleito de autoria do *parquet* quando tratar de direitos individuais homogêneos de relevante interesse social. Neste sentido, elucidou seu posicionamento em julgado histórico, que persevera até os dias de hoje:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO (...) . 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas . 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação (RE 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 29.6.2001).

¹² Art. 81, § Único, III c/c Art. 82, I, Lei 8.078/90.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 459456 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012).

Portanto, dirimido impasse doutrinário acerca da legitimidade do Ministério Público para representar direitos individuais homogêneos, além dos difusos e coletivos, em ação civil pública, presume-se que, por analogia, o ajuizamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em proteção daquela espécie de direitos transindividuais estará condicionado à premissa de relevante interesse social.

Nos demais casos envolvendo direitos individuais homogêneos (isto é, quando ausente relevante interesse nacional), certamente careceria de legitimidade o Incidente proposto pelo Ministério Público. Urge frisar que o próprio Projeto de Novo CPC, provavelmente antecipando controvérsias interpretativas, elencou como legitimados “*pessoa jurídica de direito público ou pela associação civil*”, o que confere legitimidade a diversos outros interessados.

Pelo que se observa a partir do histórico jurisprudencial brasileiro, esta redação acolhe o entendimento atualmente firmado pela Suprema Corte, de forma que, nos casos de ilegitimidade do MP, outras instituições gozarão da prerrogativa pela interposição do incidente. À luz da legislação pátria, pode-se enumerar como exemplos as demais entidades legitimadas nos Art. 82, CDC e Art. 5º da Lei 7.347/85¹³, o que faz presumir que as associações civis

137

¹³ Art. 82, [...]

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Art. 5º, Lei 7.347/85

[...]

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

que almejem ofertar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas devem guardar pertinência temática com seus fins institucionais, além de estarem constituídas há pelo menos um ano.

Quanto à legitimação conferida aos membros da Defensoria Pública, certo é que esta prerrogativa deve estar vinculada à sua típica Assistência Jurídica, cuja regulamentação vem assaz disposta na Lei Complementar nº 80/94. Com efeito, para a interposição e acompanhamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, imperioso que este se funde em íntimo interesse de assistido pela Defensoria Pública competente para atuar no caso.

Pelo que se discorreu supra, o autor do incidente deverá ostentar legitimidade ou representação adequada, ou seja, com pertinência temática com íntimo interesse ou função típica.

Há defensores, contudo, da substituição da autoria, quando ofertado o Incidente por Promovente ilegítimo. Esta possibilidade poderia ser concretizada quando, decretada a ilegitimidade da parte autora, fosse ofertado prazo e oportunizado que o autor primário fosse substituído por quem de direito, com fins de dar seguimento à apreciação do incidente¹⁴.

Acerca de eventual substituição de autoria, hodiernamente, o Projeto do Novo CPC dispõe que, em caso de desistência ou abandono da causa, o Ministério Público poderá assumir a titularidade do incidente, bem como tais situações não impedem seu exame de mérito, com a lavratura de decisão vinculante¹⁵.

5.3 Procedimento

Superada a fase de admissibilidade do incidente, perante seu respectivo relator, proceder-se-á em ampla divulgação sobre a discussão jurídica analisada, o que deverá ser realizado por meios eletrônicos do Conselho Nacional de Justiça, com vistas a se utilizar da celeridade e da abrangência da comunicação virtual. Esta publicidade se apresenta indispensável para o enrique-

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, out-dez. 2002, v.108, p.68.

¹⁵ Vide Art. 988, §§ 5º e 6º, Projeto Novo CPC.

cimento dos debates em torno do Incidente, uma vez que possibilita a intervenção de interessados e de *amicus curiae*, para cooperar com a formação da tese jurídica a ser adotada.

Ao passo da divulgação da tramitação de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, impõe o Projeto alguns efeitos decorrentes da admissão do processamento do feito. Tratam-se de medidas relacionadas à suspensão de processos pendentes do Estado ou Região, versando sobre o tema a ser discutido, à suspensão da prescrição de pretensões semelhantes e à instrução do incidente, mediante a requisição de informações ao juízo de primeiro grau e a intimação do Ministério Público para se manifestar¹⁶.

A respeito da suspensão dos processos nos juízos de primeira instância, o Projeto mencionava a irrecorribilidade desta decisão, com intuito de se preservar a duração razoável do processamento do Incidente. Entretanto, ao presente momento, a versão final do Novo Código de Processo Civil silencia a respeito disso, razão pela qual se infere que a decisão que determina a suspensão dos processos pendentes poderá ser impugnada por agravo de instrumento, tendo em vista sua natureza eminentemente interlocutória aliada à urgência no possível provimento do tribunal.

Ressalva-se, porém, que qualquer das partes interessadas dos processos suspensos podem requerer o prosseguimento do feito, a partir da demonstração, ao juízo de origem, das peculiaridades de seu caso que o diferem da questão jurídica tratada no Incidente¹⁷.

Ademais, imperioso mencionar que o processamento do Incidente deverá se finalizar em até um ano. Exaurido este prazo, cessa a suspensão dos processos que versem sobre a matéria discutida, ressalvada a possibilidade

¹⁶ Art. 990. [...]

§ 1o. Admitido o incidente, o relator:

I – suspenderá os processos pendentes que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso;

II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo em que se discute o objeto do incidente, que as prestarão em quinze dias;

III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias. [...]

§5º Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos repetitivos com a mesma questão de direito.

¹⁷ Art. 990 [...]

§4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do §6º do art. 521. O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.

de o respectivo relator emitir decisão fundamentada pela manutenção da suspensão processual.¹⁸

De acordo com dicção anterior, o Projeto atribuía competência para julgamento do Incidente de Coletivização de Demandas ao plenário do tribunal ou, quando houvesse, ao órgão especial. Empós a tessitura de diversos comentários dos juristas nacionais acerca da inconstitucionalidade deste dispositivo, esta determinação foi retirada, abstendo-se o Projeto de especificar a instituição da corte em que for suscitada o Incidente que será competente para apreciação e julgamento. Ressalva-se contudo, que o órgão indicado pelo regimento do tribunal como competente para admitir, processar e julgar o Incidente deverá guardar competência de uniformizar a jurisprudência, além de ser composto, preferencialmente e sempre que possível, por desembargadores que, ordinariamente, apreciem matérias correlatas àquelas discutidas no Incidente¹⁹. Por oportuno, almeja o Novo Código de Processo Civil que o acórdão de resolução de demandas repetitivas seja prolatado por julgadores que guardem maior afinidade com temas discutidos.

Importante mencionar que o Projeto resguarda a competência privativa do plenário ou do órgão especial, quando o Incidente discorrer sobre questão de Arguição de Inconstitucionalidade, cujo procedimento segue disposto no Art. 960.

Findada a fase de admissibilidade, por consequência, terá início a fase instrutória do Incidente, em que o relator ordenará a intimação dos interessados para, querendo, se manifestarem no prazo comum de quinze dias, ao final do qual será ouvido o membro do Ministério Público, conforme art. 992 do Projeto.

¹⁸ Art. 996. O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 990, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 997. [...]

¹⁹ Art. 991. O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.

§1º O órgão competente deve ter, dentre as suas atribuições, a competência de uniformizar a jurisprudência.

§2º Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos fracionários com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

§3º Quando, no julgamento do incidente, ocorrer a hipótese do art. 960, a competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal.

Feito isso, realizada ou não audiência pública com escopo de ouvir especialistas na matéria controversa, atuando na figura de *amicus curiae*, será designada data de julgamento do Incidente. Nesta ocasião, serão ouvidos autor e réu do processo originário, bem como o Ministério Público, no prazo de trinta minutos. Respeitado este procedimento, poderão manifestar-se os interessados inscritos com até dois dias de antecedência, pelo mesmo tempo de trinta minutos, prazo que poderá estendido a critério do relator.

Ao final, o acórdão deverá ser prolatado com a análise e fundamento em todas questões jurídicas suscitadas, contrárias ou favoráveis à tese jurídica discutida.

6 EFEITOS DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ao inaugurar novo instrumento processual, imperioso que se promova sua internalização no ordenamento jurídico nacional de maneira a evitar dúvidas quanto à sua aplicabilidade empírica. A existência de imprecisões em sua forma de realização provavelmente dificultaria ou mesmo inviabilizaria seu bom aproveitamento pela sociedade.

Por estas razões, não se omitiu o legislador em discorrer sobre as implicações imediatas do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Direito Processual Brasileiro.

Finalizado o julgamento do Incidente e transitado este em julgado, a aplicação da tese jurídica consolidada se sujeita a duas condições: o processo versar sobre idêntica questão de direito e estar sujeito à jurisdição do tribunal prolator do acórdão²⁰. Assinala, outrossim, o Art. 995 da versão final do Projeto o cabimento da aplicação da tese aos processos futuros, possivelmente deflagrados após o julgamento do Incidente e cessada a suspensão do prazo prescricional das pretensões, disposta no Art. 990, § 5º.

De forma simétrica, nos casos em que o incidente for julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, originariamente ou em sede de recurso especial ou extraordinário, certo é que, segundo a dicção do art. 995, § 5º, “*a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos*

²⁰ Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

§ 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise. [...]

que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional”.

Não se deve olvidar, outrossim, da aplicabilidade da decisão oriunda de Incidente de Coletivização de Demandas, quando a controvérsia estiver relacionada a uma questão de fato, nos parâmetros preceituados no art. 988, § 9º do Projeto.²¹ Nestes casos, a versão final do Projeto assevera o cabimento da solução do incidente sobre a questão fática sempre que for relevante para o deslinde processual²². Perceptível, por oportuno, a intenção do legislador em não restringir a aplicação de Incidente relacionado a questões fáticas somente ao âmbito de circunscrição do tribunal julgador. Em virtude da presente leitura, presume-se ser possível a utilização de decisão de Incidente sobre questão de fato em todo o território nacional, independente da corte que a tenha prolatado.

Ademais, se estiver o incidente em fase recursal, podendo ser impugnado por recurso especial ou extraordinário, menciona o Projeto que permanecerá a suspensão, na jurisdição do tribunal de origem, dos processos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de, em relação a processos de outras localidades, as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, pessoa jurídica de direito público ou associação civil requererem a suspensão de processos semelhantes em curso em todo o país²³. Certo que tal disposição emegiu, mais uma vez, da necessidade de se resguardar a segurança jurídica e a equidade, tendo em vista que

²¹ Art. 988. [...]

§9º O incidente pode ser instaurado também quando houver decisões conflitantes em torno de uma mesma questão de fato.

²² Art. 995. [...]

§6º Julgado o incidente no caso do §9º do art. 988, a solução da questão fática será aplicada a todos os processos em que essa questão seja relevante para a solução da causa.

²³ Art. 997. Qualquer um dos legitimados mencionados no inciso II do § 3º do art. 988, visando à garantia da segurança jurídica, poderá requerer ao tribunal a quem compete conhecer de eventual recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§1º. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

§2º Não interposto o recurso especial ou o recurso extraordinário contra a decisão que julgou o incidente, cessa a suspensão a que se refere o *caput*.

Art. 998. O recurso especial ou o recurso extraordinário, que impugna a decisão proferida no incidente, tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

o posicionamento adotado pelo STJ ou STF, quando do julgamento do Incidente, será aplicável a todos os processos que disponham da mesma questão jurídica solucionada.

Por derradeiro, assinala-se que eventual julgado em inobservância da tese adotada pela decisão que resolve o Incidente será passível de Reclamação ao tribunal competente, sendo este aquele que por último conheceu da matéria do incidente.

Inarredável suscitar a hipótese de superação total ou parcial da decisão do Incidente, configurando *overruling* ou *overriding*, respectivamente. Sobre o assunto, dispõe o Projeto que os legitimados para oferecer o Incidente poderão pedir sua revisão²⁴, o que deverá ser requerido também à Corte que prolatou a decisão final.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após explanações acerca da utilização dos precedentes, além de traçado um paralelo com a utilização das súmulas vinculantes, busca-se analisar como será a utilização dos precedentes judiciais na resolução de demandas repetitivas.

Salienta-se, ademais, que o Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas, incluído no Projeto de Lei (PL) do Senado nº. 166/2010, e PL nº. 8.046/2010 da Câmara dos Deputados, tem o fito de minorar as possíveis controvérsias das decisões judiciais com grande potencial de ocasionar o aumento de processos que tratam de iguais questões de direito. Utiliza-se, portanto, um mecanismo similar ao da utilização dos precedentes no sistema do *Common Law*.

Em observância à inauguração do supracitado incidente, busca-se atribuir único entendimento jurídico idênticas questões de direito ou de fato, cuja controvérsia possa gerar uma multiplicidade de processos. Inegavelmente, este instituto apresenta uma tentativa de diminuir a insegurança jurídica causada por decisões divergentes.

Art. 999. Na hipótese prevista no art. 998, interposto o recurso, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

²⁴ Art. 995. [...]

§ 3º O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no inciso II do § 3º do art. 988 poderão pleitear a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 508, §§ 1º e 2º.

Assevera-se que o raio de incidência do novo instrumento está prevista no art. 988 do PL n°. 8.046/2010 que prevê em sua redação dois requisitos essenciais para a admissão do incidente: i) identificação da controvérsia fundada em mesma questão de direito com potencialidade de gerar demandas repetitivas e ii) possibilidade de decisões conflitantes que causem ofensa à segurança jurídica e à isonomia.

Esclarece-se que os legitimados para o pedido de instauração do incidente devem, após a verificação da potencial multiplicação de ações repetitivas, versando sobre a mesma controvérsia de direito material ou processual, acionar o Presidente do Tribunal em que se processa a demanda.

Para alcançar a devida publicidade, criou-se um registro eletrônico no qual constem os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, o que viabiliza a publicidade de todos os incidentes.

Caso o incidente seja admitido, o relator deverá determinar a suspensão de todos os processos que tratem da matéria do incidente no respectivo Estado ou Região, bem como da prescrição das pretensões nos casos repetitivos, além de poder requisitar informações ao juízo de origem e manifestação do Ministério Público para instruir o feito.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se apresenta, na forma apresentada, como grande consagração da influência do *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro, com a maior proteção à segurança jurídica e à isonomia.

Outrossim, a resolução do incidente promove a uniformidade do sistema jurídico nacional, com a elucidação de controvérsias jurídicas, antecedida de ampla participação das partes interessadas e do Ministério Público. Com efeito, almeja-se erradicar a coexistência de decisões divergentes sobre questões jurídicas idênticas.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Antônio Adonias. A Potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do Incidente de Resolução de Causas Repetitivas no Projeto do Novo CPC. In **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Org. Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel. Jus Podivm, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92- 151. Disponível em:

<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20di-reito%20brasileiro.pdf> Acesso em 05 de fevereiro de 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resoluções de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo CPC. In **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Org. Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel. Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pp. 337.

LIMA, Tallita Cunha de. A Imprevisibilidade Das Decisões Judiciais: Violação Aos Princípios Da Segurança Jurídica, Da Igualdade E Da Liberdade. In **FACIPLAC JURÍDICA** - Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central. Ano nº 5, Nov. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. In **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, 2ª. Edição.

_____. **Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais**. Disponível em <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto485.html>>. Acesso em: 04 de Julho de 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>>. Acesso em: 22 de Abril de 2013.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common Law, Judicial Reviel e Stare Decisis: Uma Abordagem Histórica do Sistema de Controle de Constitucionalidade Anglo Americano em Perspectiva Comparada com o Sistema Brasileiro. In **A Força dos Precedentes**, Org. Luiz Guilherme Marinoni. Ed. Jus Podivm, 2012.

EL PLURALISMO DEMOCRATICO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DESDE EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Juan Ramos Mamani*

1 ANTECEDENTES

Pueblos ancestrales. Las investigaciones han demostrado que en los Andes bolivianos se han desarrollado diversas culturas en diferentes períodos de tiempo, desde el período Arcaico (Viscachani), Formativo (Chiripa, Wankarani), Estatales (Tiwanaku), los Estados Regionales (Suyus Aymaras) hasta el Tawantinsuyu, con estructuras político, económico, sociales y culturales propias, al igual que en el viejo continente europeo.

2 NACIMIENTO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y SUS CONSTITUCIONES.

La Asamblea Constituyente en 1826, dio nacimiento a la República de Bolivia y aprobó la primera Constitución en 1826, en base al proyecto de constitución que remitió Simón Bolívar, con 157 artículos. Después de ésta Constitución se aprobaron las siguientes Reformas Constitucionales: 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, Constitución Social de 1938, Reformas de 1945, 1947, Constitución Nacional de 1961, Reforma de 1967, Constitución Neoliberal de 1994, Reformas de 2004 y 2005. En estas constituciones se estableció y practicó la “democracia representativa” durante el Estado Republicano y Estado Neoliberal.

147

3 NUEVO CONSTITUCIONALISMO DESDE AMÉRICA LATINA

Esta nueva teoría constitucional surge de los procesos políticos-sociales y las transformaciones constitucionales que dominaron la vida social, política, económica y cultural de Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. Estos países pasaron por transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas, organizaciones sociales y populares. No es de extrañar, por tanto, que las constituciones de estos tres países plantean los términos “*refundación*” en materia política, social, económica, cultural, ideológica,

* Docente Investigador (BOLIVIA). E-mail: juanramoseme@gmail.com

filosófica y jurídica. Hoy en base a estas experiencias constitucionales países como Brasil, Colombia, Chile, Perú y otros Estados del mundo, transitaran por procesos pre - constituyentes de refundación constitucional.

4 PROCESO CONSTITUYENTE EN BOLIVIA

4.1 Proceso Preconstituyente en Bolivia

¿Cuáles han sido los mecanismos a través de los cuales se ha creado el proceso constituyente en Bolivia?

Movilizaciones sociales. A partir de la década de los años 90 se inicia las movilizaciones sociales pidiendo la convocatoria a una constituyente y la refundación del Estado. Este proceso llega a su máxima expresión en las jornadas revolucionarias de febrero y octubre de 2003, concluyendo con la convocatoria a la Asamblea Constituyente el año 2006; a estos acontecimientos se ha llamado “proceso pre constituyente”.

4.2 Proceso Constituyente y revolución en democracia

a) El año 2006, el gobierno promulga y publica la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente para elegir 3 constituyentes en cada una de las 70 circunscripciones locales y otros 5 en cada Departamento, haciendo un total de 255, con una importante representación de indígenas.

b) El año 2006 el pueblo eligió a 255 constituyentes, conformado por distintos sectores sociales y sobre todo por mayoría de los excluidos que eran los indígenas.

4.3 Instalación de las Sesiones de la Asamblea Constituyente Originaria, Fundacional y Plenipotenciaria, con mandato sobre todas las instituciones del Estado

a) La asamblea instala sus sesiones el 6 de agosto de 2006, en Sucre, capital de Bolivia, para **refundar el país** con mandato sobre todas las instituciones del Estado y **aprobar una nueva Constitución** y acabar con el modelo neoliberal. A momento de aprobar su reglamento establecieron que dicha asamblea será originaria, fundacional y plenipotenciaria con mandato sobre todas las instituciones del Estado.

b) Después de la aprobación de la Constitución por parte de la Asamblea, el día 25 de enero de 2009 el pueblo soberano ratificó dicha constitución con el 61.43%, mediante Referéndum.

c) Así nació el nuevo Estado Social Plurinacional de Derecho Comunitario de Bolivia, y hoy estamos en plena construcción de dicho Estado, viviendo todavía el proceso pos-constituyente.

5 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL COMUNITARIO DESDE EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

5.1 Bases Constitucionales del Estado Plurinacional de Bolivia

Bases Fundamentales del Estado

Artículo 1. “I. Bolivia se constituye en un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. **Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico**, dentro del proceso integrador del país”.

El año 2009, bajo la Presidencia de Evo Morales Ayma, por primera vez en la historia de América Latina, un indígena es elegido Presidente, en más de 517 años después de la conquista, el pillaje, la explotación, la discriminación y saqueo de los recursos naturales fue características de ese período, ahora se aprobó una Constitución que crea un modelo de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, ***fundados en el pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico que busca garantizar el “Vivir Bien”, similar a la Felicidad Interior Bruta de Bután***, en contraste con la ideología liberal y neoliberal que propone el “crecimiento ilimitado” como condición de riqueza y prosperidad, bajo los:

Fundamentos políticos, económicos, sociales, ideológicos y culturales del Estado Plurinacional. La Asamblea Constituyente al momento de aprobar la nueva Constitución en su preámbulo estableció los fundamentos generales que a la letra dice: “... El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la

búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos...”.

En estas líneas se encuentran resumidos los verdaderos fundamentos constitucionales de esta nueva teoría constitucional que busca garantizar el “*Vivir Bien*”.

Por esta razón el **Pluralismo político**, significa aceptar la diversidad de opiniones, opciones y organizaciones políticas con sus respectivos proyectos, medios y fines, con tal que contribuyan al bien común y respeten los derechos del hombre y garanticen el “*vivir bien*”.

En el plano de la democracia, el Estado plurinacional supone la construcción de un Estado radicalmente democrático: recuperar y fortalecer el Estado y la sociedad para garantizar el ejercicio pleno de la soberanía popular. ***La plurinacionalidad supone el reconocimiento a las autoridades de los pueblos y nacionalidades, elegidas de acuerdo a sus usos y costumbres, dentro del Estado unitario, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedad.*** De ahí que la plurinacionalidad reconoce y valora las distintas formas de democracia existentes en el país: ***la democracia comunitaria, la democracia deliberativa, la democracia participativa*** nutren y complementan a la democracia representativa, promoviendo un verdadero ejercicio democrático intercultural.

Pluralismo económico y social. Desde el punto de vista del mercado neoliberal globalizado la riqueza se concentra en muy pocas personas en desmedro de las grandes mayorías, consecuentemente en este sistema no existe “*vivir bien*” para todos. Para eliminar la pobreza, la exclusión social y económica es necesario el planteamiento de la economía plural que está constituida por las formas de *organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa*, articuladas sobre los principios de *complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.*

El pluralismo social está muy ligado al pluralismo político, aunque no se reduce al acontecer de la política partidista. El pluralismo social se expresa en la posibilidad de los ciudadanos de participar en diversas organizaciones sociales: sindicatos, movimientos cívicos y otros, siempre respetando los principios y valores del Estado plurinacional hasta alcanzar el “*vivir bien*”.

El pluralismo ideológico, debe garantizar la libertad de conciencia, la diversidad de sistemas ideológicos o la “desideologización” es decir, la relativización de los esquemas ideológicos a favor del “*vivir bien*”, evitando cualquier dogmatismo ideológico o sectarismo o hegemonía ideológica sobre las minorías, o sobre las mayorías, por parte de los que ostentan el poder político. Ninguna ideología debe arrogarse el derecho de situarse por encima de las demás ni del bien común, menos del “*vivir bien*”. El monopolio ideológico y las ideologías “oficiales” no caben en un ambiente pluralista del “*vivir bien*”.

El planteamiento de Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario, postula una relación distinta entre el Estado, el mercado, la sociedad y la naturaleza, **una relación basada en la búsqueda permanente del “*Sumak Kawsay*”, *Suma Qamaña*, o “*Vivir Bien*”. “*Vivir Bien*” no sólo son dos palabras, sino un modelo o sistema político, económico, social y cultural alternativo frente a los sistemas liberales, neoliberales, socialistas y a la modernidad, expresados en una nueva teoría política y constitucional en permanente construcción que nace desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y las comunidades interculturales bolivianas y es concebido en el contexto de la interculturalidad.**

151

5.2 Pluralismo Democrático

El Pluralismo Democrático es uno de los fundamentos teóricos para la existencia del Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario de Bolivia y consiste en:

a) Sistema de Gobierno

La Constitución en su artículo 11, establece: “I. La República de Bolivia **adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria**, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

“II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la Ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, **la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa**. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley”.

Iniciativa legislativa ciudadana que consiste en la facultad que se reconoce a un cierto número de ciudadanos para presentar ante las entidades públicas o Poder Legislativo proyectos de ley y otro tipo de normas, prescindiéndose por completo de mecanismos representativos.

Revocatoria de mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado o concluida el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

Cabildo, consiste en que se le da al pueblo la oportunidad de participar, generalmente a nivel local, municipal en la discusión de un proyecto.

“2. **Representativa**, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a ley”.

Esta forma de democracia debe garantizar las siguientes condiciones.

Que se base sobre el principio de la soberanía popular, mediante el cual el pueblo soberano elige a sus gobernantes en elecciones libres y exentas de presiones y de manipulaciones por parte del gobierno o de grupos particulares.

a) Que se garantice efectivamente el ejercicio de las libertades públicas, los DDDF y sociales.

b) Que exista pluralidad de partidos políticos con igualdad de oportunidades electorales para todos ellos.

c) Que la estructura del Estado esté basado sobre el principio de la separación de funciones entre ramas del poder público.

d) Que en la vida jurídica se respete los principios de primacía de la constitución y jerarquía de las normas jurídicas.

e) Que se garantice la alternancia en el poder y presencia de una oposición y tolerancia.

La democracia comunitaria se ejerce:

“3. **Comunitaria**, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por norma y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, entre otros, conforme a ley”.

5.3 Ejercicio de las formas de democracia comunitaria

El pluralismo democrático se desarrolla y practicada por mandato de la ley fundamental de la siguiente manera:

La Constitución **en cuanto al ejercicio de los Derechos Políticos** en su artículo 26, establece: “II. El derecho a la participación comprende:

a) La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley.

b) El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos.

c) **Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios**, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio.

d) La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.

e) La fiscalización de los actos de la función pública.

5.4 Derecho de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos

La Constitución en su artículo 30, establece: “I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. ... las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos. **14) Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 18) A la participación en los órganos e instituciones del Estado.**

5.5 Órgano Legislativo

La Constitución en su artículo 146, establece:

“1. La Cámara de Diputados estará conformada por 130 miembros.

2. Los Diputados son elegidos en votación universal, directa y secreta...

7. Las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento. No deberán trascender los límites departamentales. Se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional. El Órgano

Electoral determinará las circunscripciones especiales. Estas circunscripciones forman parte del número total de diputados.

La Constitución en su artículo 147, establece:

- I. en la elección de asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres.
- II. En la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- III. La ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica.

5.6 Tribunal Supremo de Justicia

La Constitución en su artículo 182, establece:

- “I. Las magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.
- II. Para optar a la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia será necesario cumplir con los requisitos generales establecidos para los servidores públicos;... *Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.*

5.7 Tribunal Constitucional Plurinacional

La Constitución en su artículo 197, establece:

- I. El Tribunal Constitucional Plurinacional está integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

La Constitución en su artículo 199, establece:

- II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional *podrán ser propuestas* y propuestos por organizaciones de la sociedad civil *y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.*

5.8 Órgano Electoral

La Constitución en su artículo 206, establece:

- I. El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del Órgano Electoral, tiene jurisdicción nacional.
- II. El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, *y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino.*

5.9 Representación Política

La Constitución en su artículo 209, establece:

Las candidatas y los candidatos a los cargos públicos electos, con excepción de los cargos elegibles del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional serán postuladas y postulados a través de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos, en igualdad de condiciones y de acuerdo a ley.

La Constitución en su artículo 210, establece:

I. La organización y funcionamiento de las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos deberán ser democráticos.

II. La elección interna de las dirigentes y los dirigentes y de las candidatas y los candidatos de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos será regulada y fiscalizada por el Órgano Electoral Plurinacional, que garantizará la igual participación de hombres y mujeres.

III. Las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus candidatas y candidatos de acuerdo con sus normas propias de democracia comunitaria.

La Constitución en su artículo 211, establece:

I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección.

II. El Órgano Electoral supervisará que en la elección de autoridades, representantes y candidatas y candidatos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos mediante normas y procedimientos propios, dar estricto cumplimiento a la normativa de esos pueblos y naciones.

AS TUTELAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DO HABEAS CORPUS

Kelyssandra de Assis Viana*

RESUMO: A proteção dos presos pode ser vista a partir de diversos enfoques, bem como em face do *habeas corpus*, sob uma perspectiva constitucional, legal e social. A medida processual do *habeas corpus* é de grande relevância, tendo em vista que envolve questões de ordem legal, é uma ação constitucional de cunho penal e de procedimento especial, isenta de custas, que visa a evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade e abuso de poder, não se tratando, portanto, de uma espécie de recursal, apesar de regulamento no capítulo a ele destinado no Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção. Locomoção. *Habeas corpus*.

1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que os institutos direito de locomoção e ilegalidade podem ser enquadrados múltiplas ocorrências: (1) direito de acesso e ingresso no território nacional; (2) direito de saída do território nacional; (3) direito de permanência no território nacional; (4) direito de deslocamento dentro do país, e (5) direito dos presos e da liberdade face ao *habeas corpus*.

Conforme a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso III, todos têm o direito à liberdade e direito de ir e vir, que significa uma liberdade de transitar sem que haja uma restrição à locomoção, esse é um direito que assiste a todos os brasileiros e estrangeiros que residam no país ou que estejam legalizados de acordo com a legislação aplicada em vigor.

2 ELEMENTOS GERAIS E HISTÓRICOS DO HABEAS CORPUS

Desde o império romano o instituto do *habeas corpus* existe, ainda que com breves identificações atuais do referido instituto, era o chamado *interdictum de libero homine exhibendo*¹.

A existência do *Habeas Corpus* deu ensejo à existência de correntes doutrinárias acerca de sua origem. A primeira entende que o *Habeas Corpus* teve origem no Direito Romano, como estabelecido acima. A segunda corrente teórica mostra que a origem do instituto remonta à Carta Magna da

* Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e aluna do Curso de Especialização em Direito Processual Penal. E-mail: kelyssandra.viana@hotmail.com

¹ Significa a existência de um interdito para exibir um homem livre, pois a pessoa era colocada em público, visto e apreciado e ali se expurgava o segredo da prisão.

Inglaterra de 1215. A terceira corrente pondera que a origem o Habeas Corpus se deu no *Petition of Rights* editada no reinado de Carlos I. Nesse sentido Juliana Sousa (2010, *online*) assevera que:

Os doutrinadores que alegam que o Habeas Corpus teve sua origem no Direito Romano, afirmam que qualquer pessoa tinha o direito a reclamar através da *interdictum de libero homine exhibendo* (interdito para exibir homem livre) a apresentação de um homem livre que estava aprisionado através de um ato ilícito, ressalva-se que, naquele período era os próprios magistrados que forçavam homens livres a presta-lhes serviços.

Naquela época o Habeas Corpus se dava como uma ordem que o pretor (magistrado romano empossado de muitos poderes) dava para trazer o cidadão ao seu julgamento apreciando a legalidade da prisão. O *interdictum de homini libero exhibendo* e o *interdictum de liberis exhibendis* garantiam ao cidadão romano a liberdade, ou seja, o direito de locomoção: ir, vir e ficar.

Percebe-se que nessa época tanto o *interdictum de homini libero exhibendo* como o *interdictum de liberis exhibendis* garantiam o direito de liberdade, porém aplicava-se ao homem livre. Tourinho Filho (2004) também entende que a origem é a Carta Magana de 1215.

Esses interditos eram considerados no Direito Romano como ordens do pretor ou até mesmo restrições deste de exibir em público o preso. Nesse sentido, Marcos de Holanda (2004, p. 38), promotor aposentado do Ministério Público assevera que o instituto teve realmente suas bases romanas, inclusive nessa época já se elencavam as raízes processuais do instituto. Então vejamos a citação:

Nos casos de coação ilegal à liberdade de ir e vir passou-se a usar o Interdito de Homine Libero Exhibendo. Por ele, após prévio exame da capacidade processual, o Pretor determinava que o coator exibisse o paciente em público e sem demora. Caso o coator assim não fizesse era condenado ao pagamento de uma sanção pecuniária. Por este Interdito de homine libero exhibendo, o paciente, colocado em público, era visto, apreciado e, acima de tudo, ali, expurgava-se o segredo da prisão – ‘Exhibere est in publicum producere et vivendi tangendique hominis facultatem praebere; prope autem exhibere este extra secretem habere.’

O referido autor assevera que desde o Direito Romano as bases processuais se embasavam, pois havia uma audiência a qual o preso era apresentado, o pretor analisava as alegações e podia decidir se liberava ou não, concedendo a liberdade imediatamente².

² Inclusive esse procedimento hoje é utilizado na chamada “audiência admonitória”. A referida audiência é utilizada para a suspensão condicional da pena e prevista em lei.

A outra teoria fundamenta-se na Carta *Libertatum* do Rei João sem Terra, em 1215. A primeira versão tinha o caráter meramente substantivo passando a ter uma perspectiva instrumental posteriormente. Então vejamos novamente o que diz Juliana Sousa (2010, *online*) acerca do assunto:

[...] o Habeas Corpus foi a primeira garantia de direitos fundamentais, foi concedida pelo monarca inglês, João Sem terra, na Magna Carta Libertatum de 1215 e, em seguida, formalizada pelo habeas Corpus Act, no ano de 1679. Nesse diapasão caminha Dezen Junior e Pontes de Miranda que afirmam que da referida Carta, direitos foram declarados. Nela afirmou-se que homem livre não poderia ser preso ou detido sem que condenado por seus pares ou pelas leis. Explana o autor que *Habeas Corpus* eram as palavras escritas na ordem que o Tribunal concedia, dirigida àqueles que guardavam o preso. A ordem era a seguinte: “Toma o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”. (sic!)

Já a terceira e última corrente defende que a origem o Habeas Corpus se deu no Direito de Petição (*Petition of Rights*) em 1679, na época do então Rei Carlos I e permitia a utilização do instituto apenas na hipótese de acusação de um crime, não se permitindo a utilização do instituto em qualquer outra situação. Dessa forma, o instituto teria apenas a conotação processual penal (SOUSA, 2010, *online*).

O fato é que o instituto sempre teve um condão de instrumentalizar a garantia do direito de liberdade, ainda que com diversas restrições, como com simples perspectiva processual, ora com restrições aos seus beneficiários.

2.1 O instituto do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro: perspectivas da evolução histórica do *mandamus*

No Brasil, o instituto surge por volta de 1800, anterior, portanto, a nossa primeira Constituição, e foi instrumentalizado por um Decreto de Dom Pedro I. O Código Criminal de 1830 também previa contra prisões arbitrárias e como garantia da liberdade individual. No entanto, somente com a primeira Constituição republicana o instrumento processual teve sua previsão constitucional. Nesse sentido, Massaú (2008, p. 1) assevera que:

Sob a influência do constitucionalismo norte-americano, o Brasil acabou, em 1891, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, por constitucionalizar o *Habeas Corpus*, já previsto no Código de Processo Criminal de 1832. O texto constitucional surgiu com uma redação tipificando amplamente o *Habeas Corpus*; a partir desse texto começa a se falar da teoria brasileira [...].

Em 1871 o instituto foi garantido para os estrangeiros através da Lei nº 2.033, de 20 de Setembro de 1871. Assim estabelecia o dispositivo, em seu Art. 18, § 8º: “Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar”. Até então, não havia previsão de aplicação do instituto para o estrangeiro e somente após a edição dessa lei pode estabelecer a aplicação ao estrangeiro no território brasileiro.

Todas as demais Constituições brasileiras consagraram disposições atinentes ao instituto do Habeas Corpus. Apesar de períodos de restrição do instituto em razão de situações políticas vividas pelo Brasil o dispositivo permaneceu expresso na Constituição.

O habeas corpus foi utilizado no início como instrumento de garantia de direitos, até mesmo o procedimento para a garantia do direito líquido e certo (mandado de segurança), pois o mandado de segurança previsto na Constituição de 1946 só foi regulamentado processualmente em 1951 com a Lei nº 1533, e até o disciplinamento desta lei, o *mandamus* era garantido pelo uso instrumental do habeas corpus.

Sobre essa evolução legislativa no Brasil, Márcio Vitor Meyer Albuquerque assevera que:

No Brasil, apesar de introduzido com a vinda de D. João VI, quando expedido o decreto de 3-5-1821 e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias, o *habeas corpus* surgiu expressamente no direito pátrio a partir do Código de Processo Criminal de 1832, e elevou-se à regra constitucional de 1891. Ainda no ano de 1871, ocorreu um grande avanço do “*writ*”, através da Lei 2033, que se estendeu aos estrangeiros, visto que antes era exclusivo dos cidadãos brasileiros (ALBUQUERQUE, 2010, p. 29).

O *Habeas Corpus* sempre foi um remédio jurídico e com fundamento constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção, ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

O ordenamento jurídico brasileiro procurou dilatar a extensão do *habeas corpus* dando diversos sentidos para o direito de liberdade (*jus libertatis*) resguardando o direito de locomoção, admissível diante de algum ato que o lese, ou que possa lesá-lo, daí a possibilidade de interposição preventiva, sem a existência da violação da liberdade.

2.2 A contextualização do habeas corpus sob a ótica dos direitos humanos

Os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, de acordo com o que estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos da

Organização das Nações Unidas, pois preceitua que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem³ traz em seu preâmbulo que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". A igualdade e a liberdade se estabelecem como direitos inerentes à condição humana⁴.

Sob esse enfoque novamente calha a citação de Juliana Souza (2010, *online*):

[...] no ano de 1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, teve aceitação unânime pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consolidou toda complexidade dessa elaboração teórica, proclamando que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, conforme disposto no art. VI daquele texto convencional.

O homem é livre para pensar, para agir, para falar, para seguir. A liberdade se propõe a própria condição humana.

3.3 O *habeas corpus* na sistemática processual moderna do direito brasileiro

Como a liberdade de locomoção consiste no direito de ir e vir o disposto no Art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal estabelece a liberdade de locomoção em todo território nacional, em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da legislação infraconstitucional, no território entrar, permanecer ou sair com seus bens.

Sob esse enfoque o *habeas corpus* surge como instrumento assecuratório de garantia do direito de ir, vir e permanecer. Outro ponto que se observa desse instrumento é a possibilidade de utilização em outros aspectos indiretos da liberdade.

³ A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei.

⁴ No original: Article 4 – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi).

A garantia da liberdade face ao *habeas corpus*” é de grande relevância, tendo em vista que envolve questões de ordem legal, é uma ação constitucional de cunho penal e de procedimento especial, isenta de custas, que visa a evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade e abuso de poder, não se trata, portanto, de uma espécie de recursal, apesar de regulamento no capítulo a ele destinado no Código de Processo Penal.

O instituto como garantia de liberdade e por ser, considerado como ação, possui requisitos indispensáveis à sua propositura, como o estabelecido no Art. 654, do Código de Processo Penal, como legitimados e aspectos processuais.

Por ser instrumento de garantia da liberdade, qualquer pessoa, inclusive estrangeiros poderá impetrar o *mandamus*, diferentemente do processo civil, que necessita formalmente de condições da ação e de pressupostos processuais formais, como o da capacidade postulatória.

A liberdade é a regra, a exceção, sua restrição. Em razão disso, o CPP, em seu Art. 648, elenca hipóteses de cabimento, como a inocorrência de justa causa da prisão, excesso na prisão, ordem ilegal, abusividade na prisão, ausência de motivos que autorizem a coação, ainda, nas situações que admitem a fiança, processo nulo ou ainda na extinção da punibilidade.

A disposição legal do CPP não é taxativa, ou seja, é meramente exemplificativa, sendo cabível em outras hipóteses. Uma hipótese que é passível de várias interpretações é a prevista no inciso VI, ou seja, quando o processo for manifestamente nulo. Nessa situação, o cabimento da ação garantidora da liberdade, pois se carecer de atos solenes no processo gerando uma nulidade resultará na liberdade do acusado. Essa liberdade é reflexa, pois a ação ataca a nulidade processual.

Não é qualquer nulidade que enseja o cabimento do remédio, somente nulidades insanáveis e a sanável arguida e não atendida.

Em notícia no site do Superior Tribunal de Justiça, denominado “*Habeas corpus: remédio constitucional ou panaceia universal*”⁵ discute-se acerca do cabimento do instituto apresentando sérias críticas quanto à sua aplicação. Senão vejamos:

⁵ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107417. Acesso em 09 de novembro de 2012.

Para o ministro Bellizze, a elasticidade admitida para o HC pela jurisprudência do STJ e do STF desvirtua o sistema. Ele aponta que a Quinta Turma do STJ já admitiu HC até mesmo para ilegalidades quanto a sequestro de bens e ativos financeiros em investigação policial, sem qualquer ameaça, nem mesmo reflexa, ao direito de locomoção do investigado.

O STF, de modo similar, concedeu habeas para garantir direito de visita a preso, porque agravaria o grau de restrição de liberdade do indivíduo. “Parece-me que se foi além da meta”, pondera o relator do HC nº 216.882.

A crítica aborda a extensão da ação e suas interpretações feitas pelas cortes superiores, que ora limitam a utilização, ora estendem o cabimento.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS DO HABEAS CORPUS NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

A Constituição garante essa ação como busca do direito de ir e vir contra ato de autoridade. No entanto, a letra legal não prevê de forma expressa a autoridade, diferentemente do mandado de segurança, que protege o direito líquido e certo.

O *Habeas Corpus* pode ser impetrado contra ato de autoridade e contra ato de particular, mesmo não havendo nenhuma regulamentação a esse respeito, nem negatória, nem concessiva. Ainda, a Constituição Federal prevê como fator de proteção a liberdade sujeita à violência ou coação e também o abuso de poder. Quanto à ilegalidade, esta ser praticada por qualquer um, inclusive pelo particular. O particular também pode constituir ilícito penal, como violência arbitrária, abuso de poder. Sendo, portanto, a possibilidade de interposição do *mandamus* contra ato de particular.

No que se referem às autoridades públicas o HC geralmente é cabível contra ato de autoridade policial, membros do judiciário, Ministério Público e ainda na hipótese de ato de funcionários públicos.

Efetuada a restrição da liberdade por prisão ou instaurado inquérito policial por meio de portaria do Delegado de Polícia, essas pessoas serão apontadas como autoridades coatoras na ação de *habeas corpus*. No entanto, caso o inquérito policial seja instaurado por requisição de Juiz de Direito, este será apontado como a autoridade coatora e parte no processo que praticou o ato restritivo. Outro caso é se o Juiz de Direito defere requerimento do Ministério Público com a mesma finalidade, ou quando determina a realização de diligências por ele requerida, também será o Juiz. Nesse caso, é porque advém da ordem judicial, e não pode a autoridade policial, que está obrigada a atendê-la, ser considerada a autoridade coatora.

No entanto, quando for inquérito policial instaurado pelo recebimento de peças encaminhadas pelo Juiz de Direito, com esteio no Art.40 do Código de Processo Penal, a coação é do delegado de polícia, por não estar ele obrigado àquele procedimento, mas apenas diligência para verificação da ocorrência do ilícito penal. Também será a autoridade coatora, o delegado de polícia que recebe os autos do inquérito policial, por meio de despacho judicial, para que seja dado prosseguimento aos mesmos. Além disso, o mero despacho de expediente no inquérito policial, não torna o juiz autoridade coatora.

O Juiz de Direito também poderá tornar-se autoridade coatora quando tem a possibilidade de fazer cessar o constrangimento ilegal com a concessão *ex officio* do *habeas corpus* e não o faz.

O Membro do Ministério Público é também autoridade coatora quando requisita a instauração de inquérito policial, determina o indiciamento ou outras diligências constitutivas ou, ainda, expede requisições ou notificações para o comparecimento.

Ao definir a autoridade apontada como coatora, se definirá também a competência para processar a ação.

3.1 Concessão do Habeas Corpus “ex officio”

O Art. 574, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que o *habeas corpus* pode concedido *ex officio* pelo juiz, não necessitando de provocação, no entanto, o referido dispositivo determina que estará obrigado a submeter a decisão ao exame da instância superior, ou seja ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Ainda o disposto no Art. 654, § 2º, também do Código de Processo Penal: “os Juízes e os Tribunais tem competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou esta na iminência de sofrer coação ilegal”.

Essa concessão de ofício, não precisa de ação autônoma, sendo, portanto, concedida em processo criminal existente, em que a autoridade judiciária consubstanciada nos próprios elementos do processo, convence-se do cabimento da medida liberatória, diante do constrangimento ilegal do paciente (ou réu).

As hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus* de ofício são as mais diversas. Senão vejamos:

Prisão preventiva. Tóxicos. Tráfico ilícito de drogas. Fundamentação. Necessidade da custódia cautelar não demonstrada. Ausência de motivação concreta. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício. CPP, art. 312. CF/88, art. 93, IX. STJ - 127.0531.2000.2100

Na situação acima descrita, a decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ confirma a do Tribunal *a quo* no writ originário, a qual constava que não existiam argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da ora Paciente, pois, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, restando esta amparada, a concessão da medida liminar liberatória de ofício⁶.

A Sexta Turma do STJ tem entendido, repetitivamente, que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. O constrangimento ilegal, no ponto, deve ser reconhecido de ofício. No caso em tela, foi concedido o *Habeas Corpus* ainda que parcialmente, e de ofício, com a finalidade de reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 49 (quarenta e nove) dia. O *Habeas Corpus* foi utilizado de ofício para reduzir a pena aplicada.

Em outra decisão ainda no âmbito do STJ relacionada a aplicação da pena base na dosimetria da pena:

Pena. Pena-base. Inquéritos e ações penais em curso não configuram personalidade negativa do agente. Habeas corpus concedido de ofício. CP, art. 59. CPP, art. 647. Processo nº 122.8763.7000.1400 – STJ.

O acórdão acima descrito refere-se à concessão e firmou-se em sentido contrário à jurisprudência do STJ ao considerar os inquéritos e as ações penais em andamento como aspectos desfavoráveis à personalidade do réu.

O Recurso Especial foi improvido e habeas corpus foi concedido de ofício para afastar a majoração da pena-base em razão do juízo negativo sobre a circunstância da personalidade do recorrido.

⁶ Habeas corpus. Roubo majorado. Pena. Confissão espontânea e reincidência. Compensação de ofício. Precedentes do STJ. CP, arts. 61, I, 63 e 157, § 2º, I e II. Processo nº 127.0531.2000.2100 – STJ.

3.2 A identificação do constrangimento ilegal e sua análise na concessão do *Habeas Corpus*

O constrangimento será ilegal se o caso concreto subsumir-se nas hipóteses elencadas em alguma das figuras descritas no Art. 648 do Código de Processo Penal.

Na verdade, são situações de coação ilegal que comporta o cabimento do *Habeas Corpus*. O rol descrito no dispositivo acima trata-se de um rol meramente exemplificativo e não *numerus clausus*, até mesmo por que não poderia lei ordinária limitar o seu cabimento, já que a Constituição Federal não o fez (NUCCI, 2006).

No inciso I, que trata da justa causa, desdobra-se a situação em dois outros entendimentos, sendo om primeiro a justa causa para a ordem proferrida a qual resultou a coação contra o paciente, por inexistência de prova ou requisitos legais para a existência da prisão (Art. 312, do CPP⁷); e a justa causa para a existência de processo ou uma investigação contra alguém sem fundamento ou embasamento probatório.

O inciso II trata de prazo de prisão além do previsto em lei. A situação em tela é objetiva e deve ser subjetivada diante das situações existentes, ou seja, verificar as hipóteses no caso concreto. Vejamos então o posicionamento do STJ na decisão abaixo:

PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. PRISÃO PREVENTIVA. INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO. ELEMENTOS. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. “ERRO DE TIPIFICAÇÃO”. VIA ESTREITA. DECRETO. FUNDAMENTOS. PARECER MINISTERIAL. ADOÇÃO. PRISÃO CAUTELAR. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRINCIPIO DA PRESEÇÃO DE INOCÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. RESIDENCIA FIXA. CPP. ARTIGO 316. “REBUS SIC STANTIBUS” LIBERDADE PROVISORIA. ORDEM DENEGADA. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus (TRF1. Habeas Corpus. 2008.01.00.028192-6/PI. Relator: Des. Federal Mário César Ribeiro)

Isso vai depender do prazo processual, quando ultrapasse 81 dias. No entanto esse entendimento tem disso mitigado no âmbito do próprio STJ, pois o prazo pode não ser cumprido por outras razões que, segundo entende, não configura constrangimento.

⁷ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A hipótese do inciso III, quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo. Aliás, a impetração do *habeas corpus* deve ser apresentada perante o órgão jurisdicional competente, sendo aquele superior àquela de quem parte a coação, de acordo com o § 1º, do Art. 650 do Código de Processo Penal, que assim estabelece: “A competência do juiz cessará sempre que a violência ou a coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição”.

Sobre o assunto, calha a citação do verbete de Súmula nº 606, do Superior Tribunal de Justiça que assim estabelece: “Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”.

Assim, se a coação for do Delegado de Polícia, a competência para apreciar o *habeas corpus* será do juiz criminal. Findo o inquérito e remetidos os seus autos ao Juízo, passa a ser o juiz a ser a autoridade apontada como coatora para fins de *habeas corpus*, sendo o órgão de segundo grau o competente para apreciar.

O Superior Tribunal Federal tem competência originária para *habeas corpus*, segundo a previsão Constitucional, quando o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nos termos das alíneas “b” e “c” do Inciso I do Art. 102 da Constituição Federal. Ainda, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

Quanto à competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o *habeas corpus*, também com previsão Constitucional, toda vez que o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a” do inciso I do Art. 105 da Constituição Federal.

Quando a autoridade coatora for Juiz Federal, o *habeas corpus* deverá ser impetrado ao Tribunal Regional Federal a que estiver vinculado o juiz, conforme o Art. 108, inciso I, alínea “d” da Constituição Federal. Já, o constrangimento ilegal de qualquer autoridade militar federal e se relacionar com

crime cujo processo seja da competência da Justiça Militar Federal, o *habeas corpus* só poderá ser impetrado perante o Superior Tribunal Militar, uma vez que os Conselhos de Justiça não têm competência para a concessão do direito.

Compete ao Tribunal Regional Federal respectivo processar e julgar *habeas corpus* em matéria criminal da sua competência, ou quando o constrangimento ilegal ocorrer por parte de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos à outra jurisdição, consoante determina o Art. 109, inciso VII, da Constituição Federal.

Ainda a disposição prevista no Art. 114, advindas das inovações produzidas no sistema jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao alterar a competência da Justiça do Trabalho e para nela incluir o *habeas corpus*. Essa nova competência foi afetada pelas posteriores decisões do Supremo Tribunal Federal em torno da competência criminal da referida Justiça (Soares, *online*).

Retornando às hipóteses de cabimento do HC temos o disposto no inciso IV, o qual estabelece a hipótese de cessação dos motivos que autorizaram a coação. O inciso V estabelece a hipótese de alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza e esta não é concedida. Ainda na nulidade processual (inciso VI) e a situação da prisão tem origem numa situação teratológica, ou seja, monstruosa, absurda. O último dispositivo quando extinta a punibilidade, não existindo para o Estado o *jus puniendi*, ou porque a pena já foi cumprida ou porque houve anistia, abolitio criminis, ou outra hipótese de extinção da punibilidade como a prescrição.

3.3 A tutela liminar no *habeas corpus*

É da natureza da ação de *habeas corpus*, a concessão de medida liminar, não porque a legislação estabeleça, mas pela natureza da medida e assim a construção jurisprudencial possibilitou maior eficácia ao direito de liberdade.

O primeiro pedido de liminar em sede de *habeas corpus* foi concedido pelo Superior Tribunal Militar, em 1964, proposta a medida de urgência, pelo então advogado Arnold Wald, e na mesma época foi também concedida a medida de urgência em favor do Governador de Goiás, Mauro Borges, pelo relator Gonçalves de Oliveira, então Presidente do Supremo Tribunal Federal.

3.4 Processamento e análise do pedido de *Habeas Corpus*

A petição do *Habeas Corpus* será primeiramente analisada no que tange aos seus requisitos extrínsecos, previstos no Art. 654 do Código de Processo Penal, havendo, portanto formalidades legais que devem ser analisadas.

No caso de não preenchimento das formalidades legais, bem como se houver carência de ação, o juiz poderá rejeitar a petição liminarmente. No entanto, a rejeição *in limine* deve ser cercada de cautela, uma vez que o *jus libertatis* é o objeto da demanda processual penal.

No entanto, o juiz pode conceder prazo para que sejam preenchidas as formalidades legais e regularizado o pedido. Quando o pedido é dirigido ao tribunal a própria lei dispõe que se faltar qualquer requisito, o presidente mandará emendar, logo que lhe for apresentada a petição. Quando preenchidas as formalidades legais, o juiz receberá a petição e, se julgar necessário e estiver preso o paciente, determinará que ele se apresente em dia e hora previamente designados, conforme estabelece o Art. 656 do CPP.

A lei prevê, ainda, que se o paciente estiver impossibilitado de comparecer perante o juiz por motivo de doença, o juiz poderá ir ao local em que ele se encontra. Em determinação do Art. 657, *caput*, o detentor do paciente não poderá impedir que a ordem de comparecimento seja cumprida, a menos que não esteja ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção. Caso esteja sob sua guarda, estará obrigado a declarar à ordem de quem o paciente se encontra preso. Se não o fizer, o Art. 656, parágrafo único dispõe que será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e providenciará o juiz a retirada do paciente da prisão, para que ele se apresente em juízo.

Caberá a aplicação de astreinte (multa), segundo o disposto no Art. 655, ao carcereiro, diretor da prisão, ao escrivão, ao oficial de justiça ou a autoridade policial ou judiciária que procrastinar a expedição da ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou sua soltura, sem prejuízo de outras penas em que incorrer.

Embora a legislação remeta às origens do instituto, na prática não se expede ordem de apresentação e nem se interroga o paciente. No entanto, o juiz apenas requisita informações da autoridade apontada como coatora, embora tal providência só seja prevista expressamente quando se trata de impeção perante o tribunal.

É inadmissível a dispensa de informações da autoridade, pois poderá ser alegado falta de justa causa. As informações, devidamente fundamentadas prestadas pela autoridade apontada como coatora, é fator determinante para que o pedido seja devidamente apreciado.

Somente em casos excepcionais, em que a ilegalidade do constrangimento é demonstrada sem a menor dúvida é que se pode dispensar as informações para a concessão da ordem de *Habeas Corpus*.

Impetrado o *Habeas Corpus* em 1º grau de jurisdição, perante o juiz de primeiro grau, o Ministério Público, não sendo o impetrante ou a autoridade coatora, não intervirá antes de proferida a decisão. No Tribunal, no entanto, o Ministério Público terá vista dos autos por dois dias, após a informação prestada pela autoridade coatora.

Prestadas as informações pela autoridade coatora, o juiz profere a decisão, que deve ser fundamentada e obedecer aos requisitos do Art. 381 do CPP, no que lhe for aplicável.

O constrangimento ilegal não será caracterizado pelo excesso de prazo se é o próprio réu quem está causando óbices ao término da fase processual.

4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO HABEAS CORPUS: GARANTIA DA LIBERDADE DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE

Várias são as decisões e fundamentos de concessão da garantia da liberdade. A utilização desse tipo de ação penal chega até a ser utilizado como substitutivo recursal e principalmente por causa da utilização do processo virtual.

Nesse diapasão serão mostradas alguns julgados que fundamentam a justa causa do cabimento da ação, ou até mesmo utilizado para elidir algum tipo de constrangimento (NUCCI, 2006, p. 912).

4.1 Habeas Corpus para trancamento de Inquérito Policial e ação judicial

O trancamento de uma ação ou de um inquérito gera a paralisação, sendo, portanto, uma suspensão temporária, determinada através de acórdão proferido no julgamento de habeas corpus.

O trancamento por fundamentar o inquérito policial em provas ilícitas, sendo a jurisprudência pacífica no sentido de que somente caberá o trancamento do inquérito policial quando o fato for atípico, ou quando verificar-se a ausência de justa causa, ou quando o indiciado for inocente e na hipótese

de causa extintiva da punibilidade. Ferreira (2009, online) ainda elenca uma outra hipótese do cabimento do habeas corpus:

No nosso entender, uma quinta hipótese de cabimento do trancamento do inquérito policial seria a situação em que este, para melhor apuração dos fatos investigados, dependa da resolução de questão estranha aos autos.

O trancamento do inquérito policial parece indicar somente uma interrupção temporária do procedimento investigativo e das diligências e excepcionalmente o trancamento do inquérito policial acarretar a extinção da punibilidade, por exemplo, com a ocorrência da prescrição, entendemos que o trancamento se transformará em arquivamento e gerará coisa julgada e isso o diferencia do arquivamento do inquérito.

Os efeitos do arquivamento e do trancamento do inquérito policial são muito parecidos. E, dessa forma, assim como no arquivamento, no trancamento a autoridade policial poderá continuar proceder a novas pesquisas, desde que surjam outras provas (provas novas).

O julgamento do Habeas Corpus nº 990.09.150971-0, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "[...] a sustação do indiciamento não impediu o prosseguimento das investigações [...]".

Ainda o verbete de Súmula do Supremo Tribunal Federal com relação ao trancamento do inquérito policial, desde que observadas suas peculiaridades e feitas as adaptações necessárias diz que: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas". Isso quer dizer que, enquanto o inquérito policial estiver trancado, o titular da ação penal não poderá propô-la. Somente quando efetuadas novas investigações e estas forem apensadas aos autos e desde que supram o motivo determinante de seu trancamento, é que se poderá falar em propositura da ação penal.

Assim, o trancamento do inquérito policial constitui medida excepcional, geralmente, em caráter temporário, requerido por meio de habeas corpus. Vimos, ainda, que o trancamento do inquérito policial acarreta os mesmos efeitos que o arquivamento do inquérito policial, assegurando-se à autoridade policial a liberdade de continuar a proceder diligências referentes àquele caso, nos termos do que dispõe o Art. 18 do Código de Processo Penal.

4.2 Habeas Corpus e os prazos processuais: entendimento jurisprudencial – razoável duração do processo

O processo segundo a previsão legal há um lapso temporal para o término do processo. A demora estatal que, ao não cumprir de maneira adequada as determinações legais fez com que o direito constitucional à celeridade processual fique prejudicado.

A prerrogativa da liberdade é regra em nosso ordenamento jurídico-constitucional (CF, Art. 5º, incisos LXI e LXV) não pode sofrer ilegal constrangimento que derive da inobservância, pelo Poder Público, dos prazos processuais a que este se acha necessariamente sujeito, em especial nos procedimentos criminais, e ainda mais especialmente, nos casos envolvendo interessados/pacientes presos. Inclusive devendo ser observado sob a ótica da celeridade processual.

Assim, o excesso de prazo na instrução criminal ensejaria por afetar a liberdade individual e por comprometer o direito à solução jurisdicional dos conflitos dentro de prazos adequados e razoáveis, vez que, como acentua o Tucci (1998, p. 87/88): “O direito ao processo sem dilações indevidas (...) representa expressiva consequência de ordem jurídica que decorre da cláusula constitucional que a todos assegura a garantia do devido processo legal”.

O excesso de prazo no julgamento de habeas corpus, por exemplo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça evidencia a incapacidade do Poder Judiciário cumprir o seu dever de conferir celeridade aos processos judiciais e representa, ainda, ofensa inequívoca ao *status libertatis* de quem sofre a persecução penal.

Já no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal já se deparou com questionamentos acerca da matéria discutida neste texto e vem reconhecendo o excesso de prazo no trâmite de habeas corpus, deferido a ordem para que se determinasse seu pronto julgamento (HC 93.424, rel. Min. EROS GRAU – HC 103.152, rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 104.636, rel. Min. CARLOS BRITTO – HC 106.470, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA): “Habeas-corpus: demora injustificada no julgamento de apelação de réu preso: ordem deferida para determinar a pronta decisão do recurso”.

Todas as decisões a seguir têm como fundamento a demora no atendimento do princípio da celeridade processual e, por via de consequência, a liberação pela habeas corpus:

[...] DEMORA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Deferimento do pedido para recomendar [...] adoção de providências necessárias a que o recurso especial seja levado a julgamento, com a máxima urgência.

(HC 74.138, rel. Min. ILMAR GALVÃO).

HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA MESMA DO HABEAS CORPUS. PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...].

O direito à razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo, transmuta-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No habeas corpus, o dever de decidir se marca por um tônus de presteza máxima.

Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de habeas corpus, se entender irrazoável a demora no julgamento. [...].

Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, o writ ali ajuizado. (HC 91.041, rel. p / acórdão Min. CARLOS BRITTO).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DEFERIDA.

1. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus.

2. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). (HC 91.986, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. JULGAMENTO DO PROCESSO EM PRAZO RAZOÁVEL. HC DEFERIDO, EM PARTE, PARA DETERMINAR AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PROCEDA AO JULGAMENTO DE HC IMPETRADO

[...].

1. A Constituição do Brasil estabelece, em seu art. 5º, inc. LXXVIII que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’.

2. Habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça [...]. Constrangimento ilegal consubstanciado na incerteza da ocorrência de provimento judicial eventualmente ainda útil à pretensão defensiva, especialmente porque se trata de paciente preso.

Ordem concedida [...] para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que proceda ao julgamento imediato do habeas corpus [...] (HC 95.067, rel. Min. EROS GRAU).

Habeas Corpus. Processual Penal.

[...]

2. A comprovação de excessiva demora na apreciação do pedido de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República). 3. Ordem [...] concedida para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que julgue, na primeira oportunidade, o writ impetrado àquela Corte, tão logo seja notificado do teor da presente decisão. (HC 101.970, rel. Min. DIAS TOFFOLI).

HABEAS CORPUS – ALEGADO CONSTRANGIMENTO AO ‘STATUS LIBERTATIS’ DO PACIENTE MOTIVADO POR SUPOSTA DEMORA NO JULGAMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE PEDIDO DE ‘HABEAS CORPUS’ IMPETRADO PERANTE AQUELA ALTA CORTE JUDICIÁRIA – EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO – PEDIDO DEFERIDO.

- O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação de sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, sob pena de caracterizar-se situação de injusto constrangimento ao seu ‘status libertatis’. Precedentes. (HC 103.793, rel. Min. CELSO DE MELLO).

3. Excessiva demora na realização do julgamento de mérito de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prestação jurisdicional. Violação [...] da duração razoável do processo.

4. Ordem [...] concedida para que a autoridade coatora apresente o habeas corpus em mesa, para julgamento, até a 10ª sessão subsequente à comunicação da ordem. (HC 106.832, rel. Min. GILMAR MENDES).

Em conclusão, verificamos que não bastasse ser perfeitamente possível o reconhecimento de excesso de prazo em sede de habeas corpus, pode - e isso tem sido feito, o Íncrito Supremo Tribunal Federal determinar que o mesmo seja julgado com a máxima celeridade, tudo em atendimento ao postulado constitucional à razoável duração do processo, nos termos determinados pela Constituição Federal.

4.2.1 Razoável duração do processo e os prazos do processo penal

A questão da razoável duração do processo no ordenamento brasileiro tem fundamento na chamada reforma do Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45/04, a bem do prazo razoável para a tramitação do pro-

cesso, não se pode perder de vista que este "prazo razoável" é conceito jurídico indeterminado, que depende do caso concreto, ou seja, de sua complexidade, do comportamento dos litigantes, das autoridades, dos serventuários da justiça, da quantidade de processos na Comarca em que tramita, para aferir-se.

Nem sempre a celeridade processual é bem vinda. Nesses casos, há de se aplicar a razoabilidade entre duração do processo e as características da demanda, não podendo, é claro, prevalecer a rapidez sobre a segurança jurídica das decisões. Segundo Canotilho (s/d, p.487): "a 'aceleração' da proteção (conforme original) jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta".

No entanto, Justiça rápida, nem sempre é a melhor justiça. Para isso, Hélio Tornaghi (1974, p. 49) já preconizara sobre a maneira de compatibilizar celeridade e segurança jurídica, isso mesmo antes da atual Constituição e cabível a citação nesse momento:

O juiz deve zelar a celeridade do processo, mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do Direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza. É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão.

O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser precipitado; pontual, sem imprudência. O juiz incon siderado é ainda pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar a rapidez e a segurança.

A rapidez e a justiça são compatíveis com o ordenamento da eficiência e a salvada do *jus libertatis*.

Nesse diapasão, deve-se atrelar ainda o princípio constitucional do devido processo legal ao princípio da celeridade, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para sopesá-los, a fim de fazer valer uma justiça tempestiva.

A efetivação da Emenda Constitucional nº 45/04 atrelada a toda uma reforma processual que virá, com o novo Código de Processo Penal viabilizarão a celeridade do processo, bem como a relativização do valor de suas formas, tendo-se em vista que o processo é instrumento do direito material e não um fim em si mesmo.

A questão da celeridade processual envolve outros conceitos como a desburocratização dos serviços judiciários, a reforma da infraestrutura adequada através de devido aparelhamento tecnológico e humano (aumento do número de servidores na Justiça); o treinamento de servidores públicos somados a uma postura de boa-fé, lealdade e urbanidade por parte dos litigantes e dos operadores do direito, com certeza contribuiriam para a implementação dessa reforma e o alcance da celeridade.

Não se pode olvidar que há, por outro lado, uma estreita relação entre a efetividade da razoável duração do processo e as condições econômicas e financeiras vigentes, fazendo com que o processo de efetivação subordine-se às possibilidades orçamentárias do Estado.

Aragão (2009, p.104) assevera que a celeridade só será corrigida quando houver um diagnóstico urgente do Judiciário sobre suas falhas e possíveis soluções, e não só reformas legais:

O que realmente urge, portanto, a fim de equacionar e resolver o problema, além da inserção da garantia para o cidadão, é que o Poder Judiciário diagnostique urgentemente a causa de sua atuação não atingir o desejado grau de eficiência. Ninguém melhor do que ele próprio pode investigar honestamente os motivos de sua dificuldade em solucionar as pretensões que lhe são submetidas, em prazo compatível com a ânsia de justiça da população.

Enquanto não tomadas as providências para implementar a celeridade dos processos que têm como objeto a liberdade do preso, os Tribunais Superiores, dos Estados e os Juízes concederão ordem de liberdade a pedido ou *ex officio*, impedindo assim o constrangimento ilegal no Estado Democrático de Direito.

Mas haveria uma demora razoável ou desarrazoada? Assim, segundo (Stolze e Viana, 2012, *online*):

Diante disto, não é preciso qualquer esforço para se concluir que a prestação de uma tutela jurisdicional adequada pressupõe uma adequação temporal, de modo que se o processo houver sido submetido a dilações indevidas, não terá havido uma adequada tutela.

Assim, é fácil inferir que a duração razoável do processo é, em última análise, corolário do devido processo legal e consequência lógica da garantia da inafastabilidade da jurisdição. Por tais motivos, a sua integração ao sistema normativo constitucional é, repita-se, anterior à inserção, no texto da Constituição da República, do inciso LXXVIII do art. 5º.

A falta de razoabilidade no prazo de duração de um processo se caracteriza pela ocorrência de dilações indevidas. Mas o que seriam essas dilações

processuais indevidas em que lastreiam o devido processo legal? Cabe novamente aqui o entendimento de Stolze e Viana (2012, *online*):

Assim, de um lado, a duração do processo não deixará de ser razoável se, apesar de ele se alongar, o alongamento resultar de fatores inevitáveis. De outro, entretanto, não haverá razoabilidade se as causas das dilações puderem ser evitadas.

Por isto, cabe ao magistrado, ao membro do Ministério Público ao atuar como fiscal da ordem jurídica, aos Defensores Públicos, aos advogados, às partes, a todos os auxiliares da justiça e a quem mais participe, de qualquer forma, do processo, adotar todas as providências para que o procedimento não se submeta a dilações indevidas.

Tais providências podem ser resumidas no cumprimento, pelos diversos sujeitos da relação jurídica processual, do dever de cooperação.

De fato, a maior ou menor disposição, dos diversos sujeitos do processo, para cooperar entre si e com o Poder Judiciário, repercute fortemente no prazo de duração do procedimento.

Essa perspectiva posta pelos autores acima se estabelecem diante do Código de Processo Civil, quanto mais diante do *jus libertatis* do processo penal, que as garantias mínimas que estruturam a cláusula geral do devido processo legal, a boa-fé objetiva processual e o contraditório adequadamente redimensionado para se efetivar esse processo penal.

Esse tempo deve incluir o mérito da causa resolvido em um tempo razoável para que chegue ao fim a atividade satisfativa.

Segundo a doutrina os casos mais comuns de dilações indevidas são (STOLZE e VIANA, 2012, *online*): excessiva litigiosidade entre as partes; a prática de atos contrários à boa-fé objetiva processual; o descumprimento injustificável de prazos; a má estruturação da forma de prestação dos serviços judiciários e a inércia pura e simples do aparelho estatal são as causas mais comuns de dilações processuais indevidas.

Mas existem outras causas para a evidência desse desarrazoado prazo processual penal e o ensejo da violação do direito de liberdade.

4.3 Habeas corpus “ex officio”

Mais uma vez cabe trazer a discussão sobre o cabimento do habeas corpus concedido sem pedido ou mediante provocação da parte.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. ALEGAÇÕES FINAIS. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E/OU DE DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL VIOLADO. NÃO-CONHECIMENTO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ART. 654, § 3º, DO CPP. **CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.**

1. O recorrente não indicou a existência de divergência jurisprudencial ou negativa de vigência à legislação infraconstitucional, o que caracteriza deficiência de fundamentação, a obstar o conhecimento do recurso especial, nos termos do enunciado sumular 284 do STF.
2. Evidenciada flagrante ilegalidade pela deficiência de defesa técnica nas alegações finais, oportunidade em que o defensor se pronunciou pela procedência da denúncia, impõe o reconhecimento, de ofício, da nulidade absoluta.
3. Reconhecida a nulidade absoluta, resta prejudicada a análise da alegada violação aos arts. 156 e 381 do Código de Processo Penal.
4. Recurso especial não-conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício para anular a ação penal (Processo 262/02) desde a apresentação das alegações finais da defesa, inclusive. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.000.256 - AC (2007/0252121-7) - RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA.** 03 de março de 2009.

Nesse julgado, o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 302 da Lei nº 9.503/97 (homicídio culposo na condução de veículo automotor) à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída, ao final, por duas penas restritivas de direitos, e inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a nulidade absoluta do processo por ausência de defesa; e, no mérito, pleiteando a absolvição.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por sua vez, negou provimento ao recurso. Nesta instância, os argumentos se fundamentaram em nulidade absoluta do processo por ausência de defesa, uma vez que o advogado que o representava à época da apresentação das alegações finais pugnou pela sua condenação, nos termos da manifestação ministerial, não apresentando nenhuma tese em seu favor. Aduzia, ainda, a violação aos Arts. 156 e 381 do Código de Processo Penal, sustentado que a sentença condenatória encontrava-se totalmente divorciada das provas produzidas nos autos. A medida foi concedida “*ex officio*”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *habeas corpus* é um instituto que se presta para salvaguardar a liberdade de todo ser humano que sofre constrangimento ou que está na iminência de sofrê-lo.

A origem do Habeas Corpus tem três correntes: a primeira que origina o Habeas Corpus no direito romano; a segunda que se origina da Constituição da Inglaterra de 1215 (Magna Charla Libertatum), e a terceira (que possui menos adeptos) que origina o Habeas Corpus na Petition of Rights editada no reinado de Carlos II.

Assim, a finalidade deste instituto é a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, primária e natural, ameaçada ou atingida por ato ilegal ou abusivo.

O habeas corpus diferencia-se do mandado de segurança. O mandado de segurança visa proteger o direito líquido e certo, não amparado pelo habeas corpus ou pelo habeas data. Basicamente, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, for um agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público ou uma autoridade pública.

O habeas corpus assegura a liberdade contra a aplicação errônea da lei penal, contra a prisão ilegal e em todos os casos em que ilegalidade atinge a integridade física do indivíduo como direito inerente à sua personalidade. Pode ser requerido por qualquer pessoa, inclusive em favor de terceiros. É, portanto, um remédio constitucional muito utilizado, podendo, inclusive, ser impetrado antes de oferecida a denúncia ou após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, de forma, preventiva.

Por se tratar de garantia de um direito humano fundamental, o momento para ser impetrado não encontra limitação. Estamos amparados a qualquer tempo por tal instituto, que visa o impedimento de qualquer injustiça cometida contra a liberdade do preso.

Em várias decisões essa garantia tem sido implementada de ofício em processos criminais que tramitam nas instâncias ordinárias ou extraordinárias, ou na própria ação autônoma de habeas corpus que tem procedimento próprio e adequado, ou ainda para atender ao preceito constitucional da garantia da celeridade processual, ou seja, a razoável duração do processo penal que tem direito o preso.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Márcio Vitor Meyer. **A evolução histórica do Habeas Corpus**. Fortaleza: Realce Editora, 2010.

BRASIL. **Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, s/d, p. 487.

E. D. Moniz de Aragão, Garantias fundamentais da nova Constituição, **Revista de Direito Administrativo** 184, 2009.

HOLANDA, Marcos de. **O habeas corpus ao alcance de todos**. Fortaleza: ABC, 2004.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 1-33.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 06 de novembro de 2012.

SOARES, Evanna. Habeas corpus na Justiça do Trabalho. Ascensão e queda. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2800, 2 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18597>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

SOUSA, Juliana Farias de. **Habeas Corpus e a evolução dos direitos Humanos: Uma análise do Habeas Corpus no Processo Penal**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4993. Acesso em 14 agosto 2012.

STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Duração razoável do processo: dilações devidas e indevidas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3374, 26 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22695>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

180 | SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107417>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, V.2.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo** – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual – civil e penal, p. 87/88, RT, 1998.

O MEIO AMBIENTE DENTRO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO DUMPING AMBIENTAL

Paulo Nicholas Mesquita Lobo*

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a relação do comércio internacional com o meio ambiente. Apresentar como a livre concorrência comercial é impactada pelas políticas ambientais que visam incluir regulações ambientais ao comércio e, por outro lado, como essa liberalização do comércio internacional impacta o meio ambiente. O foco da análise recai sobre o chamado dumping ambiental, uma medida que causa bastante controvérsia no mercado internacional. Os países desenvolvidos constantemente apresentam queixas contra os países em desenvolvimento acusando-os de realizar dumping ambiental, contudo, estes se defendem acusando aqueles de querer apenas criar novas barreiras não tarifárias para seus produtos. A questão principal então se coloca: como promover a preservação ambiental e, ainda assim, conseguir livre acesso aos mercados? Para auxiliar nesta análise se buscou a compreensão sobre o contexto de criação do sistema GATT/OMC, como a livre concorrência no comércio internacional, em grande parte fruto da atuação destas instituições, impacta o meio ambiente e como as políticas ambientais dialogam com o comércio internacional. Paralelamente, buscou-se maior profundidade no conceito de dumping ambiental e, também, apresentar casos notórios em que a OMC foi acionada para resolver contenciosos que envolviam questões ambientais.

Palavras-chave: Dumping ambiental. Comércio internacional. OMC.

THE ENVIRONMENT INSIDE THE INTERNATIONAL TRADE: AN ANALYSIS OF THE ENVIRONMENTAL DUMPING

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship between international trade and the environment. Analyse how the free trade competition is impacts by environmental policies to include environmental trade regulations and, on the other hand, how this liberalization of international trade affects the environment. The focus is on the so-called environmental dumping, a measure which causes a lot of controversy in the international market. Developed countries constantly complain against developing countries accusing them of carrying out environmental dumping, however, these argue themselves by accusing the developed countries of wanting to just create new non-tariff barriers for their products. The main question then arises: how to promote environmental preservation and still get free access to markets? To assist in this analysis we attempted understanding about the context of creation of the GATT / WTO system, such as free competition in international trade, largely the result of the actions of these institutions, impacts the environment and how environmental policy dialogue with international trade. In parallel, we sought greater detail about the concept of environmental dumping

* Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (Brasil), em mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra (Portugal) cursando o mestrado em Geografia Humana. Possui graduação em Tecnologia em Hotelaria pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (Brasil) e cursou Ciências Econômicas na própria Universidade Federal do Ceará. Tem experiência em turismo e em sua relação com a sustentabilidade, realizando pesquisas e consultorias a entidades da sociedade civil e do setor público.

and also submit profile cases in which the WTO was triggered to solve disputes involving environmental issues.

Keywords: Environmental Dumping, International Trade, WTO;

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, uma das grandes preocupações dos diversos governos mundiais é aumentar o Produto Interno Bruto – PIB – do país. Para isso, exportar seus produtos se torna fundamental para incrementar a produção nacional. Ao mesmo tempo, proteger a indústria doméstica e o mercado interno para seus produtos também se coloca como de suma importância para a nação. Foi para conter os ânimos protecionistas e garantir livre acesso aos mercados que a Organização Mundial do Comércio – OMC – foi criada. A referida instituição é o órgão capaz de solucionar os impasses que envolvem o comércio a nível mundial.

Contudo, outra preocupação que aflige as nações atualmente e se mostra cada vez mais relevante é a questão ambiental, haja vista as diversas conferências organizadas pela ONU envolvendo este tema. Os Estados estão mais apreensivos com a dimensão que a degradação ambiental tomou, mais acen-
tuadamente em algumas regiões, causada em grande parte pelas atividades antrópicas em busca de um maior crescimento econômico. A partir da década de 1970, quando se começa a debater a questão ambiental dentro da economia mundial e, principalmente, no final da década de 1980, quando os movimentos ambientais conseguem incluir uma agenda de regulações visando à proteção ambiental, as políticas desenvolvimentistas tentam harmonizar a preservação ambiental com o crescimento econômico. Neste pensamento, a relação direta que o comércio internacional possui com o crescimento econômico faz com que a sua expansão também ocasione impactos sobre o meio ambiente, daí esta relação ser também um alvo prioritário para as políticas ambientais.

Devido às pressões internas, muitas nações, destacadamente nos países desenvolvidos, passam a adotar legislações mais rígidas buscando a conservação dos seus diversos sistemas ambientais (SACHS, 1993). Essas legislações obrigam os produtores nacionais a internalizar muitos custos ambientais, fazendo com que eles percam competitividade no mercado internacional, pois a grande maioria das nações, destacadamente nações em desenvolvimento, não possuem regulações tão rígidas. Isso provoca conflitos no âm-

bito da OMC, pois atinge diretamente a livre concorrência comercial (QUEIROZ, 2005). É o chamado *dumping* ambiental, acusam os países desenvolvidos. Porém, em defesa dos países em desenvolvimento, é comprovado que muitas das queixas relacionadas ao *dumping* ambiental se mostram como sendo apenas uma maneira disfarçada de incluir novas barreiras não tarifárias aos produtos importados. Enquanto isso, a degradação ambiental é alheia a estes conflitos e continua a avançar sem respeitar fronteiras (MÉRICO, 2002).

A presente pesquisa busca apresentar como se dá a relação entre o comércio internacional e o meio ambiente, e como o enrijecimento da legislação ambiental afeta esse comércio. Como garantir a preservação ambiental e, ao mesmo tempo, estimular a livre concorrência comercial? A pesquisa busca, ainda, analisar a atuação da OMC em relação às questões ambientais relacionadas às questões comerciais, buscando analisar especificamente o chamado *dumping* ambiental. O direito a um ambiente sadio é um direito inalienável e fundamental do ser humano. Desta forma, sua proteção e preservação devem ser garantidas. A grande questão que se impõe é que, no atual sistema econômico, demasiadamente sustentado pelas trocas comerciais, o crescimento econômico se torna essencial mesmo para o desenvolvimento sustentável, permitindo a manutenção de um nível básico de renda para todos os indivíduos. A expansão do comércio é um dos pilares do desenvolvimento econômico e se baseia na exploração em larga escala dos recursos naturais. Então, o desafio está lançado: como harmonizar todos estes interesses, muitas vezes, contraditórios?

2 O QUE É DUMPING?

Dumping é uma palavra de origem inglesa que não possui equivalente nas línguas latinas. Black (1968, p. 592), em seu dicionário, define *dumping* como “ato de vender em quantidade, a preços muito baixos ou sem considerar o preço de venda; também a venda de excedentes no exterior a um preço menor que o preço do mercado interno”. A doutrina dominante costuma entender o conceito de *dumping* como sendo a segunda parte da definição de Black, sendo a primeira parte costumeiramente relacionada ao conceito de preço predatório (*underselling*)¹. Assim, de acordo com Massi e Taddei

¹ O conceito de preço predatório (*underselling*) se diferencia do *dumping* ao se direcionar ao mercado doméstico em vez do comércio internacional; é uma ação verificada quando uma

(2006), compreende-se *dumping* como a venda de produtos pelo país exportador com preços abaixo do valor normal, não necessariamente abaixo do preço de custo, praticados no mercado interno do país exportador, podendo causar ou ameaçar causar danos às empresas estabelecidas no país importador ou prejudicar o estabelecimento de novas indústrias do mesmo ramo neste país.

O professor norte-americano John Jackson (*apud* Sálvio, 2008, p. 67) afirma que *dumping* “é a venda do produto no exterior com valor inferior àquele praticado no mercado interno”. A Organização Mundial do Comércio afirma, conforme disposto no art. 2.1 do Acordo Anti-Dumping (AA), um dos 13 acordos do Anexo 1², que trata do comércio de bens e de mercadorias, da Ata Final que incorporou as decisões tomadas na Rodada Uruguai (1986-1994), que produto *dumpeado* é: “aquele introduzido no comércio de outro país a valores inferiores a seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro for inferior ao valor comparável, no curso ordinário do comércio, de produto similar quando destinado ao consumo interno do país exportador” (SALVIO, 2008, p. 67).

Contudo, o termo *dumping* é bastante utilizado de forma geral como sendo a comercialização de produtos a preços abaixo dos custos de produção. O que não difere é a intenção de se realizar o *dumping*, que é eliminar a concorrência, conquistando uma maior fatia do mercado, porém utilizando medidas de concorrência desleais. Vale destacar que, oriundo da conceitualização econômica, o termo se designa apenas ao comércio internacional, podendo acontecer situações semelhantes no mercado doméstico de cada país, o que se caracterizaria mais no conceito de preço predatório. Com isso, é perceptível a dificuldade de se detectar o *dumping* e aplicar penalidades em quem o utiliza. Há uma grande dificuldade em se detectar a natureza jurídica

empresa reduz o preço de venda abaixo do preço de custo, provocando perdas em um primeiro momento, todavia, com o objetivo de “eliminar” a concorrência ou criar obstáculos a possíveis competidores para, em um segundo momento, elevar os preços novamente, obtendo ganhos em longo prazo (TOMAZETTE, 2007).

² A Rodada Uruguai, realizada com certa frequência entre os anos de 1986 e 1994, foi a última reunião para a discussão das diretrizes de comércio internacional sob os auspícios do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Fazia parte de debates sobre comércio internacional estabelecido regularmente após a Segunda Guerra Mundial, resultado da falta de consenso em se criar a OIC – Organização Internacional do Comércio, que finalmente foi estabelecida, após a rodada Uruguai, com o nome de OMC - Organização Mundial do Comércio (TOMAZETTE, 2007).

destas medidas. Como diferenciá-lo de medidas legais de concorrência? Baral (2000, p. 12), inclusive, afirma que há algumas medidas de *dumping* que não devem ser condenáveis:

[...] seria a ocorrência de dumping sem que redundasse em efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país. Para ser classificado como condenável, ao contrário, o dumping deve implicar dano à indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática de dumping.

É necessário salientar que o conceito de *dumping* é mais amplo para o pensamento econômico do que para a doutrina jurídica. Para a economia, é suficiente a existência de discriminação de preços entre mercados distintos, mesmo que o produto seja comercializado por seu valor normal ou acima disso, o essencial é existir discriminação injustificada de preços³. De acordo com Tomazette (2007), o conceito jurídico apenas percebe como fundamental que a discriminação de preços ocorra com a comercialização a preços inferiores aos valores normais, tendo em vista o mercado doméstico do país exportador (ou similar, na impossibilidade de auferir os preços naquele mercado).

3 A LIVRE CONCORRÊNCIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Para uma melhor compreensão sobre as causas negativas de medidas que imponham barreiras sobre o comércio internacional, é interessante compreender o contexto em que surge a Organização Mundial do Comércio, órgão supranacional encarregado de mediar e fiscalizar a atuação comercial internacional dos diversos países signatários da mesma. O embrião da organização foi gestado na Conferência de *Bretton Woods*, em 1944, que reuniu os principais países que adotavam economias abertas de mercado na época. O mundo ainda buscava sair da Segunda Guerra e se recuperar social e economicamente, assim havia o objetivo de se criar um ambiente de maior cooperação econômica internacional, contrastando com as políticas protecionistas que reinaram na década anterior e que alimentaram a rivalidade e o belicismo das nações. De acordo com Matias e Zanocchi (2011, p. 3):

³ A economia formula o conceito de *dumping* quando ocorre a venda da mesma mercadoria por diferentes preços a diferentes mercados, sem razões associadas com diferenças de custos ou mesmo quando são vendidos pelo mesmo preço e existem diferenças de custos. Neste conceito não há a obrigação da existência de um mercado doméstico, senão de quaisquer mercados de exportação (TOMAZETTE, 2007).

O acordo propugnava pela criação de três instituições internacionais para o cumprimento da sua missão, de inspiração liberal-democrática: o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Internacional do Comércio (OIC); esta última com a função de supervisionar a negociação de um novo regime para o comércio mundial, baseado nos princípios do multilateralismo e do liberalismo.

Embora a criação da OIC não tenha se concretizado, as bases para a criação do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio – *General Agreement on Tariff and Trade (GATT)* – em 1947, foram dadas em *Bretton Woods*. O GATT criou um sistema comercial internacional que visava à liberalização do comércio entre os países signatários, eliminando barreiras não tarifárias, reduzindo as tarifas alfandegárias, possibilitando uma maior transparência dos regulamentos nacionais relacionados ao comércio e proibindo qualquer discriminação entre as nações e produtos. Os membros do GATT se reuniam em rodadas de negociações para decidir sobre as diretrizes do órgão. Como resultado da oitava rodada – conhecida como rodada Uruguai, que aconteceu de 1986 a 1994 – tem-se a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Vale ressaltar que os princípios norteadores do GATT e, consequentemente, da OMC, são de caráter liberal, buscando diminuir a intervenção dos Estados sobre a economia. Uma diferença entre o GATT e a OMC é que o primeiro foi criado com o intuito de se incentivar um ambiente liberal para o comércio internacional, sendo que o segundo já foi criado para regular as disputas comerciais internacionais que se deram, principalmente, depois da intensa abertura e internacionalização das economias de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

A OMC surge justamente para mediar os crescentes conflitos originados dos interesses comerciais divergentes entre os blocos de países signatários, fruto direto da própria expansão das fronteiras comerciais globais (surgem acusações de todos os lados sobre subsídios, *dumping*, barreiras alfandegárias, etc.). Desta forma, colocam-se de um lado o bloco formado por alguns países desenvolvidos – que passaram a adotar medidas protecionistas para defender setores tradicionais de sua indústria da concorrência externa – e de outro, países em desenvolvimento e subdesenvolvidos – que ansiavam por ter acesso ao mercado dos países ricos e, ao mesmo tempo, proteger suas fronteiras da invasão tecnológica advinda do outro bloco. É neste contexto que a OMC alinhou as regras adotadas pelos diversos países membros, regu-

lamentando os fluxos do comércio internacional. Para isso, foi criado o Sistema de Solução de Controvérsias⁴, dotado de poder para impor suas decisões, diferenciando-se do GATT, que não contava com esta possibilidade (THORSTENSEN, 1998).

4 O MEIO AMBIENTE PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Paralelamente ao crescimento do comércio internacional e sua crescente liberalização, os países apostavam na industrialização como grande vetor de desenvolvimento – exportar produtos manufaturados e com alto valor agregado era o grande objetivo. No período pós-Segunda Guerra a economia mundial conheceu uma de suas maiores épocas, quando chegou a crescer 4,9% ao ano no decênio 1950-1960 (ROSSINI & TRINTIN, 1999). À época, a grande preocupação era de haver crescimento econômico, principalmente nos países destruídos pela guerra, e o modelo de crescimento econômico vigente até então exigia um uso intensivo de recursos naturais. Desta forma, esse crescimento econômico foi conseguido ao impor grandes perdas ambientais. Alguns episódios envolvendo impactos ambientais provocados por atividades industriais ganham notoriedade e colocam o foco nas questões que envolvem o meio ambiente e em suas relações com as atividades antrópicas. Alguns casos foram mais notórios, representando um ponto de inflexão para o pensamento econômico, como o que ocorreu em 1956, conhecido como “desastre de Minamata”, e expuseram o modelo de desenvolvimento baseado amplamente na industrialização até então vigente. Com os inúmeros incidentes ambientais acontecendo ao redor do planeta, a questão ambiental passa a entrar, realmente, no debate internacional.

Principalmente a partir da década de 1970, com o lançamento de alguns estudos que colocavam em xeque o modelo tradicional de produção e crescimento econômico (MEADOWS et al., 1972), em grande parte influenciados pelas antigas ideias e preocupações de Thomas Malthus, se começa a

⁴ Foi criado pelos países membros durante a Rodada Uruguai oriundo das discussões sobre as diversas barreiras comerciais, culminando no Entendimento sobre Solução de Controvérsias – ESC (*Dispute Settlement Understanding*), constante do Anexo 2 do Tratado de Marrakesh. O objetivo central do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é o de prover segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. As disputas surgem quando um país adota uma medida de política comercial de forma unilateral e os outros membros considerem que esta ação viola os acordos da própria organização. Somente estão aptos a participar do sistema de disputas os países membros da OMC, seja como parte ou como terceiro interessado (THORSTENSEN, 1998).

188 pensar em novos modelos que desacelerassem a degradação ambiental. Nesta década aconteceu a primeira Conferência da Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo (1972). De acordo com Couto e Teixeira (2009, p. 219):

A principal preocupação dessa Conferência era conter as várias formas de poluição, sendo que os debates foram marcados por uma polêmica que envolveu, de um lado, os representantes de países centrais e membros da comunidade científica, reunidos no chamado Clube de Roma, que defendia o *crescimento zero*, e, de outro, representantes de países do Terceiro Mundo, que reivindicavam o direito ao desenvolvimento, mesmo trazendo impactos ambientais.

Uma “revolução ambiental” se deu no sentido de que os alertas neomalthusianos de escassez de recursos expuseram a necessidade de se repensar os padrões de consumo e de produção que impactavam diretamente o meio ambiente. E isso teve consequências claras sobre o comércio internacional devido sua interligação direta com o crescimento econômico. Como dissertam Feix; Miranda e Barros (2010, p. 608): “em razão de o meio ambiente ser fonte de insumos básicos para a produção e destino comum dos rejeitos da atividade econômica, o aumento no nível global de produção tende a gerar, em contrapartida, maior pressão sobre os recursos naturais”. O resultado da livre circulação de bens e serviços em escala mundial por longos períodos é uma maior especialização produtiva dos países em setores com maiores vantagens comparativas, favorecida pela eficiente alocação de recursos, o que gera em última escala o crescimento da riqueza mundial. Essa expansão da riqueza tem um efeito sobre o meio ambiente, ele pode ser positivo ou negativo. Assim explicam Feix; Miranda e Barros (2010, p. 608):

Positivo porque o aumento da eficiência na alocação dos recursos e a intensificação da concorrência (ambos induzidos pela liberalização comercial) reduzem a demanda sobre os recursos naturais e minimizam os desperdícios ao longo do ciclo produtivo [...] por outro lado, segundo o modelo keynesiano de determinação da renda, o consumo agregado é função direta do nível de renda corrente da economia. Isso significa que um aumento na renda global, ao expandir o conjunto de possibilidades de consumo, também eleva o nível de demanda agregada na economia. Consequentemente, os agentes econômicos são estimulados a aumentarem os níveis de produção, acelerando a demanda sobre os recursos naturais.

A partir da década de 1980 os movimentos ambientais se fortalecem – em grande parte devido aos desastres socioambientais que continuaram a se suceder em grande escala, como o vazamento de gases tóxicos de uma indústria na Índia em 1984 e o acidente nuclear de Chernobyl em 1986 – e

obrigam os governos nacionais a incorporar novos instrumentos na condução de suas políticas públicas de forma a buscar compatibilizar crescimento econômico e preservação do meio ambiente. Surge o conceito de desenvolvimento sustentável – a crença de que os recursos naturais e o crescimento são ilimitados passa a enfrentar grandes contestações. O *Relatório Brundtland*, resultado do trabalho da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, da ONU, em seu documento intitulado *Nosso Futuro Comum* (1987), conceitua o desenvolvimento sustentável como: “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. A sociedade, principalmente nos países mais desenvolvidos, também passa a reivindicar políticas de preservação ambiental. Assim, explicam Thorstensen e Branco (*apud* QUEIROZ, 2005, p. 1):

A partir desta nova percepção, muitos setores foram pressionados a mudar métodos e processos tradicionais de produção para se adequar às novas demandas da sociedade por produtos ambientalmente saudáveis que, em muitos casos, passaram a representar o principal segmento de vendas de inúmeras empresas cujos esforços de marketing e comercialização convergiam para alcançar os cada vez mais numerosos ‘consumidores verdes’.

189

O debate se aprofundou sobre os impactos que o comércio, sobretudo internacional, teria sobre o meio ambiente. Não havia apenas o problema da questão de escala. O efeito de composição, que relaciona a mudança nos padrões de especialização produtiva dos países como resultado da abertura econômica, poderia agravar ou amenizar o impacto da produção e do consumo internos sobre o meio ambiente, o que dependeria, em grande parte, do rigor da legislação ambiental adotada pelo país. Por isso, a grande preocupação dos países desenvolvidos passou a ser esse efeito, já que havia a possibilidade de países com regulamentações ambientais mais brandas se especializarem em setores altamente poluidores, minimizando custos de produção e aumentando sua competitividade (SÁLVIO, 2008). Ainda havia o efeito tecnológico advindo da liberalização do comércio mundial. Para alguns, a abertura dos novos mercados geraria novas rendas que permitiriam às empresas investir em plantas produtivas mais limpas e eficientes. Para outros, o acirramento da concorrência trazido pela liberalização poderia induzir as empresas a adotarem estratégias de racionalização de custos, o que inviabilizaria gastos com melhorias ambientais (SÁLVIO, 2008).

Estudos buscaram evidenciar os impactos provocados no meio ambiente diretamente pelo aumento do comércio internacional. Birdsall e Wheeler (*apud* FEIX; MIRANDA e BARROS, 2010), ao estudar se o nível de abertura comercial estava ou não interligado ao desenvolvimento de indústrias poluentes em países latino americanos, observaram que haveria uma tendência de os padrões ambientais mais rígidos dos países desenvolvidos serem transferidos para os países em desenvolvimento. Já Copeland e Taylor (*apud* FEIX; MIRANDA e BARROS, 2010) analisaram os efeitos escala, composição e tecnológico em um modelo Norte-Sul e concluíram que a liberalização comercial diminui a poluição nos países nortistas, mas aumenta nos sulistas e a nível global. Para Sachs (1993), há uma tendência, ocasionada pela exacerbação do livre comércio internacional, de os países flexibilizarem os padrões domésticos de qualidade ambiental a fim de aumentar sua competitividade. O chamado *dumping* ambiental, desta forma, seria estratégico. O receio de que isto venha a ocorrer influenciou algumas áreas de livre-comércio a promover a busca pela harmonia de suas políticas ambientais, como aconteceu na União Europeia.

5 POLÍTICAS AMBIENTAIS DENTRO DO SISTEMA GATT/OMC

Diante do debate envolvendo os impactos que o comércio internacional tem sobre o ambiente, acordos foram realizados tratando sobre o assunto em busca de um consenso sobre qual regulamentação aplicar (os blocos comerciais, por exemplo, apontaram decisões em relação a esta questão, como o MERCOSUL e a União Europeia, que obteve mais avanços ao conseguir aplicar uma legislação ambiental mínima comum). Queiroz (2005, p. 2) enumera alguns, como:

A Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies em Extinção da Fauna e da Flora Silvestre (CITES), a Convenção sobre Biodiversidade (CDB), o Protocolo de Cartagena, o Protocolo de Montreal sobre substâncias que afetam a Camada de Ozônio e a Convenção da Basileia sobre o controle do movimento transfronteiriço de dejetos perigosos.

Conforme a exigência da sociedade, principalmente dos países desenvolvidos, aumenta em relação à utilização de políticas ambientais mais restritas, uma reclamação passa a ser tornar cada vez mais comum – a de que os países em desenvolvimento estariam se especializando em indústrias “sujas”. As exportações destes países, devido a uma legislação ambiental menos ri-

gorosa, estariam concentradas em produtos intensivos em poluição, ao contrário dos países desenvolvidos, que exportariam produtos “limpos” (QUEIROZ, 2005).

A não existência de um órgão internacional capaz de legislar especificamente sobre políticas ambientais levou muitas dessas questões relacionadas a serem apreciadas na OMC. Vale salientar que a OMC tem competência para tratar de assuntos relacionados ao comércio internacional e não propriamente ao meio ambiente. Sendo assim, sua tarefa se restringe a estudar os impactos que surgem no campo comercial advindos da aplicação de determinadas políticas ambientais. Brown e Kimball (*apud* MUÑOZ, 1996) sustentam que os aspectos relacionados com o comércio e o meio ambiente deveriam ser resolvidos em foros regionais e globais especializados e não no âmbito da OMC que nunca foi o foro apropriado para lidar com a questão. Mesmo assim, percebe-se uma mudança positiva e ela deve ser evidenciada, em grande parte fruto das influências do contexto social e econômico de cada época, em relação ao pensamento defendido no GATT (a partir da década de 1940) e ao que se discorre na OMC (atualmente). Enquanto o primeiro tinha um viés de caráter estritamente liberal, buscando apenas a utilização ótima dos recursos, o segundo inova em seu preâmbulo ao buscar incorporar o conceito de desenvolvimento sustentável. Assim determina o acordo de Marraqueche:

As partes reconheçam que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico (*apud* QUEIROZ, 2005, p. 3).

Vale salientar que a OMC reafirma os principais compromissos e correntes de pensamento do GATT, apenas incluindo novos temas ao debate liberal, como o meio ambiente. Também é interessante apontar que o acordo constitutivo da OMC exorta para a busca de meios adequados para a proteção e conservação do meio ambiente, porém, de acordo com as necessidades de desenvolvimento de cada país, o que deixa o critério de como, quando e quanto fazê-lo para os próprios países (QUEIROZ, 2005). Então, o sistema

GATT/OMC tem abordado medidas comerciais com fins ambientais dentro destes artigos (GATT, 1994), aqui elencados por Queiroz (2005, p. 3):

a) artigo I - princípio da não discriminação: um país não pode aplicar medidas comerciais de forma discriminatória contra outros países. Desta forma, um país importador não pode aplicar um certo tipo de padrão ambiental para um país e um outro tipo diferente para outro país;

b) artigo III – princípio do tratamento nacional: toda vez que medidas ambientais forem impostas a produtos importados, elas não podem ser mais exigentes que as aplicadas aos produtos nacionais;

c) artigo XX – exceções gerais que determinam quando as regras gerais do GATT podem deixar de ser aplicadas, impedindo assim, as importações de outro país que ponham em risco a proteção da vida ou saúde dos homens, animais e vegetais (XX.b); e a conservação de recursos naturais exauríveis. No segundo caso, é permitida a adoção de medidas restritivas desde que elas sejam estabelecidas em conjunto com restrições à produção ou ao consumo doméstico (XX.g). Ressalte-se que tais medidas não podem ser aplicadas, em nenhuma hipótese, de maneira a constituir uma forma de discriminação arbitrária ou injustificada entre países, ou como uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

O artigo XX é especialmente importante, pois demonstra toda a dificuldade de se aliar a preservação ambiental com o crescimento econômico. Lafer (2001, p. 9), por exemplo, o define como “resultado de um grande esforço empreendido na busca de um ponto de equilíbrio entre dois objetivos legítimos: a proteção do meio ambiente e da saúde, de um lado, e o direito de acesso aos mercados externos, de outro”. Alguns outros acordos também apresentam implicações sobre o meio ambiente, como o Acordo sobre barreiras técnicas e o Acordo sobre medidas sanitárias e fitossanitárias – estabelecem uma série de regras que impedem que padrões técnicos, como os de caráter ambiental, sejam transformados em barreiras comerciais – o Acordo sobre a agricultura, o Acordo geral sobre o comércio de serviços e o Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias – dispõe sobre a adoção de novos métodos e processos de produção para a obtenção de padrões sustentáveis – entre outros (SÁLVIO, 2008). Outro fator importante a ser ressaltado é a criação do Comitê de Comércio e Meio Ambiente, quando da criação da OMC, ao fim da rodada Uruguai (1994). Este comitê tinha a função de examinar as relações entre os dispositivos da OMC e medidas comerciais com

objetivos ambientais, além de políticas ambientais com implicações sobre o comércio internacional e a implantação de disciplinas multilaterais com a finalidade de controlar tais políticas ambientais (QUEIROZ, 2005).

6 O DUMPING AMBIENTAL

Como dito anteriormente, a OMC surge em um momento em que as nações mais desenvolvidas aplicavam muitas medidas comerciais protecionistas visando proteger alguns setores tradicionais de sua indústria. A criação da OMC, inclusive, favoreceu uma maior interdependência dos mercados nacionais ao permitir uma maior abertura do comércio internacional. Levando em consideração que a questão ambiental entrou com maior relevância no debate mundial durante a década de 1990 e a pressão por políticas ambientais condizentes com a preservação ambiental aumentou, verificou-se a emigração de indústrias para países com padrões inferiores de proteção ao meio ambiente ou aos direitos sociais, como afirma Matias e Zanocchi (2011). Em um ambiente de árdua concorrência no mercado internacional, essas ações podem representar uma desvantagem para determinadas indústrias. A inobservância de padrões mínimos de proteção ao meio ambiente e respeito aos direitos sociais se coloca como uma vantagem desleal no mercado internacional para alguns países ou indústrias que lá se alocam.

Isso abre um precedente perigoso, pois tende a promover e incentivar globalmente estas práticas. Muitas nações têm reclamado diversas vezes e apontado isto como sendo uma medida caracterizada como *dumping* ambiental ou social. Para Matias e Zanocchi (2011, p. 6) o chamado *dumping* ambiental é “entendido como uma forma de concorrência desleal, geralmente baseada em uma vantagem conferida a uma determinada indústria, em um determinado país, decorrente da inobservância de padrões mínimos de proteção ao meio ambiente internacionalmente reconhecidos, acarretando padrões insustentáveis de exploração de recursos naturais”. Assim como o chamado *dumping* social busca apontar a violação dos direitos sociais dos trabalhadores em alguns países, que por essa razão teriam uma maior competitividade de seus produtos no mercado internacional.

Sálvio (2008, p. 66) explica que “há de se esclarecer que a expressão *dumping* social [ou ambiental] é de grande imprecisão técnica, de acordo com um dos próprios acordos constitutivos da referida organização [OMC]”. Não há que se falar em *dumping* ambiental ou social dos países com regras sociais e ambientais menos rígidas, pois a diferença de custo de produção

que afetaria positivamente a competitividade destes em sua produção vale tanto para os produtos exportados quanto para os produtos consumidos internamente, já que no mercado doméstico o produto também tem valor inferior ao praticado pelos concorrentes localizados em outros países com legislações mais rígidas. Em outras palavras, se um país com regras menos rígidas produz um produto ao preço X, pois não internaliza custos ambientais e muitos dos encargos sociais, esse preço será menor que o preço do produto Y produzido em um país com legislação mais rígida, que obriga o produtor a internalizar muitos custos ambientais e sociais. Essa diferença de preços entre X e Y não se caracteriza tecnicamente como *dumping* (TOMAZETTE, 2007).

Como destaca Matias e Zanocchi (2011, p. 7), “apesar de constar da agenda internacional há décadas, a extensão do conceito de *dumping* às diversidades socioeconômicas e ambientais entre os países não encontra atualmente base normativa adequada”, pois as regras de defesa comercial não contemplaram este tipo de prática como caracterizadora de *dumping*. O que causa preocupação, pois estas práticas têm se tornado comum, o que pode levar a uma queda do rigor dos padrões mundiais de proteção ambiental. Casos notórios podem exemplificar o perigo de não se regulamentar o chamado *dumping* ambiental, como a “exportação” de unidades produtivas do setor automobilístico norte-americano para o México. As grandes montadoras dos EUA passaram a instalar grande parte de sua produção no México buscando desonerar as empresas dos investimentos necessários à proteção ambiental, que enrijeceu nos EUA devido à grande pressão da sociedade civil organizada. As empresas agiram de forma pragmática, buscando ganhar competitividade no mercado internacional, marcado pelos preços de carros produzidos na China, que não possui uma legislação ambiental forte (QUEIROZ, 2005).

Vale destacar que, embora a crença predominante seja de que há perda de competitividade no mercado internacional devido a uma maior regulação ambiental, alguns pesquisadores, como Porter (*apud* FEIX; MIRANDA e BARROS, 2010), demonstraram que é possível atingir proteção ambiental simultaneamente à manutenção ou aumento da competitividade. Na visão tradicional tem-se que o agente econômico maximiza lucros através da alternativa de custo mínimo de produção, o que vai de encontro, justamente, ao objetivo das regulações ambientais que é internalizar neste custo as externa-

lidades ambientais. De acordo com o novo pensamento, não há conflito inevitável entre os ganhos econômicos e ambientais. Assim afirmam Feix; Miranda e Barros (2010, p. 612): “ao promoverem melhorias ambientais, as empresas podem economizar insumos, racionalizar o processo produtivo, aproveitar resíduos, diferenciar o produto final e, com isso, ganhar em competitividade”. Haveria uma permanente fonte de mudança na estrutura industrial.

De uma forma geral, pode-se dizer que vários fatores influenciarão na competitividade de um produto regulado por políticas ambientais, embora estas realmente causem desequilíbrio na livre concorrência do comércio internacional. A influência será determinada pela eficiência da empresa no emprego de energia, pelo poder de mercado da empresa – que dirá qual o limite para a empresa repassar o aumento dos custos para o consumidor – qual sua capacidade de resposta frente às mudanças tecnológicas, entre outros fatores. Contudo, o que se percebe é que o debate possui um caráter muito mais político, que representa a defesa de interesses nacionais estratégicos, do que científico. Daí a reclamação constante dos países desenvolvidos em relação ao chamado *dumping* ambiental protagonizado pelos países em desenvolvimento, o que estaria incentivando o consumo de produtos importados baseados em processos produtivos excessivamente poluidores, em detrimento dos produtos nacionais ecologicamente corretos. Se todos estes fatores não forem considerados, deve-se salientar que, mesmo no pensamento econômico clássico (que influenciou a criação desse mercado global fruto da livre concorrência), a degradação ambiental pode ser analisada junto do conceito da lei dos rendimentos decrescentes⁵, ou seja, em longo prazo ela inviabiliza o próprio crescimento do comércio internacional.

7 AÇÕES PARA COMBATER O *DUMPING* AMBIENTAL

Mesmo com todos os entraves técnicos que a questão impõe, vale destacar que muitas ações de proteção ambiental relacionadas ao comércio internacional têm surtido efeito, e também muitas medidas contra o chamado

⁵ A lei dos rendimentos decrescentes, proposta por David Ricardo, afirma que se for elevada a quantidade do fator (insumo) variável, permanecendo fixos os demais fatores (insumos), a produção inicialmente aumentará a taxas crescentes; depois de certa quantidade do fator variável, aumentará, todavia será um aumento a taxas decrescentes; a continuar o incremento da demanda pelo insumo variável, a produção total chegará a um máximo para então decrescer (VASCONCELLOS; GARCIA, 2009). O insumo variável, neste contexto, é representado pelos recursos naturais.

dumping ambiental têm conseguido alcançar seu objetivo dentro do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. É importante salientar que, embora o desenvolvimento sustentável seja um princípio reconhecido internacionalmente, há outros princípios que também são reconhecidos, como o da autonomia e autodeterminação dos povos, o que impede uma ação mais efetiva em relação aos países que não se alinham com os princípios da sustentabilidade. Diante deste complexo contexto, Matias e Zancocchi (2011, p. 9) afirmam que “[...] as concepções tradicionais de soberania, igualdade formal entre os Estados, direito ao desenvolvimento e autodeterminação dos povos parecem incompatíveis com os legítimos anseios dos povos na comunidade internacional para a tutela efetiva do meio ambiente”. Uma reforma desse sistema se faz necessária, em caso contrário, se verá uma crise deste velho modelo. Até porque, em tempos de crise econômica, alguns países utilizam cláusulas ambientais aplicadas de forma unilateral – como pressuposto de se preservar o meio ambiente – para disfarçar ou inserir novas barreiras não tarifárias à prática do livre-comércio.

Um dos casos mais emblemáticos que envolveram questões ambientais e comerciais foi a questão da restrição de importações de pneus reformados pelo Brasil. A questão se inicia com uma resolução do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – obrigando as empresas fabricantes e importadoras de pneumáticos a coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, aos pneus não mais utilizáveis (resolução 258/99). Esses pneus, quando depositados em locais inapropriados, permitem a proliferação de algumas doenças ocasionadas pelo acúmulo de água em seu interior, especificamente malária e dengue. Outro destino comum para esses pneus é a incineração através de medidas inadequadas, o que libera substâncias tóxicas prejudiciais à saúde humana. Assim, os pneus velhos estavam se tornando um grande problema para o Estado (MATIAS e ZANOCCHI, 2011). A partir da constatação destes problemas, o governo brasileiro começa uma campanha estimulando o reaproveitamento e a reciclagem destes pneus, além de restringir a sua importação. Como se observa no artigo 6º da resolução 258/99 do CONAMA, que previa um prazo de três anos para a adaptação das empresas às novas medidas:

As empresas importadoras deverão, a partir de 1º de janeiro de 2002, comprovar junto ao IBAMA, previamente aos embarques no exterior, a destinação final, de forma ambientalmente adequada, das quantidades de pneus inservíveis estabelecidas no art. 3º desta Resolução, correspondentes às quantidades

a serem importadas, para efeitos de liberação de importação junto ao Departamento de Operações de Comércio Exterior-DECEX, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (*apud* MATIAS e ZANOCCHI, 2011, p. 14)

A intenção principal era atingir a importação de pneus reformados. A Portaria número 14 da Secretaria de Comércio Exterior é apresentada para consolidar as disposições regulamentares das operações de importação, determinando em seu artigo 40 que:

Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica nº 18. (*apud* MATIAS e ZANOCCHI, p. 15)

O Brasil foi obrigado a acatar decisão do MERCOSUL e admitir importações oriundas do bloco a pedido do Uruguai, o que desagradou à Comunidade Europeia, que ainda questionou outras medidas impostas pelo país. Entre outras reclamações, os europeus afirmavam que as imposições eram para pneus usados, o que não se aplicava aos pneus reformados, por isso estes não deveriam ser penalizados. Ainda afirmava que o Brasil exigia multa para importação, assim como comercialização, transporte, armazenagem, conservação ou manutenção em depósito para pneus reformados importados, o que não se aplicava à produção doméstica. Em uma primeira decisão, o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC decidiu que as reclamações dos europeus eram incompatíveis com os artigos que os mesmos haviam citado para justificar a medida – artigos I: 1 (cláusula da não mais favorecida), III: 4 (princípio do tratamento nacional), XI: 1 (proibição às restrições quantitativas) e XIII: 1 (princípio da não discriminação) do GATT 1994. A Comunidade Europeia decidiu recorrer e a OMC, em 03 de dezembro de 2007, decidiu que (*apud* MATIAS e ZANOCCHI, 2011, p. 16):

a) “confirma a decisão do Painel de que a proibição de importação pode ser considerada "necessária", na acepção do artigo XX (b) e é, portanto, provisoriamente justificada sob essa disposição e entendeu que o Painel não violou suas obrigações ao abrigo do artigo 11 do DSU (Dispute Settlement Understanding) para fazer uma avaliação objetiva dos fatos”;

b) “reverteu as conclusões do Painel de que a isenção do MERCOSUL resultaria em que a proibição de importação seria aplicada de uma maneira que constitui uma discriminação injustificável e uma restrição disfarçada ao

comércio internacional apenas na medida em que resulta em volumes de importações de pneus recauchutados que prejudique significativamente a realização do objetivo da proibição de importação”;

c) “reverteu as conclusões do Painel de que a isenção do MERCOSUL não resultou em discriminação arbitrária e que a isenção do MERCOSUL não resultou em discriminação injustificável, e entendeu, pelo contrário, que a isenção do MERCOSUL resultou em que a proibição de importação fosse aplicada de uma maneira que constitui discriminação arbitrária ou injustificável nos termos do caput do artigo XX”;

d) “reverteu as conclusões do Painel de que a importação de pneus usados por meio de liminares resultou em que a proibição de importação fosse aplicada de uma maneira que constitui uma discriminação injustificável e uma restrição disfarçada ao comércio internacional, apenas na medida em que tais importações sejam realizadas em volumes que prejudiquem significativamente a realização do objetivo da proibição de importação, e entendeu, pelo contrário, que as importações de pneus usados por meio de liminares resultaram em que a proibição de importação fosse aplicada de uma maneira que constitui uma discriminação arbitrária ou injustificável nos termos do caput do artigo XX”;

e) “com relação ao artigo XX do GATT 1994, o Órgão de Apelação manteve, embora por razões diferentes, as conclusões do Painel de que a proibição da importação não se justifica sob o Artigo XX do GATT 1994”.

Desta forma, conforme afirma Sálvio (2008, p. 72), a proibição de importação, de acordo com o Brasil e, como visto acima, referendado pelo Painel, está respaldada pelas exceções do artigo XX do GATT “[...] alíneas b) e d) ao livre comércio, que tratam respectiva e resumidamente, da proteção ao meio ambiente e da necessidade de, no caso concreto, o Brasil cumprir o laudo arbitral do Mercosul para a continuidade do bloco”. Destarte, a proibição não implica protecionismo comercial do Brasil, conforme o Painel da OMC. Contudo, ressalta Sálvio (2008, p. 73), tecnicamente o Brasil perdeu o caso devido a frequente concessão de liminares pelo Judiciário brasileiro permitindo a importação.

O fundamental, porém, neste caso, é que a OMC reconheceu que a proteção ambiental e da saúde humana (já que o caso envolvia também problemas de aumento de casos de dengue e febre amarela por conta de acúmulo

de pneus sem destinação ambientalmente adequada) prevalecem sobre questões meramente comerciais (SÁLVIO, 2008, p. 73).

Com relação a este caso é interessante apontar que a própria Comunidade Europeia conta com medidas ambientais que dissertam sobre o descarte de pneus usados – a Diretiva sobre Aterros da Comunidade Europeia. Ela afirma que, a partir de 2006, ficou proibida a destinação de pneus para aterros sanitários, mesmo que triturados. Contudo, permite que os mesmos sejam exportados. Volta-se para a preocupação sobre a verdadeira intenção de barreiras comerciais que envolvam questões ambientais. Sálvio (2008, p. 73) define assim a questão: “é evidente a total despreocupação com a proteção do meio ambiente, que não deve se dar apenas no território europeu, mas em todo o planeta. Esse entendimento comunitário apenas demonstra que preocupação com cláusulas ambientais são meros disfarces ao protecionismo comercial”.

Outros casos que ocorreram na OMC envolvendo o meio ambiente também podem ser apontados, como: a questão do pescado comercializado por pescadores brasileiros sem que houvesse o uso da rede de proteção às tartarugas, o que foi reclamado pelos EUA; a gasolina fora dos padrões exigidos pelo Congresso norte-americano, exportada pelo Brasil para os EUA, mais um contencioso envolvendo os dois países; alimentos geneticamente modificados que eram exportados para a União Europeia; entre outros que ganharam notoriedade⁶.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate ao chamado *dumping* ambiental é legítimo e necessário para que se continue aumentando o controle e fiscalização sobre as atividades econômicas causadoras de impactos ambientais, permitindo que a preservação do meio ambiente realmente seja efetiva e se alcance um padrão mínimo que possa promover o desenvolvimento sustentável. Contudo, apesar de ser essencial, não é o bastante, ainda mais da forma como ocorre na prática. Para se atingir um desenvolvimento sustentável há três abordagens que devem ser seguidas e harmonizadas: econômica – deve-se maximizar renda enquanto se mantêm constantes os estoques de capital (capital natural, inclusive); ecológica – deve-se manter a resiliência dos sistemas biológicos e físicos; cul-

⁶ Para maiores informações sobre estes e outros contenciosos consultar <http://www.wto.org>.

tural – deve-se manter a estabilidade dos sistemas social e cultural (ROGERS; JALAL e BOYD, 2008). Correlacionar estas três esferas sem que haja predominância de uma sobre a outra se torna o grande desafio da sustentabilidade, pois a ação dos três termos interfere diretamente uns nos outros e em seus valores. Para Sen (2000) e Sachs (1993), a dimensão social se coloca como o pilar mais importante para se atingir a sustentabilidade. Não pode haver sustentabilidade sem desenvolvimento social, que não pode existir com a exclusão de pessoas e a existência de pobreza ou com a degradação do ambiente no qual o indivíduo está inserido, ou seja, o homem passa a ser o centro da teoria de sustentabilidade.

Ações afirmativas voltadas para o desenvolvimento social que possibilitem uma melhor distribuição de renda entre os países, inclusive com participação e distribuição mais justa no mercado internacional, políticas que permitam maior participação política das populações menos favorecidas, ações preventivas (não apenas mitigadoras) voltadas à preservação dos sistemas ecológicos, entre outras medidas, são mais urgentes do que a simples abertura comercial. Como o crescimento e desenvolvimento econômico de nações subdesenvolvidas também o são. É neste contexto, inclusive ao se analisar as consequências socioambientais da excessiva especialização econômica mundial impulsionada pelo comércio internacional, que não se pode permitir que o combate ao chamado *dumping* ambiental se coloque como um meio de disfarçar a inclusão de novas barreiras comerciais pelos países desenvolvidos com o objetivo de impedir que países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos possam concorrer no mercado internacional. Isso, inclusive, acaba por provocar impactos ambientais mais profundos, em vez de auxiliar na solução destes problemas. Assim como a preservação do meio ambiente não pode prescindir de políticas e regulações ambientais que a efetivem, visto que o livre mercado, como já demonstrado, tende a estressar os limites de resiliência do ambiente.

A solução estaria na harmonização das diversas medidas ou padrões mínimos de proteção ambiental que permitissem efetivamente a resiliência dos diversos sistemas ambientais. O comércio internacional estaria limitado a estas barreiras. Todavia, deveria haver um processo de cooperação entre os países mais desenvolvidos no sentido de auxiliar outras nações a alcançar níveis mais altos de produtividade, seja até mesmo através de políticas tarifárias, mas que se comprometessem a adotar regras ambientais (e sociais)

gradativamente mais rígidas. Alguns blocos econômicos já adotam um conjunto de regras ambientais mínimas para seus produtos, como por exemplo, o selo ambiental europeu chamado de *Ecolabel*. Criado em 1987 e aprovado em 1992, tem o objetivo de “promover o desenho, produção, comercialização e consumo de produtos com reduzido efeito ambiental durante o ciclo de vida e informar melhor os consumidores sobre o impacto dos produtos ao meio ambiente” (Comunidade Europeia, Regulamento n.º 880/92). O *Ecolabel* foi criado para que as diversas políticas ambientais adotadas pelos países do bloco não concorressem umas com as outras, justamente para não provocar distorções comerciais e afetar a competitividade dos países.

A harmonização, obviamente, possui muitas dificuldades para ser implantada, em grande parte devido às peculiaridades de cada país em relação às capacidades de absorção de poluição, por exemplo, ou ao nível de desenvolvimento em que o país se encontra. A própria Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) já trazia essa questão à tona e dissertava sobre a busca por uma harmonização das políticas ambientais que considerasse as características de cada nação. Em seu princípio 11º, exorta para que os Estados adotem legislação ambiental eficaz que reflita o contexto ambiental a que se aplica considerando que normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros. Poderia haver uma gradativa harmonização que se iniciasse em fases intermediárias, com o estabelecimento de padrões mínimos ou padrões essenciais, até se chegar à harmonização total, com uniformidade de padrões ou mesmo à padronização segmentada, com convergência de padrões. Os impactos ambientais gerados pelo crescimento econômico, e em grande parcela pelo comércio internacional, não respeitam fronteiras. Harmonizar as políticas ambientais, respeitando as peculiaridades de cada nação, auxiliará a se manter o bom funcionamento da economia mundial simultaneamente com a garantia da resiliência dos diversos sistemas ambientais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. T. **As interações entre comércio e meio ambiente**. In: Braga, S. B.; Miranda, L. C. (Org.) *Comércio e meio ambiente: uma agenda para a América Latina e Caribe*. Brasília: MMA/SDS, pág. 27-40, 2002.

ARRIGHI, Giovanni. **A ilusão do desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 1997

BARRAL, Welber. **Dumping e comércio internacional: a regulamentação anti-dumping após a Rodada Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**, St.Paul, West Publishing, 1968.

COUTO, M. do S. D. da S.; TEIXEIRA, D. A. **Uma análise de diferentes questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável na contemporaneidade**. 2010. Revista Ateliê Geográfico, UFG, vol.04, nº02, p. 215-232.

FEIX, Rodrigo Daniel; MIRANDA, Silvia Helena G. de; BARROS, Geraldo Sant'Ana de C. **Comércio Internacional, Agricultura e Meio Ambiente: teorias, evidências e controvérsias empíricas**. 2010. Revista de Economia e Sociologia Rural (RESR), Piracicaba – SP, vol. 48, nº 03, p. 605-634.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **The entropy law and the economic process**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

GATT. **Ministerial Decision on Trade and Environment**. Decision of 14 April 1994. GATT Doc. MTN.TNC/W/141.

LAFER, C. **O Setor Agropecuário e a Política Externa Brasileira**. 2001. Aula magna ministrada por ocasião do centenário da ESALQ proferida em Piracicaba, São Paulo. Disponível no site <<http://www.relnet.com.br>>.

MASSI, Juliana Machado & TADDEI, Marcelo Grazzi. **O dumping e a concorrência empresarial**. 2006. Anais do XV CONPEDI. Manaus, v. 1.

MATIAS, João Luis N. & ZANOCCHI, José Maria M. **A compatibilização entre o comércio internacional e a proteção ao meio ambiente no âmbito da OMC: análise do caso das restrições à importação de pneus recauchutados pelo Brasil**. 2011. Anais do XX CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, v. 1, p. 4995-5015.

MERICO, Luís Fernando. **Introdução à econômica ecológica**. 2ª ed. Blumenau: EDIFURB, 2002.

MUÑOZ, H. **A Nova Política Internacional**. São Paulo: Alfa-Omega, 1996.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais**. 2005. Revista Ambiente e Sociedade, ANPPAS, São Paulo, vol. 8, n. 2.

REDCLIFT, Michael. **Sustainable development: exploring the contradictions**. London: Routledge, 1987.

ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An Introduction to Sustainable Development**. Londres: Earthscan, 2008.

ROSSINI, S. dos R. M.; TRINTIN, J. G. **Os anos dourados do capitalismo: uma breve abordagem sobre o crescimento capitalista**. 1999. Revista Akrópolis, UNIPAR, v. 7, n. 27, p. 49-60.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Studio Nobel, 1993.

SÁLVIO, Gabriella Giovanna L. **Combate ao dumping ambiental e social no comércio internacional: uma real tentativa de proteção aos direitos fundamentais?** 2008. Revista Vox Juris, Universidade Gama Filho, ano 1, vol. 1, n. 1, pág. 57-78.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

THORSTENSEN, V. **A Organização Mundial do Comércio e as Negociações sobre Comércio, Meio Ambiente e Padrões Sociais**. 1998. Revista Brasileira de Política Internacional (RBPI), UnB/IBRI, ano 41, n.º 2, págs. 29-58.

TOMAZETTE, Marlon. O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. 2007. **Revista PRISMAS**, Brasília, vol.4, n. 1, pág. 194-214.