



Revista Eletrônica
Direito e
Conhecimento

V. 1, n. 1, 2017
JAN-JUN/2017

Cesmac
Faculdade do
Agreste

Arapiraca/AL



SUMÁRIO

2

Missão, periodicidade, objetivos – P. 4

Mensagem do Editor-Geral – P. 5

Artigos

Gestão do Conhecimento e Modelos: Explorando Conceitos – P. 3-30

Luiz Geraldo Rodrigues de Gusmão

“São milhões de brasileiros que não tem pra onde correr”: o “avesso da vida” e a psicologia jurídica no documentário *Nega* – P. 31-57

Marcelo Prado Amaral Rosa e Daniel de Freitas

A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira – P. 58-77

George Sarmiento Lins Júnior

Garantismo e efetividade dos direitos fundamentais por meio da tópica de Theodor Viegweg – P. 78-107

Hilda Maria Couto Monte

A Tutela jurisdicional como instrumento para a implantação de políticas públicas na área da educação ante a omissão administrativa do Poder Público: critérios objetivos para a efetivação deste direito subjetivo – P. 108-130

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim e Bianca Oliveira da Silva

SUMÁRIO

3

A responsabilidade do cidadão no desenvolvimento da vida em comunidade através da virtude da justiça: análise sob o prisma da ética aristotélica – P. 131-148

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro

Os dispositivos de normalização da sociedade disciplinar: a fabricação do antinarciso nos aparelhos jurídico-sociais – P. 149-160

Renata Celeste e Amanda Salgado

***Amicus curiae* no Código de Processo Civil de 2015: instrumento de democratização do processo e legitimação das decisões judiciais** – P. 161-176

Adalberto Fulco e Rosalina Freitas

Principais inovações do recurso de “agravo de instrumento” no novo código de processo civil brasileiro – P. 177-194

Alexandre Soares Bartilotti

Corpo editorial e informações básicas – P. 195

MISSÃO, OBJETIVOS, PERIODICIDADE

4

A **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento** é uma publicação semestral exclusivamente virtual da Revista de Direito do CESMAC, Faculdade do Agreste, com acesso público e gratuito. Foi instituída com a missão de estimular a difusão do conhecimento através do desenvolvimento do tripé universitário (ensino, pesquisa e extensão). Com isto, almeja-se estimular a difusão do conhecimento jurídico e a evolução da doutrina nacional através de estudos e pesquisas científicas realizadas no Direito. Busca-se, também, desenvolver os projetos de extensão e ensino jurídicos através da difusão destas experiências.

Desta maneira, o objetivo central da Revista Eletrônica Direito e Conhecimento é a publicação de artigos científicos inéditos que tenham sido fruto de pesquisas acadêmicas, dissertações de mestrado, teses de doutorado e estudos independentes sobre os mais variados temas jurídicos, capazes de propiciar avanços na doutrina e legislação nacionais, além do avanço no próprio ensino jurídico.

Diante de tal objetivo, a Revista atua com o recebimento de artigos duas vezes por ano, que são avaliados através do sistema duplo *blind peer review*, em que os textos são submetidos sem identificação de autoria e são analisados por dois avaliadores, propiciando, assim, uma avaliação imparcial dos textos submetidos à publicação.

MENSAGEM DO EDITOR-GERAL

5

É com grande satisfação que publicamos a primeira edição da Revista Eletrônica, Direito e Conhecimento, da Faculdade Cesmac do Agreste. O sonho de uma jornada acadêmica que começou em 2008 nesta Instituição, ao iniciarmos a carreira como docente, ministrando a primeira aula de Direito Administrativo até este momento de materialização da revista, com o esforço ímpar da Profa. Msc. Carla Priscila B. Santos Cordeiro, muitas conquistas e lutas aconteceram.

Registre-se que a Instituição suplantou um árduo processo de mudança do sistema educacional Estadual para o sistema Federal, o nosso corpo docente cada vez mais buscando a titulação e preocupando-se com a pesquisa e a extensão, nossa estrutura física ampliando e nossos alunos, mola propulsora de todo esse desenvolvimento, galgando inúmeras conquistas profissionais, tudo isso só vem ratificando a referência que a Instituição do Agreste Alagoano vem se tornando.

Agora, mais uma etapa está por ser construída, o lançamento efetivo da Faculdade Cesmac do Agreste para a comunidade acadêmica, com a exteriorização de estudos das mais variadas áreas do conhecimento humano, o que só fortalece o momento de interdisciplinaridade que o mundo jurídico atualmente exige, o que é o ideal da revista. Pois, o nome Direito e Conhecimento não é por acaso, mas justamente para abarcar todas as áreas da cognição humana e o que elas podem contribuir para construção de um direito mais justo, estável, íntegro e coerente.

Outrossim, estamos muito gratos à Instituição, nas pessoas da Diretora, Profa. Priscila Vieira do Nascimento, e do Coordenador do Curso, Prof. Orlando Rocha Filho, por todo o apoio institucional que, com muita acuidade e paciência, por inúmeras vezes ouviram de nós a necessidade da Faculdade possuir uma revista, como forma de se lançar à academia e, graças a eles, chegamos aqui.

MENSAGEM DO EDITOR-GERAL

6

Por fim, convidamos a todos os leitores que divulguem e apresentem suas observações e críticas ao nosso corpo editorial, para que possamos sempre aprimorar e qualificar a revista. Boa leitura!

Arapiraca, 29 de janeiro de 2017.

Prof. Msc. Márcio Oliveira Rocha

Editor-geral

GESTÃO DO CONHECIMENTO E MODELOS: EXPLORANDO CONCEITOS

7

KNOWLEDGE MANAGEMENT AND MODELS: EXPLORING CONCEPTS

Luiz Geraldo Rodrigues de Gusmão*

RESUMO: Esse artigo faz parte da dissertação de mestrado e apresenta uma revisão da literatura sobre a Gestão do Conhecimento e seus Modelos. O artigo procura buscar conceitos mais gerais sobre conhecimento. O que é conhecimento? Como esse conhecimento é criado dentro das instituições? Além de algumas definições e diferenciações sobre dado, informação e conhecimento, pois foram considerados como conceitos básicos. Em seguida, procura-se conceitos mais específicos, incluindo: Como este conhecimento é gerido nas instituições de uma forma mais geral; como se comporta o capital intelectual nesta gestão do conhecimento; que perspectiva há deste conhecimento em rede como uma nova forma de gestão; e finalmente, busca-se compreender o que é cultura organizacional, local onde acontece o conhecimento, a percepção do sujeito do conhecimento, a criação e a gestão do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão. Conhecimento. Gestão do Conhecimento.

ABSTRACT: This article is part of the dissertation and presents a literature review on knowledge management and its models. The article tries to get more general concepts about knowledge. What is knowledge? How this knowledge is created within institutions? In some definitions and differentiations on data, information and knowledge because they were considered as basic concepts. Then, looking up more specific concepts, including: How does this knowledge is managed in institutions more generally; how it behaves in this intellectual capital knowledge management; what prospect is aware of this network as a new form of management; and finally, we seek to understand what is organizational culture, where happens knowledge, perception of the subject of knowledge, creation and the management.

KEYWORDS: Management. Knowledge. Knowledge Management.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Que é Conhecimento? 2 Criação do Conhecimento nas Organizações; 3 Gestão do Conhecimento; 4 Gestão do Capital Intelectual; 5 Conhecimento em Rede a Nova Forma de Gestão; 6 Redes de Conhecimento; 7 Cultura Organizacional; 8 Modelos de Gestão do Conhecimento; 8.1 Modelo de Nonaka e Takeuchi; 8.2 Modelo de Sicsú e Dias; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais, o contexto onde as organizações estão inseridas exige das mesmas uma maior competitividade. Uma competitividade não mais só voltada para o produto, ou seja, um produto de maior, ou melhor, qualidade, mas para quem elabora o produto. A instrumentalização do sujeito pelo conhecimento o leva a se preparar para conhecer a verdade através da gestão deste conhecimento, onde a verdade só será encontrada quando o sujeito se deslocar através das práticas, isto é, a internalização e a externalização do conhecimento para que os outros seres possam compartilhar com ele, sujeito instrumentalizado.

1 O QUE É CONHECIMENTO?

Nonaka e Takeuchi (1997, p.24-25) diz que a história da filosofia desde o período grego pode ser vista como o processo de busca de uma resposta à pergunta “O que é o conhecimento?” Apesar das diferenças fundamentais entre o racionalismo e o empirismo, os filósofos ocidentais em geral concordam que conhecimento é a “crença verdadeira justificada”, um conceito introduzido inicialmente por Platão em *Ménon*, *Pédon* e *Teeteto*. No entanto, a definição de conhecimento está longe de ser perfeita em termos lógicos. Segundo essa definição, nossa crença na verdade de uma coisa não constitui nosso verdadeiro conhecimento dessa coisa, por isso existe uma chance, por menor que seja, de que nossa crença esteja errada. Portanto, a busca do conhecimento na filosofia ocidental é carregada de ceticismo, o que induziu diversos filósofos a buscarem um método que os ajudassem a estabelecer a verdade indubitável do conhecimento. Eles almejavam descobrir o “conhecimento fundamental sem prova ou indício” sobre o qual seria possível assentar todo e qualquer conhecimento.

Se estivermos apenas interessados em uma definição curta e simplória de conhecimento podemos estancar apenas na definição de Aurélio Buarque que é: “Ato ou efeito de conhecer. Informação ou noção adquirida pelo estudo ou pela experiência. Consciência de si mesmo”.

Mas nossa vontade é bem maior, precisamos mergulhar na essência do conhecimento. Diante disto encontramos em Arranha (1993, p.21) o conceito de que o conhecimento é:

o pensamento que resulta da relação que se estabelece entre o sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido. A apropriação intelectual do objeto supõe que haja regularidade nos acontecimentos do mundo; caso contrário, a consciência cognoscente nunca poderia superar o caos.

Arranha (1993, p.21) diz ainda que o conhecimento “pode designar o ato de conhecer, enquanto relação que se estabelece entre a consciência que conhece e o mundo conhecido”. Mas o conhecimento também se refere ao produto, ao resultado do conteúdo desse ato, ou seja, o saber adquirido e acumulado pelo homem.

De acordo com Reale (2002, p.53) “conhecer é trazer para nossa consciência algo que supomos ou pré-supomos fora de nós. O conhecimento é uma conquista, uma apreensão espiritual de algo”. Conhecer é abranger algo tornando-nos senhores de um ou de alguns de seus aspectos. Toda vez que falamos em conhecimento, envolvemos dois termos: o sujeito que conhece, e algo de que se tem ou de que se quer ter ciência. Algo, enquanto passível de conhecimento, chama-se objeto, que é assim o resultado possível de nossa atividade cognoscitiva.

Fleury e Júnior (2008, p.132) em seu artigo “Competências Essenciais e Conhecimento na Empresa”, adotam a seguinte definição de conhecimento: “o conjunto de crenças mantidas por um indivíduo acerca de relações causais entre fenômenos (Sanchez, Heene e Thomas, 1996:9)”, entendendo relações causais como relações de causa e efeito entre eventos e ações imagináveis e prováveis conseqüências para aqueles eventos ou ações.

Nonaka e Takeuchi (1997,63), por sua vez, afirmam que enquanto a epistemologia tradicional enfatiza a natureza absoluta, estática e não-humana do conhecimento, em geral expressa em proposições e pela lógica formal, consideramos o conhecimento como um processo humano dinâmico de justificar a crença pessoal com relação à “verdade”.

Para Senge (1999, p.487e488) (apud COELHO, 2004,91) conhecimento é “a capacidade para a ação eficaz” e este “conhecimento somente se difunde quando existem processos de aprendizagem pelos quais os seres humanos desenvolvem novas capacidades de ação eficaz” .

Para finalizar encontramos em Davenport e Prusak (2003, p.6) que o “conhecimento é uma mistura fluida de experiência condensada, valores, informação contextual e insight experimentado, a qual proporciona uma estrutura para a avaliação e incorporação de novas experiências e informações”. Ele tem origem e é aplicado na mente dos conhecedores. Nas organizações, ele costuma estar embutido não só em documentos ou repositórios, mas também em rotinas, processos, práticas e normas organizacionais.

Davenport e Prusak (2003, p.6) acrescentam que essa definição torna imediatamente claro o conhecimento não como puro nem simples: “é uma mistura de vários elementos; é fluido como também formalmente estruturado; é intuitivo e portanto difícil de colocar em palavras ou de ser plenamente entendido em termos lógicos”. O conhecimento existe dentro das pessoas, faz parte da complexidade e imprevisibilidade humanas. Embora tradicionalmente pensemos em ativos como algo definível e “concreto”, os ativos do conhecimento são muito mais difíceis de se identificar. Da mesma forma que uma partícula atômica pode parecer ser uma onda ou uma partícula, dependendo de como os cientistas a observam, o conhecimento pode ser visto tanto como um processo quanto como um ativo.

2 CRIAÇÃO DO CONHECIMENTO NAS ORGANIZAÇÕES

Davenport e Prusak (2003, p.63) dizem que:

Organizações saudáveis geram e usam o conhecimento. À medida que interagem com seus ambientes, elas absorvem informações, transformam-nas em conhecimento e agem com base numa combinação desse conhecimento com suas experiências, valores e regras internas.

Elas sentem e respondem. Na falta do conhecimento, organizações não poderiam se organizar; elas não conseguiriam se manter em funcionamento.

Segundo Davenport e Prusak (2003,64) existem cinco modos de gerar o conhecimento, são eles: aquisição, recursos dedicado, fusão, adaptação e rede do conhecimento. Estes cinco modos podem ser assim conceituados:

- **Aquisição:** Com geração do conhecimento denotamos o conhecimento adquirido por uma organização e também o conhecimento que ele desenvolve. Conhecimento adquirido não precisa ser necessariamente recém-criado, mas apenas ser novidade para a organização.
- **Recursos Dirigidos:** Uma forma costumeira de se gerar conhecimento numa organização é formar unidades ou grupos para essa determinada finalidade. Departamento de pesquisa e desenvolvimento são o exemplo-padrão. Seu objetivo é fazer surgir conhecimento novo – novas formas de se fazer as coisas.
- **Fusão:** Embora o método de P&D tenha como base diminuir as pressões e dispersões que possam atrapalhar a pesquisa produtiva, a geração do conhecimento através da fusão introduz propositalmente complexidade e até mesmo conflito para criar uma nova sinergia. Ela reúne pessoas com diferentes perspectivas para trabalhar num problema ou projeto, obrigando-as a chegar a uma resposta conjunta.
- **Adaptação:** Em “Microcosmic God”, uma história de ficção científica de 1941 escrita por Theodore Sturgeon, o personagem principal cria um pequeno mundo de seres que vivem e se desenvolvem, com extrema rapidez. Ele os força a inovarem, ao impor variadas ameaças ambientais. Eles reagem a tempestade, calor, secas – até mesmo a uma espécie de bastão de metal que desce inexoravelmente de seu “céu” – com um fluxo contínuo de invenções e descobertas que vão desde novos materiais isolantes e fontes de energia a alumínio super-rígido. As crises em seu meio ambiente atuam como catalisadores de geração do conhecimento. “Adaptação ou morte” é o seu destino, e portanto eles se adaptam e evoluem.
- **Redes:** Dentro das empresas, o conhecimento é gerado também pelas redes informais e auto-organizadas, as quais podem tornar-se mais formalizadas com o tempo. Comunidades de possuidores do conhecimento acabam se aglutinando motivados por interesses comuns, e em geral conversam pessoalmente, por telefone e pelo correio eletrônico e groupware para compartilhar o conhecimento e resolver problemas em conjunto.

Na visão de Nonaka e Takeuchi (1997, p.63), antes de descrever o processo de como se cria o conhecimento, eles dizem que é necessário descrever as semelhanças e diferenças entre conhecimento e informação. Três observações são necessárias aqui.

Primeira, o conhecimento, ao contrário da informação, diz respeito a *crenças e compromissos*. O conhecimento é uma função de uma atitude, perspectiva ou intenção específica. Segunda, o conhecimento, ao contrário da informação, está relacionado a *ação*. É sempre o conhecimento “com algum fim”. E terceira, o conhecimento, como a informação, diz respeito ao *significado*. É específico ao contexto e relacional.

Depois de descreverem as diferenças e semelhanças entre conhecimento e informação, Nonaka e Takeuchi (2008,57) iniciam o relato sobre a criação do conhecimento dizendo que “pouca atenção tem sido dada a como o conhecimento é criado e como o processo de criação é administrado”. Então eles demonstram que a criação do conhecimento em sua abordagem passa por duas dimensões na criação do conhecimento, a saber: a dimensão ontológica e a dimensão epistemológica.

Nonaka e Takeuchi (2008,57) ao falar sobre a dimensão ontológica diz que em sentido rígido, “o conhecimento é criado apenas pelos indivíduos. Uma organização não pode criar conhecimento sem os indivíduos. A organização apóia os indivíduos criativos ou propicia contextos para que criem o conhecimento”. A criação do conhecimento organizacional, essa forma, deve ser compreendida como um processo que amplifica, “organizacionalmente”, o conhecimento criado pelos indivíduos e o cristaliza como parte da rede de conhecimentos da organização. Esse processo tem lugar dentro da “comunidade de interação” em expansão, que cruza os níveis e os limites intra e interorganizacionais.

Quanto a dimensão epistemológica Nonaka e Takeuchi (2008, p.57) recorrem a distinção de Michael Polanyi (1996) entre *conhecimento tácito e conhecimento explícito*. “O conhecimento tácito é pessoal, específico ao contexto e, por isso, difícil de formalizar e comunicar. O conhecimento explícito ou “codificado”, por outro lado, refere-se ao conhecimento que é transmissível na linguagem formal, sistemática”. O argumento de Polanyi sobre a importância do conhecimento tácito na cognição humana talvez corresponda ao argumento central da psicologia da Gestalt, que afirma que a percepção é determinada nos termos da forma e que é integrada ao padrão geral ou Gestalt.

Na visão de Nonaka e Takeuchi (1997, p.67), o “conhecimento tácito e o conhecimento explícito não são entidades totalmente separadas, e sim mutuamente complementares. Interagem um com o outro e realizam trocas nas atividades criativas dos seres humanos”.

O modelo dinâmico de criação do conhecimento de Nonaka e Takeuchi está ancorado no pressuposto crítico de que o conhecimento humano é criado e expandido através da interação social entre o conhecimento tácito e o conhecimento explícito. Eles chamam essa interação de “conversão do conhecimento”. Nonaka e Takeuchi (2008, p.59) diz que deve ser “observado que essa conversão é um processo “social” entre indivíduos e não confinado em um único indivíduo”.

Diante do postulado de que o conhecimento é criado através da interação entre o conhecimento tácito e o conhecimento explícito, Nonaka e Takeuchi (1997:68) postularam quatro modos diferentes de conversão do conhecimento. São eles:

- (1) de conhecimento tácito em conhecimento tácito, que chamamos de socialização;
- (2) de conhecimento tácito em conhecimento explícito, que denominamos externalização;
- (3) de conhecimento explícito em conhecimento explícito, ou combinação;
- e (4) de conhecimento explícito em conhecimento tácito, ou internalização.

Que assim são definidos por Nonaka e Takeuchi (2008, pgs.60,62,65 e 67):

Socialização (Tácito para Tácito): Processo de compartilhamento de experiências e, com isso, de criação de conhecimento tácito – tais como os modelos mentais e as habilidades técnicas compartilhadas. O indivíduo pode adquirir conhecimento tácito diretamente dos outros sem usar a linguagem.

Externalização (Tácito para Explícito): Processo de articulação do conhecimento tácito em conceitos explícitos. É a quintessência do processo de criação do conhecimento, no qual o conhecimento tácito se torna explícito, tomando a forma de metáforas, analogias, conceitos, hipóteses ou modelos.

Combinação (Explícito para Explícito): Processo de sistematização de conceitos em um sistema de conhecimento. Este modo de conversão de conhecimento envolve a combinação de diferentes corpos de conhecimento explícito. Os indivíduos trocam e combinam o conhecimento através de meios como documentos, reuniões, conversas telefônicas ou redes de comunicação computadorizadas.

Internalização (Explícito para Tácito): Processo de incorporação do conhecimento explícito em conhecimento tácito. Está intimamente ligada ao “aprender fazendo”. Para que o conhecimento explícito seja tácito, ajuda se ele for verbalizado ou diagramado em documentos, manuais ou relatos orais. A documentação ajuda os indivíduos a internalizarem o que vivenciaram, enriquecendo assim seu conhecimento tácito.

Para obter-se um melhor entendimento do que venha a ser gestão do conhecimento, assim como para que seja possível aprofundar questões relacionadas aos processos de aprendizagem organizacional e ao emprego de tecnologias da informação, é apresentada uma descrição dos conceitos de dados, informações e conhecimento.

3 GESTÃO DO CONHECIMENTO

Discutimos anteriormente o que é conhecimento, e percebemos que o problema do conhecimento é anterior a própria história cristã da humanidade. Já sabemos o que é conhecimento sob diversas percepções, precisamos agora entender como é formado o conhecimento. Esta formação nos dará condições para elaborar o seu gerenciamento, ou seja, a sua gestão.

Modin (1980,19) diz que “o problema do conhecimento é um problema complexo, cujos aspectos principais são três: primeiro, origem e estruturação; segundo, valor; terceiro, funcionamento correto”. O gerenciamento, ou seja, a gestão do conhecimento se faz a partir da compreensão da causa através da ciência da psicologia, da crítica e o terceiro pela ciência da lógica.

Falcão e Bresciani (1999, p.162) (apud CARBONE, 2009, p82) dizem que a gestão do conhecimento pode ser definida como o “processo pelo qual uma organização consciente e sistematicamente coleta, organiza, compartilha e analisa seu acervo de conhecimento para atingir seus objetivos”. Daí podemos entender que é necessário e essencial compreender as causas quando analisamos seu acervo e utilizamos a lógica na organização e compartilhamento do conhecimento.

Schultze e Leidner (2002,218) (apud CARBONE, 2009,82-83) definem gestão do conhecimento como a “geração, representação, estoque, transferência, transformação, aplicação, incorporação e proteção de conhecimento”. Carbone (2009:83) diz que para essas autoras, a “gestão do conhecimento está intimamente relacionada a conceitos como aprendizagem organizacional, organização de aprendizagem, memória organizacional, compartilhamento da informação e trabalho colaborativo”.

Terra (2008, p.214) (apud FLEURY E JUNIOR 2008) nos fala que a “Gestão do Conhecimento nas organizações passa, por sua vez, obrigatoriamente, pela compreensão das características e demandas do ambiente competitivo”. É evidente que estamos vivendo em um ambiente cada vez mais turbulento, em que vantagens competitivas precisam ser permanentemente reinventadas e setores de baixa intensidade em tecnologia e conhecimento perdem, inexoravelmente, participação econômica. Nesse contexto, o desafio de produzir mais e melhor via sendo suplantado pelo desafio, permanente, de criar novos produtos, serviços, processos e sistemas gerenciais. Já a velocidade das transformações e a complexidade crescente dos desafios não permitem mais concentrar esses esforços em alguns poucos indivíduos ou áreas das organizações.

Para Fleury e Júnior (2008,144) entende-se por administração do conhecimento o “processo de identificar, desenvolver, disseminar e atualizar o conhecimento estrategicamente relevante para a empresa, seja a partir de esforços internos à organização, seja a partir de processos que extrapolam suas fronteiras”.

Com o advento da internet, entramos na era da sociedade da informação e do conhecimento, estamos a viver em um período da tão consagrada “Rede”. As empresas privadas buscam neste período de “Rede” gerir este conhecimento na busca de competitividade para auferir lucros e se diferenciar no mercado de negócios. A administração pública também busca neste período de “Rede” seu lugar, não para ser competitivo, mas para auferir qualidade no atendimento das necessidades coletivas dos cidadãos, ou seja, no atendimento de suas necessidades através do Princípio Constitucional da Eficiência. Mas, como falamos, estamos na sociedade da informação e do conhecimento, e os dois se dão em rede, não mais possuem um guardião do templo da sabedoria.

Diante disso, Cavalcanti e Nepomuceno (2007, p.61) colocam que está na hora de estabelecer um marco que separe momentos bastante distintos, em que:

- O indivíduo isolado sai de cena, para dar lugar à comunidade.
- O gênio enfurnado numa sala, pensando, perde força diante do poder interativo de uma rede de especialistas.
- O esforço da informação individual isolada se rende ao poder da rede e às suas múltiplas possibilidades.

Cavalcanti e Nepomuceno (2007, p.61) demonstram que “simplesmente não dá para comparar a competitividade do conhecimento produzido dentro das comunidades em rede com aquele ainda gerado pelos moldes antigos”. A inteligência – fator decisivo na sociedade do conhecimento – será inexoravelmente mais competitiva se estiver em rede.

Ainda continuando com Cavalcanti e Nepomuceno (2007, p.61), eles dizem ser dever, então, avisar aos navegantes da área de Gestão do Conhecimento:

As tímidas, pouco estimuladas (e difíceis de serem produtivas) comunidades de prática – ocupando um lugar periférico nos projetos de Gestão do Conhecimento – devem se deslocar agora para o centro do tabuleiro, com um perfil mais abrangente, com outras variantes e outra nomenclatura como comunidades em rede.

Os autores imediatamente citados evidenciam o ato de Gerenciar Inteligência Coletiva ser o principal objetivo da Gestão do Conhecimento 2.0, operando a partir do conjunto de comunidades bem gerenciadas e articuladas, focadas em determinada estratégia para produzir conhecimento e riqueza.

Enfim, Cavalcanti e Nepomuceno (2007, pp. 62-63):

informam que se trata de criar uma nova mentalidade, uma nova forma de olhar o real e o processo de gestão das organizações. Afinal, rede constitui a melhor maneira de se realizar as quatro funções básicas da Gestão do Conhecimento: criar, estruturar, disseminar e usar conhecimento.

4 GESTÃO DO CAPITAL INTELECTUAL

Segundo Coelho (2004, p.98), “gestão do capital intelectual é a capacidade de as organizações implementarem processos de criação contínua e de proporcionarem valor de qualidade superior”, sendo composto, conforme modelo originalmente desenvolvido por Karl E. Sveiby, pela interação entre:

- a) o capital humano, que diz respeito às pessoas, seu intelecto, seus conhecimentos e experiências;
- b) o capital estrutural (ou organizacional), formado pelos processos, manuais, marcas, patentes, estruturas organizacionais, sistemas de informações e outros que dão suporte às atividades a serem desempenhadas; e
- c) o capital em clientes (ou em relacionamento), que corresponde ao valor dos relacionamentos com os usuários, clientes, fornecedores e todos os demais interessados no sucesso de uma organização.

Em outras palavras, esta abordagem privilegia um aspecto da gestão do conhecimento que está associado à manutenção da memória organizacional, ou seja, ao mapeamento, à sistematização e à adequada disseminação do conhecimento. Esta manutenção dos conhecimentos e das práticas da organização pretende reduzir o retrabalho e a perda de conhecimentos inerentes às habilidades e às experiências dos indivíduos que compõem a força de trabalho de uma organização.

5 CONHECIMENTO EM REDE A NOVA FORMA DE GESTÃO

Inicialmente iremos conhecer o que é comunidade em rede através do conceito de Cavalcanti e Nepomuceno (2007, p.46) em que apontam que a “comunidade em rede são grupos de pessoas que acessam o mesmo ambiente virtual, que fornecem informações de forma voluntária ou involuntária, permitindo assim gerar conhecimento coletivo”.

Os autores imediatamente citados nos falam que a importância destas comunidades em rede é devido elas serem o epicentro dos projetos inovadores do futuro, sejam elas articuladas em torno de um objetivo específico, sejam desarticuladas, atuando como canais de rápida divulgação e distribuição de idéias e produtos, de efeito efetivamente viral, de multiplicação e difusão rápida de determinada idéia ou produto.

E para finalizar Cavalcanti e Nepomuceno (2007, p. 35) nos fazem uma colocação bastante importante sobre comunidade em rede, ou seja, a inteligência coletiva em rede. E o que é inteligência coletiva:

É uma nova forma de produzir conhecimento em rede, identificada por Pierre Lévy, através de conexões sociais e de ações dirigidas por comunidades, que se utilizam ou se apropriam de ferramentas interativas disponíveis nos ambientes de rede.

Ahmadjian (2008, p. 203) (apud NONAKA E TAKEUCHI, 2008) se utiliza de Nonaka e Takeuchi na teoria da criação do conhecimento quando eles colocam que

A criação do conhecimento organizacional, portanto, deve ser entendida como um processo que amplifica organizacionalmente o conhecimento criado por indivíduos e cristaliza-o como parte da rede de conhecimentos da organização. Esse processo ocorre dentro de uma comunidade de interação em expansão, que atravessa os níveis e as fronteiras intra e interorganizacionais.

Ahmadjian (2008, p. 203) (apud NONAKA E TAKEUCHI, 2008) ainda cita Nonaka e Takeuchi quando eles observam que a última fase do processo de criação do conhecimento “é o compartilhar do conhecimento criado na organização com o mundo exterior, através da criação das “redes de conhecimento” com os clientes, as universidades e outras organizações”. Ela ainda diz que Nonaka e Takeuchi salientam a importância da criação do conhecimento interorganizacional, mas, seu trabalho se concentra principalmente na criação do conhecimento no interior das organizações.

Davenport e Prusak dedicaram um capítulo a geração do conhecimento. Uma geração consciente e intencional do conhecimento. Muitas empresas abordam a geração do conhecimento como uma “caixa preta”, procurando apenas contratar pessoal preparado e depois deixando que se virem por conta própria.

Davenport e Prusak (2003, p. 64) “afirmam existir cinco modos de gerar o conhecimento e um deles é a rede do conhecimento”.

Davenport e Prusak (2003, p. 79) nos diz que “dentro das empresas, o conhecimento é gerado também pelas redes informais e auto-organizadas, as quais podem tornar-se mais formalizadas com o tempo”. Comunidades de possuidores do conhecimento acabam se aglutinando motivados por interesses comuns, e em geral conversam pessoalmente, por telefone e pelo correio eletrônico e *groupware* para compartilhar o conhecimento e resolver problemas em conjunto. Quando redes desse tipo partilham conhecimento comum suficiente para se comunicar e cooperar, a continuidade de seu contato costuma gerar conhecimento novo dentro das organizações.

6 REDES DE CONHECIMENTO

Na seção anterior, falamos sobre as comunidades em rede, ou seja, falamos sobre o conhecimento em rede, falamos destas comunidades nas suas articulações e desarticulações. Nesta buscamos conceitos sobre redes de conhecimento que é o foco de nosso trabalho.

Iniciamos trazendo razões por que o tema tem ocupado espaço nas teorias organizacionais. Encontramos em Balestrin, Vargas e Fayard (2005, p. 55) quando eles citam Nohria e Eccles (1992) existem três razões principais para o aumento do interesse sobre redes nos estudos organizacionais.

- A primeira é o surgimento da “nova competição”, como a que está ocorrendo nos distritos industriais italianos e do Vale do Silício. Se o “velho” modelo da organização considerada característica da “nova competição” é a rede de relações laterais intra e entre firmas.

- A segunda razão é o surgimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC), como as bases de dados compartilhadas, o correio eletrônico, as Internet, que têm como possibilidade uma maior capacidade de interação entre empresas dispersas.

- A terceira razão é a consolidação da redes como uma disciplina acadêmica não somente restrita a alguns grupos de sociólogos, mas expandida a uma ampla interdisciplinaridade dos estudos organizacionais.

Balestrin, Vargas e Fayard (2005, p. 56) comentam que “o conhecimento é criado apenas por indivíduos, uma organização ou uma rede interorganizacional não pode criar conhecimento, mas pode proporcionar um espaço de relações positivas e construtivas entre os atores”. Balestrin et al continua nos trazendo que para que o processo de criação de conhecimento interorganizacional seja efetivo, é necessário um ambiente de sinergia e de estímulo em que as emoções, as experiências, os sentimentos e as imagens mentais sejam compartilhados além das fronteiras da organização.

Continuando a discutir sobre redes, Fleury (2003, p. 2) busca “conceitos e traz que as redes de conhecimento podem ser definidas como espaços onde ocorrem a troca de informações e experiências entre profissionais de diversas áreas (SCHWARTZ, 2002)”.

Fleury (2003, p.2) ainda diz que a popularização dos estudos sobre os processos de constituição e dinâmicas organizacionais das redes de conhecimento são recentes, e se devem principalmente aos seguintes fatores:

- Terra (2000) (apud FLEURY, 2003, p.2) fala que o conhecimento, em suas mais variadas formas, tornou-se determinante para a competitividade tanto de empresas como de países.
- Fleury (2001) (apud FLEURY, 2003, p.2) informa sobre a difusão na utilização dos meios eletrônicos de produção, de conteúdo e comunicação permitiu transformar a informação anteriormente vinculada à uma localização física em bits digitais. Esta informação digital passa a ser transmitida, reproduzida, copiada e alterada de forma bastante simples e a um custo bastante reduzido.

É possível uma maior compreensão das redes de conhecimento e uma visão mais distinta do que são essas redes, pelas vantagens descritas por Creech e Willard (2001) (apud TOMAÉL, 2005, P. 99):

- As redes de conhecimento enfatizam a criação de valores comuns por todos os seus membros, movimentam-se por meio do compartilhamento da informação, visando a reunião e a criação de novos conhecimentos;
- As redes de conhecimento fortalecem a capacidade de pesquisa e de comunicação em todos os membros na rede;
- As redes de conhecimento identificam e implementam estratégias exigindo maior empenho dos responsáveis na tomada de decisões, isso porque movimentam o conhecimento dentro de políticas e práticas adotadas pelos participantes.

Tomaél (2005) diz que a participação em redes sociais e a adoção de redes de comunicação são um meio de compartilhar a informação entre organizações e indivíduos com interesses comuns. Os fluxos de informação e conhecimento são decorrentes do movimento da rede e determinados pelos vínculos que se configuram e reconfiguram.

Tomaél (2005, p. 103) continua a nos dizer que a expressão “redes de conhecimento” é geralmente utilizada de forma ampla e inclui uma diversidade de modelos de trabalhos em cooperação. É importante discorrermos sobre os diferentes tipos de redes de conhecimento encontrados na literatura. Tomaél (2005, p. 103) se utiliza de Creech e Willard (2001) para demonstrar alguns modelos cooperativos:

Redes internas de gestão do conhecimento: redes que se desenvolvem através do mapeamento do conhecimento dos especialistas, combinado com a criação de ambientes apropriados para compartilhá-lo. Sua finalidade inicial é maximizar a aplicação do conhecimento individual agregando-o aos objetivos da organização. Estas redes são principalmente intra-organizacionais, embora possam até cruzar limites nacionais.

Alianças estratégicas: são arranjos intencionais entre organizações com interesses comuns, que permitem, às firmas participantes, ganhar vantagem competitiva em relação a seus concorrentes fora da rede. Ocorrem no setor privado.

Redes de Especialistas: reúnem preferentemente indivíduos, não organizações. O convite para se juntar à rede é baseado na especialidade, em uma área particular.

Podemos fazer uma analogia entre os *gatekeepers* tecnológicos, que atuam como intermediários na busca da informação, e as redes de especialistas, visto serem os *gatekeepers* especialistas em alguma área de uma organização.

Redes de informação: promovem primeiramente o acesso à informação fornecida por membros da rede e ocasionalmente se organizam por assuntos. Entretanto, são fundamentalmente de natureza passiva. Os usuários devem ir à rede para se beneficiar do trabalho dela.

Redes de conhecimento formal: consistem em grupos de organizações especializadas que trabalham juntas para um fim comum, fortalecem suas capacidades de pesquisa e de comunicação, compartilham bases de conhecimento e desenvolvem soluções que vão ao encontro das necessidades dos responsáveis pela tomada de decisões nos níveis nacional e internacional.

Creech & Willard (2001) (apud CARVALHO, 2010, P.46) (apud TOMAÉL, 2005, P. 103) concluem que:

uma rede de conhecimento formal é a instituição de um grupo de peritos que trabalham juntos em uma preocupação comum para se reforçar mutuamente, para compartilhar bases de conhecimento e desenvolver soluções que atendam às necessidades alvo dos decisores no nível nacional e internacional.

Podem atuar tanto nos espaços reais quanto nos virtuais, um não exclui o outro, ambos podem ser necessários em algum momento do desenvolvimento dos projetos em colaboração. O desenvolvimento do trabalho não está atrelado apenas ao compartilhamento do conhecimento explícito, mas também à construção do conhecimento novo, sendo necessário reconhecer a importância do conhecimento tácito (aprender como fazer) e implícito (visão, cultura e valores).

Podem atuar tanto nos espaços reais quanto nos virtuais, um não exclui o outro, ambos podem ser necessários em algum momento do desenvolvimento dos projetos em colaboração. O desenvolvimento do trabalho não está atrelado apenas ao compartilhamento do conhecimento explícito, mas também à construção do conhecimento novo, sendo necessário reconhecer a importância do conhecimento tácito (aprender como fazer) e implícito (visão, cultura e valores).

Não poderíamos nesta seção, deixar de falar de Comunidades de Prática (CdP), porque na promoção do conhecimento compartilhado dentro e entre as Secretarias, as Comunidades de Prática são de extrema importância. Mas o que é Comunidade de Prática?

Terra (2002, p72) informa sobre, “o conceito de CdP foi originalmente cunhado pelo teórico Etienne Wenger”. Terra (2002) continua a nos esclarecer que as CdPs consistem em pessoas ligadas informalmente, assim como contextualmente, por um interesse comum ao aprendizado e na aplicação prática.

Terra (2002, p. 72) ainda diz que “as CdPs vão além dos limites tradicionais dos grupos ou das equipes de trabalho. Essas redes de trabalho podem se estender bem além dos limites de uma organização”.

Fleury (2008, p. 65) diz que “comunidades de prática, são grupos formados em torno da prática e que, no processo, desenvolvem conhecimento coletivo e distribuído”. Argumenta que a prática compartilhada ao longo do tempo habilita os participantes a desenvolverem uma perspectiva comum e entenderem seu trabalho e como esse trabalho se ajusta ao ambiente circundante, unido-se, assim, em uma comunidade informal.

Tomaél (2005, p. 105) diz também que “comunidade de prática é formada por dois ou mais indivíduos para a conversão e o compartilhamento de informação, visa o desenvolvimento de novas idéias e processos”. A participação é voluntária, quanto maior o interesse dos participantes, mais condições a comunidade terá de se desenvolver. Atraem indivíduos que estão dispostos a compartilhar sua expertise. O que move essas comunidades é a intenção de fortalecer as habilidades individuais.

Terra (2002, p. 74) reforça o que Tomaél conclui antes, quando diz que “o imperativo crescente de gerar novos conhecimentos e inovar rapidamente torna essas comunidades cada vez mais relevantes”. Ao oferecer um ambiente de aprendizado forte, baseado em trocas de informação sincronizadas ou assíncronas, as CdPs se tornam um conceito bastante atraente, tanto para o funcionário como para as organizações.

Sim, mas que oportunidades são estas? Terra (2002, p. 75) nos diz que as oportunidades ofertadas ao funcionários participantes podem ser resumidos a seguir:

Aprender com especialistas e colegas;

Desenvolver uma sensação de identidade e de fazer parte de algo importante (algumas vezes, em organizações sem rostos);

Melhorar os elos com colegas de outros locais e organizações;

Desenvolver perspectivas mais amplas da organização e do ambiente;

Desenvolver redes pessoais de longo prazo;

Receber reconhecimento por habilidades e conhecimentos específicos, não diretamente relacionados à descrição principal do próprio cargo;

Melhorar a auto-estima;

Novos funcionários podem identificar mais rapidamente as principais fontes de conhecimento, acionistas importantes e atuais prioridades organizacionais; e

CdPs oferecem o espaço ideal para auto-realização e a busca de paixões pessoais.

Vimos as oportunidades para os funcionários, e as organizações em que elas teriam ganhos?

Terra (2002, p. 75) utiliza-se de Etienne Wenger para informa que as organizações se beneficiam quando apóiam as CdPs, e estas agregam valores das seguintes maneiras:

- Elas ajudam a dirigir a estratégia;

- Elas dão início a novas linhas de negócios;
- Elas resolvem problemas rapidamente;
- Elas transferem as melhores práticas;
- Elas desenvolvem habilidades profissionais; e
- Elas ajudam a companhia a recrutar e reter talentos.

Para encerrar esta seção, não poderíamos deixar de falar sobre a Comunidade Virtual ou Redes de Conhecimento Virtual, encontramos em Jarvenpaa e Tanriverdi (2003) (apud TOMAEL 2005, p. 106) que esta rede é “como uma estrutura organizacional, podendo fortalecer a capacidade de processamento de informação da organização e dar poder à organização inteira para processar informação e tomar decisões”. Na rede, o papel principal do chefe varia, consistindo não apenas em conceber o direito da tomada de decisão estratégica, mas também em submeter-se ao controle do relacionamento social dentro do núcleo e na periferia da rede.

Tomaél (2005, p. 106) afirma que as

redes virtuais aproximam atores geograficamente dispersos, por meio de recursos tecnológicos, possibilitam o compartilhamento de interesses e projetos comuns, desenvolvem a cooperação entre indivíduos e organizações e abrem novas possibilidades de criação e trabalho.

Finalmente Tomaél (2005, p 112) fecha esta seção com a percepção que:

as redes de conhecimento podem compreender sobre o desenvolvimento de novas idéias e processos, decorrentes da interação entre atores e o fortalecimento dos estoques individuais e coletivos de uma determinada perícia. São configuradas e reconfiguradas pelo movimento da informação e pela construção do conhecimento.

As redes de conhecimento estão vinculadas ao contexto que as gera, sendo o ambiente social e cultural, no qual elas proliferam, determinante para o seu direcionamento e evolução.

7 CULTURA ORGANIZACIONAL

Wagner III e Hollenbeck (2002, p.371) dizem que “a cultura organizacional origina-se das maneiras informais e não oficiais de proceder”. Ela influencia a organização formal ao modelar a

maneira como os funcionários percebem e reagem a cargos formalmente definidos e aos arranjos estruturais. Conseqüentemente, a cultura influencia as atitudes tomadas pelos funcionários e os comportamentos adotados no trabalho. Tudo isso acontece porque as normas e os valores culturais fornecem informação social, e essa informação ajuda os funcionários a determinarem o significado de seu trabalho e da organização ao seu redor.

Robbins (2002) nos diz que parece haver ampla concordância de que a cultura organizacional se refere a um sistema de valores, compartilhado pelos membros de uma organização, diferindo de uma para outra. Esse sistema é, em última análise, um conjunto de características-chave que a organização valoriza.

Robbins (2002, p. 498) nos coloca ainda que existem sete características básicas que, em seu conjunto, capturam a essência da cultura de uma organização, são elas:

(1) Inovação e assunção de riscos: O grau em que os funcionários são estimulados a serem inovadores e assumirem riscos. (2) Atenção aos detalhes: O grau em que se espera que os funcionários demonstrem precisão, análise e atenção aos detalhes. (3) Orientação para os resultados: O grau em que os dirigentes focam os resultados mais do que as técnicas e os processos empregados para o alcance deles. (4) Orientação para as pessoas: O grau em que as decisões dos dirigentes levam em consideração o efeito dos resultados sobre as pessoas dentro da organização. (5) Orientação para a equipe: O grau em que as atividades de trabalho são organizadas mais em termos de equipes do que de indivíduos. (6) Agressividade: O grau em que as pessoas são competitivas e agressivas, em vez de dóceis e acomodadas. (7) Estabilidade: O grau em que as atividades organizacionais enfatizam a manutenção do “status quo” em contraste ao crescimento.

Para Wagner III e Hollenbeck (2002, p.367) a cultura de uma organização, portanto, “é uma maneira informal e compartilhada de perceber a vida e a participação na organização, mantendo os seus membros unidos e influenciando seu pensamento sobre si mesmos e seu trabalho”.

Ainda em Wagner III e Hollenbeck (2002,367) encontramos que no processo de ajudar a criar um entendimento mútuo da vida da organização, a cultura organizacional desempenha quatro funções básicas.

Em primeiro lugar, ela *dá aos membros uma identidade organizacional*. Compartilhar normas, valores e percepções proporciona às pessoas um sentido de união, ajudando a promover um sentimento de propósito comum. Em segundo lugar, ela *facilita o compromisso coletivo*. O propósito comum que se desenvolve a partir de uma cultura compartilhada tende a suscitar um sólido compromisso em todos aqueles que aceitam a cultura como a sua própria. Em terceiro lugar, ela *promove a estabilidade organizacional*. Ao nutrir um senso comum de identidade e compromisso, a cultura encoraja a permanente integração e cooperação entre os membros de uma organização. Em quarto lugar, ela *molda o comportamento ao ajudar os membros a dar sentido a seus ambientes*.

A cultura de uma organização serve como fonte de significados comuns para explicar por que as coisas acontecem. Ao desempenhar essas quatro funções básicas, a cultura organizacional funciona como um tipo de cola social que ajuda a reforçar comportamentos persistentes e coordenados no trabalho.

8 MODELOS DE GESTÃO DO CONHECIMENTO

Mostraremos nesta seção dois modelos para promoção do conhecimento, porque como afirmam Nonaka e Takeuchi (2008, p.119) a criação do conhecimento deve ser acompanhada pela promoção do conhecimento, dadas a fragilidade característica do conhecimento e as várias barreiras à sua criação.

8.1 Modelo de Nonaka e Takeuchi

Segundo Nonaka e Takeuchi (2008, p. 127) a “criação do conhecimento organizacional envolve cinco subprocessos principais”. Se um grande conceito como a criação do conhecimento não é decomposto em diferentes subprocessos, os administradores, assim como os funcionários, podem considerar todo a empreitada muito assustadora. Os cinco subprocessos da criação do conhecimento que enfatizo aqui são: “ (1) compartilhamento do conhecimento tácito, (2) criação de conceitos, (3) justificação de conceitos, (4) construção de um protótipo, e (5) nivelamento transversal do conhecimento”.

Diante destes cinco subprodutos Nonaka e Takeuchi (2008, p. 128) afirmam que existem cinco promotores para a criação do conhecimento incluindo:

1. Incutir uma visão de conhecimento

Incutir uma visão de conhecimento enfatiza a necessidade de passar da mecânica da estratégia de negócios à importância de se criar uma visão geral do conhecimento em qualquer organização. Incutir a visão implica comunicar a visão organizacional até que os membros comecem a executá-la. Quando os administradores promovem uma visão de conhecimento eficaz, ajudam a encorajar a formação de microcomunidades, a justificação de conceitos e o nivelamento transversal do conhecimento em suas organizações.

2. Gestão de conversações

O segundo promotor, a gestão de conversação, facilita a comunicação entre os membros da organização. A essência das atividades organizacionais reside na comunicação: comunicação entre os membros da organização e comunicação com os não-integrantes da organização. Por isso, descobrir como facilitar a comunicação em relação às atividades organizacionais é um promotor-chave para a criação do conhecimento.

3. Mobilização de ativistas do conhecimento

O terceiro promotor, a mobilização de ativistas do conhecimento, discute o que os agentes ativos de mudanças organizacionais podem fazer para desencadear a criação do conhecimento. O ativismo do conhecimento tem seis propósitos (1) foco e inicialização da criação do conhecimento; (2) redução do tempo e do custo necessários para a criação do conhecimento; (3) alavancagem de iniciativas de criação do conhecimento por toda a corporação; (4) melhoramento das condições daqueles engajados na criação do conhecimento, relacionando suas atividades ao quadro geral da empresa; (5) preparação dos participantes da criação de conhecimento para novas tarefas nas quais seu conhecimento é necessário; e (6) inclusão da perspectiva da microcomunidade do debate mais amplo de transformação organizacional.

4. Criação do contexto correto

O quarto promotor, a criação do contexto correto, examina as conexões próximas entre a estrutura organizacional, a estratégia e a promoção do conhecimento. As empresas devem ter estruturas organizacionais que facilitem a criação do conhecimento. Ao postular o quarto promotor, se discute o contexto estrutural promotor da criação do conhecimento que suporta a todos os outros. A criação do contexto correto envolve estruturas organizacionais que favorecem sólidos relacionamentos e colaboração eficaz. Em função do caráter interdisciplinar do conhecimento Na era pós-moderna, as estruturas organizacionais promotoras da criação do conhecimento devem ser aquelas que facilitem as atividades das unidades multifuncionais e de múltiplos negócios. Para apoiar tais atividades, é indispensável um grande comprometimento da alta gerência com as iniciativas de criação do conhecimento.

5. Globalização do conhecimento local

Finalmente, o último promotor, a globalização do conhecimento local, considera o aspecto complicado da disseminação global do conhecimento. Nesta época de globalização, é crucial para a

vantagem competitiva de uma corporação que o conhecimento criado em uma determinada unidade local seja disseminada às demais unidades rápida e eficientemente. Dada a necessidade de satisfação das necessidades locais exclusivas, o conhecimento disseminado não deve ser usado imediatamente sem qualquer preocupação com a acomodação e a exclusividade locais. No entanto, globalizando o conhecimento local, as corporações serão capazes de reduzir o tempo e o custo das iniciativas de criação do conhecimento.

8.2 Modelo de Sicsú e Dias

Segundo Sicsú In Scsú e Rosenthal (2005, p. 50) diversos são os modelos utilizados pelas empresas dinâmicas no que concerne à gestão do conhecimento, No entanto, eles têm alguns princípios comuns para os quais se deve atentar, Sicsú demonstra os seguintes:

1. Partir do planejamento estratégico

O planejamento estratégico é um instrumento cada vez mais usual nas empresas que apresentam um dinamismo positivo. Na busca de definir caminhos para atingir objetivos específicos, definem-se prioridades e focos principais para as ações de curto, médio e longo prazos. E, nesse sentido, apontar qual o conhecimento é necessário, em que época, quem deve detê-lo, onde ele é relevante e por que.

2. A cultura da aprendizagem e os tipos de conhecimento

Ao analisar os conhecimentos utilizados pelas empresas, verifica-se que alguns deles são explicados em manuais ou outros instrumentos formais. No entanto a maioria deles é tácita, ou seja, não explicitados formalmente, O processo de aprendizado passa por partir de conhecimentos tácitos ou explícitos e transformá-los em novos conhecimentos que também podem ser dos dois tipos.

3. Em época de profundas mudanças, a inovação e a modernização são as armas de concorrência.

Dois variáveis condicionam o comportamento das empresas em época de mudanças: as estruturas de mercado e as alterações de produtos e processos.

4. Focar o sistema de informações é básico

O ponto de partida para o sistema de informações das empresas é a consciência de que o perfil de informações é relevante para a organização.

5. A história da empresa condiciona seu futuro

Um dos aspectos fundamentais das organizações é como administrar seu processo de mudança.

6. A dinâmica interna deve ser cooperativa

Os processos de gestão de inovação nas empresas têm mostrado que é extremamente relevante detectar lideranças que possam articular os processos de mudanças.

7. Devem-se ter as condições tecnológicas adequadas

Esses esforços em gestão do conhecimento podem ser infrutíferos se as empresas não possuem as condições mínimas tecnológicas para operacionalizá-las.

8. A manutenção de recursos humanos qualificados é a base dos modelos de gestão do conhecimento.

Não por uma razão “idílica”, mas devido a razões inerentes ao processo de acumulação capitalista, as empresas preocupadas com a área de gestão do conhecimento têm que ter uma política de recursos humanos que evite a evasão, principalmente nas pequenas organizações.

CONCLUSÃO

O cotidiano em todas as ciências é a criação do conhecimento. Um conhecimento não de uma mera repetição acadêmica, mais um conhecimento que nasce da relação entre o contraditório. O contraditório, marca registrada da ciência jurídica, movimentada a espiral do conhecimento que é a relação entre a conhecimento empírico (Direito Consuetudinário) e a Racionalização deste que se transforma em Lei (Conhecimento).

O conhecimento não pertence a um só sujeito, ele é produzido pelo sujeito mais pertence a comunidade. O conhecimento Jurídico não é informação tratada pelos seus depositários legítimos para repassar como testamento de nossos avoengos. Mais manifestações vivas de toda a sociedade que cria o conhecimento de dentro para fora para que sejam aplicados na própria sociedade.

O conhecimento seja ele na empresa, na escola, na universidade, nas instituições públicas ou privadas, seja na sua vida privada ou coletiva do sujeito é o único caminho libertário. O conhecimento primeiramente liberta o sujeito do próprio sujeito, fazendo com que ele conheça suas próprias potencialidades, seus próprios limites, sua essência. E em segundo lugar liberta o sujeito, o cidadão dos oráculos misteriosos (as Leis), aquilatando-se por si mesmo das consequências resultado das práticas de seus atos sobre sua liberdade sem a necessidade de depender de um pequeno número de homens que interpretam as leis para lhe dizer apenas através de informação que este sujeito preso pela sua própria criação infringiu a lei.

O conhecimento iguala os homens. Os torna bons. Os torna solidários. Os torna criadores do Universo. Um Universo não regido apenas por uma ciência, mais por todas que entre elas se assemelham em um único objeto de pesquisa e interesse: O Homem e seu bem estar. O conhecimento que agrega em torno de si a luz e a escuridão, a liberdade e a prisão, dessa forma agrega um sujeito completo que nega a dualidade cartesiana através do conhecimento que o ilumina e o obscurece, que o prende e que o liberta tudo isso ao mesmo tempo. Viva o Conhecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA; Maria Lúcia de Arruda, MARTINS; Maria Helena Pires. **Filosofando: Um Convite a Filosofia**. São Paulo: Moderna, 1993.

BATISTA; Fabio Ferreira. **Governo que Aprende: Gestão do Conhecimento em organizações do Executivo Federal**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2004.

BALESTRIN; Alsones, VARGAS; Lilia Maria, FAYARD; Pierre. **Criação de Conhecimento nas redes de Cooperação Interorganizacional**. Revista de Administração Empresarial – RAE, VOL 45, Número 3, 2005.

BALESTRIN, Alsones. **Criação de Conhecimento Organizacional: Teorizações do Campo de Estudo**. O&S, VOL 14, Número 40, 2007.

BENZ; Paulo André. Em **Busca do Conhecimento Construído: Princípios aplicáveis a uma rede de conhecimento na Justiça Federal da 5ª Região**. Trabalho final de pós graduação Strico Sensu Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste – MPANE. Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas – CCSA. Recife, 2009.

CARBONE; Pedro Paulo, BRANDÃO; Hugo Pena; LEITE; João Batista Diniz, VILHENA; Rosa Maria de Paula. **Gestão por Competências e Gestão do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CAVALCANTI; Marcos, NEPOMUCENO; Carlos. **O Conhecimento em Rede: Como implantar projetos de inteligência coletiva**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

COELHO; Espartaco Madureira. **Gestão do Conhecimento como Sistema de Gestão Para o Setor Público**. Revista do Serviço Público – RSP, Ano 55, números 1 e 2 Jan-Jun, 2004.

DAVENPORT; Thomas H., PRUSAK; Laurence. **Conhecimento Empresarial: Como as organizações gerenciam o seu capital intelectual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

FLEURY; Maria Tereza Leme, JUNIOR; Moacir de Miranda Oliveira. **Gestão Estratégica do Conhecimento: Integrando Aprendizagem, Conhecimento e Competências**. São Paulo: Atlas, 2008.

FLEURY; André Leme. Rede de Conhecimento: aplicações temáticas e regionais. Disponível em www.abepro.org.br/biblioteca/ENECEP2003. Acessado em 26/01/10 as 11.30horas.

GIL; Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2006.

GONÇALVES, Sonia Goulart. **Elementos Básicos Para a Formulação de Uma Política de Gestão do Conhecimento Para a Administração Pública Federal Brasileira**. Brasília, 2006

GUEDES, Zezito. **Arapiraca Através do Tempo**. Maceió: Gráfica Mastergraphy, 1999.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Resultado Preliminares do Universo do Censo Demográfico 2010**. Disponível: www.ibge.gov.br

- LINKER; Jeffrey K., HOSEUS; Michael. **A cultura Toyota: a alma do modelo Toyota**. Porto Alegre: Bookman, 2009.
- MODIN; Battista. **Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. São Paulo: Paulus, 1980.
- NARDI, Jean Baptiste. **Acabou-se o fumo: Formação socioeconômica e espacial em Arapiraca-AL**. Maceió: Q Gráfica, 2010.
- NONAKA; Ikujiro, TAKEUCHI; Hirotaka. **Criação de Conhecimento na Empresa: Como as empresas japonesas geram a dinâmica da inovação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.
- NONAKA; Ikujiro, TAKEUCHI; Hirotaka. **Gestão do Conhecimento**. Porto Alegre: Bookman, 2008.
- OLIVEIRA, Rezilda R. **Stakeholders do Conhecimento Organizacional e suas estratégias Para viabilizar um Programa de gestão do Conhecimento**. São Paulo: SBGC, KMBRASIL ANAIS, 2003.
- PEREIRA; Luiz Carlos Breser, SPINK; Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- PINHEIRO, Michel. **O princípio da eficiência na administração pública e o cidadão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=341>>. Acesso em: 25 jun. 2010.
- REALE; Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBBINS; Stephen. **Comportamento Organizacional**. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- ROMÃO; Simone Rachel Lopes, IRMÃO; José Matias, LIRA; Rosa Maria Ângelo de Oliveira. **A Cidade do Futuro: Agenda 21 Arapiraca**. Maceió: IDEARIO, 2008.
- SCHLESINGER; Cristina Costa Barros, REIS; Dalcio Roberto dos, SILVA; Helena de Fátima Nunes, CARVALHO; Hélio Gomes de, SUS; Jane Alves Lopes de, FERRARI; João Vicente, SKROBOT; Luiz Claudio, XAVIER; Suzete Arend de Paula. **Gestão do Conhecimento na Administração Pública**. Curitiba: Instituto Municipal de Administração Pública – IMAP, 2008.
- SICSÚ, Abraham Benzaquén, ROSENTHAL; David. **Gestão do conhecimento empresarial: concepção e casos práticos**. Recife: FASA gráfica, 2005
- TERRA, José Cláudio Cyrineu; GORDON: Cindy. **Portais Corporativos: A revolução na gestão do conhecimento**. São Paulo: Elsevier, 2002
- TOMAÉL, Maria Inês. **Redes de Conhecimento: O Compartilhamento da Informação e do Conhecimento em Consórcio de Exportação do Setor Moveleiro**. Belo Horizonte: tese do programa de Pós-graduação em Ciência da Informação da Escola de Ciência da Informação da UGMG, 2005.
- VERGARA; Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de Pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2007
- WAGNER III; John A., HOLLENBECK; John R. **Comportamento Organizacional: Criando vantagem competitiva**. São Paulo: Saraiva, 2002

Luiz Geraldo Rodrigues de Gusmão*

Possui graduação em psicologia pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (1983), especialização em Gestão de Negócio pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (2002) e mestrado em Gestão Pública pela Universidade Federal de Pernambuco (2011). Atualmente é professor auxiliar do Centro de Estudos Superiores de Maceió e professor assistente da Universidade Estadual de Alagoas, atuando principalmente no seguinte tema: administração, contabilidade e direito. Ministrar as disciplinas de Psicologia Jurídica, Psicologia Organizacional, Gestão de Recursos Humanos, Filosofia do Direito e Metodologia da Pesquisa Científica.

Artigo recebido em: 31/10/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

“SÃO MILHÕES DE BRASILEIROS QUE NÃO TEM PRA ONDE CORRER”: O “AVESSO DA VIDA” E A PSICOLOGIA JURÍDICA NO DOCUMENTÁRIO NEGA

31

"ARE MILLIONS OF BRAZILIAN THAT HAS PRA WHERE TO RUN": The "LIFE INSIDE OUT" AND PSYCHOLOGY IN LEGAL DOCUMENTARY NEGA

Marcelo Prado Amaral Rosa*

Daniel de Freitas**

RESUMO: As relações entre Psicologia e Direito são complexas, recentes na história formal das áreas e indissociáveis na sociedade moderna. O objetivo foi analisar o documentário *Nega* frente às disfunções familiares, com a finalidade de relacionar a evolução da Psicologia jurídica no que tange os direitos da área da família. A análise foi baseada na *Análise de Conteúdo*, sendo construídas quatro categorias da análise de um priori: i) *Atuação e expansão da Psicologia Jurídica*; ii) *Doutrina da Situação Irregular*; iii) *O sistema familiar*; e iv) *Medidas de proteção e riscos pessoais e sociais*. Pode ser observada a evolução da área da Psicologia no campo do Direito, em especial ao que concerne aos direitos da família. Destaca-se a importância da Psicologia Jurídica no diagnóstico e tratamento em casos de (re)estruturação de famílias em vulnerabilidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Psicologia jurídica; Infância e Juventude; Documentário.

ABSTRACT: Relations between psychology and law are complex, recent history in formal areas and inseparable in modern society. The objective was to analyze the documentary I Nega front of family dysfunction, in order to relate the evolution of legal psychology regarding the rights of the family area. The analysis was based on content analysis, being built four analysis categories of a priori: i) *operation and expansion of the Legal Psychology*; ii) *the doctrine of irregular situation*; iii) *the family system*; and iv) *protection measures and personal and social risks*. It can be seen the evolution of the Psychology area in the law field, especially when it comes to family rights. It highlights the importance of Forensic Psychology in the diagnosis and treatment in cases of social vulnerability.

KEYWORDS: Legal Psychology; Childhood and youth; Documentary.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Procedimentos metodológicos; 2 O documentário Nega: categorias de análise e aproximações com a Psicologia Jurídica; 2.1 Categoria Atuação e expansão da Psicologia Jurídica; 2.2 Categoria Doutrina da Situação Irregular; 2.3 Categoria O sistema familiar; 2.4 Categoria Medidas de proteção e riscos pessoais e sociais; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As relações entre Psicologia e Direito são complexas, recentes na história formal de ambas as áreas e indissociáveis na sociedade moderna (CESCA, 2004). No início a relação entre as áreas era informal e compreendia, em suma, voluntariado por parte dos psicólogos (LAGO et al., 2009).

A Psicologia Jurídica tem a essência no entendimento do comportamento humano no que tange ao mundo das leis. A terminologia *jurídica* não é consensual entre os países. “Na Argentina, denomina-se *Psicologia Forense* [...]. Na Espanha, o termo adotado é *Psicologia Jurídica*, no entanto, a Associação Europeia de Psicologia e Ley atribui a designação de *Psicologia e Ley*. No Brasil, o termo *Psicologia Jurídica* é o mais adotado” (FRANÇA, 2004, p. 74, grifo nosso).

Foram os diagnósticos psicológicos que favoreceram o imbricamento com o Direito. “Os psicodiagnósticos eram vistos como instrumentos que forneciam dados matematicamente comprováveis para a orientação dos operadores do Direito” (BRITO, 2005 apud LAGO et al., 2009, p. 484). Isso transformou os psicólogos em profissionais responsáveis apenas pela aplicação de testes psicológicos, desconsiderando as demais contribuições reais no trato da psique humana frente à solução de problemas criminais.

Com o passar do tempo, a importância da Psicologia em subáreas do Direito ganhou destaque (CESCA, 2004), afinal “não era apenas no campo do Direito Penal que existia a demanda pelo trabalho do psicólogo. Outro em ascensão até os dias atuais é a participação do psicólogo nos processos de Direito Civil” (LAGO et al., 2009, p. 484). Aqui, com vistas ao escrutínio interpretativo diante de narrativa pessoal, as discussões e interpretações transitam pela região do Direito que se detêm a violência, riscos e violação de direitos intrafamiliar.

“Pode-se pensar na violência intrafamiliar como toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de membro da família” (CESCA, 2004, p.41). As caracterizações de família extrapolam o modelo mítico nuclear, obedecendo aos contextos formativos sócio-históricos dos sujeitos (CARVALHO; ALMEIDA, 2003).

De tal modo, violência intrafamiliar deve ser considerada qualquer abuso, não restrito ao espaço físico da família, mas sobretudo referente às relações entre os seus membros (CESCA, 2004). Para evitar esse tipo de violência é preciso a presença do psicólogo com um olhar que contemple, mesmo muitas vezes sem as devidas condições, o envolvimento necessário com as demandas de cada sujeito, “pois não se pode descolar a violência do contexto social em que ela está inserida” (Ibid., p. 43). Logo, a importância da reabilitação, além da punição, é vital para a qualidade de vida dos indivíduos e da sociedade no macro espectro.

O conceito de família compreende diversas acepções (CARVALHO; ALMEIDA, 2003). Porém, sublinha-se, de modo sucinto, enquanto sendo todo arranjo estrutural que envolva de forma emocional o contexto do indivíduo, que zele por suas funções básicas, como por exemplo, proteção, segurança e inserção social básica (DIAS, 2011; PINCOLINI, 2016). Assim, a noção do conceito de família está alicerçada a afetos e sentimentos, de diferentes tipos (DIAS, 2011), sendo as experiências oriundas das relações familiares singulares, íntimas e fundamentais para percepção das identidades dos sujeitos (BIROLI, 2014), definindo-se por uma construção social, “permeada de normas, práticas e valores que têm seu lugar, seu tempo e uma história” (Ibid., p. 7).

Antes de prosseguir, tornam-se necessárias duas clarificações acerca do título deste texto. Foram empregadas expressões entre aspas na tentativa de transpor a carga emocional presente na narrativa do documentário *Nega*. Logo, acredita-se que para a análise que se tece na sequência, as expressões extraídas do próprio contexto, configuram-se como extremamente pertinentes para a construção do título.

Na primeira parte do título – “*São milhões de brasileiros que não tem pra onde correr*” – faz-se referência a um trecho da música *Reflexo de Nós* (GADÚ, 2010). É a trilha sonora de entrada do documentário *Nega*. Apresenta composição e carga emocional adequada ao “tom da conversa” que será tratada pelas “personagens” do documentário.

Já a segunda expressão – “*Avesso da vida*” – decorre da história pessoal da “personagem” principal. A narrativa é uma espécie de mescla entre “doação” e “desabafo”, sem receio ou vergonha, de uma vida marcada por sofrimentos agudos e profundos. A expressão é empregada no trato de percursos pessoais associados a mazelas sociais. Ao afirmar que alguém vive o “avesso da vida”, espera-se relatos repletos de privações sociais de toda ordem, sentimentos de tristeza e marcas psicológicas não cicatrizadas, nos quais os direitos humanos carecem sentido. Assim é a narrativa de *Nega*.

Para este texto, estabeleceram-se premissas voltadas à atuação do psicólogo forense no campo do Direito. Com vistas ao documentário-alvo, as discussões são tecidas em torno das situações de riscos e violações de direitos nas áreas da Família e da Infância e Juventude. Desse modo, o objetivo foi analisar o documentário *Nega* frente às disfunções familiares, com a finalidade de relacionar a evolução da Psicologia Jurídica no que tange os direitos da área da Família.

O corpo do texto é formado por duas seções. Na primeira – *Procedimento metodológico* – são apresentadas as posturas assumidas para atingir o objetivo. Na segunda – *O documentário Nega: categorias de análise e aproximações com a Psicologia Jurídica* – apresentam-se as categorias adotadas e suas construções relacionadas à área da Psicologia Jurídica. Por fim, são expostas três conclusões acerca do apresentado.

2 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Nesta seção, a preocupação é com a apresentação das posturas assumidas no transcorrer da escrita. Os procedimentos e técnicas visam atingir ao objetivo principal: analisar o documentário *Nega* de modo a tecer aproximações com aspectos da Psicologia Jurídica.

O documentário analisado tem por título *Nega*. Publicado, em 16 de setembro de 2014, por meio do canal de vídeos na rede mundial de computadores *YouTube*, podendo ser acessado no endereço: https://www.youtube.com/watch?v=AEk1_NUrPXY. É uma obra do projeto *Prudente: construindo a igualdade de gênero*, com duração de 39 minutos e 18 segundos.

A história é sobre a vida de Rosimeire Ferreira. Usuária do Serviço de Proteção e Atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar do CREAS – Centro de Referência Especializado em Assistência Social do município de Presidente Prudente, estado de São Paulo. Rosimeire Ferreira tem 35 anos, casada com Roberto, pobre, negra e mãe de oito filhos.

Sobrevivente às adversidades impostas pela vida desde antes do nascimento, sendo filha, neta, enteada e esposa de violentos agressores. Conseguiu superar 35 anos de miséria, maus-tratos,

negligências e privações por meio do acompanhamento especializado da rede socioassistencial do município de Presidente Prudente/SP. O documentário aborda a complexidade do atendimento à mulher em situação de violência por meio de uma narrativa dura, triste e verdadeira.

Na maior parte do tempo, o documentário ocorre com uma narrativa que mescla espontaneidade e condução do discurso de Rosimeire Ferreira. A filmagem é totalmente concentrada nas “personagens” ao longo da história, apenas com ângulo frontal de imagem. O discurso de Rosimeire Ferreira é forte e marcado pela presença do *eu*, o que traz consigo uma gama de valores, representações e emoções.

Ao longo do filme, há momentos de interação de Rosimeire Ferreira por meio de indagações com alguém que não aparece no vídeo. Além disso, as assistentes sociais Alcina Campos, Sandra Piedade e Marisa Mazieiro, a capitã da Polícia Militar Silvia e Simone Duran do CREAS – Centro Especializado de Assistência Social também são “personagens” do documentário e prestam depoimentos isolados com informações extras sobre a história da “personagem” principal.

As transcrições das narrativas foram realizadas com a intenção de trazer ao texto a fidedignidade e a veracidade das situações abordadas. Não há a preocupação com a codificação dos sujeitos, pois o vídeo é de acesso público na rede mundial de computadores. Entretanto, para a “personagem” principal do documentário, adotou-se a maneira como as outras mulheres do filme a conhecem: apenas *Rosi*.

A escolha do referido documentário é parte da avaliação global na disciplina de *Psicologia Jurídica*, ofertada ao primeiro semestre do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha, sob responsabilidade da professora Me. Ana Maria Franchi Pincolini. O objetivo da avaliação foi associar as situações expostas no documentário com as unidades curriculares até então abordadas em sala de aula, sendo elas: i) *Introdução ao estudo da Psicologia Jurídica*; ii) *Psicologia Jurídica no Direito Cível – Área da Família*; e iii) *Psicologia Jurídica no Direito da Infância e Juventude*.

A proposta de trabalho ofertada pela gestora da disciplina de *Psicologia Jurídica* foi composta por sete pontos norteadores, sendo eles:

i) a atuação do psicólogo forense na área da infância e juventude iniciou nos anos 1990. Comente brevemente os campos de atuação da psicologia jurídica até essa década. Porque os anos 1990 são um período de expansão da atuação nessa área (infância e juventude)? Que relações históricas podem ser feitas com esse fato?

ii) no documentário há a menção de uma situação específica que exemplifica a visão típica da Doutrina da Situação Irregular e do modo como crianças/adolescentes eram tratados antes do ECA. Atualmente, essa situação seria classificada como violência institucional e se constituiria em uma omissão por parte do Estado. Identifique essa situação e discorra sobre ela.

iii) se você fosse o psicólogo jurídico, como você avaliaria o sistema familiar do documentário em relação aos aspectos estrutural, relacional e funcional? Descreva esses aspectos e justifique sua resposta.

iv) diante da constatação das situações de risco pessoal e social por violação de direitos acima, foram adotadas algumas Medidas de Proteção previstas no ECA. As Medidas de Proteção podem ser adotadas por três motivos, conforme o ECA: I – Por ação ou omissão do Estado; II – Por ação ou omissão dos pais. III – Em razão da conduta dos pais. Relacione esses motivos com o documentário.

v) quais riscos pessoais e sociais por violação de direitos você identifica no documentário e que motivaram a aplicação das Medidas de Proteção? Alguns deles repetiam um padrão transgeracional (repetição de condutas no presente que eram adotadas nas famílias de origem de Rosemeire e Roberto)?

vi) quais foram as Medidas de Proteção aplicadas? Quais delas foram aplicadas aos pais/responsáveis, quais foram aplicadas às crianças/adolescentes e quais foram aplicadas à família como um todo?

vii) a família vivenciava situação de pobreza e privação. O afastamento das crianças se deu por este motivo ou em função de outras razões? Explique.

As categorias de análise, para o documentário *Nega*, emergiram dos pontos da proposta de trabalho acima. As quatro categorias *a priori*, são: i) *Atuação e expansão da Psicologia Jurídica*; ii) *Doutrina da Situação Irregular*; iii) *O sistema familiar*; e iv) *Medidas de proteção e riscos pessoais e sociais*. Salienta-se que, de modo generalizado, os pontos i, ii e iii, geram suas próprias categorias, enquanto que os pontos iv, v, vi e vii são tratados em apenas uma categoria, por tratarem da mesma temática. Ainda, alerta-se que as fronteiras entre as categorias são fluídas e que os pontos da proposta podem estar abordados correlacionados com outras categorias que não as anunciadas neste parágrafo.

Os três elementos balizadores da análise do documentário foram, a saber: i) categorias de análise determinadas *a priori*; ii) aproximações das categorias de análise com os tópicos voltados à Psicologia Jurídica no Direito Civil [área da Família e da Infância e Juventude]; e iii) as percepções/interpretações dos autores enquanto analistas da narrativa do documentário.

A análise considerou aspectos da *escuta sensível* (BARBIER, 2002) enquanto técnica, uma vez que, “evoca a habilidade do observador em perceber e respeitar a fala do outro. Para ser sensível em escutar não deve compreender somente a audição, mas convocar os demais sentidos para perceber os gestos, os silêncios, as pausas, as emoções envolvidas” (STECANELA, 2010, p. 146). Para isso, aceitou-se que o documentário narra a sequência histórica da vida de Rosimeire Ferreira, independente se tal aspecto seja verdadeiro ou não.

Considerou-se também a reflexividade do pesquisador (GRAY, 2012). Entende-se que em casos de análise de filmes com temas polêmicos ou chocantes, o analista não é completamente neutro no ato observacional. Com isso, reconhece-se a importância dos atos interpretativos do observador aliados às descrições dos eventos observados (Ibid.).

Por fim, os aspectos levantados nas narrativas do documentário em questão foram considerados mediante categorização, tendo como ponto de apoio o método de Análise de Conteúdo (BARDIN, 2011). O que se deseja aqui é justamente impor organização às mensagens e informações, tanto empíricas quanto teóricas. Para as primeiras, adotou-se as narrativas presentes no documentário; para as segundas, tem-se as relações tecidas com a literatura e com as notas de aulas.

2 O DOCUMENTÁRIO NEGA: CATEGORIAS DE ANÁLISE E APROXIMAÇÕES COM A PSICOLOGIA JURÍDICA

Nesta seção, o cerne é a apresentação das categorias de análise do documentário *Nega* e as respectivas aproximações com os temas abordados na disciplina de *Psicologia Jurídica*, o curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha, município de Caxias do Sul/RS. As edificações de cada categoria estão baseadas nos pontos norteadores da proposta de trabalho apresentada na seção anterior.

Nas subseções a seguir, as categorias estão organizadas de forma independente com fins didáticos, pois durante o documentário aparecem interligadas na narrativa de *Rosi* e/ou nas narrativas das “personagens” secundárias. Sublinha-se que há a probabilidade, em alguns momentos, que os extratos das narrativas não sigam necessariamente a ordem cronológica de ocorrência real do documentário. Por fim, frisa-se que não é intenção estabelecer julgamentos de nenhuma espécie às “personagens”, nem tão pouco realizar avaliações no espectro do certo ou errado.

2.1 Categoria *Atuação e expansão da Psicologia Jurídica*

Nesta subseção, apresenta-se as construções geradas para a categoria *Atuação e expansão da Psicologia Jurídica*. Ressalta-se que a categoria concerne ao primeiro ponto da proposta de trabalho. Portanto, está vinculada a: i) atuação do psicólogo forense na área da infância e juventude; ii) campos de atuação da psicologia jurídica até a década de 90; e iii) período de expansão da atuação na área da infância e juventude.

Na Psicologia Jurídica há uma predominância de atividades que dizem respeito ao profissional da Psicologia: “confecções de laudos, pareceres e relatórios, pressupondo-se que compete à Psicologia uma atividade de cunho avaliativo e de subsídio aos magistrados” (LAGO et al., 2009, p. 486). É possível a recomendação de soluções por parte dos psicólogos, porém compete ao juiz decisões judiciais (COSTA et al., 2009).

Entretanto, o trabalho do psicólogo jurídico pode estar relacionado a outros ramos espectrais do Direito. Até a década de 90 as áreas de atuação do psicólogo no Direito estavam basicamente voltadas às áreas do Direito Penal e Civil (LAGO, et al., 2009; PINCOLINI, 2016).

No Direito Penal, o trabalho resumia-se ao papel de “psicologista”. A rotina de trabalho era completa por aplicações de testes, tendo assim, uma “visão psicometrista na explicação do crime” (ROVINSKI, 2007, p. 12). O começo do percurso do psicólogo na área do Direito, década de 60, deu-se pela área criminal, ocorrendo basicamente de modo semelhante em todo Brasil, a iniciar por Manicômios Judiciais, programas de egressos de penitenciárias e fundações de Bem-Estar do Menor (Ibid).

A partir dos anos 70, devido à preocupação com a reabilitação dos sujeitos, a Psicologia começa a fazer parte das equipes de perícia técnica (Ibid.). Em 1984, é prevista em lei a atuação dos psicólogos no sistema penal (COSTA et al., 2009). De acordo com a lei n. 7210/84, art. 7º “A Comissão Técnica de Classificação, [...], será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade” (BRASIL, 1984).

Com relação ao campo do Direito Civil, a atuação do psicólogo está em ascensão até os dias atuais devido à demanda em questões direcionadas aos casos correlatos no âmbito da família. Até 1990, quando vigorava o *Juizado de Menores* (LAGO et al., 2009, grifo nosso) as tarefas eram restritas, em essência, “a perícia psicológica nos processos cíveis, de crime e, eventualmente, nos processos de adoção” (Ibid., p.485). Isso demonstrava laços de atuação próximos aos primeiros movimentos do psicólogo no campo do Direito Civil de 1960-70 (COSTA et al, 2009; CESCO, 2004).

As regras sociais de convivência humana sempre foram complexas ao longo da constituição da história. Porém, a complexidade das dinâmicas (psicos)sociais eram colocadas em um nível secundário de importância pelo mundo das leis (CESCA, 2004). Com o avanço das pesquisas e entendimentos sobre as áreas da família (ROVINSKI, 2007) e a construção social da infância (ARIÈS, 1978), entende-se que “todo o Direito, ou grande parte dele, está impregnado de componentes psicológicos” (CESCA, 2004, p. 42). Justifica-se, a presença da Psicologia na colaboração da eficácia do sistema jurídico.

No ano de 1990, o supra referido juizado passa a ser denominado *Juizado a Infância e Juventude* com a implantação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (LAGO et al., 2009, grifo nosso). A partir disso, há uma ampliação, tanto no número de psicólogos nas instituições judiciárias quanto nas designações de atribuições dos mesmos, “envolvendo atividades na área pericial, acompanhamentos e aplicação das medidas de proteção ou medidas socioeducativas” (TABAJASKI; GAIGER; RODRIGUES, 1998 apud Ibid., p. 485).

A lei n. 8.069/90 estabelece as diretrizes no campo das políticas públicas de atendimento à criança e adolescentes (BRASIL, 2010). Discrimina a infância e a juventude necessitada de assistência do Estado, para que todos sejam reconhecidos como sujeitos de direitos. “A necessidade da presença do psicólogo para lidar com as questões específicas da área, seja no que diz respeito à proteção, ou na questão do adolescente em conflito com a lei” (COSTA et al., 2009, p. 235) é colocada com veemência

na lei: “serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão” (Art. 87, III in ibid.).

Na trilha sonora de entrada do documentário, há uma estrofe que ilustra a necessidade do trato dos problemas da psique de pessoas que estão à margem da “normalidade” social: “Ta vendo aquela estrela solitária ali no céu/ É o espelho um reflexo de alguém que se perdeu/ É a chama da esperança/ De um ser que se apagou/ O olhar de uma criança/ Rejeitada e sem amor” (GADÚ, *Reflexos de Nós*, 2010).

A música apresenta composição forte que trata sobre abandono e falta de amor e ainda traz consigo incubado um pedido de socorro quase sem esperança. Todo o sentimento da canção aliado ao contexto da narrativa de *Rosi* consegue formar um amalgama que eleva o nível de emoção, comoção e dor do documentário.

Na estrofe, é justamente a emoção das crianças descrentes de esperança, por falta de amor, que sobressai. Isso, também é percebido na narrativa de *Rosi: Uma vez, eu tinha três meses de nascida, e ele (pai) queria tocar fogo na casa. Ele tocou fogo nos colchão [...], e começou a pegar fogo no macacão, ela (mãe) correu e me tirou*” (02’57”-03’16”). Na cena, *Rosi* era bebê e escapa da morte, graças a mãe. Em termos psicológicos, pode ser entendido como o começo das rejeições de uma das pessoas que seria responsável por zelar e dar amor: o pai. Então, desde a mais tenra idade, presença e sofre na carne as consequência das brigas violentas e uso de álcool e drogas entre os genitores

Por fim, apresenta-se um extrato da narrativa do documentário *Nega* com vistas a exemplificar a importância da presença de profissionais da Assistência Social e da Psicologia no acompanhamento de casos relacionados com as questões do Direito da Família:

Deus enviou e devagar foi encaixando muitos anjos na minha vida. Não sei que seria de mim se a Mazé (Maria José Ogeda, Assistente Social) não tivesse indicado a Sandra do CRAM (Sandra Piedade, Assistentes Social) e ela não tivessem tido tanta paciência comigo como ela teve. Ela e a Jeane (Jeane Carvalho, Psicóloga), porque eu escutava o que elas falava (sic), eu não era de ficar retrucando, eu escutava os conselhos que ela me dava” [gratidão no olhar] (*Rosi* – 35’00” a 35’22”).

A narrativa de *Rosi* no documentário *Nega* corrobora a importância da expansão das atribuições dos profissionais da Psicologia no campo do Direito, mesmo que precária, em muitos casos (CESCA, 2004). Em especial na área que tange aspectos da família que é “[...] destacar e analisar os aspectos psicológicos das pessoas envolvidas, que digam respeito a questões afetivo-comportamentais da dinâmica familiar, ocultas por trás das relações processuais [...]” (SILVA, 2003 in CESCA, 2004, p.42).

2.2 Categoria Doutrina da Situação Irregular

Nesta subseção, salientam-se as construções da categoria *Doutrina da Situação Irregular*. Sublinha-se que a categoria é dirigida ao segundo ponto da proposta de trabalho. Desse modo, os pontos de abordagem são: i) doutrina da situação irregular; e ii) tratamento de crianças e adolescentes antes do ECA – Estatuto da Criança do Adolescente.

O primeiro *Código do Menor* é de 1927 (RIZZINI, 2011). Até o fim da década de 1970, não há melhorias na questão que diz respeito a direitos específicos da criança e adolescente (LEITE, 2003). A doutrina da situação irregular foi adotada pré-existência do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/90), tendo base no *Código de Menores* regido pela lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979 (HOLANDA, 2012; LEITE, 2003, grifo nosso), que por sua vez, “foi uma revisão do anterior (de 1927), seguindo a mesma orientação no que se refere ao assistencialismo, repressão e desobrigação, em relação ao estabelecimento, de direitos aos sujeitos infanto-juvenis” (COSSETIN, 2012, p. 39).

O *código de Menores* de 1979 estabelecia situações de não proteção em vista da punição das crianças e adolescentes (COSSETIN, 2012). “Naquele ínterim, os menores infratores eram afastados da sociedade, sendo segregados, de forma generalizada, em estabelecimentos como a FEBEM, desrespeitada a dignidade da pessoa humana e o termo “menor”, inclusive, passando a ser usado pejorativamente” (HOLANDA, 2012, [s.p.], grifo do autor).

À época, a Doutrina da Situação Irregular encontra respaldo no momento histórico de elevada desigualdade social do início do século passado, quando menores recorrem aos delitos de rua para sobreviver e até mesmo para prover recursos para sustento da família (Ibid.). A lei em questão, não tinha o intuito de “proteger os menores, mas para garantir a intervenção jurídica sempre que houvesse qualquer risco material ou moral. A lei de menores preocupava-se apenas com o conflito instalado e não com a prevenção” (HOLANDA, 2012, [s.p.]).

Os artigos do *Código do Menor* (1979) dão a devida compreensão sobre a Doutrina da Situação Irregular:

Art. 1º – Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II – entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único – As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação (BRASIL, 1979 in COSSETIN, 2012, p. 39).

O artigo 2º dispõe sobre a *situação irregular* mencionada no inc. I do art. 1º, nos seguintes termos:

Art. 2º – Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los;

II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Parágrafo único – Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial (BRASIL, 1979 in COSSETIN, 2012, p. 40).

Com vistas aos artigos acima do *Código do Menor*, atesta-se que a expressão *situação irregular*, englobava casos de diversos, sendo um deles a pobreza familiar das crianças e dos adolescentes. Competia ao Juiz de Menores a atuação sobre as decisões frente aos casos de menores em situação irregular (COSSETIN, 2012).

A criança e o adolescente carentes configuravam-se em situação irregular, fora da situação de normalidade (LEITE, 2003; HOLANDA, 2012). Mantinha-se separação entre infância e os “menores”, sendo cuidados da primeira providos pela família; e os cuidados da segunda a cargo do Estado (COSSETIN, 2012).

A distinção entre criança rica e a criança pobre ficou bem delineada. A primeira é alvo de atenções e das políticas da família e da educação, com o objetivo de prepará-la para dirigir a sociedade. A segunda, virtualmente inserida nas ‘classes perigosas’ e estigmatizada como ‘menor’, deveria ser objeto de controle especial, de educação elementar e profissionalizante, que a preparasse para o mundo do trabalho (MARCÍLIO, 1989 in COSSETIN, 2012, p. 28).

No que diz respeito às medidas as quais poderiam ser aplicadas aos “menores”, o artigo 14 as descreve:

- I - advertência;
- II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;
- III - colocação em lar substituto;
- IV - imposição do regime de liberdade assistida;
- V - colocação em casa de semiliberdade;
- VI- internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (BRASIL, 1979 in COSSETIN, 2012, p. 41).

O *Código de Menores* de 1979 tinha enquanto ponto fulcral a punição. “Ao completar 21 anos, o jovem seria avaliado e se verificada a necessidade da manutenção em regime fechado, seria submetido à lei penal e encaminhado para cumprimento de pena em local indicado para adultos” (COSSENTI, 2012, p 41).

No caso das vivências de *Rosi*, frente à Doutrina da Situação Irregular, foram elencadas 13 situações de possível aplicação. Analisou-se as situações narradas pela “personagem” principal no período temporal de 1979 a 1990, em decorrência da vigência do *Código de Menores* (1979) e do ano de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Vale sublinhar que no documentário não é declarado a participação direta de *Rosi* em “delitos de rua”. De tal modo, enquadrar-se-á cada situação narrada pela “personagem” principal nos incisos I, II e III do Art. 2 do *Código de Menores* de 1979, conforme quadro 1. No interstício temporal de leis (1979-1990), *Rosi* tinha 11 anos de idade, assim, as situações relacionadas à Doutrina da Situação Irregular estão voltadas a essa faixa etária.

Quadro 1 – Situações de enquadramento de Rosi na Doutrina de Situação Irregular.

Situação	Narrativa de Rosi	Cenário familiar	Idade de Rosi no evento	Código do Menor de 1979
1	Minha mãe engravidou de um rapaz, só que minha vó não aceitava porque ele era tranqueira né, usava droga. Na época, era um rapaz temido, todo mundo tinha muito medo dele (01'38"-01'50").	Pai usuário de drogas e temido na região provavelmente pela violência empregada com desafetos.	Pré-nascimento	Inc. I e III
2	No começo ela até pensou em me tirar, mas a minha vó acabou aceitando numa boa (02'29"-02'33").	Mãe pensa em abortar Rosi devido à vergonha da família dela estar grávida e não casada.	Pré-nascimento	Inc. I, alínea b
3	Minha mãe engravidou, mas morava com minha vó, mas continuou com ele (pai). Ele arrumou uma casinha, um barracinho que eles foram morar juntos. Só que minha mãe sofreu muito porque ele não queria trabalhar. A vida dele era fumar maconha todo dia, beber cachaça, ameaçava todo mundo. Dizem que ele era muito bom de faca, bom de capoeira, era um negão grande (02'35"-02'56").	Pais pobres e sem perspectivas. Pai não tinha emprego, usuário de drogas e conhecido pela violência com arma branca.	Pré-nascimento	Inc. I e III
4	Uma vez, eu tinha três meses de nascida, e ele (pai) queria tocar fogo na casa. Ele tocou fogo nos colchão [...], e começou a pegar fogo no macacão, ela (mãe) correu e me tirou (02'57"-03'16").	Violência e por negligência dos pais quase morre queimada.	3 meses	Inc. I e III
5	Polícia ia direto na casa da minha mãe, entrava lá... ela tinha muito que ir na delegacia tirar ele (pai). Não era uma coisa bem visto, ninguém gostava dele (pai) (03'17"-03'26").	Presença policial em casa para conter violência era banal. Prisões seguidas do pai.	---	Inc. I e III
6	(Após a prisão relatada do pai) Ele (pai) acabou arrumando uma das melhores amigas dela (mãe) [...]. Ele teve mais duas filhas fora do casamento. Ele engravidou a duas melhores amigas dela (mãe) junto... Então ela (mãe) desgostou disso e acabou largando (03'27"-03'44").	Separação dos pais devido às seguidas traições do pai.	---	Inc. I

Continuação – Quadro 1

Situação	Narrativa de Rosi	Cenário familiar	Idade de Rosi no evento	Código do Menor de 1979
7	Eu tinha oito anos quando ele (pai) morreu. Ele tinha espancado uma velhinha, porque a velhinha viu ele (pai) roubando a casa de um vizinho. A velhinha denunciou e ele (pai) espancou. Aí ele tava no bar bebendo e chegou os filhos da mulher (velhinha) [...]. Um dos rapaz enfiou duas facadas nas costas dele [...] morreu ensanguentado (03°43'30"-04°30'30").	Assassinato do pai.	8 anos	Inc. I
8	Minha vó também faleceu e minha mãe ficou sozinha, criando os dois irmãos dela (mãe) (04°32'30").	Falecimento da avó.	Estimada entre 8 e 9 anos	Inc. I
9	Depois minha mãe conheceu um rapaz que veio de Campo Grande [...] (04°33'30"-04°43'30"). Foram morar junto (mãe e padrasto), só que não tinha um lugar próprio pra morar. Então a gente foi morar em frente ao Braga Mello (escola). [...] Era um terreno bem grande, mas não tinha água e nem luz (05°12'30"-05°22'30").	Habitação imprópria (falta água e luz).	Estimada entre 9 e 10 anos	Inc. I
10	Só minha mãe trabalhava e logo ela engravidou, ela teve três filhos com ele (padrasto) e trabalhar nada (padrasto). Viviam muito do que sobrava do meu tio pra trazer pra casa (05°52'30"-06°01'30").	Responsáveis sem condições financeiras de prover sustento.	Estimada entre 9 e 10 anos	Inc. I
11	[...] Ela pulou da bicicleta, bateu a cabeça no meio fio e [...] no hospital ela faleceu. Tive que ir pra delegacia várias vezes e minha mãe mudou dali (comportamental) (06°35'30"-06°42'30").	Relação com morte de amiga de 13 anos e mudança no comportamento da mãe.	Estimada entre 9 e 10 anos	Inc. I e III
12	Nós passou muitas dificuldades. Minha mãe foi embora. Mudou pra casa do meu tio. [...] (mãe vai junto com tio para Campo Grande). Acabou que minha mãe ficou quatro meses lá (06°47'30"-07°23'30").	Abandono por parte da mãe.	Estimada entre 9 e 10 anos	Inc. I
13	Ninguém vinha embora, aí o homem colocou nossas coisas tudo pra fora, na calçada e nós (mãe padrasto e tia) fomos parar tudo no albergue (07°28'30"-07°31'30").	Despejo	10 anos	Inc. I

Fonte: Elaboração do próprio autor.

Com vistas ao exposto, é possível conjecturar que, ao considerar o intervalo entre o *Código do Menor* de 1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, *Rosi* poderia sofrer as consequências da atuação do Juizado de Menores em qualquer das 13 situações elencadas. Entretanto, destaca-se a situação 13 com maior possibilidade de intervenção imediata do Estado pelo fato de que aos 10 anos de idade, *Rosi* não tinha moradia: “*ficamos três dias lá (albergue). Depois a Assistente Social disse que não tinha como deixar mais, porque são três dias... a gente (Rosi, mãe padrasto e tia) andou muito atrás de vereador. Aí nós espalhamos*” (*Rosi*, 07’33”-08’14”).

No documentário, os dias que seguem das três “personagens” – “*Aí nós espalhamos*” (*Rosi*, 08’14”) – não são narrados. No intervalo entre ficar sem casa, pós saída do albergue – “*ficamos três dias lá*” (*Rosi*, 07’33”) – e a volta da mãe (07’50”), suspeita-se que *Rosi* tenha ficado na rua, porém no mesmo local que antes era sua casa, caso contrário não saberia narrar o seguinte: “*as coisas tudo lá na calçada*” (*Rosi*, 07’33”) e “*um dos meus tios, mais esperto, vendeu as coisas mais caras*” (*Rosi*, 07’45”).

Vale lembrar que, nessa situação, *Rosi* poderia ser enquadrada no inciso IV do Art. 2 do *Código do Menor*. Além da hipótese de estar na rua, não havia [ao menos, entende-se isso na narrativa] nenhum responsável legal por ela. A “avó” que se encontrava junto na situação, era mãe do padrasto, residente em Santos/SP, estando a passeio em Presidente Prudente/SP (07’07”) e após os dias de albergue não se sabe o paradeiro, porém sabe-se que “*Aí nós espalhamos*” (*Rosi*, 08’14”).

Já a tia, assim como *Rosi*, no evento era de “menor” (16 anos, 08’02”), logo, também poderia sofrer as mesmas consequências. De fato, *Rosi* estava a viver “na ilusão de um dia ter um abraço/ Sem motivo especial” (GADÚ, *Reflexo de Nós*, 2010), pois relata que quando a mãe retornou de Campo Grande “*Foi muito bom aquele dia, porque eu tava chorando muito*” (8’48”-8’53”).

2.3 Categoria “*O sistema familiar*”

Nesta subseção, destaca-se as formulações da categoria *O sistema familiar*. Alerta-se que a categoria é vinculada ao terceiro ponto da proposta de trabalho. Assim, aproxima-se de: i) aspectos do sistema familiar presente no documentário *Nega*; e ii) padrão de transmissão geracional.

De modo sucinto, sente-se a necessidade de abordar à terminologia *sistema*. Entre diversas definições possíveis elenca-se: “i) conjunto de elementos distintos, com características e funções específicas; ii) corpo de normas ou regras; iii) disposição de um conjunto de elementos, organizados de forma a viabilizar sua compreensão” (HOUAISS, 2009, [s.p.]).

Sistema é toda organização de elementos, unidos por alguma forma de interação, podendo apresentar interdependência para formação de um todo, de modo que o total é maior que a soma de suas partes (PINCOLINI, 2016). Toda alteração em dos elementos do sistema causa alterações no todo (BERTALANFFY, 1975 apud DIAS, 2011). Não há forma de algo ser inerte ao sistema.

A família se caracteriza enquanto *sistema aberto* devido às trocas constantes com o ambiente (DIAS, 2011; COSTA, 2010). Todo sistema é composto por subsistemas em interação, formando assim um complexo integrado de organização (DIAS, 2011). “O sistema vem caracterizado essencialmente por três características: mínimo de interdependência entre os membros; mínimo de regulamentos; mínimo de consciência dos regulamentos” (DIAS, 2011, p. 147).

Cada elemento familiar é um subsistema. Tem-se assim a formação de diversos subsistemas, porém há os elementares como o *conjugal*, o *fraternal* e o *parental* (PINCOLINI, 2016). De modo sintético, no primeiro, temos a relação de complementaridade entre dois adultos; no segundo, firma a relação de cooperação entre irmãos; e por fim, no terceiro subsistema, estabelece a proteção em todas as esferas (DIAS, 2011).

O modelo familiar que *Rosi* vivenciou por todo seu tempo de existência, inclusive antes mesmo de vir ao mundo (ver quadro 1) atesta uma organização familiar complexa, dotada de violência extrema e com marcas psicológicas profundas. Nesta seção, realiza-se uma [micro] avaliação do sistema familiar geral vivido pela “personagem” principal no documentário, frente aos aspectos: i) estrutural; ii) relacional; e iii) funcional.

O aspecto estrutural está diretamente relacionado à estruturação dos comportamentos familiares (PINCOLINI, 2016; BAPTISTA; BAPTISTA; DIAS, 2001). Cada família é singular e o aspecto estrutural é a forma como se perpetuam as relações dentro de cada organização (COSTA, 2010; GOMES, 1986). No caso de *Rosi*, do ponto de vista estrutural, “os papéis são mal definidos, com filhos desempenhando papéis dos pais” (GOMES, 1986, p. 30).

As interações reais que se mantiveram, ao longo dos anos, entre os familiares estão voltados ao uso de álcool em excesso, consumo de drogas, violência e negligência com a prole. Os extratos das narrativas atestam a estrutura familiar construída ao longo da vida de *Rosi*, percebendo-se a repetição histórica por quatro gerações:

Minha vó também foi bem sofredora, meu vô foi um homem que traiu bastante, muito brabo, muito rude (Rosi, 2'05"-2'12").

Ele (pai) não queria trabalhar. A vida dele (pai) era fumar maconha todo dia, beber cachaça, ameaçava todo mundo. Dizem que ela muito bom de faca [...] (Rosi, 2'44"-2'52").

[...] meus irmãos tavam tudo na rua [...], tudo sujo, comia mais na casa dos outros... minha mãe tava bêbada, dormindo no chão da cozinha [...] (Rosi, 10'49"-11'06").

Os dois bebiam e brigavam (mãe e padrasto). Eu acordava de madrugada para por o peito da minha mãe na boca dela (irmã), porque minha mãe tava bêbada [...] e o pai bêbado do outro lado (Rosi, 11'08"-11'24").

Casei com 15 anos. Minha mãe não queria porque já conhecia a família dele (Roberto), sabia que todo mundo era alcoólatra (Rosi, 11'24"-11'36").

Começava a brigar (Rosi e Roberto) depois que bebia. A gente bebia e fazia uso da droga junto (Rosi, 12'42"-12'49").

Tinha vezes que ele (Roberto) nem lembrava que tinha me batido (Rosi, 13'28").

Eles (Rosi e Roberto) sabiam que estava ruim. Eles achavam que podiam dar conta sozinhos. A coisa foi ficando grave, grave, grave e a partir do momento que os filhos saíram da família, aí eles se obrigaram a olhar essa coisa de frente" (Alcina Campos, Assistente Social – 15'30"-15'44").

Com relação ao aspecto relacional, está voltado à comunicação familiar (GOMES, 1986; DIAS, 2011). As relações são determinadas por regras e a família em termos de sistemas e subsistemas deve atender a dois objetivos básicos em termos de relação, sendo eles: "interno, proteção psicossocial dos seus membros; outro externo, acomodação a uma cultura e transmissão dessa mesma cultura" (DIAS, 2011, p. 148).

É perceptível nos extratos narrativos o padrão de transmissão geracional da estrutura familiar (COSTA, 2010). A família é a matriz da vida psíquica e meio de transmissão de tal entre gerações (GUIMARÃES; FÉRES-CARNEIRO, 2004), de tal modo, apresenta dois eixos de estruturação, sendo: "[...] o eixo horizontal, o qual oferece suporte ao sujeito por meio das identificações mútuas com seus semelhantes, e o eixo vertical, da filiação e das afiliações, que inscrevem o sujeito na sucessão de movimentos de vida e de morte no percurso das gerações" (Ibid., p. 248).

O sistema familiar é o primeiro conjunto de regras e de referências do sujeito no mundo (DIAS, 2011). É natural que a transmissão geracional seja operada de forma, até mesmo que involuntária, tendendo “a um equilíbrio homeostático, onde tudo é feito para que as coisas permaneçam como estão” (GOMES, 1986, p. 30). A transmissão geracional funciona como uma espécie de “defesa” frente às interferências externas do ambiente.

Nas famílias de *Rosi*, percebe-se que entre as regras vigentes de transmissão geracional está a negligência, tanto pessoal por meio de atos violentos e consumo de drogas na resolução de problemas, quanto com relação aos filhos no quesito abandono e carência de cuidados e proteção. “A forma de se comunicar e o impacto do comportamento de um em relação a outro [...] são os elementos a serem considerados quando se tenta explicar os problemas emocionais” (GOMES, 1986, p. 30).

A família é “um espaço privilegiado para a elaboração e aprendizagem de dimensões significativas de interação e comunicação [...]” (DIAS, 2011, p.152). Logo, se a comunicação é precária ou problemática entre os membros a adaptação ao ambiente social fica comprometida (Ibid.). Na vida de *Rosi* são notórias as consequências da comunicação precária dos núcleos familiares pelos quais fez parte.

As disfunções familiares narradas pelas “personagens” do documentário são inúmeras. “Num grupo familiar disfuncional os modos de interação entre seus membros vão-se cristalizando [...]” (GOMES, 1986, p. 29), inclusive os atos de violência e negligência, conforme a narrativa de *Rosi* diante do primeiro acolhimento pelo Estado de um dos filhos.

Em três meses a menina tava com 2,600 Kg ainda, porque eu andava muito com ela pra cima e pra baixo. Onde eu ia buscar bagulho (droga) eu levava. Todo mundo falava ‘essa menina não engorda’, então fomos para o hospital [...] e de lá ela foi primeiro (acolhimento pelo Estado) (Rosi, 18’10”-18’32”).

Por fim, diante das circunstâncias narradas por *Rosi* sobre seu percurso de vida a avaliação que se pode fazer frente ao sistema familiar, de modo pontual é: i) apresentou desde o berço estrutura alicerçada em relacionamentos sustentados pela violência e drogadição; ii) aspectos relacionais comprometidos pelos efeitos nocivos das drogas em praticamente todos os sujeitos da família; e por fim iii) ao longo dos anos, as famílias pelas quais *Rosi* fez parte nunca conseguiram cumprir as funções básicas de família.

2.4 Categoria *Medidas de proteção e riscos pessoais e sociais*

Nesta subseção, expõem-se as concepções da categoria *Medidas de proteção e riscos pessoais e sociais*. Recorda-se que a maioria dos aspectos referentes aos pontos norteadores iv, v, vi e vii da proposta de trabalho estão condensados nesta categoria, devido à proximidade temática. Assim, relaciona-se com: i) medidas de proteção previstas no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente; ii) riscos pessoais e sociais por violação de direitos; e iii) medidas de proteção aplicadas aos envolvidos no documentário (pais, filhos e família).

O ECA – Estatuto da Criança e Adolescente estabelece as medidas de proteção à criança e ao adolescente quando os direitos são ameaçados ou violados, de acordo com o artigo 98 da lei n. 8.069/90 (BRASIL, 1990), nas seguintes esferas: “I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

Relaciona-se as hipóteses em que se considera que uma criança ou adolescente se encontra na chamada *situação de risco*, demandando atenção por parte da *rede de proteção* e dos órgãos de defesa dos direitos infanto-juvenis (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, grifos do autor). Assim, “há o reconhecimento expresso de que a omissão da sociedade e do Estado, têm o dever de destinar à criança e ao adolescente a proteção integral, em regime de absoluta prioridade, acaba por colocar em risco ou violar os direitos correspondentes, de crianças e adolescentes” (Ibid, p. 135).

“Não apenas a prática de ato infracional, mas outros distúrbios de comportamento podem colocar a criança ou o adolescente em situação de risco” (Ibid, p. 135). Portanto, a origem de tais problemas devem ser apuradas, “através da intervenção de profissionais das áreas da pedagogia, pediatria e psicologia” (Ibid.), reforçando assim, a importância do trabalho em equipe. “*Neste caso, nós aprendemos o caminho do trabalho em rede*” (Mariza Mazieiro, Assistente Social, 26’21”-26’23”), fazendo menção ao esforço coletivo de todos os envolvidos na situação de *Rosi*.

Assim, em vista do exposto acima, sempre que crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social serão passíveis de proteção. Na vida de *Rosi*, as medidas de proteção, do artigo 98, fariam sentido a qualquer momento após seus 12 anos de idade, uma vez que assim como toda sua família, viveu toda uma vida de miséria, violência e privações “tentando entender o mundo no seu estado mais normal” (GADÚ, *Reflexos de Nós*, 2010).

Se a intenção do Estado é proteção seus cidadãos, muitos casos, há a necessidade de saída de seus lares para que ocorra a proteção (CESCA, 2004). Entre as medidas mais comuns estão “ou se tira o agressor, ou se afasta as crianças, colocando-as em instituições por tempo indeterminado” (Ibid. p. 42).. Na vida de *Rosi* ocorreram ambas as situações.

O marido de *Rosi*, *Roberto*, cometia agressões físicas de forma constante contra a parceira – “*Tinha vezes que ele (Roberto) nem lembrava que tinha me batido*” (*Rosi*, 13’28”) – “[...] *coisa que não acontecia com relação aos filhos [...] (Alcina Campos, Assistente Social, 20’35”-20’38”). Roberto, por causa das agressões foi preso três vezes, porém “[...] ele não tinha consciência que ele era agressor. Ele foi preso, foi punido pelas agressões, mas ele não teve a oportunidade de rever o papel dele enquanto pai, enquanto marido (Alcina Campos, Assistente Social, 23’38”-23’46”).*

No caso, percebe-se que o Estado executou uma forma de proteção: a punitiva. “*Acredito que agressor tem que ser punido porque ele cometeu um crime [...]*” (Sandra Piedade, Assistente Social, 24’34”-24’36”), porém o sistema penal não distingue a característica dos crimes, impedindo assim a possibilidade de reabilitação, jogando “na vala comum todos os conflitos domésticos, sem que se possa diferenciar os casos” (CESCA, 2004, p. 43).

A situação punitiva sem a preocupação de acompanhamento psicossocial adequado funciona como “apagar um incêndio com conta gotas”. Foi como ocorreu no casamento de *Rosi*: “*Roberto é um exemplo: ele foi preso três vezes e as agressões continuavam. Somente quando ele foi acompanhado de perto (pela equipe) [...] é que ele conseguiu perceber que com violência não se resolve conflito*” (Sandra Piedade, Assistente Social, 24’56”-26’11”). Além de não resolver o problema intrafamiliar, a punição por si somente exclui a chance da realização de diagnósticos, nos quais podem ser constatados “[...] ocorrência de transtornos mentais e culturas familiares que se propagam [...]” (CESCA, 2004, p. 43), diminuindo assim o sucesso das intervenções do Estado.

Além disso, “evitar-se-ia a estigmatização de ambos (vítima e agressor), possibilitando-se uma resposta mais eficiente aos anseios das partes envolvidas” (Ibid). Ao agressor nunca é dada a chance de se perceber enquanto tal, desconstruindo a oportunidade desse sujeito internalizar mudanças futuras. O caso de *Roberto* foi exatamente assim: “*Ele não teve a oportunidade de olhar e ver ‘tenho que mudar’*” (Alcina Campos, Assistente Social, 24’08”-24’30”).

Frente à conduta de *Rosi* e *Roberto* os riscos pessoal e social para as crianças eram reais:

Começava a brigar (Rosi e Roberto) depois que bebia. A gente bebia e fazia uso da droga junto (Rosi, 12'42"-12'49").

Eu não me via uma mulher sóbria, não me via vivendo sem meu álcool, sem nada (drogas) [...] (Rosi, 15'54"-16'00").

Quando eu via que já tinha vendido tudo a roupa das crianças... Quando acabava o meu dinheiro: 'só vou penhorar que amanhã eu pago e pego e devolvo pras crianças [...] (Rosi, 16'35"-16'55").

A casa era um lixo. Comprava pecinha de roupa da mais barata para eles de dia e de noite já vendia (Rosi, 19'13"-19'19").

A polícia era direto. Direto tava aqui. Eu já conhecia todos [...]. Teve uma vez que eles (Policiais) compraram refrigerante e lanche para as crianças na delegacia mesmo [...] (Rosi, 26'44"-27'18").

Foram aplicadas a proteção a todos os filhos do casal devido aos diversos momentos de riscos, tanto físicos quanto psicológicos intrafamiliares. Em nenhum momento, a causa do desabrigo do seio familiar foi a condição de pobreza vivenciada, mas sim, a violência e a negligência constante dos próprios pais conforme demonstrado nos extratos acima. A condição de pobreza era motivo no *Código do Menor* de 1979 conforme abordado na categoria *Atuação e expansão da Psicologia Jurídica*, porém, tal condição foi abolida com o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

O desabrigo dos filhos causou sentimentos de perda e medo em Rosi: *“Eu tinha medo de perder (filhos)... De ver que eles podiam viver sem nós (pais) e ver que lá (local de acolhimento) era melhor. Lá eles tinham comida [pausa] no horário certo [...], banho quente. A gente não tinha água e nem luz [...]”* (19'39"-19'51").

A retirada da criança ou do adolescente de sua família de origem, no entanto, ainda que constatada omissão ou abuso dos pais ou responsável, somente deve ocorrer em situações extremas, sendo a família, destinatária de “especial proteção”, que compreende orientação e assistência, por parte do Poder Público (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, 135).

O Artigo 129 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente trata das medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis em caso de constatadas inconformidades nos cuidados de crianças de adolescentes, a saber:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24 (BRASIL, 1990).

“As crianças foram abrigadas. Eles (pais) começaram a vim visitar pouco porque logo depois eles internaram [...]” (Alcina Campos, Assistente Social, 20’58”-21’09”). Subentende-se que, naquele momento, foram desabrigados os sete filhos do casal. Na maioria dos casos, o acompanhamento da família não é realizado, tendo o trabalho do Estado encerrado “na constatação de violência sofrida e na busca da preservação da criança” (CESCA, 2004, p. 43). Porém, no caso do documentário *Nega*, foi diferente.

Após o desabrigo dos filhos pelo Estado, *Rosi e Roberto* foram internados “*cada um pra um lugar*” (Alcina Campos, Assistente Social, 21’09”). Encaminhados para assistência psicológica e tratamento de desintoxicação química, *Rosi* estava descrente em sua melhoria com a internação: “*Pra mim não ia mudar nada. Eu achava que não ia conseguir sair dessa [...]*” (32’15”-32’18”).

“Compete às equipes de Saúde da Família conhecer, discutir e buscar a identificação dos fatores de risco [...] para facilitar a definição de ações a serem desenvolvidas” (Ibid.). A importância da equipe assistencial é notória em todas as narrativas das “personagens” do documentário: “*o trabalho foi valorizado pela presença construtiva que as profissionais tiveram no acompanhamento dessa família*” (Simone Duran, CREAS, 30’42”-30’55”).

Durante a separação da família de *Rosi* e com o acompanhamento adequado, a equipe de assistência psicossocial começou a perceber que, apesar de toda violência existente, havia um aspecto importante: o amor.

A princípio eu achava que não havia amor entre o casal [...] (Quando você mudou de opinião? – Perguntador externo) Quando eu comecei a conviver com o casal. [...]. A gente começou a levar os filhos (para ver os pais) e através da fala dos dois e do contato que eles passaram a ter... Via carta... Eu percebi o amor que havia ali (Alcina Campos, Assistente Social, 20’25”-21’29”).

Ainda enquanto medida de restauração estrutural da família, houve a efetivação da reforma da casa de *Rosi*. Isso ocorreu graças aos filhos estarem participando de uma oficina de informática na escola das redondezas e a história chegou até a Assistente Social Heloisa Veneno Furlan da *Fundação Gabriel de Campos*. “*Eu ficava o dia inteiro olhando (a reforma)... Eu queria isso pra eles (filhos)*” (*Rosi*, 33’55”-34’05”). Começa a aflorar o sentimento de família incubado em *Rosi*. É perceptível, na narrativa, a angústia em ter uma família que ela nunca teve. Assim, é possível estabelecer relação com o trecho da trilha sonora de encerramento do documentário: “eu quero/ quero muito/ quero agora/ sem demora/ o meu desejo/ ninguém vai roubar” (GADÚ, *Sonhos Roubados*, [s.d.]).

No final do documentário, percebe-se no olhar e no modo de falar de *Rosi* que o sentimento é de gratidão à equipe assistencial que cuidou de si e sua família:

É incrível, mas quando eu sai [pausa]... No dia que eu sabia que tinha que ir embora, eu chorei tanto lá. Um de felicidade, que eu ia vim embora. Mas, eu tinha me apegado muito ao lugar, aprendi muito ali dentro. Eu sentia que tinha mudado por causa daquele lugar (*Rosi*, 34’16”-34’30”).

CONCLUSÃO

Com vistas ao exposto no texto, não restam dúvidas da necessidade e importância da atuação adequada no enfrentamento da violência intrafamiliar entre equipe psicossocial e o campo das leis. Após algumas imersões, tanto na teoria quanto no Documentário *Nega*, na busca por aproximações entre a Psicologia Jurídica e os direitos da área da família, pode-se concluir:

1. A transmissão geracional da estrutura familiar tende a se perpetuar, funcionando como *status quo* familiar. No caso da família de *Rosi*, isso é notório na narrativa ao longo de todas as gerações de suas famílias e das famílias dos membros agregados;
2. Para combater a violência intrafamiliar são necessárias ações que vão além das medidas punitivas. O casamento entre *Rosi* e *Roberto* é o exemplo que apenas punir não resolve o problema da violência. No caso em análise, foi comprovado que o trato psicossocial adequado, planejado e realizado com profissionais habilitados e competentes sobre os sujeitos, leva a prevenção da violência, reabilitação dos agressores e (re)estruturação adequada ao desenvolvimento psíquico e social de todos os membros da família;

3. É clara a evolução conjunta da expansão da atuação da área da Psicologia e os direitos da criança e do Adolescente no Brasil. Pode-se conjecturar que a recuperação da família de *Rosi* somente foi possível graças a tal evolução no jeito de pensar e agir, tanto da das pesquisas em Psicologia quanto no avanço da visão do campo jurídico.

Para encerrar, recorre-se à narrativa de *Rosi* e *Alcina*: “[...] *eu só quero é ser feliz, ter muita saúde e cuidar deles (filhos)*” (*Rosi*, 35’40”-35’44”). “*Política social é isso [...] é resgate do indivíduo e da cidadania dele*” (*Alcina*, 25’56”-26’11”). Assim, foi a história de *Rosi*, a mesma de “milhões de brasileiros/ Que não tem pra onde correr/ [...] Engolem tudo a seco com a sede de vencer” (GADÚ, *Reflexo de Nós*, 2010).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LCT, 1978.
- BAPTISTA, Makilim Nunes; BAPTISTA, Adriana Said Daher; DIAS, Rosana Righetto. Estrutura e suporte familiar como fatores de risco na depressão de adolescentes. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, 21, (2), p. 52-61, Jun., 2001.
- BARBIER, René. **Escuta sensível na formação de profissionais de saúde**. Conferência na Escola Superior de Ciências da Saúde – FEPECS – SES – GDF. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.barbier-rd.nom.fr/ESCUA_SENSIVEL.PDF>. Acesso: 20 mar. 2011.
- BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. São Paulo/SP: Edições 70, 2011.
- BIROLI, Flavia. **Família: novos conceitos**. São Paulo/SP: Fundação Perseu Abramo, 2014.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata [recurso eletrônico]. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências – 9. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. 207 p. Acesso em 05 de setembro de 2016. Disponível em:
http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescente_9ed.pdf
- BRASIL. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Estabelece a lei de execução penal. Disponível no endereço <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>. Acessado em 05 de setembro de 2016.
- CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; ALMEIDA, Paulo Henrique. Família e proteção social. **São Paulo em Perspectiva**, 17 (2), 109-122, 2003.
- CESCA, Taís Burin. O papel do psicólogo jurídico na violência intrafamiliar: possíveis articulações. **Psicologia & Sociedade**, 16 (3), p. 41-46, set./dez., 2004.
- COSTA, Liana Furtado. A perspectiva sistêmica para a clínica da família. **Psicologia: teoria e pesquisa**, 26, n. especial, p. 95-104, 2010.

COSTA, Liana Fortunato; PENSO, Maria Aparecida; LEGNANI, Viviane Neves; SUDBRACK, Fátima Olivier. As competências da Psicologia Jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito. **Psicologia & Sociedade**, 21 (2), p.233-241, 2009.

COSSETIN, Márcia. **Socioeducação no Estado do Paraná: os sentidos de um enunciado necessário**. Cascavel, PR: UNIOESTE, 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel, 2012.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6ª Edição, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.2013.

DIAS, Maria Olivia. Um olhar sobre a família na perspectiva sistêmica o processo de comunicação no sistema familiar. **Gestão e Desenvolvimento**, 19, p. 139-156, 2011.

FRANÇA, Fátima. Reflexões sobre Psicologia Jurídica e seu panorama no Brasil. **Psicologia: Teoria e Prática**, 6 (1), p. 73-80, 2004.

GADÚ, Maria. **Reflexo de Nós**. Multishow ao Vivo. Compositor: Toni Ferreira. Gravadora: SLAP, Rio de Janeiro. 20 de nov., 2010, 1'41". DVD. Disponível no YouTube no endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=xMs-7zf0hJ4>.

_____. **Sonhos Roubados**. Compositor: *João Nabuco, Antonio Villeroy E Eugenio Dale*. [s.d.], 3'39". Disponível no YouTube no endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=1l-aTBLIS7E>.

GOMES, Heloisa Szymanski Ribeiro. Terapia de família. **Psicologia: ciência e profissão**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 29-32, 1986.

GRAY, David. **Pesquisa no mundo real**. Porto Alegre/RS: Penso, 2012.

HOLANDA, Izabele Pessoa. A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral. **Revista Âmbito Jurídico**, (seção ECA), nov., [s.p.], 2012. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051. Acesso em 05 de setembro de 2016.

MAGALHÃES. Andrea Seixas; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Transmissão psíquico-geracional na contemporaneidade. **Psicologia em revista**, Belo Horizonte, 10 (16), p.243-255, dez., 2004.

NEGA. Direção: Fernando Martinez. Fotografia: Martinez Arte Fotográfica. Produção: Martinez Arte Fotográfica e Trevisan Assessoria e Consultoria. Roteiro/Edição: Simone Duran e Fernando Martinez. Obra do projeto *Prudente: construindo a igualdade de gênero*. Presidente Prudente/SP, publicado em 16 de setembro de 2014. Documentário, 39'18". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=AEk1_NUrPXY (YouTube). Acesso em 02 de setembro de 2016.

LAGO, Vivian de Medeiros; AMATO, Paloma; TEIXEIRA, Patrícia Alves; ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; BANDEIRA, Denise Ruschel. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 26 (4), p. 483-491, out./dez., 2009.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. In: STEFANELLO, Osvaldo (org.). **Juizado da Infância e Juventude**. [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003). – Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

PINCOLINI, Ana Maria Franchi. **Psicologia jurídica no Direito Cível**: área de família. (comunicação oral). Aula no curso de Direito (17 ago. 2016), disciplina de Psicologia Jurídica. Centro Universitário da Serra Gaúcha. (Notas pessoais do autor).

RIZZINI, Irene. Crianças e Menores: do Pátrio Poder ao Pátrio Dever. Um Histórico da Legislação para a Infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A Arte de Governar Crianças: a História das Políticas 187 Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Psicologia Jurídica no Brasil e na América Latina: dados históricos e suas repercussões quanto à avaliação psicológica. In: III Seminário de Psicologia Jurídica do Estado de Santa Catarina, 27 e 28 de setembro de 2007, Florianópolis/SC. **Palestra**, p. 11-22, 2007. Acesso em 04 de setembro de 2016. Disponível no endereço: <https://feapsico2012.files.wordpress.com/2016/02/texto-1-sonia-rovinski-psicologia-jurc3addica-no-brasil-e-na-a.pdf>.

SISTEMA. In: **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa** [eletr.]. Versão monousuário 3.0 Rio de Janeiro: Objetiva, jun., 2009, [s.p.].

STECANELA, Nilda. **Jovens e Cotidiano**: trânsitos pelas culturas juvenis e pela escola da vida. Caxias do Sul: Educs, 2010.

Marcelo Prado Amaral Rosa*

Doutorado em Educação em Ciências pela UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vinculado à linha de pesquisa Educação Científica: processos de ensino e aprendizagem na escola, na universidade e no laboratório de pesquisa sob a orientação do professor Dr. Marcelo Leandro Eichler. Mestrado em Educação pela UCS - Universidade de Caxias do Sul, vinculado à linha de pesquisa Educação, Linguagem e Tecnologia, sob a orientação do professor Dr. Francisco Catelli. Especialização em Metodologia do Ensino da Química pela UGF - Universidade Gama Filho. Graduação em Química Licenciatura pela URI - Universidade Regional Integrada e do Alto Uruguai, campus de Frederico Westphalen/RS. Foi professor substituto do IFET - Instituto Federal Farroupilha, campus de São Vicente do Sul/RS, atuando no Ensino Médio, PROEJA e Tecnólogo em Irrigação e Drenagem e professor do CETEC/UCS - Universidade de Caxias do Sul. Foi bolsista da Capes em missão de cooperação internacional no Timor-Leste. Foi bolsista Capes para doutoramento sanduíche na Faculdade de Ciências da Universidade do Porto/POR, sob a coorientação do Dr. João Carlos de Matos Paiva.

Daniel de Freitas**

Artigo recebido em: 09/09/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E A PROMOÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA

THE EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AND THE PROMOTION OF BRAZILIAN CITIZENSHIP

George Sarmiento Lins Júnior*

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a educação em Direitos Humanos no Brasil. Pretende-se demonstrar a importância que esta formação enseja aos indivíduos, a partir da análise de ações da ONU e tratados internacionais. Busca-se, também, compreender como a educação em direitos humanos se desenvolveu no ordenamento jurídico brasileiro, e quais desafios ela guarda para sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direitos Humanos; Cidadania.

ABSTRACT: This article aims to analyze education in Human Rights in Brazil. It's hoped to demonstrate the importance that this kind of education allows to the people, from the analysis of UN actions and international treaties. It's expected, moreover, understanding how human rights education has developed in brazilian legal system, and what challenges it holds for its implementation.

KEYWORDS: Education; Human rights; Citizenship.

SUMÁRIO: Introdução: o despertar do sujeito de direitos; 1 Supraestatalização da Educação em Direitos Humanos; 2 Educação em Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro; 3 Os Desafios da Educação em Direitos Humanos; Conclusão: apreensão e interpretação dos direitos humanos; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO: O DESPERTAR DO SUJEITO DE DIREITOS

A crise da cidadania brasileira decorre da decepcionante efetividade dos direitos fundamentais. A principal consequência disso é a descrença nas instituições democráticas, o retorno ao individualismo egoístico do “cada um por si”, o sentimento de impotência diante do abuso de poder e, sobretudo, a falta de ativismo político para reivindicar o cumprimento dos deveres estatais.

O parlamento brasileiro enfrenta uma profunda crença de legitimidade em virtude dos escândalos de corrupção que envolvem deputados e senadores dos principais partidos políticos. Por outro lado, governantes de todos os níveis também estão implicados em esquemas de improbidade administrativa, financiamento ilegal de campanhas políticas e, até mesmo, aparelhamento do Estado. Diariamente a imprensa divulga com grande alarde as operações da Polícia Federal que apura os mais variados crimes contra a Administração Pública. Perplexa com os acontecimentos, a sociedade civil deposita grandes expectativas no Judiciário, que tem desenvolvido um discurso concretizador da Constituição e conseguido expressivos avanços na chamada tutela coletiva. Porém, quase nada foi feito para despertar o “sujeito de direito” que existe em cada um de nós, ainda adormecido pela acomodação, conformismo ou ignorância. E isso só é possível com o fomento à Educação em Direitos Humanos.

Como pesquisador do Laboratório de Direitos Humanos/UFAL, coordenei uma enquete sobre o conteúdo programático das disciplinas ofertadas no ensino fundamental e médio. Queria saber se os alunos tinham tido algum tipo de atividade pedagógica que estimulasse a leitura, a compreensão ou o conhecimento dos direitos e garantias previstos em nossa Constituição Federal. Quase a totalidade dos entrevistados, estudantes universitários, responderam que não. A temática só começa a ser abordada no ensino superior, mesmo assim na área das ciências sociais. O ensino brasileiro está mais voltado para o mercado de trabalho do que para a formação de cidadãos plenos e comprometidos com a coletividade. Dessa forma, os alunos ingressam nas universidades completamente despreparados para lutar por suas prerrogativas individuais e coletivas. E não para por aí. O déficit educacional também está presente nas corporações militares, na polícia judiciária, nos meios educacionais e em alguns setores do Ministério Público e do Judiciário.

Por essa razão, o *despertar do sujeito de direito* passa pela educação crítica, dialética e comprometida com a valorização da pessoa humana em todas as suas dimensões. Essa é a missão da Educação em Direitos Humanos: formar cidadãos ativos e conscientes de seu papel na sociedade.

A educação em direitos humanos é “a prática educativa que se baseia no reconhecimento, defesa, respeito e promoção dos direitos humanos e que tem como objeto desenvolver nos indivíduos e nos povos as suas máximas capacidades como sujeitos de direitos, assegurando-lhes as ferramentas necessárias para fazê-los efetivos” (MAGENDZO, 2006, p. 23). Trata-se de uma pedagogia que se

desenvolve em dois eixos: 1º) a difusão dos direitos fundamentais (liberdades públicas, direitos políticos, direitos econômicos, sociais e culturais etc.; 2º) a difusão das garantias constitucionais que possibilitam a efetividade de tais direitos na realidade social (ações constitucionais, procedimentos administrativos e processuais etc.).

A ONU define EDH como o conjunto de atividades de aprendizagem, ensino, formação e informação, destinadas a criar uma cultura universal de direitos humanos com a finalidade de (a) fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; (b) desenvolver plenamente a personalidade humana e o sentido da dignidade do ser humano; (c) promover a compreensão, a tolerância, a igualdade entre gêneros e a amizade entre todas as nações, povos indígenas e minorias; (d) facilitar a participação efetiva de todas as pessoas em uma sociedade livre e democrática em que impere o Estado de Direito; (e) fomentar e manter a paz; (f) promover o desenvolvimento sustentável centrado nas pessoas e na justiça social (ONU, 2010-2014, p. 5).

Embora a Educação em Direitos Humanos tenha vocação universal, devendo abranger a totalidade dos cidadãos, a prioridade brasileira são as camadas mais pobres da população, historicamente as maiores vítimas do analfabetismo, da violência policial, do abuso de poder, dos serviços públicos de péssima qualidade, da injusta distribuição de renda, da exclusão social. A pedagogia será mais eficiente na medida em que atingir os grupos mais vulneráveis, sobretudo as minorias obrigadas a conviver com a intolerância e o preconceito étnico, sexual, religioso ou econômico.

1 SUPRAESTATALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

A Educação em Direitos Humanos é uma prática recente na tradição latino-americana. É consequência da queda das ditaduras militares no final da década de 1970 e do processo de redemocratização dos países da América do Sul e Caribe. Teve como grande inspirador o sociólogo e educador brasileiro Paulo Freire, criador da *Pedagogia do Oprimido*.

A sua origem está ligada ao trabalho desenvolvido por organizações não governamentais interessadas em conscientizar as camadas populares sobre a importância das liberdades fundamentais proclamadas nos tratados internacionais. Durante os regimes ditatoriais, as entidades concentravam seus esforços na denúncia das violações aos direitos humanos – assassinatos, desaparecimentos, despejos forçados, tortura. Com o processo de democratização, passaram a investir na educação popular. Na década de 1980, muitas das ações foram apoiadas e financiadas pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), que – nos anos que se seguiram – exerceu grande protagonismo no sentido de incorporar o conteúdo de direitos humanos à educação formal e não formal.

Em 1999, o IIDH, sediado na Costa Rica, decidiu promover ações articuladas para a implementação da Educação em Direitos Humanos de forma mais ampla e democrática. A iniciativa, coordenada pelo chileno Abraham Magendzo, contou com a participação de diversos países, inclusive o Brasil. Posteriormente, em novembro de 1999, convocou um Seminário em Lima para discutir o tema com mais profundidade. Na capital peruana, os pesquisadores debateram exaustivamente os principais problemas e desafios. Foram estabelecidas diretrizes para as atividades educativas a serem executadas, em nível regional, a partir de 2000.

A ideia era estimular o caráter transversal dos direitos humanos nos currículos escolares, espalhando-se por todas as disciplinas mediante estratégias educacionais dirigidas à formação política dos alunos. A educação popular reforçaria valores constitucionais como a liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, entre outros. Também introduziria nas salas de aula temas contemporâneos controversos: minorias, gênero, memória, propriedade privada, tortura, partidos políticos, meio ambiente, patrimônio cultural etc.

Paralelamente, a ONU manifestou interesse em promover ações educativas de grande amplitude visando ao fortalecimento da cidadania. Em 1993, a Declaração de Viena, editada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, estabeleceu que “a educação, a capacitação e a informação pública em direitos humanos são indispensáveis para estabelecer e promover relações estáveis e harmoniosas entre as comunidades e para fomentar a formação mútua, a tolerância e a paz”.

As Nações Unidas fixaram a *Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos* no período compreendido entre 1º de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 2004. Em 10 de

dezembro de 2004, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou o *Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos*, cuja missão foi a de contribuir em escala mundial para o “desenvolvimento de uma cultura em direitos humanos”. A primeira etapa daria prioridade à educação primária e secundária; a segunda etapa concentraria seus esforços na educação universitária.

As atividades previstas no Programa tinham como objetivos centrais:

- a) promover a interdependência, a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, inclusive dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento;
- b) fomentar o respeito e a valorização das diferenças, bem como a oposição à discriminação por motivos de raça, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, bem como origem nacional, étnica ou social, condição física ou mental, ou por outros motivos;
- c) encorajar a análise de problemas crônicos e incipientes em matéria de direitos humanos, em particular a pobreza, os conflitos violentos e a discriminação, para encontrar soluções compatíveis com as normas relativas aos direitos humanos;
- d) atribuir às comunidades e às pessoas os meios necessários para determinar suas necessidades em matéria de direitos humanos e assegurar sua satisfação;
- e) inspirar-se nos princípios de direitos humanos consagrados nos diferentes contextos culturais e levar em conta os acontecimentos históricos e sociais de cada país;
- f) fomentar os conhecimentos sobre instrumentos e mecanismos para a proteção dos direitos humanos e a capacidade de aplicá-los nos âmbitos mundial, local, nacional e regional;
- g) utilizar métodos pedagógicos participativos que incluam conhecimentos, análises críticas e técnicas para promover os direitos humanos;
- h) fomentar ambientes de aprendizado e ensino sem temores nem carências, que estimulem a participação, o gozo dos direitos humanos e o desenvolvimento pleno da personalidade/individualidade humana;
- i) ter relevância na vida cotidiana das pessoas, engajando-as no diálogo sobre maneiras e formas de transformar os direitos humanos, de expressão abstrata das normas, na realidade das condições sociais, econômicas, culturais e políticas. (ONU, 2010-2014, p. 6).

Em 30 de setembro de 2010, o Conselho de Direitos Humanos da ONU editou um plano de ação para a segunda fase do *Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos* (2010-2014). Houve significativa ampliação dos objetivos originais. Além do ensino superior, as ações destinam-se à formação de funcionários públicos – policiais civis e militares, agentes penitenciários, professores da rede pública, serventuários de justiça, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Dessa forma, os direitos humanos passam a ser incorporados, ainda que de forma transversal, ao conteúdo disciplinar de todos os cursos, métodos de aprendizagem, atividades de ensino, extensão e pesquisa. O mesmo deve acontecer na formação profissional do magistério e do funcionalismo público, a fim de vincular as atividades administrativas à observância dos direitos fundamentais.

A orientação das Nações Unidas consiste na ampla difusão dos direitos e garantias fundamentais a partir de modelos educacionais destinados à construção da cidadania democrática, baseada na cultura de valores, no reconhecimento da condição de sujeito de direitos e na dignidade da pessoa humana.

2 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 foi o marco normativo da Educação em Direitos Humanos no Brasil. O país, ainda traumatizado com os anos de ditadura militar, convocara uma Assembleia Constituinte para redesenhar o modelo de Estado, agora sob o formato de Estado Constitucional de Direito. Pela primeira vez em nossa história o texto constitucional positivou de forma objetiva os direitos sociais como prestações positivas a serem asseguradas universalmente a todos, mediante políticas públicas, programas sociais, ações afirmativas. Entre os direitos definidos no art. 6º da CF, a educação ostenta o primeiro lugar, seguido da saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

E não parou por aí. Entre os artigos 205 a 214, a Constituição Federal disciplina largamente o direito à Educação no Brasil. O texto constitucional estabelece que ela é um dever do Estado e da família, tendo como linhas mestras o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Educação em Direitos Humanos é um instrumento eficaz para a promoção da efetividade desse importante direito social, sobretudo no que concerne à formação para o exercício da cidadania. Tanto é assim que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) estabelece em seu art. 2º as

mesmas finalidades estatuídas pela Constituição Federal. O atual Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), lançado em 21 de dezembro de 2009 (Decreto n, 7037) (1), reafirma as finalidades da Educação e Cultura para os direitos humanos: formação de nova mentalidade coletiva para o exercício da solidariedade, respeito às diversidades e tolerância. Nesse sentido, deve promover a formação do sujeito de direitos, além de combater o preconceito, a discriminação e violência, requisitos para uma sociedade igualitária, libertária e justa.

Em 2003, o Governo Federal criou o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (Decreto Ministerial n. 98/2003), formado por especialistas, membros da sociedade civil, representantes de instituições públicas e privadas, além de organismos internacionais, cujo desafio era apresentar a primeira versão do Plano Nacional de Educação e Direitos Humanos (PNEDH). O documento foi exaustivamente debatido em processo de consulta por cerca de cinco mil pessoas, de todos os Estados do país. A versão final só foi concluída em 2006, após consulta pública via internet.

A principal ambição do PNEDH consiste em difundir nacionalmente a cultura dos direitos humanos, mediante a propagação de valores solidários, cooperativos e de justiça social. Para isso prevê ações concretas nos seguintes setores: educação básica, educação superior, educação dos profissionais dos sistemas de justiça e segurança e profissionais dos meios de comunicação.

O PNEDH considera a Educação em Direitos Humanos um processo sistemático e multimensional, que orienta a formação do sujeito de direitos, nos seguintes níveis, *verbis*:

- a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressam a cultura em direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- c) formação de uma consciência cidadã capaz de fazer-se presente nos âmbitos cognitivo, social, ético e político;
- d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagem e materiais didáticos contextualizados, e,
- e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, assim como a reparação das violações sofridas. (Secretaria Especial de Direitos Humanos et al, 2008, p. 25).

Em síntese, a Educação em Direitos Humanos fundamenta-se na Constituição Federal, como mecanismo de efetivação do direito fundamental à educação. Também encontra sustentação na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no PNDH-3, que lhe consagrou espaço generoso em seu texto. As ações pedagógicas gerais estão previstas no Plano Nacional em Educação em Direitos Humanos. A competência para a sua implementação não é exclusiva da União Federal, mas envolve também medidas a serem adotadas por todos os entes federativos, organizações não governamentais, instituições públicas e privadas. Por fim, as iniciativas possuem ampla abrangência, atingindo os mais diversos seguimentos da sociedade civil, no âmbito da educação formal, não formal, profissionalizante, formação de funcionários públicos, profissionais da imprensa e formadores de opinião.

3 OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

A Educação em Direitos humanos é a ferramenta mais poderosa para fortalecer a cidadania, combater o arbítrio, a intolerância e o preconceito. Daí a necessidade de estratégias para a formação de educadores especializados, isto é, “pessoas que projetam, desenvolvem, implementam e avaliam atividades em direitos humanos e programas de ensino em contextos de educação formal, informal e não formal” (ONU – Plano de Ação – 2ª Fase)”. Essa função não é privativa de docentes com formação universitária; também pode ser exercida por ativistas, ONG’s, sindicatos, partidos políticos – enfim, em todos os setores da sociedade civil comprometidos com a democracia e com os direitos fundamentais.

A pauta é vastíssima. Sua abordagem é essencialmente multidisciplinar, interdisciplinar e multidimensional. Implica o debate sobre o conhecimento e compreensão dos direitos humanos: universalidade, indivisibilidade, interdependência e mecanismos nacionais e internacionais de proteção. Abrange ainda reflexões sobre temas cotidianos como o assédio moral, pedofilia, homofobia, tráfico de entorpecentes, pobreza, desigualdade social, reforma agrária, formatação da família, trabalho infantil, doenças sexualmente transmissíveis e violência doméstica.

Os principais desafios da Educação em Direitos Humanos são: (a) a *construção do sujeito de direitos*; (b) *promoção do processo de empoderamento*; (c) *memória: “educar para o nunca mais”* e (d) *socialização dos valores e princípios constitucionais*.

a) Construção do sujeito de direitos

A concepção de sujeito de direitos tem suas origens no positivismo e traduz a capacidade inerente a toda pessoa humana de ser titular da “vantagem” assegurada pela norma jurídica. Ao nascerem com vida, todos os seres humanos assumem essa condição, podendo exigir do Estado e de particulares uma infinidade de pretensões, ações, exceções. Os direitos humanos são universais e beneficiam aos sujeitos de direitos independentemente de nacionalidade, idade, raça, convicções religiosas, filosóficas ou políticas.

O problema é que nem todos têm consciência disso. As desigualdades sociais, a educação deficitária, a exclusão social, os serviços públicos de baixa qualidade, a repressão policial, tudo impede o desenvolvimento dos processos de conscientização popular para a formação de cidadãos participativos e ciosos de suas prerrogativas constitucionais. Daí porque o grande desafio da Educação em Direitos Humanos é a *formação de sujeitos de direitos*. Cabe a ela promover o “despertar” para a nova realidade, através de ações como *conhecer, promover e defender*.

O sujeito de direitos é a pessoa que conhece os principais tratados internacionais e o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição de seu país. Sobretudo os direitos de liberdade (expressão, circulação, comunicação, religião, devido processo legal...), as garantias processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular, habeas data...), os direitos sociais, econômicos e culturais (educação, saúde, moradia, segurança, proteção aos necessitados, bens imateriais...) e os direitos de solidariedade (meio ambiente, patrimônio cultural, consumidor, crianças, adolescentes e idosos). Estabelece interlocução com instituições democráticas como o Ministério Público, Procons, Poder Judiciário, Poder Executivo, OAB, Defensoria Pública, meios de comunicação etc., conhecendo os procedimentos para encaminhar representações, abaixo-assinados, denúncias, audiências públicas, mediações.

Também tem o compromisso de *promover* os direitos humanos em ampla escala social, colocando seus conhecimentos à disposição da coletividade a que pertence. Participa ativamente de ações educativas, debates, movimentos populares, organizações associativas e sindicais. Sua missão consiste, ainda, em multiplicar os sujeitos de direitos e fortalecer a cidadania, utilizando a palavra e métodos pedagógicos como principais armas em defesa da dignidade da pessoa humana. Isto significa que deve estar habilitado para produzir um discurso jurídico coerente e racional para exigir a correta aplicação das normas jurídicas asseguradoras de direitos fundamentais.

Há também a dimensão do ativismo. Ele está legitimado para *defender* os direitos humanos contra o arbítrio e a opressão. Para Abraham Magendzo, “o sujeito de direito tem a capacidade de defender e exigir o cumprimento dos seus direitos e os de terceiros com argumentos fundamentados e informados, com um discurso assertivo, articulado e racionalmente convincente. Faz uso do poder da palavra e não da força, porque o seu interesse é a persuasão e não a submissão” (MAGENDZO, 2006, p. 33).

b) Promoção do processo de empoderamento

Já a *promoção do processo de empoderamento* exige uma metodologia voltada para a transformação interior dos sujeitos de direito, levando-os a, verdadeiramente, assumir a sua condição de cidadãos ativos. Exige uma pedagogia libertadora, que deve envolver as vítimas de violações aos direitos humanos, as vozes silenciadas e as expectativas frustradas. Sobretudo os grupos que historicamente sempre estiveram em condição de grande vulnerabilidade – mulheres, negros, homossexuais, empregadas domésticas, trabalhadores rurais, desempregados etc. O educador popular tem a missão de despertar as energias represadas dos oprimidos para que assumam o papel de protagonistas de suas vidas e participem ativamente das instâncias de deliberação coletiva. Exige o permanente combate à passividade, ao conformismo, à baixa autoestima, à indiferença. Aspira a completa e definitiva emancipação do sujeito de direito. Por essa razão afirma Vera Lucia Candau que “o empoderamento começa por liberar a possibilidade, o poder, a potência que cada pessoa tem para que seja sujeito de sua própria vida” (2007, p. 404). Os cidadãos são verdadeiramente convocados para assumir a tarefa de tornar exigíveis e efetivos os direitos humanos, mediante o uso da argumentação e do diálogo (MAGENDZO, 2006, p. 27). A partir daí nascerá o verdadeiro sujeito de direitos.

a) Memória: educar para o “nunca mais”

O processo educacional também deve estar comprometido com a *memória: educar para o “nunca mais”*. Sob essa perspectiva teórica, os educadores devem insistir na memória de fatos históricos que implicaram violações aos direitos humanos e na negação da democracia, a exemplo dos regimes de exceção, da repressão política, das mortes e desaparecimento de opositores. A estratégia consiste em transmitir às novas gerações a “ética da atenção”, que permite repudiar os atos cotidianos que reproduzam as crueldades do passado. A prática do “nunca mais” estabelece o compromisso com a luta contra a impunidade, a censura, a tortura, o medo e a negação das liberdades fundamentais.

Exemplo marcante do compromisso com a memória foi a constituição da Comissão Nacional da Verdade. Criada pela Lei 12.528/2011, foi instituída em 16 de maio de 2012. Tem a missão de apurar as graves violações de direitos humanos – sobretudo torturas, prisões arbitrárias, mortes e desaparecimentos forçados de pessoas – que ocorreram entre 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica, além de promover a reconciliação nacional. Seus principais objetivos foram:

- I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos (...)
- II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;
- III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no **caput** do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;
- IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995;
- V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;
- VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e
- VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

A Comissão Nacional da Verdade, vinculada à Casa Civil da Presidência da República e teve duração de dois anos e sete meses para concluir seus trabalhos mediante a apresentação de

relatório circunstanciado, contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações. No exercício de suas atividades a Comissão dispôs de amplos poderes de investigação, como a tomada de depoimentos, requisição de documentos a órgãos públicos, determinar a realização de perícias, proteger testemunhas, realizar intercâmbio de informações, além de todas as medidas que visem ao esclarecimento das violações aos direitos humanos por governos ditatoriais.

Para cumprir as suas funções institucionais, a CNV instituiu diversos grupos de estudo, com a missão de investigar os casos mais emblemáticos que envolveram os anos de repressão política no Brasil: São eles: Golpe de 1964, Estrutura de Repressão, Violações de Direitos Humanos, Camponeses e Indígenas, Araguaia, Operação Condor, Exilados e Estrangeiros, Ditadura e Sistema de Justiça.

O direito à memória guarda forte conexão com a transparência e o pleno acesso à informação. A população deve ser informada do arbítrio e abuso de poder que permearam os anos de Ditadura. Durante anos, a sociedade civil se mobilizou para forçar o Estado assegurar o acesso às informações necessárias ao esclarecimento de fatos que envolveram desaparecidos políticos, prisões sem o devido processo legal, demissões arbitrárias etc. (2). Em discurso intitulado “A Comissão Nacional da Verdade, CNV, e os Arquivos”, Paulo Sérgio Pinheiro, coordenador do órgão, argumentou que “a reivindicação de recolhimento e abertura dos arquivos modificou o debate sobre o sigilo documental ‘de segredo’ de Estado, o tema passou a ser tratado como uma questão de história e cidadania”. E obtempera: “Esses documentos são vestígios arqueológicos do passado político brasileiro” (PINHEIRO, 2013).

Das investigações, constatou-se a existência de 434 vítimas entre mortos (191) e desaparecidos (210), sendo que apenas 33 corpos foram encontrados. Com relação à responsabilização dos agentes de estado envolvidos nas práticas repressivas, a Comissão propôs a seguinte tipologia:

- a) Responsabilidade político-institucional – abrange os funcionários responsáveis pela criação, planejamento e decisões políticas de perseguição e repressão a opositores do regime militar;
- b) Responsabilidade pela gestão e procedimentos – engloba agentes que não executaram os crimes, mas permitiram por ação ou omissão violações aos direitos humanos nos setores ou estados que estavam sob seu controle;

c) Responsabilidade pela autoria direta dos crimes – enquadra os servidores públicos que executaram diretamente os atos de repressão (assassinatos, tortura, sequestros etc.), sempre agindo por ordens ou subordinação hierárquicas das instâncias superiores do Governo Militar.

A Comissão da Verdade desenvolveu exaustivo trabalho de investigação. Seus membros colheram 1.120 depoimentos – entre os quais 132 militares –, produziu 21 laudos periciais, além de realizar 80 audiências públicas em 15 estados. Ao final apontou 377 agentes públicos como responsáveis direitos pelas gravíssimas violações aos direitos humanos; além de enfatizar que a lista é bem maior, embora muitos repressores não tenham sido incluídos por falta de provas. Ao final, recomendou 29 medidas a serem executadas pelo poder público com o objetivo de “prevenir graves violações de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover o aprofundamento do Estado Democrático de Direito” (SALOMÃO, 2016).

d) Socialização dos valores e princípios constitucionais

O constitucionalismo brasileiro tem passado por profundas transformações desde a promulgação da Constituição de 1988. Entre os avanços mais expressivos está o reconhecimento da força normativa dos valores e princípios positivados em seu texto. A dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de metavalor, que se exterioriza axiologicamente através da igualdade, liberdade e solidariedade. O preâmbulo da Carta também enumera a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Por outro lado, os direitos fundamentais integram uma ordem de valores e princípios detentores de aplicabilidade imediata e força vinculante em relação aos poderes ao Executivo, Legislativo e Judiciário.

Além disso, a judicialização da política deslocou para o Judiciário o debate sobre a implementação das políticas públicas e da efetividade dos direitos sociais. Nesse contexto, a *socialização dos valores e princípios constitucionais* favorecerá nacionalmente a difusão da cultura em direitos humanos, formando sujeitos de direitos críticos, conscientes de suas prerrogativas constitucionais e imbuídos na luta pela efetividade da Constituição.

CONCLUSÃO: APREENSÃO E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

71

Em 1975, o jurista alemão Peter Häberle desenvolveu, com muito sucesso, o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A ideia central estava em que a interpretação constitucional não era um conhecimento público do Direito, uma exclusividade de seus operadores, monopólio dos tribunais. Ao contrário, todos os cidadãos deveriam ser convocados para a tarefa. Häberle queria estender a ação interpretativa dos direitos humanos para todos os setores da sociedade civil, para os cidadãos, para os sindicatos, para os estudantes, para as organizações não governamentais, para os grupos vulneráveis. Suas ideias tiveram grande repercussão no Brasil, influenciando a instituição do *amicus curiae* (3) – etimologicamente, amigo da Corte, legitimado para a intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade, podendo manifestar-se sobre as questões de direito e contribuir, em nome de setores da sociedade civil, para a solução da controvérsia, sem assumir a condição de parte da ação. Também sob sua influência, foram instituídas audiências públicas convocadas pelo STF para ouvir a opinião pública a respeito de temas controvertidos, como a bioética e a aplicação de determinados direitos sociais.

Para Häberle, a Constituição reflete um conjunto de valores fundamentais que têm na dignidade humana a sua principal justificação. Sustenta que o sucesso do paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição passa, necessariamente, pela Educação em Direitos Humanos. Ele ensina que

O paradigma da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais deveria ser objeto da pedagogia. Em outras palavras, os direitos humanos já deveriam ser aprendidos na escola como objetivos da educação, como foi proposto antes pelas Constituições do Peru e da Guatemala. Na Argentina, a juventude deveria ser incentivada desde cedo a participar dos processos de criação e interpretação do Direito por meio de petições e discussões. Em 1974, numa conferência em Berlim, me animei a formular a seguinte hipótese: das escolas dependem a teoria constitucional que possamos desenvolver no futuro. (Consultor Jurídico, 2012).

A Carta de 1988 está impregnada de postulados neoconstitucionalistas que se irradiam para todos os ramos do Direito. Os direitos fundamentais estão na centralidade do ordenamento jurídico vinculando e dirigindo as instituições estatais e a conduta de particulares. O discurso jurídico é construído a partir de uma retórica baseada em princípios, regras e valores constitucionais, concebida

com o intuito de desenvolver hermenêutica concretizadora dos direitos humanos, sobretudo em casos que versam sobre o déficit de direitos sociais. Cada vez mais o Judiciário brasileiro tem aplicado os tratados internacionais de direitos humanos no julgamento de casos concretos. Este cenário exige maior presença de cidadãos ativos, dispostos a protagonizar as mudanças por que passa o Estado Constitucional de Direito no Brasil.

Os cursos jurídicos têm grande responsabilidade na tarefa pedagógica. Acreditamos que as atividades de ensino, pesquisa e extensão universitária, no âmbito da graduação e da pós-graduação, devem-se voltar para o despertar do sujeito de direitos, para a memória e para a socialização dos valores e princípios constitucionais. Os direitos humanos fundamentais não pode ser apenas uma disciplina acadêmica, vinculada ao Direito Constitucional. Seu vasto conteúdo programático deve se capilarizar para as demais disciplinas, sempre na perspectiva crítica e multidimensional.

Sob que ótica deve ser ofertada a Educação em Direitos Humanos no Brasil? Defendemos o viés garantista, nos termos propostos por Luigi Ferrajoli. Trata-se de doutrina baseada em postulados como o reconhecimento, respeito e defesa dos direitos fundamentais, na construção de garantias processuais capazes de proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal, na imposição de limites à atuação do Estado a fim de permitir o livre desenvolvimento da personalidade humana, no que tange à integridade física, psíquica e moral. Reproduz o discurso contra todas as formas de despotismo, repudiando práticas tirânicas, totalitárias, ditatoriais, barreiras segregativas e os tratamentos desiguais.

Esse modelo só funciona quando o Estado Constitucional de Direito vive a normalidade democrática, a partir de uma Constituição legítima, com a plena separação e independência dos poderes, prevalência da legalidade, estabilidade política, combate à corrupção e eficiente jurisdição constitucional. É nessa ambiência, e apenas nela, que os direitos fundamentais podem ser vivenciados por todos, sem qualquer distinção arbitrária.

O Estado sancionador exerce o monopólio do *ius puniendi*. Aplica sanções penais e administrativas. A tutela individual consiste no pleno respeito ao devido processo legal, com todas as garantias que lhe são inerentes: ampla defesa, contraditório, assistência de um advogado, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, duração razoável do processo. O sujeito de direitos deve internalizar esses conceitos, conhecendo as garantias constitucionais necessárias para se proteger do abuso de poder, da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes.

A repressão à criminalidade exige um equilíbrio entre os meios utilizados as finalidades almejadas pelo Estado. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal são escudos protetores contra as investidas despóticas do aparato policial.

A Educação em Direitos Humanos deve, por fim, conscientizar os cidadãos de sua condição de “credores” das prestações estatais positivas contidas na Constituição Federal. Ao lado das liberdades públicas, os direitos sociais exercem importante papel no empoderamento das práticas que envolvem a igualdade de pontos de partida e o bem-estar da coletividade. Isso os fará exigir serviços públicos de boa qualidade, políticas sociais destinadas a grupos mais vulneráveis, a diminuição das desigualdades sociais e regionais, a proteção do patrimônio público. Também os capacitará a exigir a satisfação do mínimo existencial, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. O resultado será um verdadeiro ativismo popular em defesa da solidariedade, o que implica o fortalecimento do sentimento de pertença que o impulsionará à tutela dos interesses difusos e coletivos da sociedade.

No famoso discurso proferido em homenagem os primeiros heróis mortos na Guerra do Peloponeso em 430 a.C, considerado o mais importante da Antiguidade, Péricles afirmou que “consideramos o cidadão que se mostra estranho ou indiferente à política, não como um amigo do repouso, mas como um ente inútil à sociedade e à República” (Sodré, p. 71). O líder ateniense era partidário da cidadania ativa, participativa, questionadora. Mas abominava a neutralidade dos concidadãos que mantinham uma postura de neutralidade, a fim de preservar os seus bens materiais e a tranquilidade no lar. Esses eram condenados ao ostracismo, transformavam-se em párias, desprovidos do direito de cidade.

A construção da cultura em direitos humanos no Brasil está condicionada à existência de um modelo educacional voltado para a formação de cidadãos ativos, aptos a defender os interesses individuais e coletivos, posicionar-se politicamente diante dos desafios e manusearem os instrumentos de democracia participativa. Cidadãos que se reconheçam como sujeitos de direito e se disponham a lutar por eles, elevando a sua voz em defesa da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia. Enfim, cidadãos que conheçam, leiam e interpretem a Constituição de seu país, avivando a memória para o “nunca mais” e lutando pela efetividade dos direitos fundamentais. Só assim o projeto de Educação em Direitos Humanos surtirá os efeitos esperados pelo povo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALIÓN, Enrique R. VILANOVA, José. RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. Buenos Ayres: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y La teoria de los principios**. Bogotá: universidade de Externado, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vital Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. República e Direitos do Homem. **Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, OAB, 1995.
- BADIE, François. La présomption d'innocence en droit espagnol. In: **La présomption d'innocence en droit comparé**. Paris : Societé de Législation Comparée, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Bioética e do Biodireito*, in **Direito e Medicina**. Belo Horizonte, Del Rey.
- BARBOSA, Ruy. República: **Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Vozes, 1978.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**, in Teoria dos Direitos fundamentais (organizado por Ricardo Lobo Torres). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Roberta. **Direito Constitucional em Exercícios**. Brasília: Fortium, 2008.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares. **Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha**. Salvador: Editora Podivm, 2007.
- COLLIARD, Claude-Albert e LETTERON, Roseline. **Libertés Publiques**. Paris: Dalloz, 2005.
- CUESTA, José Maria Luzón. **La Presunción de Inocencia ante la Cassación**. Madrid: Editorial Colex, 1991.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podivm, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DÓRIA, Sampaio. **Os Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

FELDMANN, Cynthia Gozález (comp.). **El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos**. Montevideo: Fundac Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva.

FERREIRA, Pinto. *Discurso na Sessão Comemorativa de Criação do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco*, mimeo, s/d.

GOMES FILHO, Eduardo Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. São Paulo: RT, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales e culturales. **Anuário de Derechos Humanos**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 262.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MBAYA, Etienne-Richard. “*Direitos Humanos como Direitos de Liberação*” in Nomos, XIII-XIV, p.63. Cf. também o Relatório do Parlamento Europeu de 1995, intitulado *Os Direitos do Homem no Mundo*.

MIOT, Jean. Liberté d’expression et responsabilité. In: **La presumption d’innocence en droit comparé**. Paris : Sociéte de Législation Comparée, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**, tomo I. São Paulo: RT, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado**, v. 7. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, 199:1-2, Rio de Janeiro, 1992.

_____. *Os Direitos Fundamentais - Sua dimensão Individual e Social*”, in **RT**, out/dez de 1992.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Pedro Caiero de Vital. O Tribunal Penal e a Constituição do TPI, in **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

OBERDORFF, Henri. **Droits de l’Homme et Libertés Fondamentales**. Paris : Dalloz, 2003.

OTHON SIDOU, J. M. **As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la integración comunitaria – Estudio sobre los Estados del mercosur**, tomo I: Brasil y Paraguay. Montevideo: Universidad Austral e Konrad Adenauer Stiftung.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBERT, Jacques. **Droits de l’homme et libertés fondamentales**. Paris: Montchrestien, 1994.

_____. La liberté de religion, de pensée et de croyance. In: **Libertés et droits fondamentaux**. Paris: Dalloz, 2005.

ROCHA, Zélio Maia da. **Curso de Direito Constitucional em Exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHE, Jean; POUILLE, André. **Libertés Publiques**. Paris: Mementos Dalloz, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

SALOMÃO, Lucas. *Comissão da Verdade responsabiliza 377 por crimes durante a ditadura*. Brasília: Portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-responsabiliza-377-por-crimes-durante-ditadura.html>. Acesso: 26/05/2016.

SEGADO, Francisco Fernández. **Teoría Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales en España**. In: Nomos, Volumes XIII e XIV.

SPANOLS, Alexis. Le culte dans la prison. In: **Problèmes Actuels de Science Criminelle**, v. XXI. Aix en Provence: PUAM, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Livraria Universitária de Direito Ltda., 1976.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. **Educando para os direitos humanos – Pautas Pedagógicas para a Cidadania na Universidade**. In: José Geraldo de Souza Júnior et alli (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004.

Notas

(1) Em 1996, o Governo Brasileiro criou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-1), instituído pelo Decreto 1.904/96 (que terminou sendo revogado pelo Decreto n. 4229/02). O PNHH-2 foi criado em 2002, sob a coordenação Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Governo Fernando Henrique Cardoso. Ambos foram substituídos pelo PNDH-3, ora aplicado no Brasil.

(2) Com o objetivo de sistematizar as informações, a CNV tem agrupado as informações em três níveis: (1) Arquivos da repressão: produzidos pelos órgãos de repressão e suas ramificações (SNI, DOI-CODI, DOPS, SISNI) (2) Arquivos das Vítimas da Repressão: elaborados por familiares e órgãos da sociedade civil como Comissão de Anistia, Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos; (3) Arquivos sobre a repressão: documentos públicos ou privados de conteúdo geral que possam ajudar na reconstituição de fatos ligados a abusos cometidos durante o período ditatorial.

(3) Cf. art. 23, § 1º, da Resolução n. 390/2004 do Conselho da Justiça Federal e Lei n. 9.868/1999, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 7º, § 2º).

George Sarmiento Lins Júnior*

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutorado pela Université DAix-Marseille (França - 2015). É membro do Ministério Público de Alagoas e professor associado da Universidade Federal de Alagoas. Atualmente é professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, na disciplina Direitos Humanos Fundamentais. Também tem ministrado cursos como professor convidado da Universidade de Montpellier 1 (2007) e da Universidade dAix-Marseille (2015 e 2016). Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, combate à improbidade administrativa e controle judicial das políticas públicas. Conferencista e autor de livros e artigos científicos na área do Direito Constitucional. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas. Integrante do Comitê Diretor da Aliança Francesa de Maceió. Sócio Efetivo da Academia Maceioense de Letras. Sócio do CONPEDI. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFAL (PPGD/UFAL).

Artigo recebido em: 24/11/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

GARANTISMO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TÓPICA DE THEODOR VIEGWEG

78

GARANTISM AND EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS BY THEODOR VIEHWEG TOPIC

Hilda Maria Couto Monte*

RESUMO: Este artigo tem por finalidade discutir acerca da (im)possibilidade de aplicação do método tópico, desenvolvido por Theodor Viehweg a partir da tópica aristotélica e ciceroniana, na Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, apontado por alguns da doutrina de ser vaga e imprecisa na determinação dos conteúdos dos Direitos e Garantias Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Tópica de Theodor Viehweg; Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli; Determinação do conteúdo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT: This article has for finally discuss about of the (un)possibility of application of the topic method', developed for Theodor Viehweg from the aristotelic topic' and ciceroniann, in guarantism theory from Luigi Ferrajoli, shown by some of the douctrine of being vague and imprecise in determination of the material of the Fundamental rights and warranties.

KEYWORDS: Theodor Viehweg Topic; Juridical Guarantism from Luigi Ferrajoli; Determination of the material of the Fundamental rights and Warranties.

SUMÁRIO: Introdução; 2 O garantismo jurídico de Ferrajoli e a questão da inefetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição; 3 A contribuição da tópica de Viehweg à hermenêutica jurídica e interpretação constitucional; 4 A utilização da tópica de Viehweg como meio de aplicabilidade do garantismo jurídico; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial, emerge um novo modelo constitucional que prima pela racionalidade, justiça distributiva e garantias individuais, estas últimas, firmadas como cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988 e vistas como

manifestação da Dignidade Humana. As constituições do pós-II Guerra Mundial, despem-se de sua função apenas organizatória político-administrativa, e ganham sentido numa visão onde a supremacia material e valorativa se perfazem, dando-lhes a força normativa necessária e condicionante do entendimento de todos os ordenamentos Jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, impondo deveres na atuação estatal, firmando garantias respaldadas no Princípio basilar da Dignidade da Pessoa humana.

Neste contexto, a legalidade passa a se subordinar à Constituição, pelo que, a hermenêutica não se restringe tão somente à mera aplicação do Direito, no modelo de subsunção, de enquadramento de um caso concreto a uma norma jurídica, mas direciona suas perspectivas para a respeitabilidade do núcleo normativo carregado de princípios fundamentais do texto Constitucional. O fruto da tensão permanente entre segurança e justiça é o pós-positivismo, que vem como um movimento reacionário ao legalismo positivista; destarte, em face da ausência de efetividade do modelo positivista, Luigi Ferrajoli constrói a Teoria Geral do Garantismo.

A Teoria do Garantismo nasce como uma proposta de solucionar a falta de efetividade do modelo constitucional nos níveis inferiores, inefetividade esta que leva a Constituição a ser vista como uma simples referência legislativa, minando sua importância no que se refere à concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais. Nesse viés, é que nasce uma orientação interpretativa e integrativa denominada “garantismo constitucional”, em combate às investidas diretas ou indiretas disfarçadas de “interpretação” do texto constitucional. Tem como finalidade precípua o encurtamento da distância entre normatividade e efetividade, consistindo na tutela avançada e privilegiada dos Direitos e Garantias individuais e sociais constantes no texto constitucional e que são o baluarte dos Estados Democráticos de Direito; persegue-se portanto, a efetivação das garantias constitucionais para que não se mostrem como mera abstração teórica e desprovidas de concretude salutar.

Outrossim, antes mesmo da construção da Teoria do Garantismo de Ferrajoli, Theodor Viehweg em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, traz como tema principal, a relevância da tópica para a Ciência do Direito, retomando a temática da interpretação jurídica por outro viés, ou seja, não mais mediante os clássicos instrumentos de interpretação, sendo estes insuficientes aos anseios de solução às questões hermenêuticas do Direito na atualidade. Viehweg parte da filosofia clássica, de Aristóteles e de Cícero, para o Direito, onde a tópica impacta o pensamento jurídico conservador, vinculado até

então à forma de pensar oitocentista extrema e ultrapassada em teoria, mas que ainda permeia o ambiente jurídico com sua formação formal - legalista, que não consegue encontrar na tópica uma possibilidade de interpretação do Direito.

Viehweg insiste em qualificar a tópica não como uma *ars iudicandi* mas como *ars inveniendi*, sendo a sua proposta de conciliação do pensamento tópico com o pensamento sistemático, posto que não pretendeu construir uma teoria da tópica pura aplicada à jurisprudência, nem contrapor o método sistemático, mas contrapor-se à noção de sistema lógico – dedutivo, fechado, outrora dominante na Ciência Jurídica, hoje não mais em sua glória. A tópica de Viehweg é uma forma de pensamento que, tendo dominado o mundo antigo, até hoje é imprescindível ao discurso jurídico. Das origens históricas da tópica, extrai-se a base para uma hermenêutica renovada e fundada numa perspectiva aberta do texto normativo.

Assim, Viehweg desenvolveu mediante o pensamento dedutivo-sistemático, um método que toma como premissa os problemas insertos no sistema e suas soluções, indicando premissas ou possibilidades que socorrerão ao aplicador do Direito na opção mais justa dentre aquelas, na aplicação no caso concreto. A ideia de envolvimento da tópica de Viehweg com a Teoria do Garantismo de Ferrajoli tem sua origem naqueles que defendem serem os conteúdos dos Direitos Fundamentais explanados por Ferrajoli imprecisos e vagos, expondo falhas deste teor em sua teoria. Assim, nasce a proposta de construção da solução para tais falhas utilizando-se da aplicação do método tópico ao garantismo, entendendo, dessa maneira, que tal proceder implicará numa delimitação do conteúdo dos Direitos Fundamentais, dissipando suas imprecisões e vaguides de conteúdos.

2 O GARANTISMO JURÍDICO DE FERRAJOLI E A QUESTÃO DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria do Garantismo foi construída pelo Jurisfilósofo penal italiano Luigi Ferrajoli como uma busca pela efetivação concreta das garantias constitucionais, traçando um modelo normativo de direito partindo da legalidade constitucional e que, espalhando-se nas normas infraconstitucionais,

garante de maneira efetiva o sistema imaginado sob o pano de fundo da supremacia constitucional. Conforme destaca Cristiano Chaves de Farias:

Um modelo garantista das normas jurídicas (inclusive das normas privadas) não pode se restringir ao discurso idealístico. É mister que se ultrapasse a propositura crítica para buscar a efetividade aos balizamentos constitucionais. É tarefa que se exige do jurista contemporâneo, comprometido com valores humanizadores e sociais (FARIAS, 2006, p. 41).

O modelo garantista ressalta as garantias individuais e sociais dispostas na Constituição Federal, e rechaça mediante o reconhecimento da invalidade, a aquelas normas que sejam totalmente assimétricas com os paradigmas da Lei Maior. Destaca o compromisso das normas infraconstitucionais com o conteúdo dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao mesmo tempo em que limita, vinculando o Poder Público em todos os âmbitos funcionais, no Estado de Direito, àqueles Direitos e Garantias. Segundo Alexandre Morais da Rosa, o modelo garantista impõe como efeito natural, que no entendimento do sistema jurídico se efetuem “juízos de validade, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), ampliando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (direitos fundamentais)” (ROSA, 2005, pp. 5-6). Ainda neste contexto, Geraldo Prado assim dispõe:

Afirmar a prevalência da perspectiva constitucional significa dizer que todas as regras (infraconstitucionais) [...] devem ser interpretadas e aplicadas não apenas em conformidade com a Constituição da República, mas, principalmente, com a metódica constitucional própria dos direitos fundamentais. (PRADO, 2005, p. 21).

A ideia de superioridade das normas constitucionais em face das infraconstitucionais, bem como hierarquização de normas, remonta à norma fundamental (Constituição) traçada por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998), sendo ponto de partida para a ideia de simetria de conteúdo das normas jurídicas com o texto constitucional. J.J.Gomes Canotilho aduz acerca desta perspectiva que “a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos Poderes Públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição” (CANOTILHO, 1998, p. 956).

Assim, conferir concretude à norma constitucional resguardando os princípios e normas nela previamente dispostos é a finalidade precípua da construção da Teoria Garantista desenvolvida por Ferrajoli. É assim que o jurista revela os objetivos do Garantismo, quando aduz que:

Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torna-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. [...] o nome “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o tem jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático. (FERRAJOLI, 2002, p. 785).

O modelo garantista prima pela racionalidade, apartando o Direito da Moral, e revela um sistema normativo repleto de garantias individuais e sociais, parâmetros de justiça e legitimidade punitiva, além de direcionar os Estados de Direito a respeitarem as liberdades individuais em face das diferentes maneiras de exercício arbitrário do Poder. Pensado como um sistema lógico aberto, é passível de posterior aprimoramento no campo teórico-normativo por outras garantias. Luigi Ferrajoli parte de premissas que definem seu modelo garantista, e que constituem princípios axiológicos que se inserem nas constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos e assim, tornam-se princípios jurídicos dos modernos Estados de Direito. O autor valeu-se da análise combinatória, no auferimento dos variados teoremas provenientes da combinação efetivada entre os termos constantes nos princípios axiológicos, e o produto foram os inúmeros direitos fundamentais que devem ser respeitados e garantidos.

Há uma correlação entre o garantismo e o Estado de Direito, uma vez que existe um ordenamento que limita e restringe a atuação do Poder Estatal, vinculando-a à lei no âmbito material e subjugando-a da mesma forma na esfera processual. Conforme Ferrajoli, um ordenamento pode perfeitamente conviver com dois modelos: autoritário e garantista; o autor declara que a tendência dos estados atuais é a coexistência entre estes modelos extremados; ressalta ainda que, nos Estados de Direito contemporâneos, com inúmeras tipologias normativas, as tendências autoritárias e garantistas permeiam as normas, sendo que, as garantistas, encontram-se mais visíveis nos patamares normativos superiores, enquanto que as autoritárias, nos patamares inferiores, e é nesse aspecto que se verifica uma cisão que conduz à ineficiência tendencial das normas superiores, mais garantistas e, noutra viés, à ilegitimidade das normas inferiores, mais autoritárias. (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

Assim, haveriam Estados com maior adesão ao sistema normativo garantista e outros não tanto. É o que extrai dos apontamentos de Salo de Carvalho quando alude que “a satisfação das

garantias individuais e sociais expressas nas constituições democráticas indicariam, então, maior ou menor adesão de determinado Estado ao sistema garantista” (CARVALHO, 2003, p. 99). Neste viés, o próprio Ferrajoli dispõe que:

Uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Ferrajoli então estabelece três acepções ao garantismo. A primeira, firma o garantismo como um novo modelo normativo de Direito, que não se encontra adstrito ao âmbito penal, mas pulveriza-se nos diversos ramos do Direito, inclusive o civil. A proposta neste sentido é a construção desse novel modelo sob uma Teoria Geral do Garantismo, não enclausurado ao âmbito penal e perfazendo-se num alcance filosófico genérico, tendo como lastro valores fundamentais da liberdade, privacidade, honra, igualdade e dignidade (FARIAS, 2002, p. 42). Como modelo normativo de Direito, o Estado de Direito submete-se às leis e contém um governo exercido através de leis gerais e abstratas, mormente, os direitos fundamentais, que subordinam os poderes públicos. O Estado de Direito Garantista, ao impor limites de atuação dos poderes públicos, sob o prisma da democracia, traz o entendimento de que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo por maioria; por isso, lutar pelo direito pode ser visto sob o ponto de vista mais denso, ou seja, no exercício do direito de resistir, posto que “rebelar-se é justo quando injusta é a lei” (FERRAJOLI, 2002, p. 755). Alexandre Morais da Rosa destaca que:

Os direitos fundamentais desfilam com papel preponderante, ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição [...], sujeitando os indivíduos, no estado democrático de direito, somente às leis válidas, impedindo que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos histórica e argumentativamente (ROSA, 2005, p. 11).

Ferrajoli acerca dessa premissa desenvolve que:

[...] nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. [...] Graças a elas (garantias dos cidadãos) o legislador, mesmo se é ou representa a maioria do povo, não é nunca onipotente, dado que a violação delas confere vigor às normas não somente injustas mas também inválidas, e portanto censuráveis e sancionáveis não só politicamente mas também juridicamente (FERRAJOLI, 2002, p. 792-793).

Destarte, segundo Ferrajoli, Estado de Direito é um conceito amplo e com muitas ascendências históricas no pensamento político, que se reporta à Platão e Aristóteles quando aludiram acerca do “governo das leis” contrapondo-se ao “governo dos homens”, no pensamento político liberal acerca dos limites da atuação Estatal, à tese da separação dos poderes e respeito às liberdades fundamentais, bem como, o normativismo kelseniano (FERRAJOLI, 2002, p. 789).

Na visão de Norberto Bobbio, Estado de Direito implica em duas acepções: a do governo *sub lege*, ou seja, subordinado às leis (no sentido formal, quando qualquer poder deve ser conferido mediante lei e nas formas e procedimentos legais estabelecidos; no sentido material, o poder é limitado pela lei que firma o sentido de conteúdo, substancial, assim, apenas os Estados constitucionais incorporam em seus textos não apenas limitações formais mas também substanciais ao poder), e governo *per leges*, ou seja, através de leis gerais e abstratas. No sentido substancial, constata-se que o termo Estado de Direito confunde-se ao de Estado garantista, pois implica não apenas em um estado regrado pelas leis em sentido formal, que lhe confere a legitimação formal, mas em um modelo de Estado que emerge das modernas constituições e caracterizado no âmbito formal pelo princípio da legalidade e no plano substancial pela garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais por intermédio da incorporação limitadora na Constituição Federal de deveres públicos correspondentes, dando-lhe no conteúdo a legitimação material (BOBBIO, 2002, 789-790).

A segunda acepção do garantismo é sua significação como uma teoria jurídica de validade das normas infraconstitucionais, a partir da efetividade da norma constitucional. Revela uma teoria da divergência entre o *ser* e o *dever ser* no Direito, entre a normatividade e a realidade. Nesse prisma, a teoria do garantismo entende vigor, validade e efetividade da norma como coisas distintas. Assim, o juiz não deve aplicar leis inválidas, em outras palavras, em desconformidade com o texto constitucional. No garantismo, a existência refere-se ao juízo de fato e a validade ao juízo de valor da norma jurídica. Existem situações em que a norma deverá ser afastada, mormente os casos de antinomias, quando se verificam violações por comissão. Na violação por omissão brota a situação qualificada como lacuna devendo ser preenchida (FERRAJOLI, 2002, pp. 703, 791-794).

A terceira acepção é a que destaca o garantismo como uma filosofia jurídica e política contemporânea, primando pela proteção dos interesses privados em face dos interesses públicos. O interessante nesta postura é que, o Estado revela-se como instrumento da tutela jurídica dos fins e valores da sociedade. Cristiano Chaves de Farias, acerca desta terceira acepção enfatiza que:

[...] é conveniente registrar que essa afirmação de garantias individuais conduz à necessária releitura do histórico princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que não mais se justifica qualquer ataque às garantias individuais constitucionalmente asseguradas (FARIAS, 2006, p. 42).

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento destaca que:

O interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões do Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momento como o que o mundo hoje vivencia desde 11 de setembro, em que a exarcebação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade (SARMENTO, 2005, pp. 27-28).

Deve-se, portanto, ter em mente o destaque às garantias constitucionais da pessoa humana, a fim de obstacularizar investidas por parte do Poder Público, sob o argumento da supremacia do interesse público sobre o privado. Neste sentido, a ponderação dos valores contrapostos deve se efetivar casuisticamente, a fim de revelar qual valor se sobrepujará, com fulcro na Dignidade da Pessoa Humana. Humberto Ávila, dentro desta nova perspectiva constitucional garantista, defende a extinção mesmo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, argumentando que:

[...] a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade e reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais (ÁVILA, 2005, p. 214).

Assim, procurando legitimar a garantia dos direitos fundamentais, a teoria de Ferrajoli separa direito e moral, negando o valor intrínseco do direito apenas por ser vigente e levando à efetividade da realização dos direitos fundamentais. Cademartori, firmando um aprofundamento da Teoria Garantista como filosofia política, aduz que:

[...] impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantias dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre *ser* e *dever ser* do direito, o que é denominado por Ferrajoli de “ponto de vista externo”. Tal “ponto de vista” é para o autor essencialmente democrático, pois “ex parte populi”, à diferença do “ponto de vista interno”, que seria para ele “ex parte principis” (CADERMATORI, 1999, p. 155).

Tomando como ponto de partida Bobbio, Ferrajoli destaca que o Direito positivo é “uma obrigação informal, que pressupõe uma aceitação, por sua vez, condicionada pelo ordenamento do qual se presta a convalidar apenas aquelas normas que a nossa consciência moral reputa justas ou não particularmente injustas” (FERRAJOLI, 2002, p. 738). Nesse sentido um ponto de contato em Kelsen,

que rechaça o pensamento de que “somente uma ordem social moral é direito” (1998, p. 78). Constatase então, que no garantismo, à semelhança da constatação de Kelsen, o Direito não é puro e, em sendo assim, o garantismo, assim como a teoria pura do Direito, entende os aspectos inerentes à moral e à justiça como pontos de vistas externos.

Na realidade, o que se verifica na contemporaneidade, é uma crise institucional que respinga em questões ético-filosóficas tais como legitimidade e na diferença conceituais entre vigência e validade, e que se revela no dinamismo contraditório entre aquilo que é declarado solenemente acerca dos direitos fundamentais no ordenamento Jurídico e a efetivação mediante instrumentos necessários. O próprio Bobbio assim destaca que:

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, (...), mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25).

Com isso, há a necessidade de implementação de um modelo que, além de acrescentar os meios necessários para tal prática, seja também um instrumento idôneo que descreva, por um lado, o Estado Constitucional de Direito enquanto fenômeno normativo, e, doutra parte, postule o resgate de sua legitimidade, retirando atuações desvirtuadas de seus fins, que eventuais maiorias possam querer se valer (CADERMATORI, 1999, p. 171). Marlize Dalto Assunção ressalta que:

Ao propor um modelo ideal de ação, caracterizado pela primazia do direito substancial, Ferrajoli aponta para a incorporação de limitações e imposições normativas de atuação dos governos em seus ordenamentos jurídicos, para que os mesmos se aproximem do real Estado de Direito, com o propósito de se tornar um sistema efetivo de garantias para os cidadãos (ASSUNÇÃO, 2015).

Seria trabalho do intérprete proceder à revelação da finalística garantista, que se encontra embutida na norma jurídica, a fim de que seja concretizada, bem como, denunciar práticas antigarantistas dos governos, que sob inúmeros motivos e fatores, atuam em desconformidade com a lógica jurídica, atropelando direitos e garantias fundamentais dos cidadãos fincados no texto da Constituição Federal e tendentes à perseguição dos interesses sociais.

Trata-se de uma busca permanente da sociedade em geral, de resgate da legitimidade do Estado de Direito, não se restringindo ao âmbito normativo, mas a todo um contexto de luta social pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Assim, Ferrajoli ressalta que nenhuma garantia jurídica governa-se tão somente por normas e, no caso dos direitos fundamentais, estes não podem subsistir caso não sejam defendidos por seus titulares e pelas forças políticas e sociais; ademais, por mais irrepreensível que seja um ordenamento jurídico, ele não pode firmar efetivamente suas

garantias por si mesmo. Neste viés, caberia aos poderes privados concomitantemente aos poderes públicos, a incumbência de respeitar os direitos e garantias fundamentais, também estando limitados no conteúdo aos mesmos. Destarte, neste sentido, uma democracia considerada satisfatória dependerá da medida de garantia concedida aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002, p.733).

Neste contexto, a democracia exalta o homem frente ao Estado e se perfaz em todas as vertentes de relação Estado-indivíduo, mostrando-se na revalorização humana. No que se refere ao papel do cidadão no sistema garantista, a cidadania não se restringe à participação política, mas também à jurídica do mesmo, executada mediante a autodefesa e controle das ações do Poder Público nas três esferas de Poderes do Estado (FERRAJOLI, 2002, p.735). Dessa maneira, nenhuma garantia jurídica rege-se apenas por normas e nenhum direito fundamental sobrevive se não se escora na luta por sua atuação por parte de quem é seu titular e pela solidariedade de forças políticas e sociais; o sistema jurídico por si só não pode garantir nada (FERRAJOLI, 2002, p.753). Requer-se nesse sentido muito mais à democracia direta que à representativa, posto que aquela implica numa força da sociedade em benefício da efetividade das garantias constitucionais.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA TÓPICA DE VIEHWEG À HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A hermenêutica jurídica tem como alvo firmar uma melhor compreensão da norma jurídica. É por intermédio da hermenêutica jurídica, que se efetivará a sistematização dos processos aplicáveis a fim de se determinar o sentido e alcance das normas de Direito (MAXIMILIANO, 2002, p. 4). A hermenêutica jurídica lastreia a atividade interpretativa, que é a efetivação, na prática, do que se extrai dos enunciados normativos, pelo que, a hermenêutica e a interpretação mantêm uma relação simbiótica de existência, não podendo falar em uma sem perpassar pela outra. Todavia, essa relação simbiótica é insuficiente haja vista a necessidade precípua de realização da interpretação mediante um método fundado em critérios e premissas, e que direcione a uma adequada aplicação da norma jurídica de forma segura.

Dessa maneira, existem inúmeros métodos de interpretação das normas jurídicas mas, dentre os métodos desenvolvidos para tal desiderato no campo jurídico, está o método tópico, em que, em 1953, Theodor Viehweg, em sua obra *Tópica e Jurisprudência* (1979), partindo dos estudos de

Vico, revisitando Aristóteles e Cícero, procede a uma alteração completa da discussão metodológica de interpretação das normas jurídicas, centrada no formalismo sistemático de cunho lógico-dedutivo, que lastreava o positivismo jurídico, para uma postura moderna que tem como cerne a argumentação dialética, ressuscitando a metodologia tópica como alternativa para superação das questões insanáveis do positivismo jurídico, na oportunidade já insuficiente a solucionar todas as realidades do Direito a partir das normas jurídicas positivadas e em declínio no final do século XIX.

A questão da racionalidade do saber se erige desde Aristóteles, que buscou estabelecer a diferença entre apoditicidade, ou seja, ciência, da chamada dialética; destarte, o Direito como produto da ética e da moral, revela-se dialético quando busca resultados por intermédio da razão prática (CAMARGO, 2003, 137). Viehweg volta-se aos gregos quando diferencia a dialética (raciocínio que tem como pressuposto opiniões aceitas) da apodexia (raciocínio firmado em proposições primeiras verdadeiras) posto que, o Direito se relaciona com valores e, em sendo assim, termina por resgatar a tópica aristotélica mesmo tendo conhecimento de que o pensamento tópico é distinto do lógico por causa do atributo da sistematicidade. Mariana Falcão Soares destaca nesse sentido que:

A dialética proporciona a análise do caso sob diversos ângulos a partir da disputa de opostos que culminam no convencimento, em contrapartida, o método apodítico parte de preposições verdadeiras que são simplesmente demonstradas. Desse modo, a tópica parte do problema em busca de premissas, supostamente verdadeiras, enquanto o raciocínio do tipo sistemático apoia-se em premissas já dadas, trata-se de um catálogo fechado de possibilidades. Tem-se então que a tópica, por ser uma técnica aberta, permite a revelação de diversas premissas. (SOARES, 2015).

Na visão de Viehweg, o pensamento dialético incentiva à invenção na proporção em que fixa nos meios persuasivos que direcionam e dão formato ao discurso jurídico, pelo que, os desfechos se perfazem em torno dos problemas. Ele inicia na ideia de que o problema aceita, aparentemente, mais de uma solução possível, ou seja, “a tópica é uma maneira de pensar os problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática” (2008, p. 16).

Percebe-se claramente em sua obra que Viehweg estabelece um confronto entre a axiomática (Sistematização dedutiva) e a Tópica. O autor procede a um exame das duas formas de pensamento sob o ângulo de uma teoria da Ciência, tentando extrair qual dos dois seria mais adequável ao Direito. Ressalta o desejo da moderna cultura da Europa Ocidental de entender Jurisprudência como Ciência, mas que isso só seria possível se houver direcionamento à tópica (1979, p. 75). Assim, a primeira hipótese, axiomática, consistiria em "ordenar, de acordo com sua dependência lógica, de um lado, os enunciados, e, de outro, os conceitos de uma área qualquer (não-lógica)" (VIEHWEG, 1979, p. 76), este pensamento não estaria condizente ao Direito, uma vez que, só se houvesse a possibilidade de

colocar todos os temas jurídicos sob “alguns axiomas e conceitos fundamentais unitários e fazer o mesmo com o âmbito total do Direito positivo em questão” (1979, p. 77), possibilitaria em abordar de uma total fundamentação lógica do Direito bem como, de um sistema jurídico lógico. Para Viehweg, a eliminação da tópica por este sistema não se perfaz pela escolha dos axiomas mas por uma tarefa de “invenção”. A determinação de quais seriam os princípios objetivos selecionados é, no âmbito lógico, *arbitrário*, segundo explana Viehweg.

Em resumo, Viehweg, corroborando com o entendimento de Vico, defende a imprescindibilidade da combinação tópica com o pensamento dedutivo – sistemático, pelo que, a tópica confere uma expansão no elenco de conteúdos conceituais em detrimento da simples aplicação da dedução que termina por limitar de forma rígida as premissas possíveis. Valendo-se de um pensamento problematizado, firma-se que, mesmo ante conceitos jurídicos com alta precisão e determinação, ter-se-á um direito aplicado mas que tenha a capacidade de abarcar o ideal de justiça, quedando por se aproximar mais das características especiais de cada caso concreto. Assim, diante de um problema, buscam-se as premissas que sejam apropriadas e produtivas, e que tenham o condão de indicar pontos de vistas diretivos, tais premissas são chamadas de *topos*.

Viehweg destaca que isto implica em uma qualificada tópica de primeiro grau, onde a sustentação se dará por meio de sua forma mais simples, um repertório de pontos de vistas antecipadamente preparados e que gerarão os catálogos de *topoi* (OLIVEIRA, 2007, p. 74). Funciona como um elenco de possíveis soluções permitidas para cada problema no caso concreto; os *topoi*, na realidade, consistem em valores sedimentados pela cultura e que são identificados como princípios, mesmo que não positivados, e que são usados como premissas que, pela força da verossimilhança, tem o poder de direcionar o raciocínio lógico (CAMARCO, 2003, p. 138).

Definir o que seja um tópico (*topoi*) torna-se um desafio a Viehweg. Conforme Aristóteles (2007, VII, 159 a35), os tópicos dão embasamento à qualquer linha de argumentação e respalda-nos à discussão dos mais variados temas. Tanto, que na descrição dos mesmos, aborda desde o livro II a VII tratando acerca dos *Tópicos*. O livro I quedou a expor as ideias gerais acerca do o raciocínio dialético, e o livro VIII as mais peculiares da discussão. Como dito, o cerne da questão é em se saber o que é um tópico e de que maneira se conduzirão os argumentos que se constroem com a ajuda de um tópico. Paul Slomkowski, em sua obra *Aristotle's Topics*, fruto de sua tese de doutorado em Filosofia, na Universidade de Oxford, partindo da lógica aristotélica, pretendeu alcançar seus objetivos no estudo do silogismo.

O doutor enfatiza que, o interesse dos pesquisadores pelos Tópicos apenas se tornou visível entre 1900 e 1950, após um longo silêncio temático e que, após uma publicação de Bochenski, em 1951: *Non-analytical Laws and Rules in Aristotle*, a questão da Tópica aristotélica ressurgiu nos debates acadêmicos e no meio filosófico. A partir deste período emergem uma série de estudos e trabalhos acerca dos *topoi* e catálogos de *topoi* mas também ressalta que tais estudos limitaram-se a esta época precisamente, tornando-se poucos nos anos que se seguiram. Na análise do autor, a Academia, na abordagem e estudo perscrutador acerca dos tópicos, não os contextualizou, limitando-se à utilização de modernas teorias sobre lógica e argumentação. Por isto, assevera o dizer de Bochenski, de que: “Até agora ninguém conseguiu dizer clara e sucintamente o que eles (os tópicos) são” (apud SLOMKOWSKI, 1997, p. 3).

Acerca dos tópicos jurídicos, Atienza concorda com a conclusão de García Amado: que dos tópicos se disse que são pontos de vista diretivos, pontos de vista referidos ao caso, regras diretivas, lugares-comuns, argumentos materiais, enunciados empíricos, conceitos, meios de persuasão, critérios que gozam de consenso, fórmulas heurísticas, instruções para a invenção, formas argumentativas etc. E como tópicos, citam-se adágios, conceitos, recursos metodológicos, princípios de Direito, valores, regras da razão prática, *standards*, critérios de justiça, normas legais etc. (Apud ATIENZA, 2006, p. 53).

Karl Larenz também diz que não se sabe o que Viehweg entende por tópico jurídico: Como se trata manifestamente de coisas diversas, não se consegue extrair com exatidão o que é que Viehweg entende por “tópico jurídico”. Aparentemente, considera como “tópico” toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem (LARENZ, 1989, p. 172). Perante a possibilidade de empregos tão variados, não é de surpreender que cada um dos autores que usam o termo “tópico”, hoje caído em moda, lhe associe uma representação pessoal, o que tem de ser levado em conta na apreciação das opiniões expendidas.

Destarte, sabe-se que definir um tópico é algo extremamente difícil, mesmo para os especializados na filosofia Aristotélica. Percebe-se que Viehweg, embora tenha tentado, não conseguiu chegar a uma definição de um tópico, mas transmitiu ao menos noções do que seriam os *topoi*, ou o quê, na leitura de Viehweg, consegue-se ter uma ideia do que eles são, mesmo que nublada. Neste contexto, convém estabelecer o significado, no grego, da palavra *topos*, que significa “lugar”; é sabido que na Grécia antiga, tal palavra referia-se a um determinado método de memorização, onde procedia-se a uma associação de itens de uma lista que porventura se queria memorizar a umas casas de alguma rua. Dessa maneira, cada item na memória de algum argumentador, estaria “localizado” em alguma

casa, levando ao debatedor a não esquecer de lançar mão do item quando do acalourado debate temático. Kneale destaca que a palavra *topos* de origem grega, significa “lugar”, posteriormente assimilou o significado de “lugar-comum”, no sentido de um tema recorrente num discurso. O filósofo extrai tal sentido do termo da Retórica de Aristóteles, que assim aduz:

Os silogismos dialéticos e retóricos tratam daquelas coisas às quais nos referimos como sendo os *topoi*. Estes são comuns aos problemas que tratam do comportamento correcto, a problemas físicos e políticos e a muitos outros que diferem em gênero, entre si, como por exemplo o *topos* do mais e do menos. (ARISTÓTELES, apud KNEALE, 1991, p. 36).

Estas observações fazem entender que *topos* seriam qualquer coisa que pode ser utilizada como argumento num debate. Kneale, além de ratificar tal pensamento, assevera que Aristóteles torna-se mais compreensível no que concerne aos catálogos de tópicos quando utiliza-se de exemplos (KNEALE, 1991, p. 36). Viehweg aborda algo interessante, citando *E.R.Curtis* que destacou a importância dos *topoi* na *literatura* da Idade Média, na pretensão de construir uma tópica histórica (VIEHWEG, 1979, p. 38). Sabe-se que existem inúmeras tentativas de explicação e denominação dos *topoi* na literatura. A finalidade dos *Tópicos* na literatura é em sua maioria direcionada ao debate.

A palavra “dialética”, do verbo *dialegesthai*, significa discutir. Kneale aduz que: “os Tópicos é declaradamente um manual para guiar aqueles que tomam parte em competições públicas de dialética ou de discussão” (1991, p. 34). Fato é que, Viehweg destaca a importância de utilização dos *topoi*, uma vez que “propoçionam um modo de entender a vida ou a arte, senão que até ajudam a construí-lo” (1979, p. 38). Vê-se adiante a utilização dos *topoi* em quase todas as áreas das Ciências, mesmo a discussão de suas relações com a matemática; todavia, no objetivo de Viehweg, é a análise da tópica jurídica e, é o que vai, ao final de sua obra, interessar na construção da Ciência do Direito.

Quanto aos *problemas*, Viehweg expõe, com base em Aristóteles, que estes podem ser tanto universais como específicos (ou particulares). No conceber de Aristóteles, “problemas universais são, por exemplo: ‘todo prazer é bom’ e ‘nenhum prazer é bom’; e problemas particulares: ‘alguns prazeres são bons’ e ‘alguns prazeres não são bons’”. Destarte, os métodos para firmar e derrubar uma opinião são comuns às espécies de problemas, sejam gerais ou específicos, uma vez que, quando se demonstra que um predicado é aplicável a todos os casos de um sujeito, estar-se demonstrando concomitantemente que também se aplica a alguns casos (1978, p. 5). Constata-se que Aristóteles esforçou-se em buscar um método que tivesse a capacidade de possibilitar o silogismo sobre os

problemas partindo de opiniões geralmente aceitas. Os *topoi* só tem sentido a partir dos problemas, segundo Viehweg. Por isto, o autor enfatiza que os *topoi* devem ser entendidos de um “modo funcional, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento” (1979, p. 38).

A alusão da importância dos *topoi* e catálogos de *topoi* na aferição e construção de um entendimento comum é destacada, sendo vistos como auxílio neste empreendimento, mas, o próprio autor destaca que o domínio do problema exige uma flexibilidade e capacidade de alargamento (VIEHWEG, 1979, p. 41). A noção de sistema nasce em Viehweg quando este aborda a legitimação e prova de uma premissa, sua fundamentação e demonstração. É neste viés que o autor destaca a precípua exigência de um sistema dedutivo, pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra, revelando o chamado “*methodus critica*” de Vico, mas deixa claro que a tópica “pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e dedução em limites modestos” (1979, p. 43).

Neste contexto sugerem-se algumas considerações. A tópica deve ser compreendida imersa numa visão propriamente tópica, não serve à comprovação lógica das proposições do sistema (deduções), todavia, tem por fim a orientação do problema levando em conta as proposições lógicas do sistema. A tópica, assim, mostra-se incompatível com a elaboração de uma ciência mediante um sistema dedutivo-sistemático, uma vez que, em sendo um sistema de proposições em si mesmo considerado, deve ser entendido por si, através do desenvolvimento lógico de suas proposições principais, que não podem ser modificadas no caso da situação problemática se alterar, até porque, o sistema é independente do problema. A Dra. Kelly Susane Alflen da Silva, em artigo intitulado *Sobre a Orientação Tópico-Hermenêutica em Th.Viehweg*, ressalta a contento tal posição quando revela que:

[...]em primeiro lugar que a problemática da tópica e do primado dos problemas direciona casos perante a norma e o sistema. Em segundo lugar, que a Jurisprudência - tese fundamental de Th.Viehweg - só pode satisfazer seu peculiar propósito se proceder não dedutivo-sistematicamente, porém, topicamente. Concretamente, Th.Viehweg distingue dois graus de tópica. De acordo com o primeiro, deve-se proceder por intermédio de uma seleção arbitrária de uma série de pontos de vista mais ou menos ocasionais para buscar, a partir destes, uma orientação por meio de determinados pontos de vista e, uma orientação por meio de sobpostas premissas objetivamente adequadas e fecundas, a fim de levar a consequências iluminadas (SILVA, 2015).

Pode-se entender, partindo dessas considerações, que a produção dos catálogos dos tópicos possui dois momentos: o primeiro denominado de *tópica de primeiro grau* e, não sendo a contento, parte-se para os *repertórios de pontos de vista* previamente dispostos e que serão coadunados aos problemas determinados. O procedimento em que os catálogos de *topoi* são usados, é denominado de *tópica de segundo grau*, cuja base sustentatória é a “conversão da projeção aristotélica de um catálogo de tópicos para os problemas pensáveis por Cícero e seus sucessores, como meio auxiliar do pensar o problema do modo mais prático possível, com o que se produziu uma trivialização” (SILVA, 2015).

Viehweg aborda também sobre a questão da *função dos topoi*. Emerge disso um ponto interessante posto que, além de considerar-se os tópicos universais referidos por Aristóteles, Cícero e sucessores, destacam-se na temática os tópicos que são aplicáveis a específicos ramos do saber, os *loci communi*. Estes servem de fundamento para catálogos especializados de *topoi* e tem por finalidade precípua uma praticidade no silogismo do problema mediante uma orientação tópica. É neste sentido que se implementa a função dos tópicos, que deverão ser compreendidos sob uma visão de funcionabilidade a qual Viehweg destaca; são nada mais, nada menos que possibilidades de orientação e “fios condutores do pensamento” para o autor, onde o problema dá sentido ao pensamento.

Aristóteles determina os *topoi* como opiniões utilizáveis e aceitáveis universalmente e que se empregam em favor e contra ao aplicável, aparentando direcionar para a verdade, todavia, Viehweg não consegue estabelecer uma definição no sentido de determinar se os *topoi* se mostram como conceitos ou como proposições, pelo que desemboca em mera discussão formulativa se se considera o aspecto (in) transcendente. Fato é que, dentro destas discussões, verifica-se que o método tópico desenvolve um papel pré-lógico de orientação da identificação de premissas sobpostas por proposições lógicas inseridas no sistema, até porque, “a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária” (SILVA, 2015).

Assim, enquanto a índole das deduções é influenciada pelo método tópico tendo por passo inicial as proposições lógicas; por outro lado, a índole das conclusões mostra a maneira de se buscarem premissas. A criação de catálogos de *topoi* gera posteriormente, no desenvolvimento do pensamento, liame lógico, tal se opõe à forma de pensar o problema, vez que este não se atrela à vinculações, todavia, exige-se flexibilidade e capacidade, conforme vimos, de abertura ao catálogo de tópicos que estão sob os auspícios do problema.

Aqui verifica-se que o método tópico vem prestar um auxílio na interpretação, haja vista que o processo interpretativo faz abrir um horizonte de possibilidades de entendimento sem que para tal se perquiria despreito a possibilidades outrora concebidas.

Enfim, tendo como fundamento o pensamento de Nicolai Hartman, Viehweg defende a existência de dois modos de pensar, quais sejam, o aporético e o sistemático. Este último parte do todo, não tendo o que se perquirir a busca de um ponto de vista posto que este se encontra desde os primórdios e dele escolhem-se os problemas. Os conteúdos dos problemas que não sejam harmônicos com o ponto de vista são descartados.

Vista como uma técnica por Viehweg, a tópica consubstancia numa arte de revelar premissas, referenciais ou *topoi* que serão o norte para a solução dos problemas no caso concreto. Assim, quando não se consegue perceber formas possíveis de auferimento de soluções aos problemas jurídicos propostos, o magistrado poderá lançar mão dos *topois*, com a finalidade de desvendar o sentido do Direito e vislumbrar uma decisão respaldada na Justiça. A tópica neste contexto, mostra-se uma técnica que desnuda possibilidades, as premissas, que facilitam a opção mais justa do juiz dentre as possibilidades postas.

Destarte, quando da análise do caso concreto, o juiz verifica a totalidade dos argumentos possíveis e seleciona aquele que entende mais adequado, convincente ou que se atribui maior crédito, reforçando posteriormente a sua argumentação (DINIZ, 2001, p. 480). Ressalte-se que a argumentação do método tópico apresenta-se destituída de rigidez, caracterizando-se pela flexibilidade que lhe é peculiar às diferentes situações em concreto.

Noutro momento, Viehweg destaca que o uso pela ordem jurídica da linguagem comum sempre operará uma tópica “oculta”, posto que algumas “conclusões semelhantes conduzem, com frequência, às interpretações variadas e encobertas” e o tecido jurídico em sua completude não é um sistema do ponto de vista lógico, mas configura-se uma pluralidade de sistemas com projeções variadas, ou mesmo deduções pouco comprováveis em suas relações recíprocas, daí, concluir-se em sua obra que o sistema lógico apenas seria plausível se a pluralidade de sistemas fosse reduzida a um sistema unitário. Assim, ocorrendo a pluralidade, tal ensejaria contradições que precisariam de um instrumento de eliminação e, tal elemento de eliminação é a interpretação. É por isto que Viehweg ressalta a necessidade de firmar-se, quando se fizesse necessário, conexões por intermédio de interpretações aceitas e consideradas adequadas. Neste ponto o autor destaca que é justamente pela interpretação que a Tópica vai inserir-se no sistema jurídico.

Destarte, a ordem jurídica encontra-se em permanentes alterações de significado ao longo do tempo, além da existência de alguns casos não vislumbrados pelo legislador, portanto, requer-se uma interpretação adequada que tenha o condão de alterar o sistema por intermédio da extensão, redução, comparação, etc. Ademais, a irrupção da tópica também se faz exigível na linguagem natural que se encontra presente no Ordenamento Jurídico, até porque, neste contexto, serão assimiladas novas visões “inventivas”, o que deixa patente sua flexibilidade, todavia, pondo em risco o sistema dedutivo, pois, como bem aborda Viehweg, “os conceitos e as proposições que se expressam por meio de

palavras não são confiáveis do ponto de vista da sistemática (...). Perde-se totalmente o ponto de partida, quando, em caso de necessidade, se faz referência ao sentido de uma palavra” (1979, p. 82), o que acontece reiteradamente na Ciência do Direito.

Também destacou a Tópica intervindo onde o sistema jurídico liga-se à realidade, posto que o “estado das coisas” precisa da interpretação a fim de que se coadune ao sistema jurídico. Há, dessa maneira, na aplicabilidade do Direito, uma proximidade entre o ordenamento jurídico e os fatos. Viehweg então arremata aduzindo que por onde quer que se olhe, a tópica encontra-se presente e, por conseguinte, o sistema dedutivo apresenta-se como inapropriado. Destarte, enfatiza a interpretação como o elemento central das operações e, na realidade, os juristas se valem muito da tópica, pois, *a tópica precede à lógica*.

Interessante neste contexto procurar relacionar o pensamento tópico à interpretação constitucional por meio de um processo de sistematização aberta da Constituição Federal, a fim de serem superadas a forma de pensar sistemática lógico-dedutiva, apartada dos fatores reais, do âmbito material da Constituição. Tentar achar um ponto de equilíbrio entre o pensamento tópico e o sistemático no contexto da obra de Viehweg é, indubitavelmente, entender a noção de sistema como sendo aberto. Constata-se em sua obra que, de forma implícita, numa análise crítica, que a tópica não exclui totalmente o pensamento sistemático como dá a entender *prima facie*. Neste sentido, vê-se que o pensamento de Viehweg, mesmo apresentando a tópica tendo como referência o sistema, e este como lógico – dedutivo, em dado momento estabelece a possibilidade de que o pensamento tópico e sistemático aberto tenham uma certa compatibilidade quando afirma que a “tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida *inclusão em uma ordem* que está sempre por ser determinada” (1979, p. 35). Destarte, exatamente neste dizer Viehweg dá abertura à concepção de um sistema aberto de regras e princípios.

Levando para o aspecto constitucional, Canotilho direciona seu entendimento no sentido de que o texto constitucional não se encontra pronto e acabado e sim, em constante busca e construção, de maneira que a interação entre o texto com a realidade deve ser completa a fim de se aferir a garantia da sua supremacia e força normativa (1993, p. 165). Assim, a tópica, sob este prisma, participa do processo como meio de transmissão entre a realidade (problemas, conflitos) e a norma, de forma a se aferir a solução para o caso não só da lógica do sistema (entendimento ultrapassado), mas sim, a interação entre os pressupostos do sistema e o caso que será passível de regulamentação.

Canaris quando trata acerca do sistema, define-o como “Ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais” (1989, p. 281), ou seja, tal sistema não é fechado e sim, aberto. Alguns autores neste sentido, ressaltam a importância de refletir acerca da possibilidade de tornar compatível o pensamento tópico com o sistemático. Canaris, por exemplo, quando estabelece suas críticas à Viehweg inerente ao sistema tópico, parte dos postulados definidos pelo próprio Viehweg concernente à tópica. Todavia, mesmo Canaris procede a uma reavaliação do papel da tópica, abrindo caminhos para a complementariedade entre as duas maneiras de pensar, inclusive, a relevância do uso da tópica nos casos de lacunas legais por exemplo. Mesmo assim, o papel desenvolvido pela tópica em Canaris é coadjuvante, e ele mesmo afirma isso quando alude que “a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, de determinar sistematicamente a resolução” (1989, p. 273).

Todavia, é de se questionar tal posição, uma vez que, dentro de um sistema jurídico, sendo sistema normativo e aberto de regras e princípios, seria perquirido se não teria a tópica uma função mais enfática na Ordem Jurídica. Se se retoma a noção dada por Canotilho acima referida, de sistema aberto, então à tópica não lhe cabe a atribuição de atualizar a Ordem Jurídica como Viehweg tentou estabelecer. Talvez haja a possibilidade de atribuir à tópica uma importância na Ordem Jurídica, no caso analisado, a constitucional por exemplo, que possui normas cujo conteúdo é aberto e de extensa interpretação, pelo que, a tópica exerceria neste contexto uma função democrática de interpretação constitucional, envolvendo inúmeros protagonistas do processo hermenêutico nos termos propostos por Peter Häberle, que assim dispõe: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numeros clausus* de intérpretes da Constituição” (1997, p. 13).

Destarte, os principais caracteres da ideia de sistema, ou seja: unidade e ordem não são de todo incompatíveis com o pensamento tópico até porque, em se tratando de sistema aberto, há a necessidade precípua de que as normas do sistema dialoguem com a realidade posto não abracem todas as possibilidades fáticas. Assim, quando se pretende solucionar um problema, a solução precisa tanto de um sistema que comprove que aquele que ficou em pior situação quando da decisão teria de aceitá-la, visto que o sistema assim determinou e definiu, como que, também, a decisão que fora

firmada pelo sistema seja considerada legitimada em face de todos os seus fundamentos, na confrontação com todos os viés e *topos* de argumentação, de forma que o conteúdo da decisão seja substancial.

Aliás, este pensamento é corroborado por Maria Helena Diniz, que assim destaca:

[...] a tópica ataca a concepção do sistema jurídico como algo unitário, definitivo e fechado e pressupõe sempre a consideração dinâmica do direito, bem como a adoção da ideia de sistema aberto e elástico para poder oferecer soluções satisfatórias que se integrem à sistemática jurídica [...] Poder-se-ia dizer até que o raciocínio tópico dinamiza o direito entendido como um sistema aberto, tornando-o maleável e adaptável às contingências e mutações da vida. O pensamento jurídico, portanto, mediante a tópica, torna-se necessariamente aberto incapaz de se inserir numa axiomática cerrada [...]. 1989, p. 123).

Outra questão interessante é acerca dos limites da tópica em face do sistema normativo, onde as mais importantes críticas da tópica convergem. As críticas giram em torno do fato de que a tópica entenderia a lei como mais um *topos* dentre vários, de forma que as discussões transporiam os limites da lei, estabelecendo uma dimensão mais vasta. É uma questão delicada uma vez que, no vislumbre da união da tópica com o sistema não se trabalha com um novo conceito de “tópica”, haja vista que apenas se apreende seus conceitos.

Destarte, fato é que, a tópica aplicada à interpretação jurídica e, principalmente à interpretação constitucional, precisa, nas discussões das diversas visões, levar em conta a norma, como essencial condição de argumentação. Ou seja, a norma é o limite da tópica em última instância. Esta age em função da norma constitucional, principalmente aquela de caráter aberto, pois sendo o sistema aberto a novos conceitos, estes poderão ser preenchidos pela tópica, sem que esta desconsidere o mínimo de normatividade textual.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. Também traz sua contribuição no que se refere à tópica. Ele estabelece uma diferença entre tópica material e formal. Para o autor, a material seria:

[...] um conjunto de prescrições interpretativas referentes à argumentação das partes no seu inter-relacionamento, mas do ângulo das intenções persuasivas de uma em relação à outra, isto é, sob o ponto de vista do seu interesse subjetivo. A ‘tópica material’ proporciona, assim, às partes um repertório de ‘pontos de vista’ que elas podem assumir (ou criar), no intuito de persuadir (ou dissuadir) o receptor da sua ação linguística. (1997, p. 81).

No que concerne à tópica formal, entende o autor que esta “se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio” (FERRAZ JR., 1997, p. 85). Analisando a temática, chega-se à conclusão de que a adequada compreensão dos conceitos de tópica e sistema corrobora ao surgimento de uma teoria hermenêutica que renova a práxis interpretativa constitucional.

No contexto do método tópico se insere a argumentação da autoridade, que se liga à doutrina e à jurisprudência, concebidas como opiniões reconhecidas e críveis (CAMARGO, 2003, p. 154). Na concepção de Viehweg, a jurisprudência é compreendida como uma permanente discussão de problemas que fixam a sua estrutura, na proporção em que os conceitos e proposições apenas podem ser aplicados em determinadas situações que mantenham ligações com os problemas. Dessa maneira, Viehweg prima pela essencialidade da tópica no Ordenamento Jurídico e se estabelece como um crítico do sistema positivista de valores válidos por si só, tendo por anseio conferir maior concreção ao Direito e solução do problema em razão dos valores que o permeiam. Trata-se de uma nova postura do jurista de erigir o Direito de maneira responsável; a dedução emerge como algo essencial em todo o pensar por problemas, e a aporia basilar do Direito é a justiça (SOARES, 2015).

4 A UTILIZAÇÃO DA TÓPICA DE VIEHWEG COMO MEIO DE APLICABILIDADE DO GARANTISMO JURÍDICO

No que se refere ao garantismo jurídico, observou-se que, nos moldes destacados por Luigi Ferrajoli, sua teoria tece intrínsecas ligações com o Estado de Direito, sendo uma teoria que firma laços estreitos com os Estados Democráticos, chegando-se à dizer que um estado será mais ou menos democrático a depender da efetivação prática, concreta, de seus direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Nesse contexto discursivo, Alexandre da Maia tece críticas à Ferrajoli, quando questiona a delimitação acerca do conteúdo dos direitos fundamentais na teoria do jurisfilósofo italiano, entendendo que este apenas tenta estabelecer conteúdos desses direitos mas não consegue precisá-los, o

que implica num verdadeiro vazio ontológico (MAIA, 2014, p. 44). Tal fato ocasionaria uma manipulação dos conteúdos por ideologias complementares distintas das queridas por Ferrajoli, uma vez que o Estado poderia estabelecer quais seriam seus interesses considerados fundamentais. O efeito da imprecisão de conteúdos dos direitos fundamentais acarretaria, conforme afirma o próprio Alexandre da Maia, no fato de que:

[...] cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli (2015, p. 44).

Portanto, o autor identifica uma falha na teoria garantista; falha esta que certamente pode dar forças e lastrear teoricamente regimes totalitários. Isto indubitavelmente poderia ensejar situações tais como ocorreu com o próprio Hans Kelsen, na metade do século XX, que foi acusado de ter sido um teórico que conferiu bases para regimes totalitários, dentre eles, o nazismo alemão e o fascismo italiano (MAIA, 2015, p. 44). Assim sendo, por estabelecer conteúdos dos direitos fundamentais de forma vaga e imprecisa, Ferrajoli corrobora com o incremento dos mais diversificados conteúdos no elenco destes direitos, o que, por conseguinte, seria inclusive possível a legitimação que toda e qualquer forma de interesse público, mesmo aqueles patentemente incorretos e afrontatórios ao ideal de justiça.

Ocorre que, a tópica de Viehweg, emerge como uma proposta de técnica mais adequada na delimitação dos direitos fundamentais, uma vez que a tópica mostra-se eficiente na determinação destes direitos como elemento substancial de validade e vigência do Direito, partindo da análise de cada problema existente. Destarte, prima-se na aplicação da tópica, em analisar o direito fundamental de forma ampla frente ao problema posto concretamente, haja vista que, a tópica possui uma estrutura que abarca argumentações e elementos retóricos que permitirão ao Juiz decidir de maneira a conciliar a segurança e a Justiça no Direito (MAIA, 2015, p. 45). Se se utiliza a tópica como referência metodológica (MAIA, 2015, p. 45), haverá por conseguinte uma amplidão de possibilidades argumentativas de configuração dos direitos e garantias fundamentais a cada problema concreto e isto será de grande valia aos teóricos, colmatando as rachaduras da vaguidéz e imprecisão firmadas na teoria garantista de Ferrajoli.

Destarte, observa-se que a Constituição Federal de 1988 dá ensejo à extensão dos Direitos e Garantias Fundamentais espalhando-se em argumentos erigidos topicamente dos direitos fundamentais,

com isso, na proporção em que os juízes estabelecem direitos fundamentais provenientes de um determinado caso concreto, queda por resolver o caso lançando mão da tópica. Destaca-se nesse sentido que, o garantismo não se restringe ao aspecto filosófico, mas principalmente constitucional, mostrando-se como instrumento de inserção de premissas até então não encontradas na interpretação jurídica em face dos casos concretos (MAIA, 2015, p. 45).

Assim, como dito anteriormente, o método tópico procura mediante o pensamento dedutivo-sistemático, iniciando-se pelos problemas constantes no sistema e suas soluções, mostrar possibilidades, premissas que ajudarão o Juiz na opção mais justa dentre as possibilidades expostas.

Um exemplo interessante de aplicação tópica pode ser extraído da problemática acerca da (im)possibilidade da impenhorabilidade do bem de família de uma pessoa solteira, já que a norma trata de proteção da “família” (agregado de pessoas ligadas por laços de parentesco e afetividade). O solteiro, não poderia neste contexto, estar abarcado pela proteção normativa, no entanto, a Constituição Federal firmou o Direito à Moradia (artigo 6º da CF88) como um direito inerente à Dignidade da Pessoa humana, um Direito Fundamental Social.

Diante do problema posto, qual seja, a possibilidade ou não de impenhorabilidade do bem de família do solteiro, a tópica permite o diálogo da norma da impenhorabilidade com a realidade, uma vez que a norma não abarcou todas as possibilidades fáticas, no caso, a questão das pessoas sozinhas e que não estão agregadas. O Direito à Moradia no garantismo, faz parte de um contexto aberto, podendo espriar-se em inúmeras situações; a tópica permite a superação pelo intérprete da forma de pensar sistemática lógico-dedutiva, apartada dos fatores reais, do âmbito material da Constituição. Ela intervém, como referido anteriormente, no sistema jurídico ligando-o à realidade, pensando a partir do problema, dando, na aplicação do Direito, uma proximidade entre o Ordenamento Jurídico e os fatos.

A título de embasamento empírico e jurídico, analisa-se a seguir jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, proferida pela 6ª. Turma no Resp. 182.223/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, onde a aplicação do método tópico na interpretação constitucional do Direito à Moradia, trazendo mais precisão e adequação de seu conteúdo ao problema posto é perceptível:

A Lei n. 8.009/90 precisa ser interpretada consoante o **sentido social do texto**. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações

patrimoniais. O **incentivo à casa própria** busca **proteger as pessoas**, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. (...)Nessa linha, **conservada a teleologia da norma**, o solteiro deve receber o **mesmo tratamento**. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais, também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data vênia*, **a lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas**. Ao contrário – **à pessoa**. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca **garantir um teto para cada pessoa**. Só essa finalidade, *data vênia*, põe sobre a mesa a exata **extensão da lei**. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a **insuficiente interpretação literal** (STJ, 1999). (Grifo nosso).

O problema acima disposto não fora vislumbrado pelo legislador, pede portanto uma interpretação adequada que tenha condições de alterar o sistema por meio da extensão, comparação, sentido finalístico da norma etc. Serão então assimiladas novas visões “inventivas”, onde a flexibilidade é visível e isto é visível na tópica, que revela possibilidades, premissas que no caso concreto, facilitaram a decisão mais justa pelo Tribunal diante das possibilidades postas. A decisão acima demonstra uma grande gama de argumentos do Relator-intérprete da norma, tais como: o “sentido social do texto”, “o incentivo à casa própria”, “a teleologia da norma”, “a igualdade de tratamento para os solteiros”, “o fato da lei n. 8.009/1990 não se dirigir a número de pessoas, mas à pessoa humana”, “garantia de um teto”, “rechaçar interpretação literal”, todos são os argumentos possíveis que foram escolhidos e acatados pelo Tribunal como os mais adequados e que enxertam o conteúdo do Direito Fundamental à Moradia, dando-lhe eficácia e precisão quando aplicado ao problema.

O Tribunal analisou o caso concreto, o problema e partindo deste, buscou as premissas que reforçaram seus argumentos e isto demonstra aquilo que fora dito anteriormente, de que a argumentação do método tópico apresenta-se destituída de rigidez, caracterizando-se pela flexibilidade que lhe é peculiar às diferentes situações em concreto. Percebe-se da jurisprudência mencionada que, o Tribunal, tomando por base o pensamento problematizado (impenhorabilidade ou não do imóvel de moradia do solteiro), buscou as premissas apropriadas e produtivas acima descritas (*topos*), que tiveram o condão de direcionar interpretativamente o juiz, extraindo-se um direito aplicado que abarcou o ideal de justiça e tornou preciso o conteúdo garantista do Direito Fundamental à Moradia.

Na tópica de Viehweg a norma é coadjuvante e a realidade, o caso concreto, protagonista. Todavia, a despeito dessa visão, Mariana Falcão Soares defende a desnecessidade da tópica para a aplicação do garantismo, aduzindo que:

que os direitos fundamentais tratados pelo garantismo não carecem de valoração legal, cabe sim ao juiz fundamentar sua decisão de forma racional e comprovável, amparado na norma. Em termos gerais, visa reduzir a distância entre a efetividade dos direitos e a sua normatividade, isso é o garantismo. É evidente, a desnecessidade da tópica para a aplicação do garantismo, mesmo porque os direitos fundamentais estão previstos legalmente e o fato deles serem fruto de um desenvolvimento histórico confirma apenas o caráter aberto do rol de direitos fundamentais. O que se manifesta como fundamental para a sociedade de hoje pode não ser para a de amanhã (SOARES, 2015).

Para a autora, considerar-se-ia arbitrário a inalterabilidade dos conteúdos dos direitos fundamentais, uma vez que estes são produto de uma sociedade cuja característica maior é a dinamicidade que a faz se construir historicamente, através de conflitos e resoluções. Entende portanto que Ferrajoli não apenas delimita de forma cristalina, quais os direitos fundamentais, como deixa claro em sua teoria garantista, que as necessidades humanas encontram-se em constante mutação e, com isso, perseguir o justo caminha com a evolução dos axiomas sociais (SOARES, 2015).

De qualquer maneira, sendo as posições contrárias ou a favor da utilização da tópica na aplicação do garantismo jurídico, a temática abordada demonstrou a possibilidade de novos caminhos à hermenêutica e Interpretação do Direito e que não podem ser olvidados. Também possibilitou uma análise crítica da teoria garantista e a importância da tópica de Viehweg nos debates jurídicos da contemporaneidade.

CONCLUSÃO

Explanou-se que a Teoria do Garantismo nasce como uma proposta de solucionar a falta de efetividade do modelo constitucional nos níveis inferiores, inefetividade esta que levou a Constituição a ser vista como uma simples referência legislativa, minando sua importância no que se refere à concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais. O garantismo nasce como uma orientação interpretativa e integrativa no combate às investidas diretas ou indiretas disfarçadas de “interpretação”

do texto constitucional. Tendo como finalidade precípua o encurtamento da distância entre normatividade e efetividade, consistiria na tutela avançada e privilegiada dos Direitos e Garantias individuais e sociais constantes no texto constitucional e que são o baluarte dos Estados Democráticos de Direito, a fim de que a efetivação das garantias constitucionais não se mostrem como mera abstração teórica e desprovidas de concretude salutar.

Ressaltou-se que, antes mesmo da construção da Teoria do Garantismo de Ferrajoli, Theodor Viehweg em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, trouxe como tema principal, a relevância da tópica para a Ciência do Direito, retomando a temática da interpretação jurídica por outro viés, ou seja, não mais mediante os clássicos instrumentos de interpretação, sendo estes insuficientes aos anseios de solução às questões hermenêuticas do Direito na atualidade. Viehweg parte da filosofia clássica, de Aristóteles e de Cícero, para o Direito, onde a tópica impacta o pensamento jurídico conservador, vinculado até então à forma de pensar oitocentista extrema e ultrapassada em teoria, mas que ainda permeia o ambiente jurídico com sua formação formal - legalista, que não consegue encontrar na tópica uma possibilidade de interpretação do Direito.

Constatou-se que a ideia de envolvimento da tópica de Viehweg com a Teoria do Garantismo de Ferrajoli tem sua origem no fato de alguns doutrinadores defenderem que os conteúdos dos Direitos Fundamentais explanados por Ferrajoli serem imprecisos e vagos, expondo falhas deste teor em sua teoria. Assim, advogam a construção de uma solução para tais falhas, utilizando-se da aplicação do método tópico ao garantismo, entendendo, dessa maneira, que tal proceder implicará numa delimitação do conteúdo dos Direitos Fundamentais, dissipando suas imprecisões e vaguides de conteúdos. Seria trabalho do intérprete proceder à revelação da finalística garantista, que se encontra embutida na norma jurídica, a fim de que seja concretizada, bem como, denunciar práticas antigarantistas dos governos, que sob inúmeros motivos e fatores, atuam em desconformidade com a lógica jurídica, atropelando direitos e garantias fundamentais dos cidadãos fincados no texto da Constituição Federal e tendentes à perseguição dos interesses sociais.

Enfatizou-se que Viehweg, corroborando com o entendimento de Vico, defendeu a imprescindibilidade da combinação tópica com o pensamento dedutivo – sistemático, pelo que, a tópica conferiria uma expansão no elenco de conteúdos conceituais em detrimento da simples aplicação da dedução que termina por limitar de forma rígida as premissas possíveis. Valendo-se de um pensamento

problematizado, firmou-se que, mesmo ante conceitos jurídicos com alta precisão e determinação, ter-se-á um direito aplicado mas que tenha a capacidade de abarcar o ideal de justiça, quedando por se aproximar mais das características especiais de cada caso concreto. Assim, diante de um problema, buscar-se-iam as premissas que seriam apropriadas e produtivas, e que tivessem o condão de indicar pontos de vistas diretivos, tais premissas foram chamadas de *topos*.

Neste sentido, tentou-se demonstrar que o método tópico veio a prestar um auxílio na interpretação, haja vista que o processo interpretativo faz abrir um horizonte de possibilidades de entendimento sem que para tal se perquiria desrespeito a possibilidades outrora concebidas. Destarte, explicou-se que, quando da análise do caso concreto, o juiz verificando a totalidade dos argumentos possíveis, selecionaria aquele que entendesse mais adequado, convincente ou que se atribuísse maior crédito, reforçando posteriormente seus argumentos. Ressaltou-se que a argumentação do método tópico apresenta-se destituída de rigidez, caracterizando-se pela flexibilidade que lhe é peculiar às diferentes situações em concreto. Levou-se em consideração que a ordem jurídica encontra-se em constantes alterações de significado ao longo do tempo, além da existência de alguns casos não vislumbrados pelo legislador, portanto, requer uma interpretação adequada que tenha o condão de alterar o sistema por intermédio da extensão, redução, comparação, etc. Ademais, enfatizou-se que a irrupção da tópica também se faz exigível na linguagem natural que se encontra presente no Ordenamento Jurídico, sendo assimiladas novas visões “inventivas”, o que deixa patente sua flexibilidade, todavia, pondo em risco o sistema dedutivo, conforme o pensamento de Viehweg.

Procurou-se então, de maneira interessante, relacionar o pensamento tópico à interpretação constitucional por meio de um processo de sistematização aberta da Constituição Federal, a fim de serem superadas a forma de pensar sistemática lógico-dedutiva, apartada dos fatores reais, do âmbito material da Constituição. Tentou-se achar um ponto de equilíbrio entre o pensamento tópico e o sistemático no contexto da obra de Viehweg, entendendo a noção de sistema como sendo aberto. Constatou-se em sua obra que, de forma implícita, numa análise crítica, que a tópica não exclui totalmente o pensamento sistemático como dá a entender *prima facie*.

Nesse contexto discursivo, Alexandre Maia teceu críticas à Ferrajoli, quando questionou a delimitação acerca do conteúdo dos direitos fundamentais na teoria do jurista filósofo italiano, entendendo que este apenas tenta estabelecer conteúdos desses direitos mas não consegue precisá-los, o

que implica num verdadeiro vazio ontológico. Tal fato teria ocasionado uma manipulação dos conteúdos por ideologias complementares distintas das queridas por Ferrajoli, uma vez que o Estado poderia estabelecer quais seriam seus interesses considerados fundamentais.

Ocorreu ao jurista que a tópica de Viehweg emerge como uma proposta de técnica mais adequada na delimitação dos direitos fundamentais, uma vez que mostra-se eficiente na determinação destes direitos como elemento substancial de validade e vigência do Direito, partindo da análise de cada problema existente. Destarte, primou na aplicação da tópica, em analisar o direito fundamental de forma ampla frente ao problema posto concretamente, haja vista que, a tópica possui uma estrutura que abarca argumentações e elementos retóricos que permitirão ao Juiz decidir de maneira a conciliar a segurança e a Justiça no Direito. Entendeu que, em se utilizando a tópica como referência metodológica, haveria, por conseguinte, uma amplidão de possibilidades argumentativas de configuração dos direitos e garantias fundamentais a cada problema concreto e isto seria de grande valia aos teóricos, colmatando as rachaduras da vaguidéz e imprecisão firmadas na teoria garantista de Ferrajoli.

Todavia, a despeito da visão deste, alguns teóricos do Direito defendem a desnecessidade da tópica para a aplicação do garantismo jurídico, aduzindo que o magistrado deve fundamentar racionalmente suas decisões amparados na norma, devendo ser esta a protagonista, e nelas estão previstos os direitos fundamentais cujo rol já possuem um caráter aberto, pelo que, o que se revela fundamental na sociedade historicamente atual, pode ser alterado no futuro. Para tais pensadores seria temerariamente arbitrária a inalterabilidade dos conteúdos dos direitos fundamentais, uma vez que estes são produto de uma sociedade cuja característica maior é a dinamicidade que a faz se construir historicamente, através de conflitos e resoluções. Neste viés, entendeu-se então que Ferrajoli não apenas delimita de forma cristalina, quais os direitos fundamentais, como deixa claro em sua teoria garantista, que as necessidades humanas encontram-se em constante mutação e, com isso, perseguir o justo caminha com a evolução dos axiomas sociais.

Por desiderato, concluiu-se que, sendo as posições contrárias ou a favor da utilização da tópica na aplicação do garantismo jurídico, a temática abordada demonstrou a possibilidade de novos caminhos à hermenêutica e Interpretação do Direito e que não podem ser olvidados. Também possibilitou uma análise crítica da teoria garantista e a importância da tópica de Viehweg nos debates jurídicos da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. **Tópicos**, Tradução de José Segurado e Campos. Lisboa: Imprensa Nacional & Casa da Moeda, 2007, VII, 159 a35.
- ÁVILA, Humberto. **Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**, In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. **Teoria Geral do Garantismo**, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8037/teoria-geral-do-garantismo/2#ixzz3ejl4yvAM>>, Acesso em 06-07-2015.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BOBBIO, Norberto: **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASTRO. Claudio Henrique de. **A Tópica no Direito Romano Clássico**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v.32,1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da Dignidade Humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Geral do Garantismo Penal**, Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- HABERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**, Porto Alegre: Fabris, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica**. 3ª. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 07 de julho de 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVEIRA, Elayne Leal de. **A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial**. Revista 2007.1 (UFBA), n. 14 – Prof. Edvaldo Brito, 2007.
- PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1997.

ROSA, Alexandre Moraes. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs Interesses Privados na perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional** In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Sobre a Orientação Tópico-Hermenêutica em Th. Viehweg**. Disponível: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25390-25392-1-PB.pdf>>. Acesso em 06 de julho de 2015.

SLOMKOWSKI, Paul. **Aristotle's topics**. Philosophia Antiqua, v. 74. Revisão da tese do autor (doutorado). Leiden; New York; Köln: Brill, 1997.

SOARES, Mariana Falcão. **Os Direitos Fundamentais na teoria jurídica garantista e sua concretização através da tópica de Theodor Viegweg**. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_543.pdf>. Acesso em 05-07-2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Editora Universidade de Brasília. Brasília-DF, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

Notas:

(1) O conteúdo deste artigo foi publicado pela autora na obra coletiva “Temas Atuais do Direito”.

Hilda Maria Couto Monte*

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas-UFAL, Advogada na área de Direito familiar, Professora Especialista do Centro Universitário CESMAC e membro do Colegiado do Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac; Docente titular da cadeira de Direito Civil IV - Direito das Famílias, tendo lecionado nas áreas de Direito Constitucional, Biodireito e Bioética, Introdução aos Fundamentos das Ciências Sociais e Antropologia Jurídicas, Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado Democrático e História do Direito.

Artigo recebido em: 24/11/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

A TUTELA JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO PARA A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO ANTE A OMISSÃO ADMINISTRATIVA DO PODER PÚBLICO: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO SUBJETIVO

THE JURISDICTIONAL GUARANTEE AS AN INSTRUMENT FOR THE IMPLANTATION OF PUBLIC POLICIES IN THE AREA OF EDUCATION BEFORE THE ADMINISTRATIVE OMBUDSMAN OF THE PUBLIC POWER: OBJECTIVE CRITERIA FOR THE REALIZATION OF THIS SUBJECTIVE RIGHT

108

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim*

Bianca Oliveira da Silva**

RESUMO: Este artigo trata das questões relativas ao exercício do direito social à educação. Embora possua a natureza de direito fundamental garantido no texto constitucional, os cidadãos encontram dificuldade na sua fruição. A prestação material prévia, por parte do Estado, é absolutamente imprescindível para o exercício de tal direito. Quando necessária, sustentamos ser possível a busca de tutela jurisdicional para tal fim.

PALAVRAS-CHAVE: direito à educação; tutela jurisdicional e efetividade.

ABSTRACT: This article deals with issues relating to the exercise of the social right to education. Although it has the nature of the fundamental right guaranteed in the constitutional text, citizens have difficulty in their enjoyment. The previous material providing, by the State, is absolutely essential to the exercise of this right. When necessary, can uphold the search for legal protection for such purpose.

KEYWORDS: right to education, judicial protection and effectiveness.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais; 2 Direito Fundamental Social à Educação; 3 O Problema da Efetivação do Direito à Educação: “programaticidade” da implantação das políticas públicas x eficácia plena; 4 Direito à Educação Como Direito Subjetivo; 5 Mínimo Existencial Como Garantia de uma Vida Digna; 6 Reserva do Possível e a Efetivação do Direito à Educação; 7 A Tripartição Funcional do Poder Estatal; 8 O controle judicial e a efetividade do direito à educação em face da omissão administrativa; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As dificuldades para o real e efetivo exercício do direito à educação no nosso País apresentam-se como um tema de elevada relevância social, já que sua efetivação e fruição são

absolutamente imprescindíveis para se galgar tanto a dignidade da pessoa humana, valor máximo da ordem jurídica brasileira, quanto o nosso tão almejado sonho de um Estado Democrático de Direito.

Ora, desde a outorga da primeira Carta Magna, ainda em 1824, os Textos Constitucionais Brasileiros já ressaltavam a importância do direito à educação, considerando-o como um direito fundamental (1) social (2), com todas as consequências dessa afirmação, atribuindo-lhes proteção especial e impondo ao Estado a tarefa de garantir a todas as pessoas o acesso e o exercício a esse direito.

Dessa forma a pedra angular da presente construção teórica é a afirmação de que o acesso à educação configura um direito subjetivo do cidadão, e, pois, uma obrigação do Estado, sendo legítima a intervenção do Poder Judiciário, para assegurar a efetividade do mandamento constitucional, determinando assim, que sejam implementadas as políticas necessárias para o exercício deste tão importante direito fundamental social, quando o Estado, por inércia ou ineficiência, não oferecer as condições materiais prévias ao exercício do direito fundamental em tela.

Vale dizer, é possível ao cidadão exigir judicialmente os meios necessários para que possa desenvolver sua regular fruição ao direito à educação, no sentido de adequar a atuação do Poder Público à nova ótica da Constituição (3) onde os valores e fins abarcados pelos direitos humanos fundamentais devem condicionar a interpretação da Constituição, sendo, pois, impossível se alcançar a dignidade da pessoa humana sem a fruição efetiva do direito à educação por parte do cidadão.

É verdade que a questão relativa à efetividade do direito à educação se apresenta extremamente complexa, exigindo uma grande concentração de esforços na criação de ações afirmativas, contudo, o controle judicial aparece como uma importante medida de concretização das políticas públicas já existentes, porém, ainda não implantadas pela Administração Pública (BONFIM, 2010, p. 9).

Tendo tais premissas por ponto de partida, é imperioso esclarecer, desde logo, não ser o propósito do presente trabalho exaurir o tema, ou muito menos fundar uma nova teoria sobre a eficiência (4) e eficácia (5) dos direitos fundamentais, mas simplesmente contribuir com um acréscimo mínimo para o desenvolvimento de novos debates sobre o tema, no intuito de garantir uma aplicação mais efetiva das normas referentes ao direito à educação, podendo-se mesmo exigir judicialmente, se necessário, que os efeitos pretendidos por tais normas sejam concretizados, procurando adequá-las ao atual momento vivido pela hermenêutica constitucional.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A expressão direitos fundamentais surgiu na França, no século XVIII, no movimento político que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (NOVELINO, 2013, p. 375), sua natureza se traduz em situações jurídicas, objetivas e subjetivas, em prol da dignidade da pessoa humana, que não tem como ser alcançada sem a efetiva fruição dos referidos direitos, os quais devem ser promovidos, respeitados e garantidos pelo Estado (6).

Ingo Sarlet (2004, p. 84) sustenta de modo mais enfático que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio normativo fundamental, reivindica para si a realização do conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

O divisor de águas para a segunda dimensão dos direitos fundamentais foi a inserção dos direitos sociais nas Constituições, já que até então o modelo que vigorava era o do Estado Liberal, que impunha uma limitação à atuação do Poder Público lastreado basicamente numa política de intervenção mínima que tinha por fito assegurar apenas a ordem, a segurança pública, e a igualdade, esta meramente formal, a seus administrados; mostrando-se absolutamente insuficiente ante as crises econômicas ocasionadas pelas mudanças no contexto político-social trazidas pelas guerras mundiais ocorridas no século passado, o que acabou por gerar várias desigualdades econômicas e resultou na quebra do modelo liberal de Estado.

Os direitos de igualdade evidenciam a consciência de que tão importante quanto garantir as liberdades do indivíduo, é proteger o organismo social como um todo, necessitando, pois, tanto por parte do Estado quanto do cidadão, de uma consciência de coletividade, exigindo dessa forma uma maior valoração do ser humano enquanto integrante de uma sociedade, em detrimento dos valores eminentemente individuais, corolários do Estado Liberal, mormente por meio de um tratamento diferenciado aos necessitados, surgindo assim a ideia de isonomia substancial.

Embora dispusessem de força normativa de garantia constitucional, tal prerrogativa não foi óbice para que os direitos sociais estivessem sujeitos a um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa, devendo seus pressupostos físicos ser criados pelo Estado como agente para que se concretizassem (KRELL, 2002, p. 37-38).

Em virtude de ter sua efetividade completamente vinculada aos recursos financeiros especificamente destinados para este fim, os direitos fundamentais sociais, de uma forma geral, sofreram certo descaso em sua aplicabilidade, já que, até então os únicos direitos reconhecidamente fundamentais eram os de primeira dimensão, de postura eminentemente negativa, proporcionando ao cidadão uma garantia de oposição ante a intervenção demasiada por parte do Estado em sua esfera privada (BONFIM, 2010, p. 15).

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional depende da ligação ao plexo axiológico dos direitos humanos, que desaguam no princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma surge a necessidade de assegurar não apenas os direitos individuais dos cidadãos, cuja efetivação é traduzida por meio de prestações estatais negativas destinadas à proteção do indivíduo, mas igualmente, a necessidade de efetivar, na maior abrangência possível, os direitos sociais, estes, em sua maioria, direcionados à população carente, insuficiente de recursos e financeiramente incapaz de provê-los, já que para que possam ser exercitados exigem prestações positivas prévias por parte do Estado.

2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos do homem conduz à necessidade de sua proteção ante a ofensa por parte do legislador ordinário, no sentido de vedar-lhe a alternativa de mutação do caráter histórico que já se alcançou ao longo dos tempos. A constitucionalização representa a garantia de indisponibilidade desses direitos frente aos desmandos estatais, eis que imutáveis, em sede de normas constitucionais derivadas, e consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional.

Segundo Canotilho (2003, p. 377), os direitos fundamentais são compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos, assim sendo, a realidade do nível de ensino de um Estado e outros dados reais condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos (2003, p. 473).

A conceitual natureza jurídica da educação no Brasil constitui bem fundamental a uma vida digna, figurando, pois, como parte essencialmente integrante da democracia, de maneira indissociável. O direito à educação exige do Estado o dever de implementar políticas educacionais inclusivas, haja vista se apresentar como direito subjetivo público inerente a toda população.

Afinal, partindo da premissa que uma prática educacional inclusiva pode ser um instrumento poderoso para o desenvolvimento da pessoa humana na busca do exercício da cidadania, a efetivação do direito à educação, como meio de transformação social, compreende a própria dignidade da pessoa humana como direito anterior à própria formação do Estado (SILVA, 2014).

A Constituição Federal de 1988 estabelece categoricamente que a Educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A atual Carta Constitucional do Brasil classifica abertamente o direito à educação como um direito social, não estabelecendo, de imediato, qualquer especificação para seu alcance, entretanto, um conteúdo pode ser claramente delimitado, consistindo no acesso (igual) de todos à educação, dando ênfase aos níveis mais basilares de ensino.

Logo, o conteúdo mínimo do direito à educação traduz-se no acesso ao conhecimento básico e às capacitações, que devem ser prestadas de forma regular e organizada (TAVARES, 2010, p. 774), tal afirmação é corroborada pelo próprio art. 205 da CF/88, quando estabelece que o referido direito deve visar o “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e sua “qualificação para o trabalho”.

Resta, pois, cristalino que o real sentido conferido ao direito à educação pelo atual texto constitucional foi de que este configura um direito fundamental, cujas balizas foram construídas dentro de uma historicidade e evolução constitucional, e, ainda que ausente uma previsibilidade mais objetiva de conduta da norma que o estatui não se pode negar que, em último caso, se trata do direito ao acesso à educação de qualidade por parte dos cidadãos, servindo a norma infraconstitucional, nesse caso, apenas para conferir-lhe contornos mais precisos (7).

O histórico constitucional brasileiro, já na sua primeira Constituição, demonstra categoricamente a fundamentalidade com a qual o direito à educação sempre foi tratado, tanto que em seu artigo 179, XXXII, já o assegurava de forma gratuita; ora, indubitavelmente o nível de ensino de certa sociedade constitui um pressuposto básico para o exercício dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 473), o que, por si, é suficiente para realçar sua importância, haja vista seus efeitos, ou, conforme o caso, ausência, são claramente sentidos e observados no modo de vida da população, em suas várias formas de expressão, mormente no direito de petição, voto, e, mesmo na própria democracia.

O Pretório Excelso confirmou o conceito de fundamental, social e universal, aqui sustentado, do direito em foco, ao consagrar que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, parágrafo 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social (BRASIL, STF, 2007).

Por definição legal, a educação “abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”, nos termos do artigo 1º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

O acesso à educação foi, e continua sendo, importante preocupação social e governamental, especialmente por se verificar que é possível a inclusão social como resultado do processo educacional. Porém, o acesso formal aos bancos escolares não deve estar limitado aos números de alunos que ingressam no sistema escolar. É preciso, também, assegurar-lhes o direito a uma educação com qualidade, princípio, aliás, sedimentado em sede constitucional, art. 206, VII da CF/88. Denota-se, da letra normativa, que a Constituição elegeu o princípio da universalidade como mola mestra do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado.

A União, o Distrito Federal e os Municípios deverão organizar, de forma colaborativa, os seus sistemas de ensino, onde a primeira organizará o sistema federal de ensino e dos Territórios, bem como financiará as instituições públicas federais no tocante à matéria educacional, e, ainda, terá de exercer a função redistributiva e supletiva, tendo por fito assegurar iguais oportunidades educacionais e de padrão mínimo do ensino, através de assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; os Municípios atuarão de maneira prioritária no ensino fundamental e na educação infantil; ao passo que os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

José Afonso da Silva (2007, p. 313) afirma que a normatização da forma explicitada significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206), ampliando cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função desta universalidade no sentido de sua plena e efetiva realização.

A educação, portanto, deve ser vista como um empreendimento coletivo, pois exige a participação de, no mínimo, dois interlocutores, visando a transmissão de conhecimento técnico aliado a valores éticos construídos pelo meio em que o educando está inserido, proporcionando-lhe o crescimento intelectual e social, com a finalidade de formar o cidadão para ser membro participante ativo da sociedade em que vive, assegurando-lhe a interação de forma paritária e, por conseguinte, a sua inclusão social.

3 O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: “PROGRAMATICIDADE” DA IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS X EFICÁCIA PLENA

Ao ser classificado como um direito fundamental, o acesso à educação liga-se, indissociavelmente à promoção e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, assim sendo, confere a seus titulares o direito subjetivo de exigir do Estado, caso necessário, a realização das prestações materiais prévias inerentes ao seu exercício, no sentido de proporcionar o bem-estar tanto do indivíduo quanto da sociedade (8).

Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 161) afirma que os empecilhos atribuídos à exigibilidade dos direitos sociais não se referem apenas à eficácia jurídica, mas também a menor espessura normativa das regras que a consagram, que em muitas situações são necessitadas de nova edição legislativa conformadora e de um posterior controle de omissões inconstitucionais.

O maior problema da eficácia reduzida dos direitos fundamentais não se deve apenas a falta de leis ordinárias ou a não prestação concreta dos serviços básicos por parte do Estado, já que a maior parcela de normas para a efetivação dos direitos sociais já existe. Andreas Krell (2002, p. 31-32) aponta a formulação, implantação e manutenção das políticas públicas como o principal problema, assim como a composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.

Logo, o problema atual enfrentado pelos direitos fundamentais reside na sua existência e no próprio conceito de fundamental, não somente na programaticidade ou aplicabilidade imediata de tais normas (LEIVAS, 2006, p. 94).

A sustentação da aplicabilidade imediata não é a solução para os problemas que permeiam a hermenêutica dos direitos fundamentais sociais. Embora possa ser verificado um importante avanço em relação a maximização da efetividade desses direitos no tocante a omissão ou ação insuficiente do Estado, através do controle da Função Judiciária Estatal que está promovendo um importante progresso na efetividade dos direitos prestacionais (SILVA, 2008, p. 598).

Embora as normas regulamentadoras dos direitos fundamentais sociais sejam programáticas não regulamentando diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar preceitos que deverão ser cumpridos pelo Poder Público, como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais do Estado (DINIZ, 1992, p. 104), ainda assim, quando versarem sobre os direitos sociais e econômicos, podem e devem ser aplicadas de maneira direta e imediata, uma vez que são jurídicas e vinculativas, e, não obstante sua indeterminação, uma vez evidenciado o interesse público, a inércia estatal caracterizará inconstitucionalidade por omissão.

O §1º do art. 5º da Constituição Federal estabelece que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata (*self-executing*) (KRELL, 2002, p. 37-38), ou *bastantes em si*, de acordo com a lição Pontiana (MIRANDA, 1967, p. 126), deixando claro que tais direitos podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.

Neste sentido, Anderson Lobato (1999, p. 15-16) afirma que o §1º do art. 5º da Constituição Federal comporta interpretação no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos aos cidadãos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua plena efetivação, independentemente de regulamentação infraconstitucional, já que os direitos fundamentais são normas constitucionais de eficácia plena.

Da mesma forma, Juarez Freitas (2001, p. 236) ressalta que o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da carta. Sob a égide de tal preceito, eminentemente integrador, resulta que, havendo dúvida sobre se nos encontramos perante uma norma de eficácia plena, contida ou limitada, é de se preferir sempre a exegese conducente à concretização endereçada à plenitude, vendo-se a imperatividade como padrão.

Assim, a ideia de que o direito à educação deve ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esse direito, bem como o dever de guardar-lhes estrita observância, uma vez que como direito fundamental que é não assegura apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática (BONFIM, 2010, p. 27).

À luz do exposto, observa-se que a plena eficácia das normas constitucionais configura um pré-requisito ao fortalecimento de uma jurisdição constitucional emancipatória e progressista, tendo o Poder Judiciário um papel fundamental no Estado Democrático de Direito (SOARES, 2010, p. 145).

Restando claro, pois, que tais normas em virtude de sua aplicação diferida, se apresentam como comando-valores e trazem elasticidade ao ordenamento constitucional, podendo ser aplicadas imediatamente.

Nos dias atuais, ainda se encontra certa resistência em relação aos direitos fundamentais sociais possuírem a condição de direitos subjetivos individuais, rebatendo a ideia de regulação concreta, definida pelo legislador constituinte que, por completo, ensaia o nascimento de pretensões jurídicas que podem constituir oposições ao Estado.

O Texto Constitucional traz uma gama de dispositivos que trazem comportamentos obrigatórios, que vincula tanto o Estado, quanto os administrados. Logo, há violação da Constituição tanto quanto se faz o que ela proíbe quanto não se fizer o que ela impõe (BONFIM, 2010, p. 23).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 13-14), todas as normas constantes em uma Constituição são jurídicas, ou no mínimo, deve-se presumir que o sejam, afinal não existe norma constitucional privada de eficácia uma vez que seus preceitos são aptos a outorgar imediatamente, sem necessidade de norma regulamentadora posterior; logo, sua eficácia imediata e positiva em relação a determinados interesses tutelados ensejam a possibilidade de exigí-los tão logo sejam negados. Desta feita a discussão acerca da eficácia das normas constitucionais não é motivo suficientemente válido para privar cidadãos de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim sendo, mesmo que aos direitos sociais seja atribuído o caráter de norma programática, a hipótese de incidência imediata, em virtude de constituir norma de eficácia plena, não deve, com as devidas ressalvas, deixar de ser observada, sob pena de enfraquecer a juridicidade das Constituições, pois os direitos sociais, dentre eles o direito à educação, já trazem definidos e regulados pela própria Constituição a matéria que lhe serve de objeto, que, posteriormente será regulada no caso concreto pelos atos legislativos para efeitos de sua aplicação.

Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido depois pela autoridade legislativa, uma vez que, desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, ainda que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas à emanção de sucessivas normas integrativas (BONAVIDES, 2003, pp. 252, 253 e 368).

Vê-se que o parágrafo 1º da Constituição Federal, que traz a aplicabilidade imediata, engloba a interpretação do claro reconhecimento de direitos públicos subjetivos dos cidadãos, deixando clara a obrigação do Estado em atuar na direção de sua efetivação, que, por sua vez, não necessitará, inicialmente, de regulação infraconstitucional para o seu exercício, haja a vista a eficácia plena de tais direitos.

A ideia de que o direito à educação deve ter eficácia imediata, salienta a vinculação dos órgãos estatais a esse direito, devendo, pois, haver a correta observância de seus preceitos como direito fundamental que é e pelo fato de não se limitar apenas aos direitos de ordem subjetiva, como também a princípios basilares da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

A lição de Gilmar Mendes (2003, p. 3) ressalta que a atribuição de eficácia superior aos direitos individuais em relação às normas programáticas, deve ser claramente delineada em relação aos contornos e limites de cada direito, ou seja, trazer de forma límpida seu campo de proteção. O que deixa clara a importância do papel do legislador ao conferir discricionariedade na fixação de limitações ou restrições na concretização de tais direitos, contudo tal prerrogativa deverá ser exercida dentro dos limites constitucionais, onde em cada contexto específico poder-se-á verificar se as respectivas condutas são consideradas legítimas ou não.

O controle judicial dos atos administrativos visa garantir a efetividade dos serviços públicos prestados à população, atuando no sentido de lutar contra o excesso de poder em todas as suas modalidades. É importante salientar que a supracitada discricionariedade do legislador perante a indisponibilidade do interesse público (CARVALHO FILHO, 2014, p. 60), não se traduz numa mera faculdade de legislar, mas sim no dever de legislar.

4 DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO

Como genuíno direito social, o direito à educação vincula o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não podem arcar com os custos de uma educação particular, atuando no sentido de amenizar as desigualdades de fato muito comuns à realidade brasileira.

A Carta Política de 1988 estatui que a educação é direito de todos e dever do Estado (art.205), impondo que seja ele efetivado mediante a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, sendo assegurada sua oferta igualmente assegurada para aqueles que não tiveram o acesso na idade própria (art. 208, I).

O direito à educação parte da premissa que o saber sistemático é mais importante que uma importante herança cultural. A herança cultural traz para o cidadão padrões cognitivos, que o possibilitam participar da sociedade e colaborar com sua transformação. Em contrapartida, ter o conhecimento sistemático, é também uma condição indispensável para que se possam alargar os novos conhecimentos.

Enquanto direito fundamental, social e subjetivo, qualquer jovem, adulto ou idoso tem o direito de acesso a educação, podendo, a todo tempo, buscar tutela jurisdicional no sentido de resguardá-lo, pois é exatamente com o nascimento do Estado Democrático de Direito que ocorre a superposição da soberania da vontade dos cidadãos (interesse público) sobre a vontade do Príncipe (BOBBIO, 1992, p. 57).

Ora, claramente num Estado Democrático de Direito, não são asseguradas apenas prerrogativas e obrigações a todo cidadão, mas igualmente garantias para sua efetiva fruição, desta feita a ausência da aplicação no mundo fático dos referidos direitos enseja o acionamento de ferramentas jurídicas e processuais capazes de se fazer concretizar um direito constitucionalmente protegido em face da inequívoca inconstitucionalidade por omissão.

Nessa linha vê-se claramente que a atual Carta Magna coloca nas mãos da sociedade civil, como espaço consciente de poder, o condão de fiscalização do controle democrático do próprio Estado, com a intenção de evitar que ninguém seja tolhido de seus direitos fundamentais, dentre eles o da educação escolar.

Insta salientar a preocupação do legislador infraconstitucional em obedecer ao Texto Constitucional no que tange ao direito fundamental à educação, ao editar a Lei 9.394/1996. A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) é a lei orgânica e geral da educação brasileira, e, como o próprio nome já está dizer, preceitua as diretrizes e as bases da organização do sistema educacional no País, traçando as linhas por onde deverão ser trilhados o ensino prestado pelo Estado na educação escolar pública, tais como, por exemplo, a universalização do ensino médio gratuito, padrões de qualidade de ensino definidos em variedade e quantidade mínimas e insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Resta claro, pois, ser evidentemente inegável que o direito à educação não se restringe apenas ao acesso a ela, enquanto direito público subjetivo, mas igualmente à prestação ao cidadão de forma eficaz, nos padrões de eficiência e continuidade comum a todo e qualquer serviço público, formando sua personalidade, fornecendo seu sustento, e atribuindo-lhe uma condição de vida digna e humana.

5 MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DE UMA VIDA DIGNA

O Mínimo Existencial é uma construção teórica conhecida por abarcar um núcleo comum aos direitos fundamentais, traçando um âmbito de proteção mínimo, inviolável e inderrogável a tais direitos, sendo, então, diretamente proporcional às condições materiais mínimas exigidas para a sobrevivência em condições dignas, não podendo ser traduzido em balizamentos precisos; resultando de um levantamento comparativo de sua incidência em instrumentos de direitos humanos, fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas (TRINDADE, 1991, p. 12).

São em último caso os padrões mínimos universalmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana, resultantes de uma lenta incorporação aos tratados internacionais, cartas políticas e disseminação na legislação infraconstitucional dos Estados, sendo, pois, reconhecidos de forma supralegal o que torna imperativa sua aplicação à luz dos valores maiores da existência do Estado politicamente organizado, qual seja, seus cidadãos.

O mínimo existencial já foi contemplado inclusive em previsão normativa de conduta, Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 8.742/93, preceitua que a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Trata, pois, em última análise, de fixar um conteúdo mínimo ao cerne dos direitos fundamentais, que lhes serve de limite, estabelecendo seu respectivo âmbito de proteção, sendo absolutamente vedado ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem restringir a fruição desses direitos além do padrão mínimo estabelecido.

O mínimo existencial não necessita de espécie normativa para sua incidência, haja vista ser inerente a toda existência humana, sendo assim o pilar básico para o alicerce à vida com dignidade, logo, trata-se de um direito fundamental e essencial ligado à ideia de justiça social, tendo por escopo assegurar as condições mínimas de uma existência humana digna, devendo o Estado fornecer as condições materiais necessárias e prévias para que os direitos brancos possam ser efetivamente

exercidos cumprindo sua importante função de proporcionar igualdade e justiça social a quem deles necessitar, sendo, pois, reconhecido categoricamente como parte integrante do núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

6 RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

O crescente aumento tanto na gama dos direitos fundamentais quanto na consequente demanda para seu efetivo exercício, esbarra na escassez de recursos destinados a fornecer as condições materiais prévias para que possam, referidos direitos, serem plenamente exercitados pelo cidadão; nesse contexto surge a reserva do possível como fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

O Estado, aproveitando-se deste argumento, embora reconheça o direito do cidadão, alega não dispor de condições materiais suficientes para a promoção de um atendimento integral e eficiente para todos que dependam de seu suporte, em virtude de numerário escasso de recursos que se apresentarem insuficientes para a satisfação das necessidades públicas, uma vez que o direito à educação não é o único direito fundamental a que o cidadão faz jus, medindo esforços para aplicar nossa Lei Maior sob a justificativa de que deve ser observada a reserva orçamentária que se tem disponível, realizando apenas o que está dentro de suas possibilidades financeiras.

Ora, ainda que a reserva do possível possa e deva ser levada em consideração quando da elaboração e implementação das políticas públicas relativas aos direitos prestacionais, nenhuma impossibilidade orçamentária, (remota ou inexistente), per si, tem o condão de impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais sob a ótica do mínimo existencial, pois, o Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna.

Logo, ao não oferecer as ações afirmativas necessárias para que sejam concretizados os direitos “mínimos existenciais”, O Estado, na verdade, está infringindo seu próprio fundamento de validade, que reside na dignidade da pessoa humana, haja vista uma vez legitimado como gerenciador do interesse público tem o dever constitucional de atuar no sentido de responder às necessidades de seus administrados com serviços públicos adequados e eficientes.

7 A TRIPARTIÇÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL

A Constituição Federal de 1988 visou, precipuamente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, seguindo a tendência iluminista de repartir as funções do poder do Estado (MONTESQUIEU, 1982, p. 12), de forma independente, mas harmônica entre si, estabelecendo mecanismos de controle recíproco, através de um sistema de freios e contrapesos, com o fito de garantir a permanência de um Estado democrático de Direito, nesse sentido, estabeleceu de forma categórica que uma função não pode jamais se imiscuir no âmbito de atuação reservado à outra, constituindo dita afirmativa, uma cláusula pétrea da Carta Constitucional de 1988.

Observa-se claramente que o intuito do constituinte foi o de assegurar a unicidade do Estado, porém dentro de um modelo democrático, repartindo as funções do seu poder de forma a equilibrar, distribuir e fiscalizar cada função dentro de um conjunto tríptico de esferas (9).

As funções do poder são forças estruturais e organizacionais do Estado, possuindo cada uma delas uma atividade principal e outras secundárias, chamadas de típicas e atípicas, as últimas são exercidas em caráter excepcional, como forma de garantir a harmonia constitucional entre si e decorrem do fato de que a tripartição das funções não tem caráter absoluto.

Vale lembrar que a teoria proposta por Montesquieu não deve ser interpretada apenas no sentido de evitar o exercício arbitrário e absolutista do poder concentrado nas mãos de uma só pessoa, mas também pressupõe uma relação de cooperação, equilíbrio e interdependência dos Poderes (BONFIM, 2010, p. 37).

Assim, resta claro, pois, que dita teoria não pode ser utilizada como óbice para o controle judicial como ferramenta para a concretização do direito à educação ante a omissão administrativa do Poder Público, uma vez que não está o Judiciário criando uma política pública, ou mesmo estabelecendo critérios vinculativos para o mérito administrativo, mas tão somente determinando que seja implementada uma prestação material prévia que já existe no ordenamento jurídico pátrio para o efetivo exercício de um importante direito fundamental, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

8 O CONTROLE JUDICIAL E A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA

A necessidade crescente pela tutela jurisdicional do direito à educação justifica-se pelo fato deste constituir ferramenta imprescindível para uma transformação da sociedade por meio dos indivíduos que a compõem, exatamente por isso o Estado tem a missão constitucional de não apenas proporcionar, mas igualmente assegurar seu efetivo exercício, criando e concretizando políticas e ações educacionais adequadas à formação do cidadão.

Segundo Carlos Weis (1998, pp. 289-317), em qualquer momento que a dignidade da pessoa humana for afrontada, nascerá um direito subjetivo, suscetível de tutela jurisdicional, que terá por fito tanto a correção da situação de atos danosos, quanto a prestação material negada.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet (2002, p. 89) defende que a proteção da dignidade da pessoa humana, pelo fato de sua importância no ordenamento jurídico, deve ser preservada até mesmo contra ameaças vindouras não trazidas de forma expressa no âmbito dos direitos fundamentais já consagrados no Texto Constitucional.

A presente crise enfrentada pelos direitos fundamentais prestacionais não se resume ao binômio efetividade/eficácia, indo mais além, alcançando o reconhecimento da própria identificação do seu respectivo âmbito de proteção, restando evidente, nos dias atuais, o clamor por uma participação mais concreta e efetiva da Função Judiciária Estatal no sentido de exercer um controle na efetivação das políticas públicas já definidas no Texto Constitucional, no sentido de assegurar um dos pilares estruturais mais importantes de um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Ademais, ainda que seja atribuído aos direitos fundamentais de natureza social o status de norma programática, não devem estes deixar de ser concretizados, nos limites das razoáveis proporções de cada caso em concreto, sob pena de se enfraquecer e pormenorizar as Constituições, haja vista os direitos de igualdade, já trazerem em seu bojo, e, como tal, já aptas a incidir (KRELL, 2002, p. 42), a matéria a ser tratada em seu objeto, a qual será ulteriormente regulamentada na prática, por meio de atos legislativos de aplicação apenas para conferir-lhe contornos mais precisos.

Frise-se que, a partir do momento que um fato possui relevância social para a conduta intersubjetiva das pessoas, será criada uma norma para, regulamentá-lo, e, conseqüentemente inseri-lo

no mundo jurídico, ou seja, surge a necessidade de proteção ao agora fato jurídico para torná-lo obrigatório, residindo exatamente aí a diferença essencial entre uma norma jurídica e um mero processo de adaptação social.

Conforme ressaltado por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 22) a eficácia é um atributo das normas e pode ser exigida judicialmente, se necessário. O correto seria exigir da Função Jurisdicional Estatal aquilo que se encontra no cerne da norma, e que ela pretende produzir, porém por algum motivo, não veio acontecer, bastando apenas solicitar ao Judiciário que referida norma produzisse seus efeitos no mundo fático.

Observa-se que o real exercício dos direitos fundamentais está diretamente vinculado a uma atuação efetiva por parte do Estado, já que este deverá assegurar ao cidadão o pleno acesso a tais direitos, de forma a empregar os recursos financeiros minimamente necessários para tal finalidade, no sentido de garantir seu mais alto nível de realização (BONFIM, 2010, p. 25).

No mesmo sentido, Felipe Derbli (2008, p. 344), preceitua que a Constituição não apenas assegurou ao legislador a obrigação de editar leis que tornem concretos os direitos sociais, mas igualmente, em contrapartida, impôs ao legislador a proibição de não poder revogar as leis que atualmente imprimam contornos um pouco mais precisos acerca da concretização deles, sem que seja criada alguma outra regulamentação substitutiva, no sentido de não permitir que as conquistas obtidas até então sejam retiradas, explicitando desta feita princípio, de construção doutrinária, com ampla ressonância em se tratando de direitos com cunho prestacional, a vedação do retrocesso.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241), políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas no sentido de realização de objetivos relevantes e politicamente determinados.

Não obstante, ainda a que a Constituição considere o direito à educação como direito fundamental e com uma imperatividade categórica, a sua concretização, ante sua natureza eminentemente prestacional, impõe aos governantes o dever de efetivação mesmo em face da escassez de recursos.

Logo, a omissão do legislador iguala-se ao excesso de poder legislativo, o que pode dar ensejo a uma inconstitucionalidade contínua, resultando em uma desestabilização política (KRELL, 2002, p. 57), já que o fito dos direitos econômicos e sociais está sujeito, na maioria das vezes, a adoção de medidas de caráter promocional em várias áreas de ação, com ênfase nos planos político e jurídico (KRELL, 2002, p. 20-22).

Ademais, embora a Função Judiciária não deva, a princípio, interferir na esfera de outra função estatal nos aspectos relacionados a conveniência e oportunidade, é sim legitimada a intervir, em se tratando de ofensa evidente e arbitrária, tanto pelo legislador na função constitucional de legiferar, quanto pelo Executivo quando da não implementação da respectiva prestação material prévia em flagrante desrespeito ao interesse público.

Em caso de omissão legislativa, surge a possibilidade do titular do direito subjetivo não exercido recorrer ao mandado de injunção, como instrumento para tentar compelir o legislador a cumprir seu dever de legislar sobre a matéria, entretanto apenas de forma admoestativa, haja vista, a Separação das Funções do Poder do Estado impedir categoricamente o Judiciário de interferir na atividade típica de outra função do Poder Estatal.

Assim sendo, a intervenção judicial por meio do mandado de injunção apenas declara a omissão legislativa, dela não derivando a mínima obrigação de legislar no sentido de suprir a omissão que ensejou sua impetração, exatamente por isso o referido remédio constitucional não alcançou o resultado que dele se esperava nem muito menos a amplitude que o Poder Constituinte Originário pretendia com a sua instituição, o que per si já demonstra, de forma cristalina, a necessidade premente de uma participação mais atuante do Legislativo no sentido de promover o exercício do direito fundamental em questão (10).

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245-246) associa o núcleo dos direitos fundamentais à cláusula da reserva do possível, salientando a importância da implantação do mínimo existencial no orçamento público, sem deixar de lado que a finalidade do Estado em obter verba, é para aplicá-la na prestação de serviços, na intenção de concretizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta nuclear das Constituições modernas, inclusive a Constituição Brasileira de 1988, pode ser sintetizada na promoção do bem-estar do homem, assegurando condições de sua própria dignidade, incluindo além da proteção dos direitos individuais, as condições materiais mínimas de existência, direito ao mínimo existencial. Quando o administrador estabelece esses alvos principais dos gastos públicos, ele irá, em tese, tentar atingi-los.

À luz do exposto, o mínimo existencial pode conviver de maneira produtiva com a reserva do possível. Nessa esteira, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 730-731), admitindo o controle judicial, classifica as políticas públicas como condutas omissivas ou comissivas da Administração,

direcionado ao cumprimento de meta contida em norma constitucional ou legal, sujeitas ao controle judicial amplo, principalmente em matéria relacionada a eficiência dos meios utilizados e a avaliação dos resultados alcançados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho sustenta a classificação do direito à educação como um direito fundamental, e, como tal, seu efetivo exercício é imprescindível à dignidade da pessoa humana, e, enquanto garantia constitucional, suscetível de ser judicialmente exigido, ante a inércia do Poder Público em sua promoção.

O objetivo basilar do direito à educação é o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano e para tanto se faz necessária uma participação atuante do Estado através da implementação de políticas públicas para que seus pressupostos materiais sejam assegurados, do contrário, perde o sentido qualquer forma de educação.

Ora, Todas as normas constitucionais, mesmo as programáticas, geram de forma imediata, direitos subjetivos para os cidadãos, embora apresentem graus de eficácia distintos. Logo, ao serem consideradas como meras normas de cunho ideológico ou político, estar-se-á, na verdade, negando completamente sua efetividade normativa. Desta feita, as novas demandas exigem do atual Estado Constitucional uma maior atuação da Função Judiciária no sentido de suprir as eventuais inércias do Executivo e Legislativo.

Em razão disso, ainda que a destinação de verba e as normas regulamentadoras das políticas públicas estejam à disposição da discricionariedade de decisões políticas, a atuação da Função Judiciária Estatal é legítima no sentido de velar pela Constituição, e observar se os seus preceitos foram respeitados. O que concede ao Judiciário, em decorrência da educação ser absolutamente imprescindível ao exercício da dignidade da pessoa humana, determinar que a Administração execute uma política pública já existente, trazida por lei e ainda não concretizada sem nenhuma justificativa aceitável, evidentemente, respeitadas as particularidades de cada caso em concreto.

Logo, o controle judicial na prestação do direito à educação, surge quando o Poder Público dá a cômoda desculpa da escassez material e da mera programaticidade das normas para não realizar o desenvolvimento e a justiça social garantidos pela Constituição. Tal controle atuará em face da omissão do Poder Público na efetivação do direito à educação, o que per si, não fere a separação constitucional das funções estatais, já que o magistrado não toma decisões de cunho político, mas sim jurídico, levando em conta a importante garantia da reserva do possível, porém mitigada pelos direitos integrantes no núcleo do mínimo existencial; nesse sentido, os direitos sociais desenvolvem a nobre e importante função de proporcionar a igualdade substancial aos que dela necessitam, buscando amenizar desigualdades existentes na sociedade, por meio do ideal da justiça distributiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482. Apud COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Reserva do Possível e Controle Jurisdicional**. RPGE. Porto Alegre, v. 30, n. 63.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOMFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. **Efetivação do direito fundamental à saúde através da ação civil pública: uma análise da prática jurisprudencial em Alagoas**. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma – AgI nº 596.927-6, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 15 de Fevereiro de 2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.007-7/PE, Relator Ministro Eros Grau. Diário da Justiça, Seção I, 17 de Março de 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, Matheus de. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

- DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição da Vedação do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Consitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ISKANDAR, Ibraim Jamil. **Normas da ABNT comentadas para trabalhos científicos**. 5.ed. São Paulo: Juruá, 2012.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**, Porto Alegre, v. 32, n. 86, p. 5-24; set./dez. 1999.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Trad. Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord). **Ação Civil Pública/ Lei 7.347 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.
- MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal Anotada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió: Edufal, n. 3, jul./dez. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. 2ª ed., São Paulo: RT, 1970.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em 25 de Junho de 2014.
- PRODANOV, Cleber Cristiano e FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2.ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. **Análise crítica quanto efetivação do direito fundamental à educação no Brasil como instrumento de transformação social**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 20 de junho de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A Releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Brasileiro. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 4.ed. Mato Grosso: Saraiva, 2010..

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEIS, Carlos. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais *In*: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado – Grupo de Trabalhos de Direitos Humanos, 1998.

SZTAJAN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Notas

(1) Não se perca de vista que o fato de estar abarcado como fundamental na Constituição da República de 1988 confere ao direito uma garantia de proteção jurídica muito grande; inicialmente por ser o referido texto, quanto ao critério da estabilidade, classificado como rígido o que per si, já exige um procedimento especial e solene para sua alteração; depois, porque revestido da prerrogativa de cláusula pétrea constitui limite expresso ao Poder Constituído Reformador, sendo apenas possível sua supressão da Ordem Constitucional vigente por intermédio do Poder Constituinte Originário.

(2) Os Direitos Sociais se apresetam como Direitos Positivos, logo, seu exercício está inexoravelmente atrelado à implantação de prestações materiais prévias por parte do Estado, e como tal, sua fruição completamente dependente do valor dos recursos públicos destinados para tal fim.

(3) Não se pode olvidar da indisponibilidade do interesse público, o qual é gerido pelo Estado, logo, restando o primeiro evidenciado deverá este prestar imediatamente o serviço público correspondente e proporcional à necessidade pública que o originou, configurando-se a omissão estatal como uma das espécies do gênero abuso de poder.

(4) Segundo Rachel Sztajan e Décio Zylbersztajn: “Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade, de adequação à função” (2005, p. 205).

(5) A eficácia refere-se à potencialidade da norma para produzir seus efeitos.

(6) Na tripartição francesa clássica os ideais revolucionários, e, pois, as dimensões dos direitos fundamentais foram representadas pelas cores de sua respectiva bandeira, a Liberdade é azul, a Igualdade é branca e a Fraternidade é vermelha.

(7) Não se perca de vista que o acesso à educação é uma das principais formas de concretização do ideal da democracia.

(8) Em matéria de efetividade dos direitos sociais o baixo nível de desenvolvimento vivenciado pela população brasileira representa um óbice bem maior que a carência de prestações materiais exigidas pela natureza prestacional destes direitos.

(9) Conforme estabelecido no art.2º da Constituição Federal de 1988: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

(10) Insta salientar que em bora possua o Judiciário a prerrogativa constitucional de ser “la bouche de la loi” adequando o comando normativo ao caso concreto, não se pode descurar de ser-lhe absolutamente vedado atuar como legislador positivo determinando o surgimento de novas categorias jurídicas não contempladas pela norma.

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim*

O autor é Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió, professor de Direito Empresarial II da Faculdade de Direito Cesmac do Agreste; Professor Substituto de Direito Civil II, Direito do Trabalho II, Prática Trabalhista e Direito da Seguridade Social, da Universidade Estadual de Alagoas; professor nos cursos de Pós-Graduação da Faculdade CESMAC do Agreste, do Centro Universitário CESMAC, da Faculdade Integrada do Sertão e do CEAP Cursos.

Bianca Oliveira da Silva**

Advogada

Artigo recebido em: 24/11//2016

Artigo aprovado em: 29/01/2016

A RESPONSABILIDADE DO CIDADÃO NO DESENVOLVIMENTO DA VIDA EM COMUNIDADE ATRAVÉS DA VIRTUDE DA JUSTIÇA: ANÁLISE SOB O PRISMA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA

131

LA RESPONSABILITE DES CITOYENS DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA VIE EN COMMUNAUTÉ EN RAISON DE LA VERTU DE LA JUSTICE: ANALYSE SOUS LE PRISME D'ÉTHIQUE D'ARISTOTE

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro*

RESUMO: Este artigo analisou algumas questões envolvendo a responsabilidade dos indivíduos na construção da vida em comunidade sob o prisma aristotélico. Partindo da *Ética a Nicômaco*, buscou-se demonstrar como se desenvolve a filosofia prática de Aristóteles, a partir dos conceitos de finalidade essencial do homem e do Estado, de justiça, lei e virtude. Assim, foi analisado o papel de destaque que o cidadão possui no desenvolvimento da vida social e como ele pode contribuir para a manutenção da vida em sociedade, mostrando a importância e contemporaneidade das reflexões aristotélicas para a humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Aristóteles, ética, cidadão, lei, justiça, virtude.

RÉSUMÉ: Cet article cherche à analyser certaines questions impliquant la responsabilité des individus dans la construction de la vie communautaire à travers le prisme aristotélicien. A partir de l'*Éthique à Nicomaque*, on a cherché démontrer comment se développe la philosophie pratique d'Aristote, a partir de concepts de fin essentielle de l'homme et d'État, la justice, loi et la vertu. Ainsi, on sera démontré le rôle éminent que le citoyen a dans le développement de la vie sociale et comment il peut contribuer au maintien de la vie en société, montrant l'importance et la contemporanéité des réflexions d'Aristote pour l'humanité.

MOTS-CLÉS: Aristote, éthique, citoyen, loi, justice, vertu.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ética e a *práxis*; 2 A finalidade da ação humana; 3 A finalidade do estado; 3.1 A justiça e a lei; 3.2 A virtude; 4 A responsabilidade moral do cidadão na vida em comunidade através da virtude da justiça; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As obras de Aristóteles constituem em legado ímpar para a humanidade, influenciando diversos filósofos e correntes de pensamento durante toda história da humanidade. Mais que isto, o legado do Estagirita possui uma posição de destaque sem paralelo na filosofia até nossos dias, com

trabalhos de amplas dimensões, únicos na esfera da lógica formal, da teoria da demonstração, filosofia da natureza, ontologia, teologia filosófica, ética, política, retórica e poética, o que levou os filósofos da Antiguidade Tardia (1) a lhe chamarem de “divino Aristóteles” (HÖFFE, 2008, p. 13; BITTAR, 2003, p. XXIX; BARNES, 2009, p. 16).

Em meio aos diversos escritos e obras do autor, a ética aristotélica emerge como um valor nuclear entre todas as demais obras, estando intimamente ligada à questão da política e do Estado. Mais que isto, seus escritos éticos refletem uma teoria da relação e convivência em sociedade e buscam compreender os meios e atividades próprios aos homens, oferecendo subsídios para o regramento da vida individual e social (BOUTROUX, 2002, p. 113; BITTAR, 2003, p. 993).

A ética aristotélica é incrivelmente vasta. Ao contrário dos outros temas tratados pelo filósofo, que buscavam essencialmente à análise, interpretação e exposição de um problema, a sua ética busca, em sua complexidade, avançar no estudo de questões como justiça, virtude, adequação legislativa, regência da *pólis*. Enfim, sua ética reflete uma profunda preocupação com as questões políticas e sociais, com questões práticas da vida em sociedade.

Em verdade, a ideia de que o homem deve ser compreendido através de sua natureza e de sua finalidade é uma das faces mais brilhantes da filosofia de Aristóteles. Isto porque a filosofia, enquanto ramo das ciências que se ocupa da análise dos problemas humanos, conforme nos ensina Kaufmann (2002, p. 26-27), deve sempre buscar a resposta para tais problemas a partir da própria *práxis*.

Tendo em mente que uma das principais dificuldades para compreender o pensamento de Aristóteles seja a complexidade e dimensão da sua obra, este trabalho abordou a parte da ética aristotélica desenvolvida no seu livro *Ethica Nicomachea*. Inobstante se reconheça a importância dos demais tratados do autor nesta área (como a *Magna Moralia* e a *Ethica Eudemia*), escolheu-se como ponto de partida a obra acima mencionada, porque ela possui um conteúdo mais completo e abrangente, além de uma maior profundidade psicológica, e porque ela foi a última do autor dedicada a temática da ética, incluindo em seu corpo, inclusive, conteúdos presentes nas obras antecedentes. (BITTAR, 2003, p. 991-992; HÖFFE, 2008, p. 170; HUTCHINSON, 2009, p. 259).

Portanto esta pesquisa analisou a finalidade do homem enquanto ser social e político, a

finalidade do Estado e o papel desempenhado pelo cidadão no desenvolvimento da vida em comunidade, partindo da teoria aristotélica da relação e convivência social por meio da *pólis* (BITTAR, 2003, p. 995). Isto porque se tratam de questões práticas extremamente atuais nos nossos dias, demonstrando a atemporalidade e magnitude das reflexões aristotélicas para a humanidade.

Para alcançar seus objetivos, a pesquisa foi do tipo bibliográfica. Foram analisadas duas obras de Aristóteles – *Ética a Nicômaco* e a *Política* –, além de autores que se dedicam ao estudo do autor, tais como Höffe, Barnes, Hutchinson, Bittar, Silveira, dentre outros. A pesquisa bibliográfica forneceu o subsídio para a construção da pesquisa, que consistiu em uma análise da finalidade da ação humana, do Estado e da vida em comunidade sob o prisma aristotélico.

1 A ÉTICA E A PRÁXIS

A ética é a área da filosofia que estuda a essência e finalidade do agir moral do homem e da sociedade. Por meio dela, Aristóteles aborda questões relativas aos costumes e formas de agir do meio social, como a forma de pensar, sentir e o próprio caráter do homem. Seus estudos refletem uma grande preocupação com os fundamentos do comportamento humano. Mais que isto, o autor avança na seara da política e aborda questões práticas sobre a função do Estado e do cidadão na manutenção da vida em coletividade, e desenvolve uma ética normativa eminentemente social (HÖFFE, 2008, p. 993-995).

O estudo da ética aristotélica ocorre em três livros distintos, escritos únicos na literatura helenística. São os livros *Ética a Eudemo* (*Ethica Eudemia*), *Grande Ética* (*Magna Moralia*) e *Ética a Nicômaco* (*Ethica Nicomachea*), o último dos escritos do autor, e mais detalhado de todos os escritos. Esta obra aborda o “fim último do agir humano”, identificado como a felicidade (*eudamonia*), em seu livro I, desdobrando-se, nos livros subsequentes, em estudos sobre as competências práticas do agir humano, que se dividem basicamente em duas: virtudes de caráter e virtudes intelectuais (Livros II-IV). No interregno desses estudos Aristóteles aborda diversas questões relacionadas com a questão da

virtude e do agir moral do homem (Livros VII-X). É no final desta obra que aborda a questão da existência teórica e da existência político-moral (Livro X). Em resumo, a ética aristotélica compõe o que Höffe denomina como a “filosofia das questões humanas”, pois discute, entre vários temas, “conceitos normativos comuns”, ou seja, o agir do indivíduo (2008, p. 993-995).

A finalidade da ação, o seu “fim”, é chamado de *práxis*. A filosofia política se ocupa da *práxis*, pois tem como objetivo não a construção de um saber em si mesmo considerado, mas o próprio agir, assentado na esfera do conhecimento prático (*pragmatéia*). Neste sentido, salutar a observação de Höffe, para quem “Aristóteles não busca a intenção prática nem pela via das admoestações morais nem pela via das ações políticas; antes, exclusivamente por intermédio de conceito, argumento e determinação de princípios” (HÖFFE, 2008, p. 172; BITTAR, 2003, p. 1021). A filosofia aristotélica é uma filosofia prática porque possui uma preocupação ética com a finalidade, o bem e o valor da ação do homem e da sociedade (2).

Portanto, uma vez que a ética aristotélica é eminentemente prática, ocupa-se em grande medida do estudo da finalidade da ação humana, do seu agir efetivo. As ações do homem são efetivadas através de possibilidades reais e não de a partir de algo transcendental. Desta forma, a filosofia da *práxis* busca a reflexão do bem e das concretizações do homem para que ele possa alcançar sua finalidade primordial e, conseqüentemente, a felicidade (*eudamonia*) (SILVEIRA, 2001, p. 129; SILVEIRA, 2000, p. 65-66).

2 A FINALIDADE DA AÇÃO HUMANA

Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem. Mas entre os fins observa-se uma certa diversidade: alguns são atividades, outros são produtos distintos das atividades das quais resultam; e onde há fins distintos das ações, tais fins são, por natureza, mais excelentes do que as últimas. (ARISTÓTELES, 2012, p. 9).

Todas as coisas possuem uma finalidade que lhes pertence, o que se refere tanto às ações humanas quanto às técnicas, investigações, raciocínios e deliberações, pois existe uma determinada

ordem para cada coisa, uma *physis*. Se cada ser possui uma *physis* específica que obedece a características próprias, possuem também uma *physis* genérica que faz com que pertençam a uma dada conjuntura de seres que possuem as mesmas características e faculdades (BITTAR, 2003, p. 998).

A ideia de que o homem deve ser compreendido através de sua natureza e de sua finalidade é uma das faces mais brilhantes da filosofia de Aristóteles. O homem é considerado um animal político, porque é considerado como um animal (*zoön*) e, simultaneamente, possui a necessidade de estar entre os da mesma espécie, sendo por isso considerado um ser social (*politikón zoön*) (BITTAR, 2003, p. 998).

De acordo com Aristóteles, uma das quatro causas de qualquer coisa – ou também de qualquer movimento ou mudança – é a causa final, ou fim para que tende o movimento. Enquanto é alvo e fim desejado, a causa final é também boa. Daí se segue que algum bem pode não estar só no ponto de partida de um movimento (como ensinava Platão e Aristóteles admitia), mas também permanecer em seu fim. E isto é particularmente importante para qualquer coisa que tenha início no tempo, ou, como diz Aristóteles, qualquer coisa que venha a ser. *A Forma ou essência de qualquer coisa em desenvolvimento é idêntica ao propósito, ou fim, ou estado final para o qual se desenvolve.* (3).

O ser humano já nasce inserido em instituições ético-políticas e isto contribui para a manutenção dos costumes e tradições da comunidade o qual se insere. A manutenção e aperfeiçoamento da vida em comunidade pressupõe a comunhão dos homens com os outros homens. Trata-se de uma lógica que Aristóteles acaba herdando de Platão, em que “a comunidade moral dos cidadãos, em um bom estado com base na lei e na virtude, é a mais elevada e verdadeira forma de moralidade” (STÖRING, 2009, p. 154).

Os seres que não possuem racionalidade e inteligência acabam atingindo sua finalidade específica de forma imediata, com suas ações espontâneas e instintivas que buscam satisfazer um desejo imediato ou uma necessidade de sobrevivência. Isto não ocorre com o ser humano, que possui um fim “mais nobre”. Isto significa que o homem não se satisfaz simplesmente com a satisfação de suas necessidades básicas e sua simples sobrevivência, pois precisa possuir uma margem de ação através da sua liberdade. Além das finalidades específicas que possui, o homem possui uma “essência” que o impulsiona à vida em sociedade, e essa “essência” vai guiar os indivíduos à manutenção da própria espécie por meio de mecanismos próprios de organização social (BOUTROUX., 2002, p. 113).

E Aristóteles afirma que, se para todas as coisas existe um fim que é desejado como um fim em si mesmo pelo homem, esse fim deve ser o “sumo bem”. Ele localiza o ser humano dentre os seres vivos através do desejo e lhe atribui um lugar de destaque no mundo por meio da razão, do *logos* (ARISTÓTELES, 2012, p. 9).

A finalidade da ação humana, por conseguinte, assume essencialmente duas formas: a primeira quando o homem vive das “paixões” (*kaka pathos*), deixando sua percepção decidir a finalidade de seus atos com o objetivo de alcançar, tão somente, ao “bem aparente” e efêmero (*phainomenon agathon*), o que deixa o homem preso à cobiça e à afecção. Por outro lado, quando comandado pela razão (*kaka logon*), o homem buscaria o bem comum de forma pura, simples e verdadeira. Desta forma, “tal como Kant, assim também Aristóteles conhece uma alternativa fundamental. A ela, à dicotomia entre razão e paixão, é estranha, contudo, à diferença da dicotomia de Kant entre dever e inclinação, a ideia de uma razão pura, prática em si mesma” (BOUTROUX, 2002, p. 177).

Em verdade, o homem possui seu sentido ligado à ideia de vida em sociedade, e sua “finalidade natural” consiste, justamente, em viver na cidade e contribuir com as mais variadas necessidades da coletividade, a participar da política e, quando as leis forem editadas de forma justa, viver através das virtudes éticas que se prolongam nas virtudes políticas, o que significa contribuir, enquanto cidadão, para a vida na *pólis* (CAILLÉ; LAZZERI; SENELLART, 2006, p. 52).

3 A FINALIDADE DO ESTADO

A cidade-Estado dos gregos, chamada de *pólis*, era uma forma de comunidade urbana cujo significado está ligado à ideia de um ente organizador da vida social responsável pela manutenção da ordem e pela paz. Cada uma das cidades gregas constituía uma unidade autônoma (GOBRY, 2007, p. 119), onde os indivíduos possuíam características, costumes e práticas típicos do meio ao qual estavam inseridos, fato bastante importante na construção da filosofia aristotélica.

A origem do Estado é explicada por Aristóteles no livro “Política”. Ele já inicia seu discurso afirmando que a cidade é uma espécie de associação que se estabelece objetivando alcançar algum bem, até porque os homens sempre agem visando alcançar algo que consideram um bem. Por conseguinte, o Estado, ou simplesmente a *pólis* é, dentre as sociedades políticas, a mais importante associação humana, que consegue abarcar, em si, todas as outras. O seu objetivo é alcançar à maior vantagem possível, o maior bem entre todos (ARISTÓTELES, 2014, p. 53).

Neste viés, Aristóteles se utiliza de uma forma de reconstrução histórica para demonstrar que a *pólis* é fruto de um processo natural de evolução da humanidade que se inicia nas formas mais primitivas de sociedade até desaguar no mais perfeito modelo de sociedade, o Estado. A evolução da sociedade humana ocorre, sob este prisma, de forma gradual. Uma sociedade menor passaria à condição de sociedade maior e mais complexa, através da união das sociedades menores. A sociedade autossuficiente se tornaria uma província, e esta, por sua vez, transformar-se-ia em um reino e este em um império (BOBBIO e BOVERO, 1996, p. 40-41).

Abrem-se parênteses neste ponto para destacar o que prelecionam Bobbio e Bovero, que lançam importante reflexão sobre a influência do modelo aristotélico de Estado e sociedade no desenvolvimento da filosofia na modernidade. De acordo com estes autores, a influência da escola peripatética (4) pode ser vista em autores como Campanella, Bodin e Althusius no que se refere à ideia de que a sociedade é uma construção gradual do homem em seu processo evolutivo (5).

Enfim, no modelo aristotélico a sociedade política organizada por meio da *pólis* nada mais é do que “o campo para a realização da natureza humana”, e é por isto que a compreensão do Estado pressupõe, em um primeiro momento, a compreensão do homem e de sua formação dentro deste espaço social (VOEGELIN, 2009, p. 412).

As ações dos indivíduos são baseadas na vida em sociedade, o que não significa que a qualidade de “ser justo” depende, exclusivamente, da educação e do costume dados no meio social. A lei (diga-se, a constituição) possui um papel fundamental na formação dos cidadãos justos, pois ela é a medida de ação de cada um deles. Desta forma, “agir de acordo com a lei é ser um cidadão justo, é ser um cidadão que conhece sua tarefa como membro da comunidade política, é ser um atualizador das virtudes, que tornam a *pólis* um lugar de harmonia bom e feliz” (SILVEIRA, 2001, p. 125).

A entidade “Estado”, em Aristóteles, possui importância maior do que o indivíduo em si mesmo considerado, mas em contrapartida o Estado só existe para servir à sociedade. Neste ponto, leva-se em consideração que toda pessoa faz parte de um determinado agrupamento humano, em face da natureza gregária dos homens. E justamente por causa desta necessidade é que os indivíduos devem agir de acordo com seus deveres de cidadãos e devem contribuir para a construção de uma sociedade melhor. A solidariedade social é um elemento ínsito ao bom cidadão. É por tal motivo que a ética aristotélica é essencialmente social, pois o homem passa a ser visto, sob esta ótica, dentro da categoria

de membro de uma dada coletividade, e, por isto, detentor de uma série de responsabilidades para com a coletividade. O homem só atinge a perfeição plena quando realiza a atividade que lhe é própria. Isto significa que a felicidade está ligada a realização da atividade humana de viver em sociedade (SILVEIRA, 2001, p. 125; BOUTROUX, 2002, p. 114).

3.1 A justiça e a lei

A justiça aristotélica é baseada nos atos legais emanados na *pólis*, cujo conteúdo deveria prever as virtudes necessárias à vida em sociedade. Por meio da lei, os homens deveriam praticar “atos bons” baseados nos mais variados tipos de virtude, e, em contrapartida, deveriam ser proibidos de praticar os “vícios”. Trata-se de um conceito universal de justiça, que possui o objetivo de unir a comunidade em prol da manutenção do Estado e da busca pelo bem comum (SILVEIRA, 2001, p. 85-88).

A lei positivada possui um objetivo basilar que fundamenta sua existência: fazer com que a sociedade, por meio da ação individualizada dos homens, pratique às virtudes, dirija-se ao bem comum. Em verdade, tanto as leis quanto a política servem fundamentalmente a este fim, e é por meio dela que o homem atinge sua finalidade enquanto ser social. Mas é preciso compreender, como bem destaca Bittar, que a lei não objetiva tornar o indivíduo virtuoso em si mesmo, mas tornar a convivência social pacífica para que as virtudes possam naturalmente florescer entre os cidadãos. Assim, é a lei que vai formar o bom cidadão. E, neste sentido, é preciso que não se confunda a ideia de “bom cidadão” com “homem bom”, pois um homem só pode ser considerado bom em essência quando agir de forma correta independentemente de haver um conjunto de leis que o forcem a agir de uma dada maneira (BITTAR, 2003, p. 990-1001).

Outra questão de grande importância, na filosofia aristotélica, é o fato de que a lei não poderá proibir todo tipo de comportamento que venha a contrariar qualquer virtude. Em realidade, a lei só pode prever condutas que atentem contra a ordem social, pois o indivíduo só pode estar vinculado à

lei “no que concerne à necessidade de manutenção de virtudes conexas com o todo; nem todos os seus vícios serão recriminados, apenas aqueles que atingirem a outrem ou obstruírem o desenvolvimento da sociedade. A lei se preocupa com o interrelacional, com a conduta externa” (BITTAR, 2003, p. 990-1001), tendo o indivíduo liberdade de escolha nas condutas que não atentem contra o todo ou alguma de suas partes.

Neste viés, a justiça consiste, justamente, em “cumprir voluntariamente tudo o que a lei e os costumes exigem” (HÖFFE, 2003, p. 25). De acordo com a lógica aristotélica, a vida em comunidade pressupõe um certo solidarismo por parte do cidadão, para realizar o fim da *pólis* e alcançar à felicidade geral. O cumprir à lei assume a conotação de renúncia da individualidade em prol do desenvolvimento social. E é por meio da ação individualizada do cidadão, cumprindo às leis de forma geral e alcançando às virtudes nelas previstas, que isto se torna possível (TOMAZELI, 1999, p. 28).

A felicidade é considerada um bem social e coletivo do indivíduo. Como sua natureza é de ser social, seria impossível que a autossuficiência – considerada aqui como o egoísmo em relação às questões da *pólis*, como o isolamento da vida em comunidade – levasse à felicidade, pois a escolha pela “excelência individual” não pode atingir o “bem supremo”, fincado na ideia de vida em comunidade. Portanto, somente por meio de uma outra forma de autossuficiência – a coletiva – que o homem seria capaz de alcançar sua felicidade e a do grupo, atingindo, desta forma, sua própria finalidade (TOMAZELI, 1999, p. 28).

Não é por outro motivo que a questão da justiça, em Aristóteles, está ligada, primordialmente, a política e a sociedade. Falar de justiça é falar da “virtude política por excelência”, daquela que orienta não apenas à vida privada dos homens individualmente considerados, mas que rege à vida pública e o próprio sentido da *pólis*. Trata-se da virtude que une o cidadão à vida em sociedade através da busca pelo bem comum, pois a construção de uma “*pólis* justa” pressupõe o abandono da singularidade própria do indivíduo e o reconhecimento do mesmo enquanto pertencente de uma dada coletividade, e sua correspectiva função enquanto cidadão (SILVEIRA, 2001, p. 125).

É preciso observar que Aristóteles ramifica a justiça em dois grandes grupos (6). No primeiro, há a justiça universal, que abarca as noções de justiça de forma integral e abrangente, ideias que já circulavam entre os gregos antes do autor. É neste grupo que entra a ideia de realizar às leis,

fazer o que é correto e possuir virtude em relação ao próximo. Por outra via, a ideia de justiça particular remete “àsquelas questões de honra, dinheiro ou auto-conservação” (HÖFFE, 2003, p. 25), e subdivide em justiça distributiva e corretiva (SILVEIRA, 2001, p. 75) (7).

A justiça distributiva regula as relações da sociedade como um todo com o cidadão individualmente considerado, e seu objetivo gira em torno da distribuição justa dos bens públicos, tendo como postulado central a ideia de igualdade proporcional. Por sua vez, a justiça corretiva possui a finalidade de reestabelecer o equilíbrio social ou político ocasionado por alguma situação em que a igualdade tenha sido transgredida (SILVEIRA, 2001, p. 75).

Enfim, a justiça aristotélica, genericamente considerada, tem seu sentido e razão de ser ligados à “estruturação ética dos cidadãos”. Quando individualmente considerados, eles realizam os “atos” com base naquilo que está previsto normativamente, ou seja, “aquilo que se encontra em potência no âmbito dos conceitos”. O “ser justo” está ligado a uma série de ações cívicas que passa a compor o tecido social. Daí se falar na sociedade como o “espaço político por excelência”, cuja ordem pressupõe uma série de atos individuais que passam a compor um todo orgânico, e por isso a justiça só é possível a partir da vida gregária (BITTAR, 2003, p. 1000-1001).

3.2 A virtude

A compreensão geral da ética aristotélica está ligada a compreensão do conceito de felicidade, e esta, por sua vez, só pode ser entendida a partir da compreensão da virtude (*aretê*). Isto porque a felicidade só é alcançada por meio de uma atitude racional, e viver de forma racional significa viver com virtude, que é uma espécie de hábito cuja característica principal é a realização perfeita de alguma das potências do homem. Em outras palavras, é a realização máxima de uma capacidade que o ser possui, uma forma de realização de alguma função natural do homem, um estado permanente que o conduz à decisão (SILVEIRA, 2000, p. 43; SILVEIRA, 2001, p. 30; BOUTROUX, 2002, p. 115; BITTAR, 2003, p. 1017; PERINE, 2006, p. 40).

Quando se fala em função natural é preciso compreender que as virtudes não são produzidas de forma imanente pela natureza, pois ela capacita os seres para receber às virtudes, e a partir do hábito a capacidade é aperfeiçoada. Bittar afirma, sobre este assunto, que a existência da virtude está ligada a três fatores indispensáveis: a consciência plena da ação, a escolha deliberada e a estabilidade (repetição) da virtude (ARISTÓTELES, 2012, p. 31).

O homem possui uma função que lhe é própria, em face de sua natureza e racionalidade, fator que leva Aristóteles a identificar tipos de virtudes na natureza humana: as intelectuais e as éticas. A virtude intelectual ou dianoética se adquire por meio do processo social de aprendizagem, ao longo da vida em sociedade. Este tipo leva o indivíduo a buscar o melhoramento da própria razão e o aperfeiçoamento da alma, o que faz com que ele seja considerado o mais elevado dentro do quadro de virtudes aristotélicas. Diferentemente, a virtude ética é fruto da razão que domina os sentidos e instintos naturais (SILVEIRA, 2000, p. 43; STÖRING, 2009, p. 153; BOUTROUX, 2002, p. 117).

Neste sentido, importante observar que nenhuma das virtudes éticas pode ser alterada pelas condições naturais imutáveis. E com isto, Aristóteles quis dizer, por exemplo, que por mais que se tente mudar a natureza de determinadas coisas, por vezes isto é impossível. É o caso da pedra que, quando jogada de um dado lugar cai invariavelmente para baixo. Nada fará com que ela mude sua rota, ainda que ela seja jogada dez mil vezes para cima, pois ela, por sua natureza, não poderia, jamais, se comportar de uma forma diferente (ARISTÓTELES, 2012, pp. 31-46).

Ao estudar a virtude, Aristóteles analisa às ações humanas objetivando produzir homens bons para o seio social. Por isto, as ações humanas deveriam estar situadas entre o excesso e a deficiência, o que deveria ser realizado por meio de uma atitude racional. A virtude aparece, aqui, como a justa razão, o meio termo (*mesótês*) entre ações opostas, ou seja, como “mediedade” (8). É justamente isto que irá definir a virtude, pois ela deve se afastar dos extremos de uma determinada ação, pois as polaridades se opõem e se excluem, além de que ações ligadas ao excesso ou à deficiência são caracterizadas como vícios (9).

É preciso que o homem rejeite às paixões, compreendidas como “tudo que faz variar os juízos, e de que se seguem sofrimento e prazer” (ARISTÓTELES, 2002, p. 20). Elas não são boas ou más em si mesmas, pois é o homem o real responsável por suas ações, o único responsável pela própria escala de valores que eleger para a vida pessoal e grupal (LEBRUN, 1988, p. 19; SANTOS, 2002, p. 47) (10).

A virtude gravita em torno da ideia de meio termo entre ações contrárias, tal como o excesso e a deficiência. Reconhecer este meio termo depende de um julgamento, realizado a partir da sabedoria prática ou da razão, em que o homem deve rejeitar o excesso e alcançar a justa medida, variando a depender de cada indivíduo, tempo e circunstância (SILVEIRA, 2001, p. 30; BOUTROUX, 2002, p. 116-117).

Com relação ao gênero da virtude, ela é classificada como disposição que torna o homem bom e, conseqüentemente, o leva a bem realizar sua função. Conforme Aristóteles afirma, “devemos observar que toda virtude ou excelência não apenas põe em boa condição a coisa a que dá excelência, como também faz com que a função dessa coisa seja bem desempenhada” (ARISTÓTELES, 2012, p. 38; GADAMER, 2009, pp. 125-154).

Dentre os vários tipos de virtude, a justiça é considerada como uma das principais dentre as virtudes morais aristotélicas, pois, por meio dela, torna-se possível o reestabelecimento da igualdade proporcional dentro da sociedade. Neste sentido, a equidade é considerada uma forma ainda mais específica de justiça: enquanto esta é considerada uma virtude de caráter geral e indeterminado, a equidade é considerada a justiça concreta e atual, uma vez que leva em consideração às ações dos indivíduos particularizados. Além disto, a equidade leva em consideração o fato de que à lei seria impossível prever todas as situações da vida em sociedade, permitindo a aplicação da virtude da justiça aos casos particulares (BOUTROUX, 2002, p. 118).

Em resumo, agir com virtude significa agir de forma correta a fim de alcançar o meio termo entre as ações opostas a partir das leis morais e racionais postas na sociedade. O indivíduo é responsável direto pelas próprias ações e, por isso, é responsável pelas suas disposições morais perante os outros indivíduos. O sujeito possui liberdade de ação, no seio social, por meio da deliberação que realiza perante as situações da vida, e será considerado virtuoso na medida em que realiza suas potencialidades da forma máxima. Por outro lado, incorrerá em vício sempre que incorrer no excesso ou deficiência (SILVEIRA, 2000, p. 66).

4 A RESPONSABILIDADE MORAL DO CIDADÃO NA VIDA EM COMUNIDADE ATRAVÉS DA VIRTUDE DA JUSTIÇA

Aristóteles desenvolveu uma visão comunitária de cidadania, em que ganha destaque a ideia de pertencimento a uma dada comunidade política, onde o coletivo é enfatizado em detrimento do individual, por meio da participação do cidadão na vida pública e da realização das virtudes (CARVALHO, 2000, p. 106).

O centro da ética aristotélica é a convivência política do indivíduo na sociedade, o que ocorre através da virtude e da justiça. O indivíduo só poderá ter uma vida feliz na medida em que desenvolver virtudes morais que colaborem para a vida em coletividade. Não basta que o homem se reconheça enquanto animal racional, pois ele é, essencialmente, um animal político, o que significa que o homem só pode realizar sua natureza por meio da vida em comunidade, pois não há como ser feliz sozinho (SILVEIRA, 2001, p. 12).

A finalidade suprema da *pólis* é permitir que os indivíduos tenham uma vida feliz através da virtude, tanto no plano individual como no coletivo. No plano individual, as virtudes permitem que haja equilíbrio entre os cidadãos e conduzem ao meio termo das ações sociais particularizadas. No plano coletivo a virtude atua através da justiça, condição de equilíbrio social e político (SILVEIRA, 2001, p. 12).

Os cidadãos se curvam à lei através da justiça, enquanto disposição interior e subjetiva que regula as relações entre os iguais. Por isto, o cidadão possui o dever moral de cumprir à lei, viver justamente e praticar a todas as virtudes, pois se trata da sua finalidade enquanto ser gregário. Ele precisa possibilitar à comunidade sua manutenção através de suas ações individualizadas que passarão a compor o tecido do corpo coletivo em prol da manutenção da *pólis* (SILVEIRA, 2001, p. 13).

A justiça aristotélica não pode ser compreendida como um código normativo fechado e inflexível, pois ela se adapta às mais variadas situações humanas e à conjuntura histórico-social o qual está inserida. Ela é, em verdade, um meio para a realização da finalidade maior do homem dentro do espaço social, e não existe por si mesma (SILVEIRA, 2001, p. 13).

Toda ética aristotélica caminha no sentido de que o cidadão possui uma responsabilidade moral para com a *pólis*, pois ele deve cumprir de forma voluntária os deveres legalmente instituídos

para a manutenção da coletividade. E dentre todas as virtudes é a justiça que impulsiona o homem para que ele viva de acordo com cada um dos seus deveres, sendo considerada uma qualidade moral dos cidadãos, a “virtude da cidadania”. Ela liga o indivíduo a vida em comunidade, e, mais que isto, concilia os interesses próprios e particularizados dos mesmos com os interesses do Estado, dotando-os como cidadãos (SILVEIRA, 2001, p. 13-14). Neste sentido, Hesse destaca:

A vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada a ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza (HESSE, 1991, p. 21).

Portanto, “é o cidadão, e não mais o indivíduo em-si-mesmo que, pela prática da justiça, se reconhece na *pólis* e fundamenta uma ética social” (SILVEIRA, 2001, p. 14). A justiça, em sua acepção política, só se realiza quando os indivíduos vivem em coletividade com o objetivo de garantir a autossuficiência da comunidade, e por isso o cidadão possui a responsabilidade ética dentro deste espaço de sempre deliberar consciente e voluntariamente para a manutenção da *pólis*, e só assim poderá ser justo e agir de acordo com suas finalidades (SILVEIRA, 2001, pp. 121-133).

CONCLUSÃO

O estudo da ética aristotélica é bastante denso e complexo, uma vez que busca abordar uma série de questões de ordem prática que envolvem a finalidade da ação do homem, seu agir dentro do espaço social. E estes estudos refletem uma preocupação com o Estado e a manutenção da vida em coletividade, uma vez que se parte da premissa de que o ser humano é um ser gregário e não vive fora do corpo social, e que só desta forma pode alcançar à felicidade.

A ideia é que todo ser possui uma finalidade essencial, um sentido que deve orientar as suas ações e escolhas. E essa finalidade essencial se manifesta em duas ordens distintas: uma mais geral e abrangente, onde o ser é analisado dentro da categoria de seres ao qual pertence; e outra mais

específica, relativa as suas características próprias. E, no caso do homem, a finalidade geral está ligada a identidade social que possui enquanto ser gregário. Por isto, o indivíduo não consegue alcançar sua finalidade sozinho, pois ele é um animal político e sua natureza é eminentemente coletivista.

É preciso observar que o coletivismo aristotélico pode ser considerado radical, devido ao fato de que o indivíduo só é considerado dentro de um dado contexto social, a saber, o do Estado. Fora dele, não haveria como encontrar a felicidade, porque a natureza do ser humano impõe uma ação voltada para a vida social. Em contrapartida, Aristóteles deixa bem definida a função do Estado, que é servir à sociedade encontrando a ordem e a paz e propiciando um espaço propício ao desenvolvimento das virtudes do homem.

Essa preocupação com o desenvolvimento da *pólis* acaba por fomentar o desenvolvimento de uma filosofia prática voltada ao desenvolvimento da vida social. Em suma, a ideia que orienta a filosofia aristotélica é a de que o homem já nasce inserido nas instituições sociais e, por isto, o indivíduo possui uma responsabilidade social e moral para com a *pólis*: ele deve obedecer às leis para contribuir com a manutenção social e ser um bom cidadão, e assim alcançar justiça. E mais: o indivíduo deve buscar atingir às virtudes independentemente de haverem leis que orientem sua ação, pois somente assim será considerado um homem bom.

Desta forma, os costumes e tradições da comunidade ajudam a moldar o comportamento do bom cidadão, mas isto, por si só, não é suficiente para garantir a continuação do núcleo social, pois o aperfeiçoamento da vida em comunidade pressupõe a comunhão dos homens com outros homens, que possuem uma enorme responsabilidade na manutenção da vida em comunidade por meio de suas ações que devem estar orientadas a este fim.

E o Estado precisa estar fincado na lei e na virtude para garantir a convivência pacífica entre os homens, sendo o responsável por manter a ordem e a paz social. Dentre as sociedades políticas o Estado é, sem dúvida, o tipo de associação humana mais importante em Aristóteles. Isto porque ele é o resultado de uma evolução gradual das sociedades humanas, o local perfeito para a realização plena da natureza humana.

A formação dos cidadãos, neste sentido, é oportunizada por uma série de fatores, como a educação e o costume. Mas cabe à lei formar cidadãos justos, pois ela deve prescrever às virtudes necessárias para que os indivíduos cumpram seu papel dentro da coletividade. Através das prescrições

legais os indivíduos devem contribuir com o desenvolvimento social.

A lei possui como objetivo central possibilitar a prática das virtudes pelos homens, para que cumpram sua função social. Da mesma forma, a ideia de justiça está ligada à vida em sociedade, pois ela é a virtude orientadora da vida privada e pública dos homens, que une o cidadão à vida social.

Portanto, todo o sistema aristotélico gira em torno da manutenção da vida em sociedade através da convivência na *pólis*, pois não há como o indivíduo alcançar sua finalidade primordial longe do espaço social. Por meio das virtudes, da lei e da justiça os indivíduos podem ter uma vida feliz. E isto significa que eles possuem a responsabilidade moral de buscar a manutenção da vida em coletividade por meio da obediência às leis e da prática das virtudes. O cidadão possui o dever de colaborar com o desenvolvimento da *pólis* por não só nas suas relações com o Estado, mas também nas relações com seu próximo, pois somente desta forma ele realizará totalmente sua natureza de ser social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. **Política**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

_____. **Retórica**. 1. ed. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: **Martin Claret**, 2002.

BARNES, Jonathan (Org.). **Aristóteles**. Tradutor: Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e Justiça em São Tomás de Aquino. **Revista de Direito da USP**. São Paulo, SP, v. 93, p. 339-359, 1998.

_____. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manoel, 2003.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Paris: Librairie générale française, 1993.

BOUTROUX, Émile. **Aristóteles**. Tradução: Carlos Nogueué. 3. Ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2002.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. **História Argumentada da filosofia moral e política: A felicidade e o útil**. Tradução: Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CAMPANELLA, Tommaso. **De politica**. Napoli: Guida Editori, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na Encruzilhada. In BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

- CASSIN, Barbara (Org.). **Vocabulaire européen des philosophies**. Paris: Seuil/Le Robert, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. **A ideia de bem entre Platão e Aristóteles**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- GOBRY, Ivan. **Vocabulário grego da filosofia**. Tradução: Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HADOT, Pierre. **O que é filosofia antiga?** Tradução Dion Davi Marcelo. São Paulo: Loyola, 1999.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HUEGLIN, Thomas. **Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism**. Ontario: Wilfrid Laurier Univ. Press, 1999.
- HÖFFE, Otfried. **Aristóteles – Introdução**. Tradução: Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- _____. HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- HUTCHINSON, D. S. Ética. In BARNES, Jonathan (Org.). **Aristóteles**. Tradutor: Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
- LEBRUN, Gérard. O conceito de paixão. In NOVAES A. (Org.). **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2006.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos, volume 2**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1974.
- _____. **A miséria do Historicismo**. Tradução: Octany S. da Mota & Leonidas Hegenberg. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1980.
- REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. 2. ed. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2004.
- SAMARANCH, Francisco. **Cuatro Ensayos sobre Aristóteles: política, ética y metafísica**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- SANTOS, Antônio Carlos dos. **A política negada: Poder e corrupção em Montesquieu**. São Cristóvão: UFS; Aracaju: Fundação Oviêdo Teixeira, 2002.
- SARTIN, Gustavo H. S.S. O surgimento do conceito de “Antiguidade Tardia” e a encruzilhada da historiografia atual. **Brathair – Revista de Estudos Celtas e Germânicos**. Curitiba, PR, v. 9, n. 2, p. 15-40, 2009, ISSN 1519-9053.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. As virtudes em Aristóteles. **Revista de Ciências humanas**, Frederico Westphalen, RS, v. 1, n. 1, p. 41-71, 2000.
- _____. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.
- STÖRING, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Tradutores: Volney J. Berkenbrock *et al.* Petrópolis: Vozes, 2009.
- TOMAZELI, Luiz Carlos. **Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta: a busca de um novo contrato social**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- VOEGELIN, Eric. **Ordem e história – Platão e Aristóteles, v. 3**. Tradução Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2009.

Notas

- (1) Termo que designa o período entre 300 e 476 d. C. (Cf. SARTIN, 2009).
- (2) Esta não é uma tese pacífica entre os filósofos contemporâneos. Diferentemente de Höffe, Moore entende o justo oposto, que a ética aristotélica se ocupa do saber e não da prática. (MOORE, apud HÖFFE, 2004, p. 989).
- (3) Para Popper, Aristóteles teria fundado a escola dos “essencialistas metodológicos”, cujo objetivo é o estudo dos seres a partir de sua essência. (POPPER, 1974, p. 11; POPPER, 1980, p. 21).
- (4) Escola formada por discípulos de Aristóteles.
- (5) Nos três autores é possível visualizar a forte influência da filosofia aristotélica na construção da ideia de Estado. Campanella, em seu livro “De Política”, afirma que as comunidades humanas se originam de núcleos familiares que, ao evoluírem, transformam-se em sociedades complexas como cidades, províncias, reinos ou impérios. Por sua vez, Bodin em seu escrito “Les six livres de la République”, defende a formação do Estado a partir da formação da família, considerada a origem e fundamento do mesmo. Althusius chega a cunhar um termo específico para a sociedade organizada, a consociatio política, que seria o complexo social resultante da agregação de sociedades menores como a família, o primeiro dos agrupamentos humanos. Percebe-se, portanto, que a filosofia de Althusius possui seu fundamento inteiramente fincado na estrutura gradualista proposta por Aristóteles. (CAMPANELLA, 2001, p. 43; BODIN, 1993, p. 50; HUEGLIN, 1999, p. 86; BOBBIO, p. 41-42).
- (6) A divisão da justiça em Aristóteles não é pacífica para a doutrina. Enquanto alguns, como Silveira, afirmam que ela se divide em dois grandes grupos, outros, tal como Bittar, afirma que se divide em três: ‘1. justo total (díkaion nomimón); 2. justo particular (díkaion íson); 2.1. justo distributivo (díkaion dianemetikón); 2.2. justo corretivo (diorthótikon díkaion); 2.2.1. justo comutativo; 2.2.2. justo na relações não-voluntárias; 3. justo político (díkaion politikón); 3.1. justo legal (díkaion nómikón); 3.2. justo natural (díkaion physikón); 4. justo doméstico (oikonomikòn díkaion); 4.1. justo despótico (despotikòn díkaion); 4.2. justo conjugal (gamikòn díkaion); 4.3. justo paternal (patrikòn díkaion)’. (BITTAR, 1998, p. 345).
- (7) É de se observar, neste sentido, que “Aristóteles trata a justiça natural como imutável e universal (aplicável em qualquer lugar), pois advinda da natureza, enquanto a justiça legal é encarada como convencional”. (SILVEIRA, 2001, p. 75).
- (8) “Mediedade” é o termo usado por alguns intérpretes de Aristóteles para se referir à justiça como meio termo. (BITTAR, 2003, p. 1026).
- (9) Neste sentido, Reale chama a atenção para o fato de que Aristóteles conceituou a “mediania” como “a justa medida que a razão impõe a sentimentos e ações” em um sentido vertical, relativamente ao bem e à perfeição. Com isto, Aristóteles estaria exprimindo a própria sabedoria moral grega e as ideias de medida e justa medida presentes na filosofia platônica. (REALE, 2004, p. 204-205; ARISTÓTELES, 2012; SILVEIRA, 2001, p. 44-47; BITTAR, 2003, p. 1026)
- (10) Cf. HADOT, 1999, p. 120-130.

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro*

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2014) e Mestrado em Direito Público pela mesma instituição (2016). Atualmente é professora universitária e pesquisadora da área da corrupção e improbidade administrativa.

Artigo recebido em: 23/11/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

OS DISPOSITIVOS DE NORMALIZAÇÃO DA SOCIEDADE DISCIPLINAR: A FABRICAÇÃO DO ANTINARCISO NOS APARELHOS JURÍDICO-SOCIAIS

THE STANDARDS DEVICES OF A DISCIPLINARY SOCIETY: THE CONSTRUCTION OF THE ANTINARCISO IN THE LEGAL-SOCIAL DEVICES

149

Renata Celeste*

Amanda Salgado**

RESUMO: O texto trata de uma breve investigação sociológica acerca da produção do estigma a partir da interpretação e regulação do comportamento desviante. Utilizando o aporte teórico da obra de Erving Goffman e dos elementos que perfazem a Sociedade Disciplinar de Michel Foucault, busca-se demonstrar a construção do sujeito estigmatizado como um subproduto do sistema penal. A identidade do delinquente resulta de um processo complexo que envolve o reconhecimento social de sua conduta como inadequada e o agir dos aparelhos do Estado que implicam no reforço dessa identidade desviante. O padrão desviante passa por um plano tripartido onde o Direito atua estabelecendo o modelo normativo da conduta, o campo social traça os parâmetros do sentido do comportamento normal e o Estado regula a concretização do processo de exclusão do sujeito. O processo de esquadramento do sujeito segue uma lógica de economia, o delinquente é o indivíduo que a relação de poderes escolhe para marginalizar e isolar. Aquele que é reconhecido enquanto desviante integra a sociedade na margem do fora.

PALAVRAS-CHAVE: Estigma. Sociedade Disciplinar. Delinquente. Antinarciso.

ABSTRACT: The text is a brief sociological research on the production of stigma from the interpretation and regulation of deviant behavior. Using the theoretical work of Erving Goffman and the elements that make up the Society Disciplinary by Michel Foucault seeks to demonstrate the construction of the subject stigmatized as a byproduct of the penal system. The identity of the offender is the result of a complex process that involves the social recognition of his conduct as improper act and the state apparatus involving the strengthening of this deviant identity. The deviant pattern undergoes a tripartite plan where the law acts establishing the normative model of behavior, the social field outlines the parameters of the sense of normal behavior and the state regulates the concretization of the exclusion of the subject. The process of exploration of the subject follows a logic of economy, the offender is the person who chooses the relation of power to marginalize and isolate. The one who is recognized as deviant in society integrates the outside edge.

KEYWORDS: Stigma. Disciplinary Society. Offenders. Antinarciso.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estigma: na margem de fora; 2 Sociedade disciplinar: os dispositivos de normalização; 3 Direito e disciplina: uma função estratégica; 4 Antinarciso: a inversão do mito; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a produção da identidade delinquente, levando em consideração a inscrição dos estigmas carregados por estes indivíduos. No decorrer do texto, a intenção é mostrar que esse processo de subjetivação não ocorre ao acaso, mas que tal realidade desenha-se a partir de um jogo estratégico de poderes onde se mesclam o jurídico, o social e o político.

A marca individualizante do estigma desencadeia um duplo processo de exclusão: a autoexclusão, que acontece a partir da percepção do processo de diferenciação sofrido pelo Outro (1), e a exclusão social, alimentada pela sociedade que cria um mecanismo hostil de tratamento diferenciado aos indivíduos indesejados.

Utilizaremos como referenciais teóricos Erving Goffman, de quem adotaremos a conceituação e o desenvolvimento do estigma, e Michel Foucault para traçar modos de subjetivação como fatores de legitimação da ordem social numa relação circular e cúmplice, que estabelece a lógica de dominação social em função de uma dinâmica de produção de exclusão social como padrão de normalidade para uma sociedade disciplinar.

1 ESTIGMA: NA MARGEM DE FORA

Segundo Goffman, os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo *stigma* para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar algo de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava (1988, p. 11). Entretanto, o decorrer do tempo emprestou outras significações ao termo. Na Era Cristã foi tido como metáfora de graça divina (GOFFMAN, 1988, p. 11), e hoje, a acepção da palavra estigma possui contorno eminentemente negativo, tendo ligação com o indesejado que é alvo de preconceito.

A sociedade acaba por impor determinadas regras de categorização aos indivíduos, levando em conta atributos considerados normais e aceitáveis no cenário social. Os ambientes sociais estabelecem certo nível de probabilidade entre as categorias de pessoas que podem neles serem encontradas. Dessa forma, para Goffman, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua *identidade social* (1988, p. 12-13).

Esse processo de percepção da característica do Outro acontece, inicialmente, em um nível inconsciente, no qual operamos um processo de expectativas quanto aos atributos do indivíduo a nossa frente, mas não reconhecemos de imediato a racionalização dessa expectativa. No momento em que passamos a problematizar o preenchimento dessas expectativas é que, segundo Goffman, percebemos que durante todo o tempo estivemos fazendo algumas afirmativas em relação àquilo que o indivíduo que está a nossa frente deveria ser (1988, p. 12). Esta caracterização apriorística que fazemos do indivíduo, uma exigência efetiva que realizamos, se apresenta como uma *identidade social virtual*, uma vez que não são os atributos pertencentes ao indivíduo, mas sim os atributos que esperamos encontrar. Em oposição, os atributos efetivamente possuídos pelo indivíduo formam sua *identidade social real*.

Desse modo, a característica *imputada* é um estigma, sobretudo quando seu efeito de descrédito é relevante e constitui uma discrepância entre a *identidade social real* e a *identidade social virtual*. O termo estigma é usado como referência a um atributo depreciativo, mas como apresenta Goffman, o que é preciso é uma linguagem de relações e não de atributos (1988, p. 13). É a relação intersubjetiva que define o valor do estigma, um atributo que estigmatiza pode gerar a normalidade do outro envolvido na relação, portanto é a partir da significação do estigma num ambiente relacional que definimos ou não seu valor de descrédito.

Há duas formas em que se apresenta o estigma: o estigmatizado é logo reconhecido como tal, sua marca é imediatamente percebida pelos demais, ou, em outra forma, trata-se daquele estigma que não é imediatamente perceptível. No primeiro caso, segundo Goffman, estamos diante da condição do *desacreditado* e no segundo, do *desacreditável*.

Podemos mencionar três tipos de estigmas que possuem certo nível de distinção. O primeiro conjunto está formado pelas *deformidades do corpo*, o segundo conjunto são questões morais, *as culpas, o caráter e as falhas de conduta*, e o terceiro, as diferenças de *etnia, tribos e raças*. O

conjunto que nos interessa é o segundo, a produção do estigma a partir das condutas desviantes e como esse indivíduo será tomado como desacreditado, apesar de portador de um estigma social e não físico.

2 SOCIEDADE DISCIPLINAR: OS DISPOSITIVOS DE NORMALIZAÇÃO

A análise de Foucault penetra nos interstícios ocultos, em que inúmeras formas de poder interferem na constituição do sujeito. Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder (FOUCAULT, 2002a, p. 117). O corpo treinável, manipulável, capaz de produzir força ganhou atenção, dava-se a abertura para o Homem-máquina. Segundo Foucault, existem dois registros de escrita para o Homem-máquina, um anátomo-metafísico, iniciado por Descartes; e outro, técnico-político onde se observa o conjunto de regulamentos militares, escolares e processos empíricos e refletidos para controlar e corrigir as operações do corpo (2002a, p. 117-118).

Esses são os caminhos da docilização dos corpos com registros bem distintos, pois em um momento se trata de submissão e utilização e em outro, de funcionamento e de explicação, nas palavras de Foucault: corpo útil e corpo inteligível. “O Homem-máquina” de La Mettrie é ao mesmo tempo uma redução materialista da alma e uma teoria geral do adestramento, no centro dos quais reina a noção de “docilidade” que une ao corpo analisável o corpo manipulável (2002a, p. 117).

Tal processo implica numa coerção ininterrupta que esquadrinha tempo, espaço e movimento. Esses métodos que permitem o controle minucioso do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar de “disciplinas” (2002a, p. 118). Essa política de coerção e manipulação calculada ativa um mecanismo perverso de assujeitamento, no qual o corpo entra numa maquinaria que o desarticula, mas ao mesmo tempo o recompõe em moldes ficcionais que assumem o papel da realidade.

Em busca da disciplina dos corpos, entra em cena a figura do “dispositivo” no pensamento estratégico de Foucault. Segundo Giorgio Agamben (2009, p. 38-51), para Foucault, os dispositivos implicam em um processo de subjetivação, produção de um sujeito, por meio de práticas, discursos, saberes, exercícios, enfim, instrumentos linguísticos ou não, que de forma heterogênea, atuavam para criação de corpos disciplinados para a atividade de governo. Estes dispositivos estão sempre presentes nas relações de poder e nas relações de saber.

É o que acontece através do dispositivo prisional, que produz consequências para o sujeito e provoca a formação do delinquente, tornando-o estigmatizado e predisposto a novas técnicas de governo (AGAMBEN, 2009, p. 47). A prisão objetiva colocar sob vigilância, bem como selecionar, filtrar e concentrar parte da população predefinida, submetendo-a ao assujeitamento.

A partir desse modelo ficam sugeridos os enquadres, os corpos não úteis devem ser marginalizados, separados, excluídos, não fazem parte de uma economia. Aquilo que está fora da normalização deve ser tratado em espaços individualizados. O processo de disciplinamento fabrica corpos dóceis e alimenta a sectarização dos “corpos inúteis”.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada. (FOUCAULT, 2002a, p. 119)

Essa microfísica tende a cobrir o corpo social inteiro, esse controle minucioso é necessário para a regulação utilitária do homem. Observe que o Estado não mais pode alcançar tamanho controle sem se perder em alguma forma de totalitarismo, logo o antigo poder absoluto e régio do soberano cede espaço para técnicas difusas e detalhadas de domesticação. A disciplina é uma anatomia política do detalhe (FOUCAULT, 2002a, p. 120).

Em primeiro lugar, a disciplina observa a distribuição dos indivíduos no espaço, daí a importância da economia do espaço: fábricas, escolas, hospitais, quartéis e prisões, são lugares determinados que visam não só o controle das comunicações, mas a produção do espaço útil. O tempo também tem função essencial na disciplina, a obrigação do horário, a elaboração temporal do ato, a articulação corpo-objeto que define a relação do corpo com o objeto que ele manipula, a utilização exaustiva “é proibido perder tempo que é contado por Deus e pago pelos homens” (2002a, p. 131).

O aparelho judiciário também se adaptará a essa mecânica da disciplina. O sucesso do poder disciplinar reside no uso dos instrumentos simples, dispositivos: um olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame, como procedimento específico. Essa produção do homem moderno criou estigmas que penetram a noção de normalidade na sociedade até hoje. A disciplina funcionou como espécie de máquina pedagógica para adestramento que observou todos os detalhes. Adestrar corpos

vigorosos, *imperativo de saúde*; obter oficiais competentes, *imperativo de qualificação*; formar militares obedientes, *imperativo político*; prevenir a devassidão e a homossexualidade, *imperativo de moralidade* (2002a, p. 145). A preocupação com esses atributos levou a uma padronização do sujeito e a separação entre os indivíduos, contribuiu para a cultura da estigmatização do sujeito que nasce com algum sinal de imperfeição ou daquele que comete alguma *conduta desviante*.

As disciplinas estabelecem uma infrapenalidade, esse pequeno mecanismo penal é aplicado pela sociedade disciplinar como um todo. O sistema de micropenalidades funciona para sancionar problemas de tempo, da maneira de ser, dos discursos, do corpo e da sexualidade. A vigilância está em toda parte normalizando, inclusive na auto-observação. É passível de pena tudo que se afaste da regra, todos os desvios. O funcionamento jurídico-antropológico que a história da penalidade revela tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora. O Normal se estabelece como princípio de coerção. Um campo de comparação é traçado, um espaço de diferenciação criado e o princípio de uma regra a seguir é apresentado.

Assim a sociedade disciplinar tece sua trama, distribuindo papéis e impondo padrões de existência, a técnica da disciplina forma um sujeito assujeitado que não se percebe enquanto alvo de manipulação. Dois resultados nos interessam nessa rede, a formação do padrão de *normalidade* imposta à sociedade e a produção dos espaços de diferenciação e exclusão que alcançam os indivíduos com a marca da “*anormalidade*”.

3 DIREITO E DISCIPLINA: UMA FUNÇÃO ESTRATÉGICA

O tratamento do direito encontrado em Foucault possui uma noção com contornos negativos, se apresenta como uma espécie de castrador formal, assumindo formas negativas de interdição formalista. É a partir do triângulo “poder, direito e verdade” que ele pretende organizar sua investigação.

O conceito de poder foucaultiano se situa em algum lugar entre o direito e a verdade: “O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso (FOUCAULT, 2006, p.8)”, “o poder produz realidade antes de reprimir” (FOUCAULT *apud* DELEUZE, 2006, p.38). O direito possui duas implicações nesses enunciados, primeiro ele produz verdade que legitima o discurso de poder, depois, sua forma está sedimentada na atitude de repressão, sendo a distribuição “poder, direito e verdade” relacional.

Foucault quer estudar o modo pelo qual o poder se exerce, o “como do poder”, conforme ele mesmo explica:

[...] em outras palavras, isso equivale a compreender os mecanismos do poder balizados entre os limites impostos de um lado pelo direito, com suas regras formais delimitadoras, e de outro pela verdade, cujos efeitos produzem, conduzem e reconduzem novamente ao poder. É nesse sentido que Foucault menciona a relação triangular que se estabelece entre esses três conceitos: poder, direito e verdade. (FOUCAULT, 2002b, p.28).

Mais factualmente a questão versará sobre quais as regras de direito de que o poder se utiliza para produzir discursos de verdade, “qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos de verdade que são, numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?”(FOUCAULT, 2002, p.28; FOUCAULT *apud* O. BURMESTER, 2005, p.38). São múltiplas as relações de poder que coabitam na sociedade, entretanto essas relações de poder não se sustentam sem a economia de um discurso de verdade, o poder não se exerce sem a circulação de um discurso verdadeiro e esse discurso é produzido e legitimado pelo direito. A verdade é a norma, e assim estamos inseridos em relações de poder que necessitam de discursos de verdade para se estabelecer, os quais por sua vez estão imbricados no direito que afirma o que é ou o que não é. O direito se apresenta tal qual uma hermenêutica de mundo, mas uma hermenêutica que afirma o poder soberano e legitima as disciplinas necessárias ao modelo de repressão.

Nessa esteira, Foucault (2002b, p.32) propõe a seguinte análise pertinente ao direito: “o sistema de direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfa”. Não se trata mais de analisar a legitimidade da norma, mas observar o resultado atingido pelo direito nos termos dos mecanismos de sujeição que ele põe em prática. Ao mesmo tempo Foucault não pretende a análise de poder do lado de dentro, mas antes em sua externalidade, no fora, no como se dá seu exercício e seu contato com seu objeto, com seu campo de

aplicação. A verdade foge do ambiente de valor, está mais próxima do campo de intenções, do porquê de sua produção. Impõe-se, afinal, a busca do poder naquele exato ponto no qual ele se estabelece e produz efeitos (FOUCAULT, 2002b, p. 33).

A verdade se profissionaliza, e no centro daquela relação triangular, a verdade é a norma. Nesse sentido, e antes de qualquer coisa, são os discursos verdadeiros que julgam, condenam, classificam, obrigam, coagem, trazendo consigo efeitos específicos de poder.

O direito funciona como o discurso regulador das disciplinas, dispositivo de controle, é ele que produz legitimidade para as técnicas de domesticação. É o direito que vai normatizar o que é normal e o que é anormal, o que é família e o que é desvio de conceito, exemplificando através do nosso Código Civil, que positiva os capazes, absolutamente incapazes e relativamente incapazes; positiva as relações familiares e prevê até mesmo a possibilidade do indivíduo dispor ou não do corpo.

4 ANTINARCISO: A INVERSÃO DO MITO

Essa sociedade disciplinar ao ditar os contornos da normalidade limitou, a um só tempo, as zonas de diferenciação entre indivíduos. Implica admitir que o reconhecimento dos *estigmas* possui um ambiente estreitamente ligado aos imperativos de normalização da disciplina.

Utilizaremos o mito de Narciso para percorrer a origem do que chamaremos de “*antinarciso*”, ou seja, o indivíduo estigmatizado na sociedade, que em oposição ao belo emblematizado nas pulsões pelo normal, concentra os atributos do feio, do mal, do indesejado. Nosso antinarciso, especificamente, será o sujeito delinquente, tanto o sujeito condenado, como o potencialmente condenável junto ao olhar do corpo social. Nessa esteira, apontaremos como pano de fundo a contribuição do aparelho judiciário penal e prisional como catalisador na formação dos estigmas e a sanção social aplicada ao indivíduo que passa a ser visto com repulsa e medo.

Na atualidade, a palavra "estigma" representa algo de mal, que deve ser evitado, uma ameaça à sociedade, isto é, uma identidade deteriorada por uma ação social (MELO, 2005). O

indivíduo que comete uma conduta desviante e é isolado na máquina prisional passa a ter sua identidade virtual tomada como real, independente daquilo que informe toda sua *biografia*. Entende-se que tudo o que alguém fez e pode, realmente, fazer, é passível de ser incluído em sua biografia, como o ilustra o tema relativo a Jekyll e Hyde (GOFFMAN, 1988, p. 73). A introdução do “biográfico” é importante na história da penalidade, porque ele faz existir o “*criminoso*” antes do crime e, num raciocínio limite, fora deste (FOUCAULT, 2002a, p. 211).

Esse mecanismo é revestido de uma sofisticada perversão. Observe que embora a regra formal seja de presunção de inocência, a mera suposição de crime ou desvio leva o indivíduo à margem, a meticulosidade desse mecanismo de estigmatização ganha contornos mais complexos quando até mesmo em uma atividade usual qualquer o indivíduo que desviou a regra passa a ser repudiado como *desacreditado*. Essas técnicas de atribuição de identidade desacreditada são mais visíveis quando o indivíduo carrega informações físicas e sociais desacreditáveis: negro, pobre, mal vestido ou de postura suspeita.

Como negar que nos dias atuais se um indivíduo vier pela rua em uma bicicleta às 22h, trajando roupas simples e tendo a pele negra não será posto em dúvida quanto à sua intenção? Ou uma moto que pare no sinal ao lado do seu carro com dois indivíduos não desperta sua suspeita? E ainda, qual a informação cerebral que se processa ao encontrar com membros de torcidas organizadas? Todos esses sujeitos encontram abrigo numa subjetividade potencialmente delinquente e ganham o rótulo do estigma aparente.

O outro tipo de identidade deteriorada e admitida como estigmatizada pela delinquência é a do prisioneiro, em três tempos: o condenado, o recluso sem condenação e o pós-cumprimento de pena. A sociedade passa a hostilizar tais indivíduos independente de qualquer grau de culpabilidade comprovada ou de “ressocialização” postulada e essa hostilidade encontra respaldo em dois momentos de reflexão: um primeiro de ordem estritamente social e empírico representado pelo grau de violência observado; um segundo pela comprovação, ao menos no discurso, de que a prisão deforma e fabrica delinquentes.

Nas grandes cidades, hoje em dia, exemplos que mostram como essa realidade está se banalizando saltam aos olhos: muros cada vez mais altos, vigilância eletrônica em simples casas residenciais, vigilantes nas ruas pagos pelos moradores (OLIVEIRA, 2005). Essa afirmação exemplifica o modelo de um campo social do medo que conseqüentemente leva a sério os atributos que servem para categorizar os estigmas.

Nas palavras de Foucault, a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem, “[...] é de qualquer maneira não pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa.” (FOUCAULT, 2002a, p. 222).

A prática de subjugar o marginalizado ou de segregar, com o fito de normalizar o indivíduo que foge ao padrão desejado, assume uma feição singularmente plural e ameaçadora ao padrão globalizante, rotulando-o e transformando-o em vítima de crimes sistêmicos. É espécie de abuso do poder contra os excluídos. Enfim, a prisão indiretamente fabrica delinquentes, molda o feio, fabrica os antinarcisos.

Logo o rótulo legal, posto pelo Sistema Penal, dá ao segregado, pela diferença de cor, sexo, religião, ou mais especificamente para nosso estudo de classe social, seu lugar à margem da sociedade. No Sistema Penal cria-se o estigma criminalizador, o perfil do indivíduo criminoso que é retratado de acordo com bases empíricas, pois o menos favorecido tem, nos mais puros moldes lombrosianos, seus hábitos associados ao crime, sua área residencial ligada ao crime, enfim, suas feições sociais ligadas ao perfil criminológico. O sistema é a ele destinado, pune-o, não o protege, e quando pouco, o persegue com menos insistência. O estigmatizado cumpre a pena do sistema e a pena da sociedade.

É nesse sentido que, dentro da criminologia, o princípio do interesse social e delito natural conceitua como delitos naturais aqueles que representam “a ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são comum a todos os cidadãos” (BARATTA, 2002, p. 42-43). Os delitos artificiais, que seriam resultantes da violação de “arranjos políticos e econômicos”, seriam poucos se comparados aos delitos naturais, estes sim decorrentes da “criminalidade verdadeira e própria”, mais repreendidos pelos cidadãos normais. Entretanto, como crítica, se contrapõe que o desvio é uma realidade construída e mediante as reações e definições da sociedade é que deixa ou não de ser caracterizado como tal, posto como conduta criminosa. O poder de definir é jogo político e é utilizado nas relações contra determinados grupos sociais (BARATTA, 2002, p. 117-120).

O pré-conceito de um homem abstrato e de posturas esperadas nos meios dominantes delinea assim o que é correto, quais vícios são aceitos e em que dosagens e quais perversões são adequadas ao homem civilizado. Formado o conceito do homem padrão surge o seu oposto, o homem desviante, que não deve ser aceito entre os outros, pelas suas diferenças, que esbarram na tolerância.

O que está à margem da sociedade deve receber um sinal claro para que a sua chegada seja percebida, pois a face desviante nem sempre está exposta com clareza; as desculpas para a segregação nem sempre são convincentes, o indesejado deve estar reconhecível.

CONCLUSÃO

A sociedade disciplinar que Foucault pinta, com seu séquito interminável de vigilância, controle e adestramento é, francamente, sinistra. Mas – permitindo-nos um neologismo – a “sociedade indisciplinar” que temos é, de outro lado, insuportável (OLIVEIRA, 2005). A provocativa afirmação do professor Luciano Oliveira faz total sentido para a realidade brasileira, de fato estamos submersos na sufocante “sociedade indisciplinar” mencionada.

Entretanto, a trama que nos leva até essa sociedade sem rédeas passa, indubitavelmente, pelas técnicas administradas na sociedade disciplinar de Foucault. O que nos leva a afirmar isso? As técnicas de normalização e os padrões adotados como “alvo de desejo” mesmo em nossa realidade indisciplinar pertencem a um modelo de disciplinas trabalhadas ao longo da história.

O adestramento da sociedade disciplinar não deixou de existir enquanto técnica de docilização, mas a imposição desse poder disciplinar em contextos híbridos como o brasileiro produziu violência. Podemos falar em dois cenários distintos que se interconectam para refletir a realidade hoje. Primeiro uma cena onde as relações sociais se desenvolvem entre *normais x estigmatizados*, a ideologia dos corpos úteis e das disciplinas de docilização serviu para produzir diferenciação e colocar em evidência o *diferente enquanto diferente*. No outro cenário, uma sociedade que desconheceu a disciplina pela total inacessibilidade a escalas de valor, essa parcela sofre e produz violência.

Os mecanismo de vigilância estão postos, servindo em duas frentes: a autovigilância do indivíduo normal que manipula o estigma; e a vigilância constante que recai sobre o indivíduo que está no fora, aquele que não está enquadrado no *normal*, o estigmatizado pela conduta desviante. Vivemos a *distopia*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Tradução Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002a.
- _____. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- _____. Verdade e Poder. In: **Microfísica do Poder**. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006a.
- _____. História da sexualidade, vol.1, **A vontade de Saber**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006b.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação de identidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.
- MELO, Zélia Maria de. **Os estigmas**: a deterioração da identidade social. Disponível em: <
<http://www.sociedadeinclusiva.pucminas.br/anaispdf/estigmas.pdf> >. Acesso em: 04 abr. 2008.
- O. BURMESTER, Ana Maria. Em defesa da sociedade. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze**: ressonâncias nietzschianas. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos humanos e seu subsolo disciplinar – Uma leitura anti-foucaultiana de Michel Foucault**. Texto apresentado no *I Encontro Nacional “Direitos Humanos no Século XXI”*, realizado pela ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação). Rio de Janeiro, junho de 2005.

Notas

- (1) O termo aqui está grafado em maiúsculo por adotar a visão psicanalítica de Lacan para reconhecimento do Outro.

Renata Celeste*

Mestre e Doutoranda pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Professora e Coordenadora Adjunta da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC); Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica “O Cogito e o Impensado: estudos de direito, Biopolítica e subjetividades” (FADIC); Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Amanda Salgado**

Graduanda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC); integrante do Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica “O Cogito e o Impensado: estudos de direito, Biopolítica e subjetividades” (FADIC).

Artigo recebido em: 01/01/2017

Artigo aprovado em: 29/01/2017

AMICUS CURIAE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO E LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

“AMICUS CURIAE” IN THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015: DEMOCRATIZATION INSTRUMENT OF THE PROCESS AND LEGITIMATION OF JUDICIAL DECISIONS

161

Adalberto Fulco*

Rosalina Freitas**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a participação do *amicus curiae* no processo se compatibiliza não só com os ditames constitucionais, como também significa um importante instrumento de legitimação das decisões judiciais. Com o advento do CPC/2015, o *amicus curiae* está autorizado a participar de todo e qualquer processo, conferindo significativa abertura para participação popular no âmbito do Poder Judiciário, legitimando-se as decisões proferidas.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*; Novo Processo Civil; Legitimação; Decisões Judiciais.

ABSTRACT: The objective of this article is to demonstrate that the participation of the *amicus curiae* in the civil procedure is compatible with the constitutional dictates and also means an important instrument for legitimizing judicial decisions. With the advent of CPC/2015, the *amicus curiae* is authorized to participate in any and all proceedings, conferring significant openness to popular participation within the scope of the Judiciary, generating the legitimacy of decisions rendered.

KEYWORDS: *Amicus curiae*; New Civil Procedure; Legitimation; Judicial decisions.

SÚMARIO: Introdução: a figura do *amicus curiae* e a possibilidade de se legitimar as ações estatais no âmbito do Poder Judiciário; 1 A constitucionalização do processo civil, o neoprocessualismo e a participação do *amicus curiae* como consequência dessa nova ordem; 2 O CPC/2015 e os princípios do contraditório e da cooperação: a atuação do *amicus curiae* no processo civil participativo; 3 A escalada do Direito brasileiro rumo a um sistema de precedentes e a legitimação dos precedentes judiciais através da participação do *amicus curiae* no processo civil; Conclusão: o elogio à previsão constante do Código de Processo Civil de 2015; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO: A FIGURA DO *AMICUS CURIAE* E A POSSIBILIDADE DE SE LEGITIMAR AS AÇÕES ESTATAIS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no país o Estado Democrático de Direito, reconhecendo a República Federativa do Brasil como um Estado Constitucional, caracterizando-se por tutelar os direitos e garantias fundamentais, especialmente a solidariedade entre os povos e a dignidade da pessoa humana e, mais, objetivando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nessa nova ordem, as normas constitucionais passaram a ser compreendidas como o alicerce de todo ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se no fundamento de validade para todos os ramos do direito, e, por óbvio, para o Direito Processual Civil.

O CPC/2015 foi o primeiro Código Processual editado e sancionado sob os valores da Constituição Federal vigente, inserindo-se na realidade do Estado Constitucional.

Nesse contexto, é comum que o Estado busque a legitimação das suas ações, através de suas instituições, democraticamente. Na maior parte dos casos, tal se realizará a partir da abertura de espaço para a efetiva participação popular nos processos decisórios.

Nesse intuito de legitimar as ações estatais, isto no âmbito do Poder Judiciário, ganha destaque especial a figura do *amicus curiae*, a qual vem prevista, expressamente, no CPC/2015.

Trata-se de um sujeito processual, ainda não bem delineado, mas utilizado de modo pontual e esporádico, que se presta a auxiliar o magistrado em sua tarefa hermenêutica, possibilitando a participação da sociedade na construção de sentido para as normas.

Em consonância com os valores de democracia insculpidos na Constituição Federal de 1988, e com os anseios das sociedades abertas com seus ideais direcionados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral, o CPC/2015 albergou a regulamentação do instituto, cuja análise é objeto do presente artigo.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL, O NEOPROCESSUALISMO E A PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO CONSEQUÊNCIA DESSA NOVA ORDEM

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, ao dispor que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, reconheceu a existência de um Estado Constitucional.

Esse Estado Constitucional tem como importante característica a proteção de direitos e garantias fundamentais e a persecução da solidariedade como valor objetivo, tudo no intuito de construir uma sociedade mais justa, igualitária e democrática, respaldado no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

As Constituições deixam de ser concebidas como meras cartas políticas que oferecem tão somente recomendações, e passam a ser compreendidas como um conjunto de normas essenciais, imperativas, com vasta eficácia jurídica e fundamental aos cidadãos, consoante se atesta:

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a aplicação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento. (CUNHA, 2012, p. 351).

Desse modo, atualmente, todos os ramos do direito estão inseridos em um contexto bem maior, a saber, o estabelecido pela Constituição. É necessário perquirir qual o real significado dado pela Carta Magna de 1988 a todas as searas do direito e, no caso do estudo em questão, em especial, ao Direito Processual Civil, isto para que se possa pensá-lo e repensá-lo à luz dos ditames constitucionais.

A propósito, para não deixar qualquer dúvida, o legislador brasileiro, já no art. 1º do CPC/2015, “anuncia a todos os operadores do Direito que o conjunto de normas que integra o Direito Processual Civil é indissociável do conjunto formado pelas normas e pelos valores consagrados na Constituição Federal” (VIANA, 2014, p. 635)

Seguindo magistério de Bueno (2012, p. 75), se revela imperioso

[...] constatar, na Constituição, qual é (ou, mais propriamente, qual deve-ser) o modo de ser (de dever-ser) do processo civil. E extrair, da Constituição Federal, o modelo constitucional do processo e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição quer sejam realizados pelo processo ou que concretizam o modelo constitucional do processo.

A evolução histórica do direito processual, ordinariamente, costuma ser dividida em três fases metodológicas, a saber: 1) *praxismo* ou sincretismo, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material; 2) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; 3) instrumentalismo, em que, malgrado se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação de interdependência.

A essas três, parece mais adequado acrescentar uma quarta fase metodológica do direito processual civil, qual seja, o neoprocessualismo, que preconiza que esse ramo jurídico só pode ser aplicado se antes for aferida a compatibilidade das suas normas infraconstitucionais com o disposto na Constituição (DIDIER JR., 2015, p. 49).

Anterior à Lei Maior de 1988, o Código de Processo Civil de 1973, embora tenha passado por inúmeras reformas com o objetivo de tentar harmonizar os novos anseios sociais e preceitos constitucionais à realidade processual, não mais se prestava a atender aos reclamos impostos pela nova realidade, razão por que se mostrou necessário um novo regramento para que se pudesse concretizar esse Estado Democrático de Direito.

O que parecia sonho, ou quimera, concretizou-se. Pela primeira vez na história brasileira, um Código de Processo Civil foi promulgado em ambiente democrático. No dia 18 de março de 2016, cumprido o prazo de *vacatio legis*, entrou em vigor a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, editado sob os valores da atual Constituição Federal, inserindo-se na realidade do Estado Constitucional.

Conforme Cunha (2012, p. 352), o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela obrigatoriedade de submissão do Estado ao ordenamento jurídico – garantindo-se segurança jurídica aos cidadãos – e pelo pluralismo político – assegurando-se ampla participação dos interessados nos processos decisórios. Assim, o Estado Constitucional apresenta-se, ao mesmo tempo, como Estado de Direito e Estado Democrático.

O Estado de Direito, caracteriza-se pela observação dos princípios da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica e da confiança legítima. Já quanto ao Estado Democrático, o seu maior fundamento é a ampla liberdade e participação, pautadas no princípio da boa-fé objetiva.

Dessa forma, busca-se atingir tais preceitos constitucionais através da inserção, no bojo do CPC/2015, desde normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência – efetivando-se os valores do Estado de Direito – até a elaboração e o aperfeiçoamento de dispositivos legais que ampliam a participação das partes no deslinde processual, configurando-se a adoção de um processo essencialmente participativo, atendendo-se aos anseios do Estado Democrático, exercendo papel fundamental na legitimação das decisões judiciais.

Ainda sobre essa perspectiva participativa, preceitua Bodart (2012, p. 335):

A democracia não mais se exerce apenas pelo voto; quando um provimento estatal afeta com maior intensidade um indivíduo ou um grupo de indivíduos, é mister que se lhes confira instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão.

Assim, procura-se alcançar a legitimação das ações estatais, a partir da abertura de espaço para a efetiva participação popular nos processos decisórios.

No âmbito do Poder Executivo e Legislativo, verifica-se essa participação de forma bastante clara, como por exemplo, a escolha direta dos representantes do povo pela sociedade e a iniciativa popular de elaboração de Projetos de Lei. Porém, quanto à manifestação dessa participação na esfera do Poder Judiciário, ganha destaque especial a figura do *amicus curiae* prevista no CPC/2015, que funcionará como instrumento de legitimação popular das decisões judiciais na construção de um processo civil essencialmente democrático.

3 O CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA COOPERAÇÃO: A ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO CIVIL PARTICIPATIVO

O princípio do devido processo legal, insculpido na Constituição Federal de 1988 – art. 5º, LVI – dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Fredie Didier Júnior (2015, p. 66), afirma que o devido processo legal constitui uma cláusula geral, e que o seu conteúdo foi modificado ao longo da história, de modo que no decorrer dos séculos, foram inúmeras as concretizações de garantias mínimas incorporadas a sua estrutura.

Essas *concretizações do devido processo legal*, verdadeiros *corolários* de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro. É preciso observar o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proibem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988; garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões hão de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras), são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 66, grifos do autor).

O princípio do devido processo legal, constitui, portanto, importante garantia constitucional ao indivíduo, nele se incluindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tradicionalmente, o contraditório se restringia à cientificação das partes sobre a realização dos atos processuais e a oportunização da bilateralidade de manifestação em audiência, conseqüentemente, facultando-se ao réu apresentação de defesa.

Entretanto, no novo campo do princípio do contraditório – o dinâmico –, altera-se completamente a feição formal desse instituto. O princípio do contraditório deixa de ser meramente formal, como garantia de informação e de resistência aos atos processuais, passando a alcançar a participação intensa das partes no processo: as partes não apenas participam do processo, mas animam seu resultando, através da influência.

O art. 10 do CPC/2015, por exemplo, vem evidenciar a proibição às decisões surpresa. De acordo com essa compreensão, o órgão judicial não pode decidir sobre matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente discutida no processo.

O princípio do contraditório garante a igualdade processual. A atividade das partes e do juiz, em cooperação, estão em consonância com o Estado Democrático de Direito.

A imbricação dos princípios do contraditório e da cooperação é tão intensa, que alguns doutrinadores, a exemplo de Bueno (2012, p. 86), chega mesmo a defender que o princípio da cooperação pode ser tratado como uma faceta específica ou até mesmo uma atualização do princípio do contraditório,

[...] entendendo-se tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de melhor decisão para a lide. Nesse sentido, o princípio da cooperação pode ser entendido como o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta.

De qualquer forma, o fato é que o contraditório possui, atualmente, uma dimensão maior, refletindo uma verdadeira preocupação em garantir a participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo curso processual, possibilitando-se que ambas possam exercer influência no seu resultado, se revelando proibido ao magistrado surpreender os litigantes com decisões pautadas em fundamentos não discutidos anteriormente, ainda que estes se relacionem a questões de ordem pública, em que cabe ao juiz dirimi-las de ofício:

O princípio da cooperação, manifestação do princípio da solidariedade, parece ser o grande avanço do Código de Processo Civil em vias de criação. Com efeito, o processo civil do Século XXI deve estimular a participação dos atores processuais em um sentido específico, qual seja o de, sob os auspícios da Constituição, isto é, promovendo um debate isonômico entre as questões jurídicas e fáticas objeto do processo, efetivar o direito apresentado em juízo, através da solução mais justa para o caso concreto. (MIRANDA 2012, p. 233).

Pactuando com essa mesma acepção esclarece Bueno (2012, p. 87) que

A cooperação no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir, é a própria face do *amicus curiae*, desde as suas origens mais remotas. Assim, em função dessa cooperação, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, viabilizando, com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade.

Häberle (1997, p. 11), analisando as formas de interpretação constitucional, afirma que durante muito tempo essa atividade interpretativa se relacionou a um modelo de sociedade fechada, restrita a um pequeno número de intérpretes; circunstância que limitava o seu âmbito de atuação, pois estava focada na interpretação dos magistrados e nos procedimentos formais. Todavia, atualmente, vivencia-se um modelo de sociedade aberta, pautado na realidade constitucional, que incorporou às ciências sociais, as teorias jurídico-funcionais, possuindo, ainda, métodos interpretativos voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral.

Essa sociedade aberta, na visão de Häberle (1997, p. 13), traz a ideia de que, no processo de interpretação constitucional, estão ligados, potencialmente, todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos organizados, não sendo possível fixar-se um elemento, um número certo e exato de intérpretes da constituição. Assim, quanto mais pluralista for a sociedade, mais amplos serão seus critérios para a realização dessa interpretação.

Analisando a participação do amigo da corte nas ações de controle de constitucionalidade, Borges (2011, p. 17), afirma que

[...] o *amicus curiae* projeta-se como um auxiliar na tarefa hermenêutica do magistrado, na medida em que leva a este estudos, pesquisas, dados fáticos, pareceres e informações sobre o contexto a que se aplica a norma em debate. O *amicus curiae*, dessa forma, permite que, no processo de controle de constitucionalidade, sua figura seja usada por diferentes parcelas da sociedade, inclusive minorias, para influenciar ou pelo menos exercer papel de expressão sobre visões a cerca do que deva ser a correta interpretação constitucional.

Nesse cenário participativo, insere-se no CPC/2015 a figura do *amicus curiae*, como mais um intérprete dessa sociedade aberta, de Häberle, viabilizador da indispensável interação do juiz com as partes, em busca de uma maior aproximação e mais completa definição dos temas e matérias que deverão ser obrigatoriamente enfrentados pelo julgador, objetivando proporcionar uma interpretação mais democrática não só das normas constitucionais, mas, agora, também e inclusive, das infraconstitucionais.

Em outras palavras, o instituto do *amicus curiae* possibilita a participação de um número maior de intérpretes com diversos argumentos, alimentando o contraditório, e fornecendo subsídios para o julgamento. (CABRAL, 2004, p. 10).

O CPC/2015 admite a manifestação de *amicus curiae*, com o objetivo de legitimar as decisões judiciais no atual contexto do direito processual civil brasileiro, bem como de fornecer ao julgador todas as informações necessárias para que possa proferir a melhor decisão para o caso concreto. Eis o disposto no *caput* do art. 138 do CPC/2015:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

O dispositivo acima transcrito, que é um verdadeiro marco na processualística pátria (CAETANO, 2015, p. 989), consagra, de vez, a existência do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio, tornando-o, onde for aceito, meio de democratizar a participação judicial e peça importante à consecução da justiça e paz social.

Da leitura do mencionado art. 138, observa-se que a intervenção do amigo da corte depende da identificação, pelo juiz ou relator, de um dos seguintes pressupostos: a) relevância da matéria; b) especificidade do tema objeto da demanda ou; c) repercussão social da controvérsia. Enumerados de maneira alternativa, basta a presença de um dos requisitos para que seja possível a participação do *amicus curiae*, associado, sempre, à sua representatividade adequada.

Em que pese para alguns doutrinadores, como Bueno (2012, p. 583) e Del Prá (2011, p. 165), ser desnecessária a regulamentação do instituto, visto que ele se coaduna com o Estado Democrático de Direito, insculpido na Lei Maior do país, o CPC/2015 trouxe sua regulamentação expressa, para que não reste dúvida de que é possível fazer uso amplamente do instituto em todo e qualquer tipo de procedimento jurisdicional, uma vez que ele representa as vozes, anseios e valores dispersos na sociedade e no próprio Estado, e estes, quando ouvidos e considerados, contribuem para conferir maior credibilidade e legitimidade às decisões proferidas.

4 A ESCALADA DO DIREITO BRASILEIRO RUMO A UM SISTEMA DE PRECEDENTES E A LEGITIMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO CIVIL

Há algum tempo, de reforma a reforma já se vinha rascunhando um sistema de precedentes na legislação brasileira (WOLKART, 2014, p. 447). Os últimos vinte e cinco anos, porém, foram decisivos: muitas inovações na legislação pátria, inclusive a nível constitucional, deixaram evidente que o Direito brasileiro caminhava, de fato, rumo a um sistema de precedentes (1).

Apesar das deficiências encontradas no seu texto (2), o fato é que o CPC/2015 procura “redimensionar o lugar do precedente no ordenamento jurídico brasileiro” (MAGALHÃES; ALVES DA SILVA, 2014, p. 211), objetivando garantir mais segurança e racionalidade ao sistema. Nesse seu intento, o novo diploma processual cria deveres gerais, ao dispor, no seu art. 926, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (3). Não obstante, importa salientar que “esse rol de deveres não é novo; ele é um corolário dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança. A diferença é que está expressamente previsto na legislação – o que permite um maior controle sobre a atividade do magistrado” (DIDIER, 2015, p. 339).

Há, nesse dispositivo, uma norma fundamental, um princípio de respeito aos precedentes. Os tribunais, portanto, têm o dever de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência.

Alguns doutrinadores agregam a esses quatro, um quinto dever, qual seja, de o tribunal dar publicidade aos precedentes:

Não basta garantir que as decisões judiciais (e demais atos do processo) sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fontes de precedentes com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada. Por essa razão, o art. 927, §5º, CPC, prevê que caberá aos tribunais organizar seus precedentes por tema (por 'questão jurídica decidida') e divulga-los, de preferência na rede mundial de computadores.. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 475).

O art. 926 do CPC/2015, portanto, estabelece os deveres gerais. O art. 927 do CPC/2015, por sua vez, procura regulamentar a forma de cumprimento de dita norma fundamental. Eis o seu texto:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Trata-se de rol exemplificativo. Significa isto dizer que, havendo alguma situação em que os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, no todo ou em parte, se mostrem vulnerados, é indispensável que se volte a atenção ao art. 926, que servirá como parâmetro global de interpretação.

De acordo com o inciso I do art. 927, as decisões tomadas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem assim os precedentes oriundos dessas decisões devem ser, por imperativo, observados pelos julgadores em casos subsequentes. Os enunciados de súmula de natureza vinculante, igualmente, são considerados obrigatórios, nos termos do inciso II, do art. 927.

O CPC/2015 também obriga observância ao precedente estabelecido no julgamento de incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III do art. 927).

De se lembrar, a propósito, que o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos, todos esses três institutos, integram um microssistema de formação de precedentes vinculantes que se insere no CPC/2015 (CÂMARA, 2015, p. 453). Porém, não são eles os únicos que vinculam os órgãos judiciais.

Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional também devem ser observados de forma obrigatória, a teor do que dispõe o inciso IV do art. 927.

Ainda de acordo com o dispositivo legal acima transcrito, os órgãos judiciais vinculam-se à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V do art. 927).

Eis, então, os precedentes obrigatórios. Relembre-se, no entanto, que o rol previsto no art. 927 não é exauriente. Mesmo que não haja previsão que se encaixe exatamente no dispositivo, no tocante aos precedentes do STF ou do STJ, por exemplo, não há nada que justifique a sua inobservância pelo o juiz ou tribunal intermediário.

Os precedentes devem ser cumpridos de acordo com o órgão de onde é emanado, com sua força, com sua importância. O precedente do plenário do STF, obviamente, deve ser privilegiado em comparação ao precedente lançado por uma turma. Seguindo a mesma lógica, o precedente do STJ é mais importante em relação àquele de um tribunal local, se a questão envolvida for relacionada à legislação federal. O Tribunal de Justiça, no âmbito do direito local, é a Corte Suprema.

Os órgãos jurisdicionais devem se vincular horizontalmente (precedentes de um mesmo tribunal) ou verticalmente (precedentes de órgãos hierarquicamente superiores) à *ratio* de casos anteriores, sob pena de restar quebrada na sua inteireza a previsão do art. 926 do CPC/2015.

Não mais se admite a possibilidade de órgãos jurisdicionais, diante de casos concretos similares, proferirem decisões diferentes, sob pena de afronta direta aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica. Situações iguais devem ter mesma solução, de modo que, consolidando-se entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria, os casos similares devem receber o igual tratamento e resolução.

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo judiciário, acreditando que em casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais. (CUNHA, 2012, p. 355).

Assim, como é designado à jurisdição encontrar o direito e realizá-lo em suas decisões, em uma sociedade de massa em que as demandas se tornam cada vez mais repetitivas, cabe ao Poder Judiciário como um todo e, principalmente, aos Tribunais Superiores, definir a decisão adequada a ser aplicada em um caso concreto para que ela possa ser transplantada a todos os outros casos idênticos, em observância aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Coerente com esse contexto, a intervenção do *amicus curiae* vem conferir maior legitimidade às decisões judiciais, em especial àquelas que servirão de parâmetro para o proferimento de futuras decisões, garantindo a ampla participação de segmentos sociais, mesmo que sem interesse direto na contenda, mas capazes de serem reflexamente atingidos por ela. Revela-se, enfim, indispensável a “participação dos indivíduos nos cenários de formação de decisão (*status activae civitatis*)” (CABRAL, 2016, p. 211).

Portanto, o *amicus curiae* legitima-se, ao lado das partes ou de quaisquer outros sujeitos processuais, como importante portador de informações, elementos, dados, documentos, pareceres, valores, os quais, sem sua intervenção, poderiam não chegar ao conhecimento do magistrado, inabilitando-o a proferir a melhor decisão, à situação sob exame.

CONCLUSÃO: O ELOGIO À PREVISÃO CONSTANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A elaboração do presente artigo possibilitou uma maior compreensão sobre as peculiaridades do *amicus curiae*. Sujeito processual, pouco conhecido fora da esfera das ações de controle de constitucionalidade, já é realidade e instrumento à disposição da população para que esta possa participar mais ativamente da construção de sentidos para a norma jurídica, com a promulgação e a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Em obediência ao Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou o instituto a fim de que, através dele, as futuras decisões judiciais, capazes de atingir uma grande parcela dos jurisdicionados, possam, antes de serem proferidas, e de muitas vezes, se tornarem precedentes, ser tomadas levando-se em consideração o que a sociedade tem a dizer, em respeito ao seu direito de participar da administração da justiça como expressão do princípio democrático.

A expressão latina *amicus curiae*, significa amigo da corte ou do juízo. De modo geral, autoriza-se a essa figura intervir no processo, mesmo sem ser parte na lide, com o objetivo de fornecer informações técnicas necessárias para o melhor julgamento da demanda, uma vez que é impossível ao magistrado acumular todo conteúdo e informação suficiente, espalhados pelas mais diversas áreas do conhecimento, para solucionar as mais variadas demandas postas à sua apreciação.

No Brasil, embora se observe a figura do *amicus curiae*, em diversas normas, como na Lei 6.385/76, com a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), na Lei 8.884/94, que prevê a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em processos que envolvam a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Lei 8.906/94, na Lei 9.868/99 que trata do controle concentrado de constitucionalidade, entre outras hipóteses, apenas o Código de Processo Civil de 2015 tratou de propor uma regulamentação para o instituto e de denominá-lo como tal.

Assim, o amigo da corte, que, antes, só estava autorizado a atuar em casos específicos, em situações descritas em lei, com a vigência do Código de Processo Civil 2015 poderá participar de todo e qualquer processo, conferindo significativa abertura para participação popular no âmbito do Poder Judiciário, legitimando-se as decisões proferidas.

Coerente com esse contexto, a intervenção do *amicus curiae* vem conferir maior força e efetividade às decisões judiciais, principalmente àquelas que serão verdadeiros paradigmas para a prolação de decisões futuras.

Conforme analisado no contexto apresentado, hoje, vivencia-se uma sociedade aberta de intérpretes da constituição e das leis, de modo que os seus atores não podem ficar a margem dos processos decisórios estatais, pois envolvem os seus interesses, quer seja, o interesse público e o bem-estar de toda coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do *Amicus Curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Revista eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2006. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=126>. Acesso em 24 de mar. 2013.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo – A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 205, p. 333 - 345, mar. 2012.
- BORGES, Lara Pereira de Faria. ***Amicus curiae* e o Projeto do Novo Código de Processo Civil – Instrumento de aprimoramento da democracia no que tange às decisões judiciais**. Revista Eletrônica. v. 1. n.º. 4, Outubro de 2011. Disponível na internet: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/51-v1-n-4-outubro-de-2011-/154-amicus-curiae-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-instrumento-de-aprimoramento-da-democracia-no-que-tange-as-decises-judiciais>>. Acesso em: 05 de maio 2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Revista Nacional da Magistratura. Ano II, n.º. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, páginas 132-138. Disponível na internet: <<http://www.sacarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. 2013.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. ***Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade**. Revista Diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de mar. 2013.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial**. Revista de Processo, n. 117, set-out., 2004.
- _____. **Do *Amicus Curiae* – art. 138**. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Org. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, 2016.
- CAETANO, Marcelo Miranda. A sistematização do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). Parte Geral. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 985-993.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 209, p. 349 - 373, jul. 2012.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Primeiras impressões sobre a participação do *amicus curiae* segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil (art. 322)**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 307 - 315, abr. 2011.
- _____. ***Amicus curiae* – Instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do processo e Processo de Conhecimento**. Volume 1. 17ª ed. Bahia: Editora Jus PODIVM, 2015.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10 ed. Bahia: JusPodivm, 2015.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Editora: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

MAGALHÃES, Breno Baía; ALVES DA SILVA, Sandoval. **Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC.** In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). *Novas tendências do processo civil.* Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 211-237.

MIRANDA, Daniel Gomes de. **A constitucionalização do Processo e o Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Bahia: Jus PODIVM, 2012.

SANTOS, Walter Queiroz dos. **A hora e a vez do *amicus curiae*: o Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.** In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Projeto do Novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem a Joaquim Calmon de Passos.* Bahia: Jus PODIVM, 2012. p. 683 - 734.

SILVA, Berky Pimentel da. ***Amicus Curiae*: Da jurisdição constitucional ao Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, ano 5, Vol. VIII, p. 110-130, julho a dezembro, 2011. Disponível na internet: <http://www.facha.edu.br/dmdocuments/direito1_ARTIGO1.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2013.

VIANA, Salomão. **O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º.** In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). *Novas tendências do processo civil.* Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 635-661.

WOLKART, Erik Navarro. **Sistema de precedentes e sistema de nulidades no Novo CPC – notas de uma harmonia distante.** *Novas tendências do processo civil.* In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). *Novas tendências do processo civil.* Bahia: JusPodivm, 2014, v. 2.

Notas

(1) A propósito, podem ser citadas as seguintes alterações, que corroboram o fortalecimento dos precedentes judiciais: a) a Lei nº 8.038/90 atribuiu poderes ao relator para, no âmbito do STF e do STJ, negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, *súmula* do respectivo tribunal; b) a EC nº 3/93, que acrescentou o §2º ao art. 102, da Constituição Federal, atribuiu efeitos vinculantes à *decisão* proferida em ação declaratória de constitucionalidade; c) a Lei nº 9.139/95, mediante alteração do art. 557 do CPC, estendeu aos tribunais em geral (e não só ao STF e a STJ) a atribuição de competência ao relator para negar seguimento a qualquer recurso “contrário à *súmula* do respectivo tribunal ou de tribunal superior”; d) a Lei nº 9.756/98, que imprimiu nova redação ao art. 557 do CPC, atribuiu ao relator poderes para negar seguimento, negar provimento ou dar provimento ao recurso monocraticamente (se até a Lei nº 9.139/95 o poder do relator restringia-se ao campo da contrariedade à *súmula*, depois de 1998, ainda que não sumulada, a *jurisprudência* reiterada dos tribunais passou a ser fator que também autorizava o julgador a atuar unipessoalmente); e) a Lei nº 9.756/98 também autorizou o relator do conflito de competência a decidi-lo de plano, desde que exista *jurisprudência dominante* do tribunal sobre a questão suscitada (parágrafo único acrescentado ao Art. 120 do CPC); f) a Lei nº 9.756/98 ainda acrescentou o parágrafo único ao art. 481 do CPC, dispensando a reserva do Plenário, quanto à arguição de inconstitucionalidade, quando já houver *decisão* do plenário ou órgão especial do próprio Tribunal ou do Plenário do STF; g) a Lei nº 9.868/99, no seu art. 28, parágrafo único, atribuiu efeitos vinculantes à *decisão* de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade; h) a Lei nº 9.882/99, no seu art. 10, §3º, atribuiu efeito vinculante à *decisão* proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; i) a Lei nº 10.352/01, que incluiu o §1º ao art. 555 do CPC, previu a afetação de apelação ou de agravo a órgão indicado pelo regimento interno, para prevenir ou dirimir divergência entre *decisões* das câmaras ou turmas do tribunal; j) a EC nº 45/04, que inseriu o art. 103-A na Constituição Federal, permitiu ao STF a edição de *súmulas* com efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, desde que observados procedimentos específicos; l) a EC nº 45/04 também criou o filtro da repercussão geral no recurso extraordinário, sendo justamente uma das hipóteses de repercussão geral a *decisão* contrária à *súmula* ou à *jurisprudência dominante* do Tribunal. (Lei nº 11.418/06); k) a Lei nº 11.276/06 criou a chamada *súmula* impeditiva de recursos, autorizando o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença proferida estiver em conformidade com *súmula* do STJ ou do STF; m) a Lei nº 11.418/06 consagrou o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (CPC, arts. 543-B e 543-C)

(2) Analisando o tratamento dispensado aos precedentes judiciais, suas idas e retornos e as incongruências e técnicas legislativas, recomenda-se a leitura do texto de autoria de Lucas Buriel de Macêdo, intitulado “A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In*: MACÊDO; PEIXOTO; FREIRE, p. 803-804.

(3) Analisando o tratamento dispensado aos precedentes judiciais, suas idas e retornos e as incongruências e técnicas legislativas, recomenda-se a leitura do texto de autoria de Lucas Buriel de Macêdo, intitulado “A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In*: MACÊDO; PEIXOTO; FREIRE, 2015, p. 803-804.

Adalberto Fulco*

Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Docente em Direito Processual Civil. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo Civil – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Rosalina Freitas**

Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Graduada em Direito e em Administração de Empresas. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador de Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora de Direito Processual Civil no Estado de Pernambuco, em cursos de graduação e pós graduação. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo Civil – ANNEP, da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO e do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Artigo recebido em: 01/01/2017

Artigo aprovado em: 29/01/2017

PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO RECURSO DE “AGRAVO DE INSTRUMENTO” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

177

MAIN INNOVATIONS OF THE APPEAL OF THE "AGRAVO DE INSTRUMENTO" IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Alexandre Soares Bartilotti*

RESUMO: Este artigo objetiva analisar as principais inovações no recurso de agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil brasileiro. Assim, buscou-se analisar o agravo de instrumento, a simplificação do procedimento, as decisões interlocutórias agraváveis dentro do NCPC/2015.

PALAVRAS-CHAVES: Agravo de instrumento. Simplificação do procedimento. Decisões interlocutórias agraváveis. Rol taxativo. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This article aims to analyze the main innovations in appeal “agravo de instrumento” in New Code of Brazilian Civil Procedure. Thus, we sought to analyze the appeal “agravo de instrumento”, the simplification of the procedure, The decisions which may be appealed against within NCPC/2015.

KEYWORDS: “Agravo de Instrumento”; Simplification of the procedure. Interlocutory decisions; Tense roll; New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO: Introdução: Generalidades sobre o recurso de agravo de instrumento; 1 Compreendendo o art. 1.015 do NCPC; 1.1 Das decisões interlocutórias agraváveis; 2 Principais novidades no procedimento do agravo de instrumento; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO: GENERALIDADES SOBRE O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

O novo código de processo civil (NCPC) promoveu grande modificação na sistemática recursal relativa às decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeiro grau. No Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) proferida uma decisão interlocutória pelo juiz de primeiro grau, o recurso cabível era o recurso de agravo. Este recurso possuía dois tipos de procedimentos: o agravo interposto na modalidade retido nos próprios autos, como regra, e o agravo na modalidade de instrumento, na hipótese da decisão interlocutória inadmitir o recurso de apelação, ou se pronunciar a.

respeito dos efeitos em que a apelação será recepcionada, ou ainda ocasionar ao recorrente uma lesão grave ou de difícil reparação. O agravo de instrumento era interposto diretamente no tribunal para posicionamento imediato daquele órgão, ao contrário do que acontecia na modalidade retida, pois como o próprio nome diz, a discussão ficava retida nos autos, até que sobrevenha o recurso de apelação, e caso ainda houvesse interesse recursal a discussão era levada ao tribunal de “carona” nas razões de apelação ou nas contrarrazões

Esta sistemática recursal tem um nítido propósito de evitar que a todo o momento o tribunal tenha que se pronunciar sobre as decisões interlocutórias tomadas pelo juiz ao longo de todo o processo. A identificação do problema é de fácil percepção, pois na condução do processo durante todas as suas fases, várias decisões interlocutórias são proferidas pelo juiz monocrático, decisões estas recorríveis na modalidade de instrumento, caso se apresentem as hipóteses legalmente previstas. A solução pensada pelo legislador de 73 poderia atingir o seu objetivo se não fosse a previsão do agravo de instrumento quando a decisão for “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”. Tal hipótese é um verdadeiro “cheque em branco”, pois praticamente qualquer situação pode, no campo da argumentação, ser caracterizada como um dano iminente viabilizando inúmeros agravos de instrumentos e conseqüentemente um congestionamento nos tribunais ordinários.

No intuito de minimizar tal situação, o novo legislador muda a sistemática recursal das decisões interlocutórias do juiz de primeiro grau. De pronto, destaca-se a retirada do agravo retido. Tal figura recursal não mais existe. Assim, proferida uma decisão interlocutória ela é agravável ou não agravável. O artigo 1.015 do NCPC contempla um rol taxativo de quais decisões serão atacadas pelo recurso de agravo de instrumento. A decisão não elencada no referido rol classifica-se como não agravável e contra ela o recurso cabível será a apelação ou as contrarrazões de apelação. A seguir passo a analisar estas modificações.

1 COMPREENDENDO O ART. 1.015 DO NCPC

Como já mencionado acima, a substancial alteração do regime da recorribilidade das decisões interlocutórias está no rol taxativo de decisões atacáveis por agravo de instrumento. Caso a decisão não se insira neste rol, não existirá momentaneamente qualquer figura recursal para a parte se

insurgir contra aquela decisão. Importante de imediato destacar que esta sistemática se aplica ao processo de conhecimento. Tratando-se de decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, na fase de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, as decisões interlocutórias serão atacadas pelo agravo de instrumento, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.015 do NCPC, se obviamente se revestirem de cunho decisório capaz de gerar sucumbência a uma das partes.

Nesta nova sistemática, o NCPC põe fim ao agravo retido. No CPC/73 as decisões interlocutórias em regra eram atacadas pelo agravo retido. A principal função do agravo retido seria evitar a preclusão da decisão interlocutória, pois caso não se interpusesse o referido recurso, a discussão estaria preclusa. Assim, uma vez interposto o agravo retido, evitar-se-ia a preclusão; permitiria ao juiz monocrático o exercício da retratação; e caso não houvesse retratação, a questão objeto de impugnação pelo agravo retido seria reiterada em preliminar de apelação ou contrarrazões. A discussão pegaria uma “carona” no recurso derradeiro, a apelação, caso ainda remanescesse interesse recursal ao agravante.

Na sistemática do CPC/2015, conforme estabelece o art. 1009, §1º, as decisões interlocutórias não agraváveis não mais se sujeitam a preclusão imediata. Aqui se identifica substancial modificação. O código retira a preclusão imediata das decisões interlocutórias de primeiro grau, esvaziando por completo a função do agravo retido, motivo pelo qual foi retirado do sistema recursal brasileiro. Importante registrar que a decisão interlocutória não agravável, não preclui imediatamente porque não existe naquele momento recurso cabível. Na realidade a preclusão temporal é adiada para o final do processo. Isso porque, caso a matéria decidida na interlocutória não agravável não seja impugnada como preliminar de apelação ou contrarrazões, haverá sim a preclusão.

Esta sistemática introduzida no CPC/2015 se espelhou no sistema da irrecorribilidade das decisões interlocutórias encontrado no processo do trabalho e no procedimento dos Juizados Especiais (JOBIM; CAVALHO, 2015, p. 629). De igual modo, ao introduzir a sistemática de interlocutórias agraváveis e não agraváveis, nitidamente o novo legislador se inspirou no CPC/39 que previa um rol taxativo de decisões interlocutórias indicados no texto legal. A decisão não constante no rol seria impugnável por um recurso denominado agravo no auto do processo, instituto similar ao agravo retido. Como o agravo retido durante a sua história não conseguiu alcançar as esperanças nele depositadas de diminuição do número de agravos nos tribunais, a opção do legislador foi retroagir ao diploma processual de 1939 e instituir um rol taxativo de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento.

Todavia algumas reflexões precisam ser feitas. Considerando a hipótese da decisão interlocutória ocasionar dano imediato à parte, bem como violar direito líquido e certo, não seria hipótese de cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial? Em resumo, o legislador não estaria “atirando no próprio pé” trocando o recurso de agravo de instrumento pelo abarrotamento dos tribunais de mandados de seguranças impetrados contra estas interlocutórias não agraváveis?

Com efeito, é totalmente defensável o cabimento do mandado de segurança para as decisões interlocutórias não agraváveis, diante da inexistência de recurso imediato. O impetrante deverá demonstrar a presença dos requisitos necessários já sedimentados na doutrina e jurisprudência, quais sejam: a teratologia da decisão e a violação de direito líquido e certo (ARAÚJO, 2016).

Na realidade a modificação da sistemática do agravo de instrumento sobre a justificativa de ser o grande vilão da morosidade dos tribunais não é digna de aplauso. Isso porque, o prejuízo para as partes poderá ser bem maior. Neste sentido, importante transcrever as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Lamenta-se que o novo diploma processual procure acabar com um problema pontual de alguns tribunais com a limitação de um relevante recurso, expondo a parte a ilegalidade e injustiças praticadas pelo juízo de primeiro grau. A recorribilidade somente no final do processo será um convite aos tribunais de primeiro grau a fazer vista grossa a eventuais irregularidades, nulidade e injustiças ocorridas durante o procedimento. Na realidade, os tribunais serão colocados diante de um dilema: Se acolherem a preliminar de contestação ou contrarrazões, dão um tiro de morte no princípio da economia processual; se fizerem vista grossa e deixarem de acolher a preliminar pensando em preservar tal princípio, cometerão grave injustiça, porque tornarão, na prática, a decisão interlocutória irrecorrível (NEVES, 2016, p. 1.691).

Em remate, talvez trocar o agravo de instrumento pela apelação não me aparenta ser um grande negócio, pois certamente os tribunais irão assumir um grande risco de injustiça nas decisões, deixando inúmeras questões para ser enfrentadas no recurso derradeiro. Só o tempo dirá se a decisão foi acertada ou se teremos nova modificação em relação a sistemática das decisões interlocutórias.

Antes de passar para a análise deste rol taxativo, uma consideração importante precisa de registro. Embora o artigo 1009, §1º do CPC/2015 tenha deixado claro que as decisões interlocutórias não agraváveis não se submetem a preclusão imediata, há um problema a ser enfrentado: As decisões interlocutórias não agraváveis que enfrentam matéria que possa ocasionar nulidades relativas. Isso porque, o art. 278 do CPC/2015, repete previsão contida no CPC/1973 disciplinando que as nulidades relativas devem ser alegadas na primeira oportunidade que a parte tiver para falar nos autos. Quando o

juiz de primeiro grau enfrenta uma questão e sua decisão gera uma nulidade relativa, recurso imediato não há, pois a questão não se insere no rol das interlocutórias agraváveis. Dai a pergunta: qual o comportamento da parte prejudicada? Deve silenciar-se e apenas trazer a matéria como preliminar de apelação ou contrarrazões? Ou deve de algum modo registrar sua insatisfação com a decisão na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, atendendo o disposto no art. 278 do CPC?

O silenciar diante de uma nulidade relativa não se harmonizaria com as normas fundamentais do CPC/2015, onde repousam as diretrizes de todo o sistema interpretativo do código. O comportamento omissivo da parte iria de encontro a boa-fé processual e ao princípio da cooperação. No substitutivo da Câmara dos Deputados, existia o protesto antipreclusivo previsto no §2º do art. 1022 (1). Instituiu-se uma figura de protesto similar a existente no processo trabalhista, onde o prejudicado deixava registrado o seu inconformismo com a decisão que gerou a nulidade e os fundamentos seriam aviados no recurso de apelação. Todavia, como cediço, esta redação não vingou. Para alguns doutrinadores, diante da supressão do protesto antipreclusivo da redação final do código, apenas estaria se postergando o momento da preclusão temporal para o final do processo, mantendo a redação final coerência com o sistema de redução de complexidades procedimentais, evitando atos desnecessários e que apenas tumultuariam o processo, como os protestos (JOBIM; CAVALHO, 2015, p. 635). Para parte da doutrina, a qual me filio, defende que o silêncio da parte seria ir de encontro ao modelo de cooperação previsto no art. 6º do CPC, corolário da boa-fé processual (art. 5º, CPC). Como efeito, a conduta da parte que não se pronuncia na primeira oportunidade que tem para falar nos autos, cria na parte adversária expectativa de que aquela questão não será objeto de questionamento posterior (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p.227). Assim, para se harmonizar ao modelo cooperativo e a boa-fé processual, diante da existência de uma nulidade relativa, deve a parte prejudicada em observância a previsão contida no art. 278 do CPC, apresentar o protesto por nulidade na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão. Feito o protesto, estaria autorizado para discutir a matéria em preliminar de apelação ou contrarrazões.

1.1 Das decisões interlocutórias agraváveis

Nos incisos do art. 1.015 do CPC/2015 encontram-se o rol das decisões interlocutórias agraváveis. Durante o processo legislativo, este rol sofreu várias modificações. Importante salientar

que essas hipóteses legais não caíram de “paraquedas” neste dispositivo. Estão lá inseridas porque na visão do legislador são questões que caso não revisadas imediatamente pelo tribunal podem comprometer o desenvolvimento do processo, gerando um prejuízo para a parte ou para o próprio processo. Daí a dificuldade de se identificar dentre as inúmeras decisões interlocutórias, quais aquelas que realmente precisam ser submetidas a uma revisão imediata. Tarefa hercúlea, convenhamos.

São consideradas agraváveis as decisões interlocutórias que versem sobre: a) tutelas provisórias; b) mérito do processo; c) rejeição de alegação de convenção de arbitragem; d) incidente de descon sideração de personalidade jurídica; e) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; f) exibição ou posse de documento ou coisa; g) exclusão de litisconsorte; h) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; i) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; j) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, k) redistribuição do ônus da prova e l) outros casos expressamente referidos em lei.

Na sistemática introduzida pelo CPC/2015, as tutelas provisórias se apresentam como um gênero com as seguintes espécies: tutelas de urgência e tutelas de evidência. As tutelas de urgência, por sua vez se dividem em tutelas antecipadas e tutelas cautelares. As decisões interlocutórias que deferem, indeferem, revogam ou modificam pedidos relativos a qualquer uma das tutelas provisórias são agraváveis. Nos termos do enunciado n. 29 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis “A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento.”

A segunda hipótese diz respeito às decisões de mérito. O art. 356 do CPC/2015 prever o julgamento antecipado parcial de mérito. Este julgamento acontece quando no processo há pedido(s) incontroverso(s) ou com condições imediatas de julgamento (art. 355), por ser matéria exclusivamente de direito, ou de fato já devidamente esclarecido ao magistrado. Nestas situações o juiz está autorizado para proferir julgamento de mérito parcial definitivo. Esta decisão parcial, como não encerra a fase de conhecimento, não se amolda ao conceito de sentença, portanto, é uma decisão interlocutória e agravável, (art.356, §5º do CPC/2015). Conforme o Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento”. Outra situação que facilmente se enquadraria na previsão do art. 1015, inc. II, seria a hipótese do réu em sua contestação alegar prescrição e o juiz

enfrentá-la no saneamento do processo, rejeitando-a. Essa decisão é uma decisão de mérito, também agravável. A decisão que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, também é agravável, conforme enunciado n. 177 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “ A decisão interlocutória que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, por ser de mérito, é recorrível por agravo de instrumento.”

Existem decisões interlocutórias que enfrentam questões de natureza processual sem qualquer relação de prejudicialidade com a sentença. Atente-se ao exemplo da decisão interlocutória que condena uma parte a multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição. Mesmo sendo vencedor, o sujeito teria interesse de recorrer de forma autônoma e exclusiva contra essa decisão interlocutória (LIBARDONI, 2015, p. 233-248). Esta decisão interlocutória seria agravável ou apelável? Para Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, a decisão que impõe a parte a condenação de multa, estaria ampliando o mérito do processo, portanto, se a imposição da multa for dada através de decisão interlocutória, seria uma decisão agravável nos termos do art. 1015, inc. II do CPC (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p.214). Segundo Carolina Uzeda Libardoni esta decisão seria impugnável por apelação autônoma (principal) caso o condenado a pagar a multa fosse o vencedor da demanda. Atente-se que seria uma terceira situação, pois não é hipótese de preliminar de apelação nos moldes do art. 1009, §1º, nem de contrarrazões prevista no mesmo dispositivo. As contrarrazões neste toar, tem a característica de ser condicionada e subordinada, a matéria nela discutida só será apreciada pelo tribunal se a apelação do seu adversário for conhecida e provida. O apelado arriscaria muito e poderia não ter a matéria devolvida ao tribunal. Assim, apesar de vencedora a parte poderia interpor recurso de apelação autônomo para discutir apenas a interlocutória que o condenou a pagar a multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição ou qualquer outra similar (LIBARDONI, 2015, p. 241).

Ainda em relação à decisão de mérito, uma situação interessante. O art. 381 do CPC/2015 traz a previsão da produção antecipada de prova em ação autônoma. É possível nesta ação se formular pedido para a produção de mais de uma prova. Caso o juiz indefira determinada prova e autorize outra, esta decisão de indeferimento de parte da prova, também seria atacável por agravo de instrumento. Caso o indeferimento fosse total, a decisão seria apelável conforme art. 382, §4º do CPC/2015 (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p.227).

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável (CPC, art. 1.015, III). A convenção de arbitragem deve ser arguida pelo réu como preliminar de contestação, conforme

preceitua o art. 337, inc. X do CPC/2015. Importante lembrar que este momento é preclusivo, conforme estabelece o §5º do mesmo artigo. A não alegação da convenção de arbitragem na contestação significa aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juízo arbitral (§6º). Assim, caso o réu alegue a existência de um contrato com uma cláusula compromissória de arbitragem ou compromisso arbitral e após o necessário contraditório o juiz rejeite esta alegação e decida pela competência da justiça estatal, esta decisão é agravável. Já a decisão que acolhe a alegação de convenção de arbitragem, extinguirá o processo sem resolução do mérito, portanto, é uma sentença e será atacada mediante o recurso de apelação. Questão interessante que merece destaque é a situação quando o árbitro reconhece a sua competência no processo arbitral. Nesta situação deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, reconhecendo a sua incompetência. Caso o juiz assim não proceda, esta decisão interlocutória também será agravável (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p.218). Neste sentido o enunciado 435 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe agravo de instrumento contra decisão do juiz que, diante do reconhecimento da competência pelo juízo arbitral, se recusa a extinguir o processo sem resolução do mérito.”.

O novo código de processo civil inseriu dentre as modalidades de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração de personalidade jurídica. O objetivo perseguido neste incidente é, em sucinta síntese, redirecionar a demanda ajuizada contra pessoa jurídica para atingir o patrimônio dos sócios. A decisão que acolhe ou rejeita o incidente também é uma decisão agravável. Importante atentar para o fato da desconsideração da personalidade jurídica não ser requerida de forma incidental e sim na própria petição inicial, formando um litisconsórcio entre a pessoa jurídica e o(s) sócio(s). Neste caso, a desconsideração será decidida na própria sentença e não através de decisão interlocutória, pois não será formado um incidente. Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, o recurso cabível é a apelação, nos termos do Enunciado 390 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação” (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p. 218).

Nos termos do art. 98 do CPC/2015, qualquer pessoa física ou jurídica que não tenha recursos para pagar as custas, despesas do processo e honorários de sucumbência tem direito a gratuidade da justiça, nos termos da lei. Formulado o pedido de gratuidade pelo interessado o juiz pode conceder ou negar o benefício da gratuidade. De igual modo, o juiz poderá concedê-lo liminarmente e

quando da citação do réu, este pode apresentar como preliminar de contestação (art. 337, inc. XIII) um pedido de revogação pela indevida concessão do benefício da gratuidade da justiça, podendo o juiz acolher a impugnação e revogar a gratuidade anteriormente concedida. A decisão que nega o benefício, bem como a decisão que revoga o benefício é agravável nos termos do art. 101 e art. 1.015, V do CPC/2015. Importante ressaltar que na hipótese de indeferimento da gratuidade ou sua revogação, o agravo de instrumento nestes casos, excepcionalmente, contém efeito suspensivo automático (art. 101, §1º) até decisão do relator preliminarmente ao julgamento do recurso. Caso a decisão seja mantida, o relator ou o colegiado intimará o recorrente para recolher o preparo recursal no prazo de 5(cinco) dias, sob pena de deserção (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p.219). Por fim, na hipótese do réu ter requerido a revogação da gratuidade deferida pelo juiz e este não atender o pedido de revogação, esta decisão interlocutória é não agravável, portanto impugnável por preliminar de apelação ou contrarrazões, nos termos do art. 1009, §1º do CPC.

A decisão que determina a produção de prova denominada exibição ou posse de documento ou coisa (CPC/2015, artigos 396 a 404) também é agravável. Neste procedimento de produção de prova, a parte ou o terceiro que estiver em poder de documento ou coisa que sirva para uma das partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, poderá, após o contraditório, ser condenado pelo juiz a exibir o documento ou coisa. Quando a exibição é movida contra terceiro, forma-se um processo incidente, que será resolvido por sentença, portanto, apelável. Todavia, se a exibição de documento ou coisa é movida contra uma das partes do processo, forma um incidente processual resolvido por decisão interlocutória, agravável nos termos do art. 1015, VI do CPC/2015.

A exclusão de litisconsortes da relação processual é uma decisão agravável (art. 1.015, VII), da mesma forma que a decisão do juiz que limita o litisconsórcio facultativo multitudinário, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 113 do CPC, também é agravável (art. 1.015, VIII). Segundo entendimento encampado pelo enunciado 387 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, “a limitação do litisconsórcio multitudinário não é causa de extinção do processo”, motivo pelo qual é uma decisão interlocutória, também agravável.

A decisão que admite ou inadmite qualquer hipótese de intervenção de terceiros é uma decisão interlocutória agravável, nos termos do art. 1.015, IX do CPC. Certamente seria ilógico deixar tal matéria para ser atacável na apelação quando todos os atos foram praticados sem a participação do

terceiro, ou com a sua indevida participação. Importante salientar que a intervenção do *amicus curie* é uma intervenção de terceiros, todavia, não se aplica a previsão do art. 1.015, inc. IX do CPC/2015. A decisão que admite ou não esta modalidade de intervenção de terceiros é irrecorrível nos termos do art. 138 do CPC/2015. Neste caso está diante de uma decisão interlocutória irrecorrível. Não será impugnada nem por agravo de instrumento, tão pouco por preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

Encerrando o rol, no inciso X a decisão que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo aos embargos à execução também é agravável. Os embargos à execução, como cediço, é a defesa do executado no processo de execução de título extrajudicial (artigos 914 e 915 do CPC). Tanto na impugnação ao cumprimento de sentença como na execução de título extrajudicial, para a apresentação da defesa não é necessária a garantia do juízo. Todavia, para se atribuir efeito suspensivo a execução, é necessária a garantia do juízo além do executado demonstrar o preenchimento dos requisitos da relevância dos argumentos e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O juiz irá analisar este pedido e seja qual for a sua decisão, pela concessão ou não, e se em determinado momento conceder e depois revogar, todas essas decisões interlocutórias são agraváveis. No cumprimento de sentença todas as decisões interlocutórias são agraváveis por força do disposto no parágrafo único do art. 1015 do CPC/2015. No processo de execução de título extrajudicial esta decisão é agravável, já seria por se tratar de tutela provisória de urgência, portanto estaria inserido no inciso I do artigo sob comento, mas quis o legislador explicitar este particular no pedido de efeito suspensivo aos embargos à execução (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p. 224).

O inciso XI do art. 1015, torna agravável a decisão interlocutória do juiz que versar sobre a redistribuição do ônus da prova conforme prevê o art. 373, §1º do CPC. O artigo 373, repete a redação do art. 333 do CPC revogado, atribuindo ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus da prova do fato por ele alegado que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ocorre que, por determinação legal ou diante de situações em que a observância da regra de distribuição do ônus torne impossível ou de grande dificuldade a produção da prova, é possível o juiz determinar a redistribuição do ônus da prova, desde que o faça por decisão fundamentada. Esta decisão é agravável. A parte que teve o ônus da prova revertido, caso não concorde com a decisão deverá interpor agravo de instrumento, sob pena de preclusão, não podendo trazer tal discussão no recurso de apelação.

Por fim, segundo o inciso XII do art. 1.015 será cabível agravo de instrumento em outras hipóteses previstas na lei. Em se tratando de um rol taxativo, existirá sempre a possibilidade do acréscimo de outras situações que por expressa previsão legal também sejam consideradas como decisões interlocutórias agraváveis. Este acréscimo, como dito, só poderá ser realizado por alterações legais. Lei federal extravagante também pode prever outras situações de decisões interlocutórias agraváveis. O rol não pode ser estendido por vontade das partes mediante negócio jurídico processual, há expressa limitação para a atuação da vontade das partes, pois o rol só poderá ser acrescido por lei federal (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p. 223). Daí advém um questionamento: este rol seria mesmo taxativo? A vontade do legislador certamente foi esta. Não haveria sentido elencar dentre inúmeras decisões interlocutórias, doze hipóteses para se submeterem ao agravo de instrumento, se este rol fosse exemplificativo. E prova maior é que o inc. XIII do aludido dispositivo estabelece a possibilidade do cabimento do agravo de instrumento em “outros casos expressamente referidos em lei”, significa dizer que, ao longo dos anos, outras situações podem ser identificadas, competindo ao legislador, acresce-las ao rol.

Certamente um problema de grande proporção surgirá em relação à aplicação deste rol taxativo. Não há dificuldade em se identificar situações em que decisões interlocutórias, embora não inseridas no rol de decisões agraváveis, possam ocasionar um prejuízo ao recorrente, ou se apreciada mais tarde, não trará qualquer resultado útil ao recorrente. Imagine por exemplo, se uma das partes requerer a produção de prova pericial e for indeferida. Esta decisão interlocutória não está no rol de decisões agraváveis. O processo seguirá toda a sua tramitação normal. Vindo a sentença, caso a parte que pleiteou a prova seja derrotada, trará a matéria para ser enfrentada pelo tribunal como preliminar de apelação. Se o tribunal entender que a prova pericial realmente era necessária, anulará a sentença e determinará a realização da prova, causando prejuízo ao jurisdicionado muito maior, comprometendo a eficiência e a duração razoável, princípios norteadores do processo. Situações como essas certamente desaguarão em mandados de segurança contra atos judiciais, não trazendo qualquer economia processual, pois certamente um tribunal consome muito mais esforço julgando um procedimento muito mais extenso inerente às ações de competência originária de tribunal do que um recurso. Como toda ação comporta uma reação, certamente os tribunais ficarão bastante resistentes em aceitar mandados de segurança contra ato judicial, baseado em uníssono entendimento jurisprudencial que só seria cabível se se tratar de decisão teratológica ou manifestamente ilegal (2).

A melhor solução para tal problemática é empreender uma interpretação extensiva ao rol de situações previstas no art. 1.015 do CPC. Por exemplo, o inciso III autoriza o agravo de instrumento contra decisões que versarem sobre “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”. A decisão que rejeita a alegação de uma convenção de arbitragem está na realidade analisando a (in)competência absoluta do órgão julgador. Não há diferença alguma entre esta decisão e outra que rejeita a competência, por exemplo, de um órgão da Justiça Comum Estadual para a Justiça do Trabalho. Atente-se ao objetivo perseguido na norma. Esta hipótese encontra-se no rol de decisões agraváveis porque deixar para enfrenta-la no final do processo certamente ocasionará irreparável prejuízo. Se a situação é a mesma, deve ter idêntico tratamento sob pena de ofensa a isonomia.

Por fim, existem outras hipóteses de decisões agraváveis previstas no próprio CPC. Segundo estabelece o art. 354 e seu parágrafo único, o juiz ao julgar o processo no estado em que se encontra, pode proferir decisões parciais que extinguem parte dos pedidos sem resolução do mérito, nas hipóteses do art. 485 ou com resolução do mérito, nos casos dos incisos II e III do art. 487. Se o juiz indefere parcialmente a petição inicial ou se declara prescrição de parte dos pedidos, contra esta decisão, por expressa previsão do parágrafo único do art. 354, o recurso cabível é o agravo de instrumento. Outra hipótese é a prevista no art. 1.037,§13, I do CPC. Tal dispositivo diz respeito ao julgamento do recurso especial e extraordinário repetitivos. Escolhidos os recursos representativos da controvérsia e admitida a afetação, o ministro relator profere decisão de sobrestamento sobre todos os processos em território nacional que discutam a mesma matéria. As partes desses processos deverão ser intimadas sobre a decisão de sobrestamento. Se o processo sobrestado estiver em primeiro grau, a parte atingida pelo sobrestamento pode apresentar a distinção, ou seja, peticionar ao juiz da causa demonstrando que a matéria discutida naquele processo, não é similar à matéria a ser julgada no procedimento dos recursos repetitivos, requerendo a retirada do sobrestamento. Contra esta decisão do juiz de primeiro grau que analisa o requerimento de distinção é cabível agravo de instrumento. Diante do microsistema do julgamento de processos repetitivos previsto no art. 928 do CPC/2015, também são agraváveis as decisões que analisam a distinção nas hipóteses de sobrestamento de processos decorrentes do incidente de resolução de demandas repetitivas (DIDIER JR; CUNHA, 2016. p. 225).

Por fim, nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015, as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e partilha, são todas impugnáveis por agravo de instrumento.

2 PRINCIPAIS NOVIDADES NO PROCEDIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

De pronto deve ser destacada a alteração introduzida pelo art. 1015, §5º que disciplina a dispensa de peças quando o agravo de instrumento tramitar em autos eletrônicos. Realmente se mostra totalmente desnecessário no processo eletrônico, apresentar o arquivo das peças obrigatórias, quando todos esses arquivos já estão nos autos eletrônicos, podendo ser facilmente visualizado pelo julgador. A necessidade da formação do instrumento ocorre quando os autos forem físicos, e por razões óbvias. Como o processo não findou e está em tramitação perante o juízo de primeiro grau, há necessidade de se formar um instrumento físico, com as peças necessárias que facilitem o julgador do tribunal ordinário compreender a controvérsia devolvida no recurso. Sendo eletrônico os autos, tudo está a disposição para consulta no sistema, portanto, louvável a mudança, pondo fim a uma sistemática inútil e desnecessária. Todavia, é imperioso atentar para uma peculiaridade. Em determinados Estados da Federação, o processo é eletrônico no primeiro grau, mas físico no segundo grau. Nessas situações entendo ser necessária a juntada das peças que acompanham o agravo, pois certamente os Desembargadores não terão acesso aos autos eletrônicos, demandando a materialização dos autos de forma impressa, diante da inexistência do processo eletrônico no segundo grau.

Já o artigo 1017, inc. I do CPC/2015 alarga o rol das peças obrigatórias que deverão fazer parte do agravo de instrumento. Ao rol já previsto no CPC de 73, qual seja, cópia da decisão agravada, certidão de intimação da decisão agravada, procurações do agravante e agravado, acresce-se, a cópia da petição inicial, da contestação e da petição que provocou a decisão agravada. Estas novas peças obrigatórias, na realidade, já vinham sendo juntadas aos instrumentos na modalidade de peças facultativas, pois essas peças de postulação servem para melhor esclarecer ao julgador a controvérsia existente no processo. A petição que provou a decisão recorrida, de igual modo, apresenta sua importância, pois possibilita o tribunal compreender qual foi a provocação da parte junto ao magistrado que o levou a proferir a decisão agravada, delimitando os limites da controvérsia recursal.

Em relação as peças obrigatórias, importante ressaltar uma novidade trazida no art. 1017, inc. I do CPC/2015. É comum acontecer do agravante não juntar determinada peça obrigatória pelo simples fato dela não existir nos autos. Pode-se exemplificar tal situação, quando o autor pede a

concessão de uma tutela antecipada e o juiz a nega, antes da citação do réu. Por razões óbvias, o autor/agravante não juntará a peça obrigatória procuração do agravado, pois este ainda nem foi citado. Na sistemática do CPC/73, o autor/agravante teria o ônus de demonstrar tal situação, deslocando-se até cartório judicial para requerer ao escrivão uma certidão que atestasse aquela situação, tornando o procedimento ainda mais burocratizado. Pela alteração trazida no dispositivo em comento, na impossibilidade do agravante em juntar qualquer peça obrigatória, basta que o próprio agravante declare esta impossibilidade. Assim, no exemplo acima dado, basta ao agravante declarar na sua peça recursal que não está juntando a cópia da procuração do agravado, pois o mesmo ainda não foi citado nos autos do processo originário, para justificar a não juntada da peça obrigatória, desburocratizando o procedimento.

Ainda em relação ao art. 1017, inc. I, há também uma interessante inovação. No intuito de possibilitar a identificação da tempestividade recursal, o CPC revogado exigia como peça obrigatória uma certidão de intimação da decisão agravada. Novamente mais burocracia. Exigia-se do advogado a ida até o cartório judicial para obter junto ao escrivão ou chefe de secretaria uma certidão atestando uma informação constante dos autos que seria justamente a data em que o agravante foi intimado da decisão agravada. Desnecessária tanta formalidade. O código simplifica este procedimento bastando ao agravante que comprove mediante qualquer documento oficial a data da ciência da decisão agravada. Assim, se tomou ciência nos próprios autos, basta uma cópia página dos autos com a assinatura do advogado dando ciência a decisão recorrida. Se a intimação se deu mediante diário oficial eletrônico, a impressão da página onde consta tal publicação. Muitas vezes constam nos autos originários certidão com a data da publicação da decisão agravada ou a cópia do edital com a referida data de publicação. Avança o código ao abrir mão de um formalismo exagerado e desnecessário.

O §3º do art. 1017 acaba com uma injustiça histórica do agravo de instrumento, mostrando a tendência a ser seguida pelo novo legislador, preocupado com o efetivo julgamento do mérito recursal colocando de lado o apego ao formalismo exacerbado. O aludido dispositivo, inclusive faz menção ao art. 932, parágrafo único do CPC, onde repousa a nova base principiológica do CPC, também aplicável a ciência recursal, do chamado princípio da primazia do exame do mérito. Segundo o novel dispositivo a falta de qualquer peça na formação do instrumento recursal, seja ela obrigatória, seja facultativa não autoriza de pronto a inadmissibilidade do recurso. Diante da ausência, por exemplo, da cópia da decisão agravada, deve o relator intimar o agravante para que supra a falha

identificada no prazo de 5 (cinco) dias. Apenas se não houver a correção no prazo assinalado é que estará o relator autorizado a inadmitir monocraticamente o recurso. Assim, acaba-se com aquelas indesejadas negativas de recurso, por exemplo, do advogado que não juntou a sequência de substabelecimentos até chegar ao que o autorizava a assinar o recurso. Na realidade, tais vícios são e sempre foram absolutamente sanáveis, não ocasionando qualquer prejuízo ao bom andamento do processo se oportunizar a correção. O mérito recursal é o que verdadeiramente importa, todavia, durante décadas este foi esquecido para dar lugar ao formalismo da formação do instrumento. Merece aplausos o legislador neste particular.

O §4º do art. 1017 prevê a desnecessidade do envio das peças que formarão o instrumento, sejam obrigatórias ou facultativas, quando o recurso for enviado via fax. Realmente, não há sentido em se consumir uma quantidade imensa de energia elétrica, papel, tempo, principalmente pelo poder judiciário que é receptor de fax com inúmeras páginas, visto que, a obrigatoriedade de peças e principalmente as peças facultativas avolumam em demasia a prática do ato processual pelo fac-símile. Na mesma senda, considerando que pela lei do fax (Lei 9.800/99) os originais seguirão pelo correio, não faz muito sentido a prática do ato desta forma. Óbvio que existirão situações em que para a apreciação de um pedido de efeito suspensivo ou uma antecipação de tutela recursal será necessário o envio das peças necessárias à compreensão da controvérsia. Mas se há a possibilidade de espera da chegada dos originais no prazo assinalado pela lei, desnecessário o envio das peças pelo fax, apenas trazendo custos volumosos para o judiciário.

No §2º do art. 1018 está a previsão da desnecessidade de comunicação ao juiz de primeiro grau sobre a interposição do agravo de instrumento, quando o recurso for interposto em processo eletrônico. As razões são óbvias. Ao apresentar o recurso nos autos eletrônicos, o juiz facilmente identificará no sistema a interposição do recurso, podendo exercer o juízo de retratação. Nos autos físicos continua a necessidade de informar ao juízo monocrático sobre a interposição do agravo de instrumento no tribunal, no prazo de 3(três) dias. No aludido dispositivo se encontra a mesma previsão do CPC revogado, a falta da petição informando a interposição do recurso, desde que, arguido e provado pelo agravado, gerará a inadmissão do recurso. Ao meu sentir, há uma incoerência no sistema. Ora, se o art. 1017, §3º estabelece um dever ao relator, aplicar o art. 932 parágrafo único e possibilitar a correção de qualquer vício que comprometa a inadmissibilidade do recurso, não se encontra justificativa para a inadmissão de pronto do recurso, diante de uma burocratização processual.

A não apresentação da petição de informação da interposição do agravo, não gera, de imediato, nenhum vício que comprometeria a admissibilidade do recurso. Importante identificar qual o objetivo desta petição. O primeiro objetivo seria cientificar o juiz monocrático sobre a interposição do agravo para o exercício de possível juízo de retratação. A inadmissão do agravo, neste aspecto, seria incoerente pois o prejudicado seria o próprio agravante ao não apresentar a petição. O outro objetivo da petição é cientificar o agravado da interposição do recurso, facilitando o seu acesso a petição recursal sem a necessidade de deslocamento até o tribunal para ofertar contrarrazões. Apenas nesta hipótese, ou seja, se o agravado requerer e demonstrar ter sofrido prejuízo (art. 277 do CPC) com a não apresentação da petição, seria possível a inadmissão do recurso.

O artigo 1.017, §2º e incisos traz a previsão de várias formas de protocolização do recurso. Tal preocupação do legislador é muito importante diante de um país de dimensões continentais como o Brasil. No inciso I do aludido dispositivo está a forma tradicional de protocolo do agravo de instrumento diretamente no tribunal competente para o seu julgamento. Para advogados sediados em comarcas próximas das capitais ou nela própria, não há qualquer problema no tocante ao deslocamento a sede do tribunal para a realização do protocolo. Todavia, a distância entre comarcas pode ser um elemento de verdadeira negativa de acesso ao duplo grau de jurisdição. Um advogado na comarca de Petrolina, sertão de Pernambuco, teria que se deslocar mais de 700km para um simples protocolo no tribunal de justiça sediado em Recife. Tratando-se da justiça federal, pode ser mais limitador, pois os Tribunais Regionais Federais têm sua jurisdição por região, muitas delas abrangendo vários Estados da Federação. Por tais razões, a grande novidade introduzida no inciso II do referido artigo, é a possibilidade do agravo de instrumento ser protocolizado na própria comarca, seção ou subseção judiciária, que cuidará de remeter os autos para a sede do tribunal. Por fim, o inciso III, estabelece outra forma de protocolo, a postagem nos correios com aviso de recebimento. Bastante louvável a previsão do legislador que retira qualquer óbice de acesso aos tribunais ocasionados pela insuficiência de recursos das partes envolvidas na demanda.

O artigo 1.019, inc. II do NCPC contém outra significativa novidade. A preocupação com o contraditório do agravo de instrumento, quando proferida decisão interlocutória e a relação processual ainda não foi angularizada com a citação do réu. É o que ocorre, por exemplo, quando o autor em sua petição inicial formula um pedido de tutela de urgência e o juiz decide sem a ouvida da parte contrária, ainda não foi citada. Interposto o agravo de instrumento, no Código de 73 não existiria

o contraditório em grau recursal. No novo código agora há previsão do relator intimar o agravado pessoalmente, quando não tiver procurador constituído nos autos, para apresentar contrarrazões ao recurso. Esta previsão do contraditório recursal entra em harmonia com as normas fundamentais do CPC/2015, demonstrando grande preocupação com o contraditório valorativo e com o princípio da cooperação.

CONCLUSÃO

Pelo acima exposto, verificou-se que o novo legislador processual diante de tantas tentativas frustradas em diminuir o número de agravos de instrumentos nos tribunais, ao longo da história deste recurso, optou por seguir uma sistemática muito parecida com a prevista no Código de Processo Civil de 1939, criando um rol taxativo de decisões interlocutórias agraváveis e via reflexa, as decisões não previstas neste rol, só serão enfrentadas pelos tribunais quando do julgamento do recurso final do processo de primeiro grau, caso a matéria seja suscitada como preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

As decisões interlocutórias não agraváveis, não se submetem a preclusão momentânea, motivo pelo qual se tornou inócua a figura do agravo retido, acarretando a retirada do aludido recurso do sistema recursal brasileiro.

As inovações trazidas no procedimento do agravo de instrumento foram todas no sentido de simplificar o procedimento recursal, desburocratizando-o e virando a página do apego ao formalismo exagerado criado por uma jurisprudência defensiva, sendo doravante norteado pelo princípio da primazia do exame de mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC. **Revista de processo**. São Paulo: RT, v. 251, jan-2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª. Ed. Vol 3. Salvador: JusPodivm. 2016.

JOBIM, Marco Félix; CAVALHO, Fabrício de Farias. “A disciplina dos agravos no novo código de processo civil.” In Coleção NOVO CPC, doutrina selecionada. **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões judiciais**. Organizadores: Lucas Buriel Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. Salvador: Jus Podivm, 2015. Vol. 6.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto as decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil. **Revista de processo**. São Paulo: RT, v. 249, nov-2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm. 2016.

Notas

(1) Art. 1022. *Omissis*

§2º A impugnação prevista no §1º pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do §1º.

(2) AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA DO ATO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não tem cabimento mandado de segurança contra ato jurisdicional de relator ou de órgão fracionário deste Tribunal, a não ser que a decisão seja teratológica ou manifestamente ilegal.

2. No caso, a decisão impugnada está devidamente motivada e amparada na firme jurisprudência desta Corte no sentido de que cabe à parte instruir corretamente a reclamação antes de ajuizá-la.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no MS 22.203/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJe 14/12/2015).

Alexandre Soares Bartilotti*

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor Assistente da UPE - Universidade de Pernambuco. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro Fundador da ANNEP - Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo. Advogado.

Artigo recebido em: 28/11/2016

Artigo aprovado em: 29/01/2017

CORPO EDITORIAL E INFORMAÇÕES BÁSICAS

195

EDITORES

Msc. Marcio Oliveira Rocha

Msc. Carla Priscilla B. Santos Cordeiro

EDITORES DE SEÇÃO

Sra Carla Priscilla B. Santos Cordeiro

Msc Marcio Oliveira Rocha

CESMAC FACULDADE DO AGRESTE

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Rua Estudante José Oliveira Leite, 438 - Centro - CEP: 57.301-060 - Arapiraca – AL

EMAIL PARA CONTATO:

marciorocha50@hotmail.com

priscillacordeiro@cesmac.edu.br