

REVISTA

VOLUME 1

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

André Peixoto de Souza

Fernando Antonio Prazeres

Jederson Suzin

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

Lilian Romero

Luiz Osório Moraes Panza

Roberto Portugal Bacellar

VOLUME 1

REVISTA
**ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ**

André Peixoto de Souza
Fernando Antonio Prazeres
Jederson Suzin
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
Lilian Romero
Luiz Osório Moraes Panza
Roberto Portugal Bacellar

m.medeiros
EDITORA

Curitiba
2011

Diretoria da Escola da Magistratura do Paraná - Gestão 2010/2011

Diretor-Geral

FERNANDO ANTONIO PRAZERES

Supervisor Pedagógico

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Coordenador de Cursos

EVANDRO PORTUGAL

NÚCLEO DE CURITIBA

Diretor: LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

Vice-Diretora: SANDRA BAUERMANN

NÚCLEO DE LONDRINA

Diretor: RAFAEL VIEIRA DE VASCONCELLOS PEDROSO

Vice-Diretor: JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA

NÚCLEO DE MARINGÁ

Diretor: WILLIAM ARTUR PUSSI

Vice-Diretor: HUMBERTO LUIZ CARAPUNARLA

NÚCLEO DE PONTA GROSSA

Diretor: HÉLIO CÉSAR ENGELHARDT

Vice-Diretor: GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ

NÚCLEO DE UMUARAMA

Diretora: JOSIANE PAVELSKI BORGES FONCECA

Vice-Diretora: MAIRA JUNQUEIRA MORETTO GARCIA

NÚCLEO DE CASCAVEL

Coordenadora Administrativa: FILOMAR HELENA CAREZEIA

Coordenador Pedagógico: ROSALDO ELIAS PACAGNAN

NÚCLEO DE FOZ DO IGUAÇU

Diretor: GABRIEL LEONARDO SOUZA DE QUADROS

Vice-Diretor: MARCOS ANTÔNIO FRASON

NÚCLEO DE PATO BRANCO E FRANCISCO BELTRÃO

Diretora: JUREMA CAROLINA DA SILVEIRA GOMES

Vice-Diretora: LARYSSA ANGÉLICA COPACK MUNIZ

REVISTA

VOLUME 1

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

André Peixoto de Souza

Fernando Antonio Prazeres

Jederson Suzin

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

Lilian Romero

Luiz Osório Moraes Panza

Roberto Portugal Bacellar

Copyright © 2011 by M.Medeiros Editora e Comunicação Ltda.

PROJETO EDITORIAL

Escola da Magistratura do Paraná - EMAP

COORDENADOR EDITORIAL

Marco André Medeiros

TEXTOS

André Peixoto de Souza, Fernando Antonio Prazeres, Jederson Suzin, Jorge de Oliveira Vargas, José Laurindo de Souza Netto, Lillian Romero, Luiz Osório Moraes Panza e Roberto Portugal Bacellar.

EDIÇÃO, PROJETO GRÁFICO, CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA

M.Medeiros Editora e Comunicação Ltda.

ORGANIZAÇÃO DE ORIGINAIS

Monalisa Vargas

REVISÃO DE TEXTO

Danda Coelho

APOIO



SINDICATO DAS EMPRESAS
DE SEGUROS PRIVADOS,
DE RESEGUROS,
DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
E DE CAPITALIZAÇÃO
NOS ESTADOS DO PARANÁ
E DO MATO GROSSO DO SUL

mmedeiroseditora.com.br - contato@mmedeiroseditora.com.br

2011

Dados internacionais de catalogação na publicação

REVISTA Escola da Magistratura do Paraná / Medeiros,
Marco André (Org.).
Curitiba : M.Medeiros Editora, 2011.

140 p. : 15,5x21 cm

ISBN 978-85-62552-03-8

1. Direito. 2. Artigos Jurídicos. 3. Magistrados Docentes.
4. Escola da Magistratura - Paraná - Brasil. I. Título.

Este livro segue as normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, de 1990, em vigor desde 1º de janeiro de 2009.

APRESENTAÇÃO	9
Histórico das Políticas de Cotas Raciais no Brasil ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA.....	13
A Natureza Jurídica da Escola da Magistratura e a Inexigibilidade de Licitação para a Contratação de seus Serviços FERNANDO ANTONIO PRAZERES.....	29
A Constitucionalização do Direito e a Discricionariedade Judicial JEDERSON SUZIN.....	39
Os Representantes “Fantasmas” dos Cidadãos Brasileiros JORGE DE OLIVEIRA VARGAS.....	55
A Solução do Conflito entre a Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade Diante da Pretensão de Incensurabilidade Prévia da Imprensa JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO.....	61
Imunidade de Imóveis Vagos Uma análise crítica do entendimento do STF LILIAN ROMERO.....	81
Direito e Historicidade A evolução do pensamento jurídico através das escolas hermenêuticas LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA	95
Técnicas de Mediação para Magistrados ROBERTO PORTUGAL BACELLAR.....	117

A edição desta Revista só foi possível porque houve quem, de fato, se preocupou em elevar o bom nome da EMAP.

Falo do Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Resseguros, de Previdência Complementar e de Capitalização nos Estados do Paraná e do Mato Grosso do Sul (SINDSEG - PR/MS) com quem criamos uma parceria eticamente responsável e que nos auxilia, *pro bono*, para a consecução de nossas atividades fins.

O que podemos dar em troca são nossos agradecimentos, em especial ao Sr. João Gilberto Possiede, pelo empenho dedicado para a realização deste projeto.

APRESENTAÇÃO

A Escola da Magistratura do Paraná pensa e tem muito a dizer.

Considerada a melhor Escola da Magistratura do País, ostenta com orgulho o Selo ENFAM de Qualidade de Ensino e não poderia mais ficar calada.

Em seus escaninhos e arquivos estão guardados centenas de textos, monografias, pareceres, artigos, enfim, uma gama inesgotável de conhecimento que se vê enclausurada porque, egoisticamente, não a compartilhamos com ninguém.

Mas a Escola tem muito a dizer e não ficará mais calada.

Doravante, compartilharemos com a comunidade todo o conhecimento adquirido nestes 27 anos de atuação.

Estão abertos nossos arquivos, cujo acesso se dá pela simples incursão em nosso site na internet.

E a Revista vem bem a este propósito.

Os textos, na sua maioria, foram elaborados por Magistrados nos diversos cursos ofertados ao longo de 2010 ou são fruto de reflexões e pesquisas realizadas por Professores da EMAP.

Vai aí o primeiro passo para que se dê vazão ao conhecimento produzido pela EMAP.

Os próximos números contarão também com textos dos alunos dos diversos núcleos da Escola, mostrando, assim, e de forma definitiva, que temos muito a dizer e não mais ficaremos calados!

Fernando Antonio Prazeres
Diretor-Geral da EMAP

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

Advogado. Doutor em Direito
pela Universidade Federal do
Paraná - UFPR. Doutorando
em Educação pela Universidade
Estadual de Campinas - UNICAMP.
Professor da EMAP.

Histórico das Políticas de Cotas Raciais no Brasil

1. AÇÕES AFIRMATIVAS E SISTEMAS DE COTAS NO BRASIL

“No final dos anos 1940 e início dos 1950, anos do pós-guerra, a idéia de democracia contrapunha-se ao nazismo e ao totalitarismo. O mundo se unia na rejeição à noção de ‘raça’. Em 1946, dois anos antes da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Jean-Paul Sartre escrevia o ensaio *Reflexões sobre a questão judaica*, no qual afirmava que é o anti-semitismo que cria o judeu. Na mesma ordem de idéias, Claude Lévi-Strauss escrevia, em 1952, o seu célebre *Raça e História*. A Europa se perguntava como fazer para se livrar do racismo e muitos acreditavam que o nosso país pudesse dar a resposta” (MAGGIE, p. 29-30).

Desde que surgiu nos anos 1960, nos Estados Unidos, as ações afirmativas visavam forçar o Estado a “assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra”, com especial destaque para “oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, progresso na carreira, desempenho educacional, acesso ao ensino superior, [e] participação na vida política”¹.

Em suma, “num esforço de síntese e incorporando as diferentes contribuições [doutrinárias], podemos falar em ação afirmativa como uma ação reparatória/compensatória e/ou preventiva, que busca corrigir uma situação de discriminação e desigualdade infringida a certos grupos no passado, presente ou futuro, através da valorização social, econômica, política e/ou cultural desses grupos, durante um período limitado”².

No Brasil, o primeiro registro encontrado acerca da discussão que hoje denominamos “ações afirmativas” data de 1968, “quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor (20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda), como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de traba-

¹MOEHLECKE, p. 198.

²MOEHLECKE, p. 203.

lho”³. Apesar de tal manifestação, a lei sequer chega a ser elaborada.

Apenas nos anos 1980 a ideia é transformada em documento: o projeto de Lei nº 1.332, de 1983, “propõe uma ‘ação compensatória’, que estabeleceria mecanismos de compensação para o afro-brasileiro, após séculos de discriminação. Entre as ações figuravam: reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público”⁴. O projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

O movimento negro não esmorece e consegue fazer aprovar, em 1984, o Decreto de “patrimônio histórico do país” ao Quilombo dos Palmares e, em 1988, “cria a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, a qual teria a função de servir de apoio à ascensão social da população negra”⁵.

A Carta Constitucional de 1988 traz inovações nesse particular quando, por exemplo, garante proteção ao mercado de trabalho da mulher e reserva cargos e empregos públicos para deficientes.

Em 1995 encontramos a primeira política de cotas adotada nacionalmente. A legislação eleitoral determinou que 30% das candidaturas em todos os partidos políticos deveria ser preenchida por mulheres (é de se ressaltar que essa ideia já havia sido aprovada estatutariamente em 1991 e 1993 pelo PT e pela CUT, respectivamente). Fernando Henrique Cardoso instituiu, em 1996, o *Programa Nacional de Direitos Humanos*, cujo documento inclui “um capítulo específico dedicado à ‘população negra’”⁶. Um dos objetivos do *Programa* era “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta”.

Em 2001, na *III Conferência Mundial das Nações Unidas de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*, os representantes do Brasil estiveram dispostos a “consoli-

³MOEHLECKE, p. 204.

⁴MOEHLECKE, p. 204.

⁵MOEHLECKE, p. 204.

⁶MAGGIE, p. 32.

dar uma trajetória rumo a uma divisão legal da sociedade em brancos e negros, propondo que o governo brasileiro adotasse ações afirmativas em favor da população ‘afro-descendente’⁷. E apenas nesse ano “foram aprovadas políticas de ação afirmativa para a população negra por decisão do Poder Público”⁸.

“O Ministro [do Desenvolvimento Agrário] anunciava que 20% das vagas no seu ministério seriam destinadas a negros. A idéia logo se espalhou pela Esplanada dos Ministérios⁹ e, em dezembro, o presidente da República estendeu o princípio ao funcionalismo público em geral” (MAGGIE, p. 33).

No âmbito do ensino superior, a Lei Estadual nº 3.708/2002 “institui cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense”.

“Para poder participar do vestibular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, os candidatos tiveram que assinar um termo de compromisso aceitando as novas regras do concurso. A pergunta nº 24 era definitiva: ‘De acordo com o Decreto nº 30 766, de 4.3.2002, declaro, sob as penas da lei, identificar-me como negro ou pardo: ()S-Sim/()N-Não’. As instruções do edital advertiam que, se o campo permanecesse em branco, a resposta considerada seria ‘não’. Ficava evidente, portanto, que os candidatos, para se inscrever, não podiam escapar da obrigação de classificar-se ‘racialmente’ em uma das duas categorias possíveis: ‘negro ou pardo’, com direito a cota, ou ‘nem negro nem pardo’, sem direito a elas” (MAGGIE, p. 29).

“O rastilho de pólvora pegou fogo e muitas universidades públicas introduziram diferentes formas de inclusão em seus vestibulares, a maioria esmagadora delas com reserva de vagas para estudantes negros” (MAGGIE, p. 33).

⁷MAGGIE, p. 32.

⁸MOEHLECKE, p. 209.

⁹“O Ministro da Justiça, em dezembro de 2001, assinou portaria que determina a contratação, até o fim de 2002, de 20% de negros, 20% de mulheres e 5% de portadores de deficiências físicas para os cargos de assessoramento do Ministério. (...). O Ministro das Relações Exteriores decidiu que, a partir de 2002, serão concedidas vinte bolsas de estudo federais a afrodescendentes que se preparam para o concurso de admissão ao Instituto Rio Branco, encarregado da formação do corpo diplomático brasileiro” (MOEHLECKE, p. 209).

Em 2003, o governo Lula modifica o FIES (*Sistema de Financiamento do Estudante*) e o PROUNI (*Programa Universidade para Todos*), providenciando financiamentos, bolsas de estudos e vagas especificamente para negros e outras “minorias”. Nesse mesmo ano o governo cria a *Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial*, o que soa um paradoxo conceitual, pois de um lado segrega e de outro pretende igualar.

Ainda nesse mesmo ano (2003), o CNE (*Conselho Nacional de Educação*) reformulou as diretrizes nacionais curriculares, o que resultou na Lei nº 11.645/2008 que, enfatizando a “valorização da diversidade a fim de superar as desigualdades étnico-raciais”, obrigou aos alunos o estudo da história dos povos indígenas e da história da África.

Em 2006 um grupo de lideranças, intelectuais e artistas escreveu a *Carta Pública ao Congresso Nacional* contra as cotas raciais. Em 2008 outra comitiva entregou ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a carta *Cento e treze cidadãos anti-racistas contra as leis raciais*. Isso porque, na ocasião, estavam pendentes de julgamento no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra cotas raciais, o que gerou – e tem gerado – amplo debate no Brasil, a exemplo da *audiência pública sobre políticas de ação afirmativa* realizada em Brasília em março de 2010, mediante convocação do Ministro Ricardo Lewandowski.

Apenas para retomar o aspecto jurídico da questão, “em parecer elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a respeito do projeto de Lei nº 13, de 1995, apresentado pela então Senadora Benedita da Silva, que ‘dispõe sobre a instituição de cota mínima de 20% das vagas das instituições públicas de ensino superior para alunos carentes’, concluiu-se pela sua inconstitucionalidade”¹⁰.

¹⁰MOEHLECKE, p. 210.

2. VISÕES DA LIBERDADE

*Para que tudo mude, é preciso que tudo fique como está.
“Il gattopardo”.*

Quer me parecer que o pano-de-fundo mais relevante para a justificativa do sistema de cotas raciais esteja centrado na suplicada “dívida histórica” em virtude da escravidão negra no Brasil. Tal justificativa, por sua vez fulcrada na “teoria do escravo-coisa”, merece algumas considerações que passarei a tecer com base na obra do Professor Sidney Chalhoub (*Visões da Liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*).

Desde o século XIX o significado da liberdade dos negros compunha assunto econômico, político e social, posto serem “necessárias políticas públicas no sentido de viabilizar ao negro liberto a obtenção de condições de moradia, alimentação e instrução, todos assuntos percebidos anteriormente como parte das atribuições dos senhores”¹¹.

Algumas peculiaridades, nesse contexto, aparecem para ressaltar o caráter econômico do escravismo. Quando, por exemplo, um grupo de escravos tentou matar o seu senhor e vendedor, “o que parece estar em jogo não é uma fuga coletiva, uma tentativa desses negros de escapar de sua condição de cativos, e sim a afirmação de que se negavam radicalmente a serem vendidos para o interior. Para esses homens, a prisão parecia um mal menor do que a escravidão nas fazendas de café”¹². Nesse caso particular, é a própria vítima (o senhor/vendedor) quem contrata um advogado para defender os seus agressores, pois os réus estavam sujeito à pena de morte, e nesse caso, “muitos contos de réis estavam em jogo”.

Essa passagem reforça a violência na escravidão brasileira. Era sim uma “realidade social extremamente violenta: são encontros cotidianos com negros espancados e supliciados, com mães que têm seus filhos vendidos a outros senhores, com cativos que são ludibriados em seus constantes esforços para a obtenção da liberdade, com escravos que tentam a fuga na esperança de conseguirem retornar à sua terra

¹¹CHALHOUB, p. 26.

¹²CHALHOUB, p. 32.

natal. As histórias são muitas e seria preciso uma dose inacreditável de insensibilidade e anestesia mental para não perceber aí muito sofrimento. O mito do caráter benevolente ou não-violento da escravidão no Brasil já foi sobejamente demolido pela produção acadêmica das décadas de 1960 e 1970”¹³.

No entanto, um dos mitos mais célebres da historiografia, a “coisificação do escravo”, cunhada por Perdigão Malheiro e retomada por Fernando Henrique Cardoso (a aqui denominada “teoria do escravo-coisa”) pretende atingir o grau de conclusão de que “as condições extremamente duras da vida da escravidão teriam destituído os escravos da capacidade de pensar o mundo a partir de categorias e significados sociais que não aqueles instituídos pelos próprios senhores”¹⁴.

Ora, ao contrário, “para cada Zumbi com certeza existiu um sem-número de escravos que, longe de estarem passivos ou conformados com sua situação, procuraram mudar sua condição através de estratégias mais ou menos previstas na sociedade na qual viviam. Mais do que isto, pressionaram pela mudança, em seu benefício, de aspectos institucionais *daquela sociedade*”¹⁵.

Vejam os dois exemplos dessa “luta por reconhecimento”, um real, outro literário:

“O negociante português Joaquim Guimarães fez uma viagem à Bahia em fins da década de 1860. Ao retornar à Corte, trouxe consigo a preta livre Maria Ana do Bonfim, que vinha à procura de sua filha Felicidade. Felicidade fora vendida para o sudeste e seu destino era ignorado pela mãe. Guimarães conseguiu descobrir que Felicidade estava residindo em Ouro Preto, Minas Gerais, sendo escrava de João da Costa Varela Menna. (...) Guimarães foi (...) a Ouro Preto, recebendo da preta velha uma indenização prévia pelas despesas de viagem, e retornou de lá com Felicidade. Ele pagou 2 contos de réis pela escrava, e trouxe na bagagem a procuração de João Menna que o autorizava a negociar a crioula. Maria do Bonfim

¹³CHALHOUB, p. 35.

¹⁴CHALHOUB, p. 249.

¹⁵CHALHOUB, p. 252-253.

deu prontamente 300 mil-réis. Tempos depois, contudo, o português passou a exigir o pagamento imediato da soma restante, no valor de um conto e 700 mil-réis, ameaçando inclusive vender Felicidade novamente para fora da Corte. Maria do Bonfim recorreu então a duas pretas forras quitandeiras (...) e foram todas em comissão tentar um empréstimo com o comerciante português Antônio Costa. O negócio foi fechado; Antônio Costa pagou a Guimarães e passou a receber o valor do empréstimo em prestações (...), [a] juros de 3% ao mês (...)" (CHALHOUB, pp. 49-50).

Em síntese, “os negócios da escravidão separam duas negras, mãe e filha, sendo a filha pelo menos cativa na ocasião; a preta velha [vem à] Corte à procura da filha escrava; ela localiza a filha em outra província e concebe uma forma de trazê-la para o Rio; finalmente, as mulheres acionam a solidariedade de outros negros e acabam conseguindo o dinheiro para a compra da alforria de Felicidade”¹⁶.

“BONS DIAS! Eu pertencço a uma família de profetas *après coup, post facto*, depois do gato morto, ou como melhor nome tenha em holandês. Por isso digo, e juro se necessário for, que toda a história desta lei de 13 de maio estava por mim prevista, tanto que na segunda-feira, antes mesmo dos debates, tratei de alforriar um molecote que tinha, pessoa de seus dezoito anos, mais ou menos. Alforriá-lo era nada; entendi que, perdido por mil, perdido por mil e quinhentos, e dei um jantar.

Neste jantar, a que meus amigos deram o nome de banquete, em falta de outro melhor, reuni umas cinco pessoas, conquanto as notícias dissessem trinta e três (anos de Cristo), no intuito de lhe dar um aspecto simbólico.

No golpe do meio (*coup du milieu*, mas eu prefiro falar a minha língua), levantei-me eu com a taça de champanha e declarei que, acompanhando as idéias pregadas por Cristo, há dezoito séculos, restituía a liberdade ao meu escravo Pancrácio; que entendia que a nação inteira devia acompanhar as mesmas idéias e imitar o meu exemplo; finalmente, que a liberdade era um dom de Deus, que os homens não podiam roubar sem pecado.

Pancrácio, que estava à espreita, entrou na sala, como um furacão, e veio abraçar-me os pés. Um dos meus amigos (creio que ainda é meu sobrinho), pegou de outra taça, e pediu à ilustre assembléia que corres-

¹⁶CHALHOUB, p. 50.

pondesse ao ato que eu acabava de publicar, brindando ao primeiro dos cariocas. Ouvi cabisbaixo; fiz outro discurso agradecendo, e entreguei a carta ao molecote. Todos os lenços comovidos apanharam as lágrimas de admiração. Caí na cadeira e não vi mais nada. De noite, recebi muitos cartões. Creio que estão pintando o meu retrato, e suponho que a óleo.

No dia seguinte, chamei o Pancrácio e disse-lhe com rara franqueza:

- Tu és livre, podes agora ir para onde quiseres. Aqui tens casa amiga, já conhecida e tens mais um ordenado, um ordenado que...

- Oh! meu senhô! fico.

- ... Um ordenado pequeno, mas que há de crescer. Tudo cresce neste mundo; tu cresceste imensamente. Quando nasceste, eras um pirralho deste tamanho; hoje estás mais alto que eu. Deixa ver; olha, és mais alto quatro dedos...

- Artura não qué dizê nada, não, senhô...

- Pequeno ordenado, repito, uns seis mil-réis; mas é de grão em grão que a galinha enche o seu papo. Tu vales muito mais que uma galinha.

- Eu vaio um galo, sim, senhô.

- Justamente. Pois seis mil-réis. No fim de um ano, se andares bem, conta com oito. Oito ou sete.

Pancrácio aceitou tudo; aceitou até um peteleco que lhe dei no dia seguinte, por me não escovar bem as botas; efeitos da liberdade. Mas eu expliquei-lhe que o peteleco, sendo um impulso natural, não podia anular o direito civil adquirido por um título que lhe dei. Ele continuava livre, eu de mau humor; eram dois estados naturais, quase divinos.

(...)

O meu plano está feito; quero ser deputado, e, na circular que mandarei aos meus eleitores, direi que, antes, muito antes da abolição legal, já eu, em casa, na modéstia da família, libertava um escravo, ato que comoveu toda a gente que dele teve notícia; que esse escravo, tendo aprendido a ler, escrever e contar (simples suposição) é então professor de filosofia no Rio das Cobras; que os homens puros, grandes e verdadeiramente políticos, não são os que obedecem à lei, mas os que se antecipam a ela, dizendo ao escravo: *és livre*, antes que o digam os poderes públicos, sempre retardatários, trôpegos e incapazes de restaurar a justiça na terra, para satisfação do céu. BOAS NOITES” (CHALHOUB, pp. 95-97).

É claro que Machado de Assis, com sua ironia e perspicácia aguçadas, não deixa de criticar veladamente o abolicionismo: “o moleque

imagina que sua alternativa para a vida em liberdade era a continuação da antiga servidão. (...) Machado está enfatizando aqui a continuação da exploração, a abolição como um não-fato do ponto de vista das relações sociais”¹⁷.

“Na interpretação de Fernando Henrique Cardoso, a visão de liberdade que se desenha no horizonte dos negros é o caminho da integração e da ascensão social na chamada ‘sociedade de classes em formação’”. (...) O problema, todavia, é que ele interpreta o sentido da liberdade para os escravos única e exclusivamente a partir das visões de liberdade inventadas para os negros pelos cidadãos-proprietários dos brasis da época”. Alternativamente, no entanto, “a liberdade pode ter representado para os escravos, em primeiro lugar, a esperança de autonomia de movimento e de maior segurança na constituição das relações afetivas. Não a liberdade de ir e vir de acordo com a oferta de empregos e o valor dos salários, porém a possibilidade de escolher a quem servir ou de escolher não servir a ninguém”¹⁸.

Em suma, “os negros conseguiam impor pelo menos em parte certos direitos adquiridos e consagrados pelo costume, assim como conseguiam mostrar o que entendiam como cativo justo ou pelo menos tolerável. Vários souberam ainda como conseguir o direito legal à liberdade e, percebendo a possibilidade da alforria, procuraram o auxílio de homens livres, [de companheiros livres], fugiram para a polícia, se apresentaram às autoridades judiciais e, o que é mais surpreendente, perceberam muitas vezes exatamente o que deviam fazer para conseguir transformar em histórias de liberdade alguns daqueles calhamaços que se encontram até hoje nos cartórios e arquivos públicos”¹⁹.

¹⁷CHALHOUB, p. 100.

¹⁸CHALHOUB, p. 80.

¹⁹CHALHOUB, p. 173-174.

3. RAÇA E RACISMO: ALGUNS COMPARATIVOS

*O Brasil é um amálgama de mestiços de diferentes origens raciais e étnicas,
cuja raça e etnicidade foram perdidas,
a fim de ganhar a nacionalidade brasileira.*

A.S.A. Guimarães

“O debate sobre as políticas de ação afirmativa, cuja chave mestra é a cota racial, tem exposto repetidamente uma assertiva: o racismo só pode ser combatido se o Estado reconhecer a existência real das raças no cenário social”²⁰. Assim sendo, “se quisesse provar seu empenho anti-racista no cenário internacional, o Estado precisaria criar raças onde elas ainda não existem tão nitidamente delineadas, mais precisamente, no imaginário social brasileiro”²¹.

“É justamente no campo do direito e na luta contínua contra o racismo e a ‘farsa da democracia racial’ que o movimento pró-negro vai aos poucos fortalecer a noção de um Brasil dividido nitidamente entre negros e brancos, o que [Fabiano Dias] Monteiro denomina a ‘cisão racial’ brasileira” (MAGGIE, p. 31).

Mas em verdade, e ao contrário, “a idéia [de ‘raça’] que embasa essas leis (...) deveria ser extirpada da vida social”²². “Não foi a existência de ‘raças’ que gerou o racismo, mas o racismo é que fabricou a crença em ‘raças’”²³. “O racismo contamina as sociedades quando a lei afirma às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de ‘raça’”²⁴.

“A crença em raças é condição necessária para a existência do racismo.

²⁰AZEVEDO, p. 219.

²¹AZEVEDO, p. 222.

²²MAGGIE, p. 35.

²³MAGGIE, p. 36.

²⁴MAGGIE, p. 36.

Embora seja inegável que as cotas terão como consequência a ampliação relativamente rápida do número de alunos ‘negros’ nas universidades, acarretarão, por outro lado, a consolidação da crença em raças. Assim fazendo, não é de se esperar que debele o racismo” (FRY e MAGGIE, p. 161).

“Conflitos focados na reinvenção discursiva da categoria que mais danos provocou à humanidade, quando transformada em premissa ideológica de regimes políticos e divisões sociais: a raça”. (...) “Assim como o Estado moderno deve ser laico e impessoal em sua valorização dos cidadãos, deve também ser desracializado em suas políticas públicas” (LEWGOY, p. 218).

“‘Raça negra’: mais do que uma essência, esta tornou-se uma opção existencial, uma militância, um credo”. “Identidades raciais, sejam chamadas de construções ‘biológicas’, ‘sociais’ ou ‘étnicas’ sempre foram construções arbitrárias, criadas e manipuladas pelo poder legítimo de plantão (seja ele um Estado, seja ele uma elite colonial, seja ainda [um] movimento social, ou mesmo um comitê de avaliação racial numa universidade) e não deveriam constar senão de um museu de idéias passadas” (LEWGOY, p. 220).

“Usar a racialização oficial para combater o racismo é mais ou menos como combater um incêndio usando gasolina. É preciso desracializar com urgência o combate ao racismo e à exclusão social, através de políticas igualitárias de inclusão, inspiradas no ideário universalista” (LEWGOY, p. 221).

Em Cuba, por exemplo, “foi proibida qualquer forma de discriminação e abolido o uso de classificações raciais ou referências à raça, pois não existiriam cubanos brancos ou cubanos negros, mas apenas cubanos”²⁵.

Em 1976 o IBGE realizou o PNAD – *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*, recebendo dos entrevistados nada menos do que 135 cores para sua própria caracterização “racial”: “acastanhada, agalegada, alva-escura, azul-marinho, bem-clara, bem-morena, branca-queimada, cor-de-café, cor-de-canela, cor-de-rosa, cor-firma, jambo,

²⁵MOEHLECKE, p. 215.

laranja, melada, meio-morena, morena-bem-chegada, rosa, roxa, sarará, trigueira, verde...”²⁶, o que fez os pesquisadores desistirem da variável cor, impondo uma catalogação baseada em apenas cinco cores: branca, parda, negra, indígena e amarela.

Ora, “a pobreza no Brasil tem todas as cores”²⁷. O que deve ser atacado, então, para dar acessibilidade estudantil aos negros, índios e pobres do Brasil? Quer parecer que a solução é, antes de tudo, orçamentária; solução essa que pode muito bem passar à margem de qualquer debate sobre segregação racial, o que, como visto, implica num racismo perigoso... Mas, de qualquer forma, há que se tomar uma decisão...

4. O DEBATE JURÍDICO E JUDICIÁRIO: UMA DECISÃO POLÍTICA

Não conseguiria aqui me alongar nesse tema, até porque ultrapassa o ponto que me foi encomendado. Mas gostaria apenas de indicar uma pista do que poderia falar a respeito.

O problema das cotas raciais possui natureza sociológica e antropológica, justificada, aliás, na história. Longe de atacar o desenvolvimento conceitual da igualdade (art. 5º, *caput* da CF/88), penso que a inconstitucionalidade recaia na proibição do art. 19, III da CF/88: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios... criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Mas a decisão final, que caberá certamente ao Judiciário, não será jurídica, pois o conceito de igualdade (assim como o de liberdade) não pode ser estanque ou uniforme. Passando, como dito, ao largo dos dispositivos constitucionais – que, aliás, deverão ser modificados por ocasião de qualquer declaração de constitucionalidade do sistema de cotas –, a decisão final será *política*, ainda que emitida pelo Judiciário.

²⁶AZEVEDO, p. 222.

²⁷MAGGIE, p. 36.

Retomando a história, o direito, tendo sido uma arena decisiva na luta pela escravidão, sempre esteve plenamente articulado com a política. Aliás, a primeira sentença de que temos registro acerca das questões da escravidão não é jurídica, e sim política! Em 1855 teve início um episódio, envolvendo uma escrava e seu proprietário, que culminou com a seguinte decisão:

A escrava Rubina pede alforria alegando que seu senhor, Custódio Manoel Gomes Guimarães, quando no leito de morte, “pedira à mulher, d. senhora Rosa Guimarães, que concedesse alforria à preta africana em razão dos bons serviços que ela lhe havia prestado. Mas d. Rosa não parece ter feito caso da última vontade do marido, e Rubina entrou normalmente na partilha do inventário dos bens do falecido”.

O defensor [da preta] sustentava que “a vontade do senhor quanto à alforria de sua escrava tinha de ser respeitada, e Rubina devia ser declarada liberta imediatamente”. Instruído o processo, chegou a sentença: “Dos autos consta, pelo que juraram as testemunhas, que [a Ré] deliberou alienar a Autora, nestas condições conhecida a intenção [da Ré] e tendo a Autora o preço da venda, é de direito que seja preferida, porque o estado de liberdade deve ser favorecido, segundo o exposto teor da Ordenação do Livro Quarto título 11 parágrafo 4 que em favor da liberdade determina ser muitas causas outorgadas contra as regras gerais de Direito. Não prevalece a alegação que faz [a Ré] em referência à amplitude do direito de propriedade”.

Nos “embargos declaratórios” sustentou [a Ré] valer a escrava mais do que oferecia à sua alforria, recebendo sentença agora “abertamente militante contra a escravidão”:

“Acresce que o direito de propriedade não é tão absoluto como se persuade [a] embargante. A própria Constituição no artigo 179 parágrafo 22 sujeita esse direito a certas restrições, que a utilidade pública reclamar, procedendo indenização. Ora, é fora de qualquer dúvida, que a cessação gradual da escravidão entre nós está na ordem da pública utilidade e assim se tendo definido a nossa moderna legislação; não há duvidar da limitação razoável que deve sofrer, e que realmente padece tal direito. Subsista portanto a sentença”. (CHALHOUB, p. 102-106)

“O juiz, obviamente, procura amparo legal para sua decisão política. Ele recorre às Ordenações Filipinas para mostrar que a liberdade devia

ser favorecida em casos de difícil interpretação, e às vezes até contra as regras gerais do direito. Mas ele não dispõe de nenhuma determinação das ordenações que se aplique diretamente ao caso (...). O juiz, então, constrói uma lógica de defesa da causa (...): opera uma junção entre o princípio do favorecimento da liberdade, presente nas ordenações, e o parágrafo do artigo da Constituição do Império que garante o ‘Direito de Propriedade em toda a sua plenitude’, mas que também determina que poderia haver casos de desapropriações, mediante prévia indenização, desde que o ‘bem público’ o exigisse. O problema com a lógica do juiz é que o mesmo parágrafo da Constituição estabelecia que ‘A Lei marcará os casos’ nos quais poderiam ocorrer as desapropriações. Ou seja, os limites ao direito de propriedade privada realmente existiam, mas cabia ao poder legislativo decidir em quais casos isto se daria, sendo que tais decisões não seriam jamais atribuições de juízes particulares”²⁸, o que, ao contrário, foi o caso nesse processo.

A Professora Celia Maria Marinho de Azevedo abre o seu estudo sobre as cotas raciais de maneira ácida e irônica. Diz ela: “A faixa com dizeres colossais foi afixada perto da entrada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Largo São Francisco: ‘Abaixo as cotas de 80% para brancos na USP’. O transeunte que desconhecesse o sistema de vestibular da USP imaginaria que para ter alguma chance de entrar na faculdade seria preciso provar a pele branca em primeiro lugar. – Se eu sou negro de que me adiantaria estudar? Afinal, se é a cor da pele o que importa, de que me adiantaria “rachar” para o vestibular? Se os outros 20% forem dos negros, eu teria de “rachar” para ficar apertado entre os melhores dos negros. Melhor então que as vagas fossem distribuídas equitativamente: 50% para brancos e 50% para negros. Melhor seria ainda se eu pudesse concorrer a 100% das vagas. Mas isso seria impossível, já que, [pelo visto], o que importa em primeiro lugar, é a cor da pele; ou se é branco, ou se é preto, e é isso que decide em que cota eu entro”²⁹.

28CHALHOUB, p. 106-107.

29AZEVEDO, p. 214.

REFERÊNCIAS

- AZEREDO, Sandra. *Mestiçagem, igualdade e afirmação da diferença – pensando a política de cotas na universidade*. In: Estudos Feministas, Florianópolis, 13(3):320, set/dez 2005, pp. 738-755.
- AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Cota racial e Estado: abolição do racismo ou direitos de raça?* In: Cadernos de Pesquisa, v. 34, nº 121, jan/abr 2004, pp. 213-239.
- CARVALHO, José Jorge de. *As propostas de cotas para negros e o racismo acadêmico no Brasil*. In: Sociedade e Cultura, v. 4, nº 2, jul/dez 2001, pp. 13-30.
- CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- FRY, Peter e MAGGIE, Yvonne. *Cotas raciais – construindo um país dividido?* In: Econômica, Rio de Janeiro, v. 6, nº 1, jun 2004, pp. 153-161.
- HERINGER, Rosana. *Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas*. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 18, 2002, pp. 57-65.
- LEWGOY, Bernardo. *Cotas raciais na UnB: as lições de um equívoco*. In: Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 11, nº 23, jan/jun 2005, pp. 218-221.
- MAGGIE, Yvonne. *Anti-racismo contra leis raciais*. In: Interesse Nacional, out/dez 2008, pp. 29-38.
- MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. In: Cadernos de Pesquisa, nº 117, nov 2002, pp. 197-217.
- MUNANGA, Kabengele. *Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas*. In: Sociedade e Cultura, v. 4, nº 2, jul/dez 2001, pp. 31-43.

FERNANDO ANTONIO PRAZERES

Juiz de Direito Substituto
em Segundo Grau. Especialista
em Direito Processual Civil pela
Universidade de Milão – Itália.
Diretor-Geral da EMAP.

A Natureza
Jurídica da
Escola da
Magistratura e a
Inexigibilidade
de Licitação para
a Contratação de
seus Serviços

Em face da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, as já conhecidas Escolas da Magistratura ganharam *status* constitucional.

Com efeito, o artigo 93, IV da CF/88 prevê que lei complementar, de iniciativa do STF, disporá, entre outras coisas, sobre “cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”.

O que se pode inferir, desde logo, é que as Escolas da Magistratura, respeitados os princípios traçados na lei complementar antes referida, serão órgãos de Estado ou, melhor explicitando, passarão a integrar a estrutura administrativa do Poder Judiciário.

Bem por isso, podem ser criadas mediante simples resolução dos Tribunais Plenos ou dos respectivos Órgãos Especiais, prescindindo-se, assim, por absolutamente desnecessário, de qualquer interferência do Poder Legislativo, tal como fez o Pleno do STJ ao editar a Resolução nº 3 de 30 de novembro de 2006 aplicável aos Estados por força do princípio da simetria.

Decorre daí que, para fins de alocação de recursos, serão elas consideradas como unidades orçamentárias¹ dos respectivos Tribunais e deverão receber apoio de suas cúpulas diretivas mediante a celebração de protocolos de cooperação, nos moldes do que dispõe o art. 5º da Resolução nº 3 do STJ.²

Por pertinente reproduz-se, aqui, parte da declaração de voto do Conselheiro Eduardo Martines Júnior, constante do Processo CEE nº

¹O segmento da administração direta a que o orçamento consigna dotações específicas para a realização de seus programas de trabalho e sobre os quais exerce o poder de disposição.

²Assim dispõe o art. 5º da Resolução nº 3 do Pleno do STJ:

Art. 5º - O Superior Tribunal de Justiça prestará apoio a Enfam para executar sua gestão administrativa, mediante protocolo de cooperação a ser firmado entre as partes.

§ 1º O Superior Tribunal de Justiça designará funcionários para servir na Enfam, até que esta conte com quadro próprio.

§ 2º Serão supridas pelo Superior Tribunal de Justiça as necessidades de recursos materiais, financeiros e patrimoniais da Enfam, enquanto não houver créditos específicos a ela consignados como Unidade Orçamentária do STJ.

432/2006 do Conselho Estadual de Educação de São Paulo, onde era relator o Dr. Rubens Approbato Machado e que trata da natureza jurídica das Escolas da Magistratura: (...) “é necessário ressaltar que a Escola Superior da Magistratura não tem a mesma natureza jurídica dos estabelecimentos oficiais de ensino mencionados no artigo 206, este inserido na Seção I do Capítulo III do Título VIII da Constituição Federal e que trata da Ordem Social. Em realidade, a previsão de existência de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, na letra da lei, está no inciso IV do artigo 93, o qual determina que lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, com observância de princípios dentre os quais se destaca o mencionado. Portanto, escola de magistratura – seja de São Paulo ou outra – não é estabelecimento oficial de ensino, mas órgão de Estado e se constituindo numa parte do próprio Poder Judiciário, daí não se confundir, por absoluta distinção quanto a natureza jurídica, daqueles anteriormente citados, aos quais se dirige, sem nenhuma dúvida, a proibição do inciso IV do artigo 206 da Constituição Federal. E tanto é assim que o artigo 242, caput, da mesma Carta, ao excepcionar o princípio do art. 206, IV, se refere às instituições educacionais tão somente, revelando, também por isso, a distinção existente entre as naturezas jurídicas das escolas de magistratura e os estabelecimentos oficiais de ensino. Esse mesmo tratamento, diga-se, é o mesmo das escolas de Ministério Público, por determinação do § 4º do artigo 129 da Constituição Federal”.³

Lícito concluir, então, que para a realização de cursos de formação e aperfeiçoamento de Magistrados, as despesas daí decorrentes correrão por conta da dotação orçamentária respectiva.

Ocorre, contudo, que a norma constitucional é relativamente recente e não existe, ainda, a necessária regulamentação, em Lei Complementar (art. 93 da CF/88) que cuide das Escolas da Magistratura.⁴

Por força desta circunstância, muitos Tribunais de Justiça mantêm

³www.ceesp.sp.gov.br/Pareceres/pa_441_06.htm

⁴A atual Lei Complementar nº 35/79, não obstante recepcionada pela CF/88, não trata da natureza jurídica das Escolas da Magistratura.

estrutura antiga, sem previsão das Escolas da Magistratura como unidades orçamentárias e, mesmo assim, se veem na contingência de cumprir preceito constitucional (ofertar e administrar cursos de aperfeiçoamento).

Como compatibilizar a exigência constitucional, com tantas outras, de igual jaez, que impõe a observância de rígidos princípios para a administração pública?

Tome-se, por exemplo, a Escola da Magistratura do Paraná - EMAP.

Criada pela Resolução nº 01/1983, é administrada pela Associação dos Magistrados do Paraná, há mais de 27 anos.

Tradicionalmente, a EMAP, além de ofertar cursos de preparação para ingresso na carreira da magistratura, oferta, agora de forma prioritária, diversos cursos de aperfeiçoamento e formação voltados, exclusivamente, para magistrados, de modo mesmo a cumprir determinação constitucional (art. 93, II, c, da CF/88).

Não sendo, porém, unidade orçamentária do Poder Judiciário, não há previsão de alocação de recursos para que se desincumba de suas finalidades.

Como, então, cumprir a obrigação imposta pela Constituição Federal?

Tendo em mira o atual modelo, penso que a contratação dos serviços já prestados pela EMAP, há mais de 27 anos, se dará mediante o necessário procedimento onde se deve reconhecer a inexigibilidade de licitação em razão de sua notória especialização, de modo que o TJPR pode, com base legal sólida, destinar os recursos necessários à realização dos cursos voltados à formação e aperfeiçoamento de magistrados.

Vamos aos fundamentos.

Dispõe o art. 37, XXI, da CF/88:

- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para regulamentar estas atividades da administração pública, foi criada a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Licitar, portanto, é a regra (art. 2º). Há exceções, porém. São elas: licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24) e licitação inexigível (art. 25). É desta última que cuidaremos para a conclusão do raciocínio até aqui desenvolvido.

Em texto disponibilizado no sítio *licitação.com.br*, Ariosto Mila Peixoto, Diretor de Materiais e Patrimônio da Assembleia Legislativa de São Paulo, diz que *inexigibilidade, no sentido literal do termo, é aquilo que deixa de ser exigível; não é obrigatório ou compulsório. Jessé Torres Pereira Júnior cuida do assunto asseverando que licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição. Em regra exige-se a licitação, com vistas a obter a proposta mais vantajosa dentro de um universo de competidores.*

O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 dispõe sobre a inexigibilidade de licitação, entre outras, “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

O art. 13 da Lei nº 8.666/1993, por sua vez, dispõe sobre o que seriam serviços técnicos e, entre eles, se incluem aqueles especializados em trabalhos relativos a treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (inciso VI). Adverte o Prof. Marçal Justen Filho, contudo, que estes serviços devem ser vinculados às funções desempenhadas pelos agentes públicos, “*porque deve haver um vínculo de pertinência entre o treinamento e a atividade desempenhada*”.⁵

Para que se concretize a contratação de serviços de notória especia-

⁵In Comentário à Lei de Licitações, p. 81, Ed. Leud. 1993.

lização que justifique a inexigibilidade de licitação, há que se respeitar o disposto no art. 25, § 1º da Lei nº 8.666/1993 que dispõe:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Como se vê, a lei estabelece diversos parâmetros para alcançar o conceito de notória especialização e, com isso, diminuir a margem de discricionariedade e subjetivismo na contratação destes serviços.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁶, esta notoriedade deve advir do:

- **desempenho anterior**, pouco importando se foi realizado para a Administração pública ou privada;
- **estudos**, publicados ou não, que tenham chegado ao conhecimento da comunidade da área da atividade;
- **experiências**, em andamento, ou já concluídas com determinado grau de êxito, capaz de constituírem uma referência no meio científico;
- **publicações**, próprias ou incluídas em outros meios de divulgação técnica, revistas especializadas, periódicos oficiais ou não;
- **organização** - termo que se emprega como designativo da forma de constituição da entidade e seu funcionamento, mas que considerada individualmente não caracteriza a inviabilidade de competição;
- **aparelhamento**, significando a posse do equipamento e instrumental necessário ao desempenho da função que pelo tipo, qualidade ou quantidade, coloque o profissional entre os mais destacados do ramo de atividade;
- **equipe técnica** - conjunto de profissionais vinculados à empresa que

⁶In A Contratação Direta por Notória Especialização ([HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=428](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=428)).

se pretende notória especialista, ou mesmo ao profissional, pessoa física, firma individual. Pode a notoriedade ser aferida pelo nível de conhecimento e reputação dos profissionais ou esse fator constituir um dos elementos da aferição de um conjunto de fatores.

E, penso, a EMAP preenche, à saciedade, todos eles.

Não há como negar que a EMAP, ao longo destes 27 anos, vem realizando de forma constante cursos de aperfeiçoamento de magistrados. Estes cursos podem atender regiões ou todo o Estado.

Muitas das conclusões destes cursos são objeto de publicação e servem como parâmetro para o exercício diário da atividade judicante.

A realização dos cursos, sua estrutura e administração, tem sido objeto de pleitos de outras Escolas da Magistratura, ou mesmo de outros Tribunais.⁷

Está organizada em diversas Comarcas do Estado. São nove núcleos com suporte e estruturas necessárias para a realização de curso de aperfeiçoamento. Pondere-se, ainda, que todo o instrumental necessário à realização dos cursos é disponibilizado pela EMAP.

Por fim, a EMAP sempre foi administrada por juízes, com anos de experiência não só na atividade judicante, como também no ensino de disciplinas jurídicas.

Fácil constatar, portanto, que existe a pertinência temática, entre a atividade exercida pelos Magistrados e os serviços prestados pela EMAP, tal como é reclamada por Marçal Justen Filho, e apontada linhas acima.

Desse modo, para os fins previstos no art. 93, II, *c* da CF/88, além de evidenciada a inviabilidade de competição, a contratação daqueles mesmos serviços deve obedecer ao disposto no art. 25, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

Sobre o tema aqui abordado, o Tribunal de Contas da União ao julgar o Processo nº TC 018.730/97-0 onde se analisava a con-

⁷Recentemente, a EMAP foi contratada pelo TRE/PR, com dispensa de licitação, por inexigibilidade, em face de sua reconhecida e notória especialização.

duta do TRT da 16ª Região na contratação direta de serviços para treinamento profissional de servidores, admitiu que este tipo de contratação está dentro da órbita de discricionariedade do administrador público, desde que observados os requisitos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Diz o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha⁸:

No meu entender, a contratação de serviços para o treinamento profissional de servidores, seja mediante o contrato de profissionais para ministrar aulas em cursos especialmente organizados pelos órgãos públicos, seja mediante a inscrição de servidores em cursos abertos a terceiros, está claramente enquadrada na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no item II do art. 25, combinado com o item VI do art. 13, da Lei nº 8.666/93.

E prossegue:

O ponto essencial no referido § 1º, que caracteriza a especialização, é essencialmente subjetivo: trata-se de definir que aquele é o profissional cujo “trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. No caso do treinamento, preenchidos os requisitos básicos de formação acadêmica e experiência profissional, quem pode dizer se determinado professor ou instrutor atende às necessidades do órgão é seu administrador e o organizador do curso. Na maioria das vezes, nos casos concretos, é extremamente difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher objetivamente entre diferentes professores ou cursos. Por essa razão, entendo que se deve reconhecer a necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores - quando se tratar de organizar cursos próprios - bem como para selecionar cursos abertos a terceiros, para inscrição de servidores do órgão. Excetuados os casos de cursos virtualmente padronizados, que utilizam métodos de ensino de domínio público - como o são, por exemplo, os cursos de língua, ou os cursos de utilização de sistemas de microcomputadores - parece-me inviável pretender que se possa

⁸A decisão foi publicada no Diário Oficial da União em 10.11.1997, p. 25722

colocar em competição o talento e a capacidade didática de mestres em matérias de nível superior, sobretudo quando se trata de ministrar conhecimentos especializados, para complementar e aprofundar a formação de profissionais de nível universitário. São tantas as variáveis que influem na definição do perfil ideal dos professores e instrutores adequados a cada caso, que dificilmente se pode defender a tese de que haja efetiva “viabilidade de licitação” para formalizar tais contratos.

Diz mais:

Assim, tanto para a contratação de professores e instrutores para ministrar aulas em cursos organizados pelo próprio órgão, quanto para pagar a matrícula e participação de servidores em cursos especializados, organizados por terceiros e abertos à inscrição de outros interessados - em ambos os casos - entendo que se caracteriza a inviabilidade de competição prevista no item II do art. 25, combinado com o item VI do art. 13 da Lei das Licitações, sendo assim facultado aos administradores considerar, se assim o entenderem, inexigível o processo de licitação. Recomenda-se naturalmente que, na organização do respectivo processo de fundamentação da inexigibilidade, se demonstre a razoabilidade dos pagamentos envolvidos.

Por fim, conclui:

Considero oportuno que, nesta mesma oportunidade, o Tribunal fixe orientação no sentido de que, como acima expus, se considere enquadrada na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no item II do art. 25, combinado com o item VI do art. 13, da Lei nº 8.666/93, a contratação de professores, conferencistas ou instrutores, para ministrar aulas em cursos de treinamento, de formação ou de complementação de conhecimentos especializados de servidores, bem como para sua inscrição em cursos abertos a terceiros, destinados ao ensino de matérias especializadas, sempre que não se trate de treinamento baseado em técnicas e métodos padronizados de ensino.

Como se vê, os cursos ministrados pela EMAP podem ser objeto de aquisição sem a necessidade, inclusive, de contratação direta e indi-

vidual dos respectivos professores desde que, por óbvio, respeitado o procedimento exigido em lei.⁹

Em resumo:

- as Escolas da Magistratura são órgãos do Estado, criados pela CF/88 e devem se constituir em unidades orçamentárias autônomas.

- enquanto não editada a Lei Complementar de que trata o art. 93 da CF/88, as Escolas da Magistratura, com o modelo hoje existente, podem ser contratadas ou receber recursos para a realização de cursos de formação e aperfeiçoamento, na forma estabelecida pelos arts. 13, VI, c.c. o art. 25, II e § 1º todos da Lei nº 8.666/1993, ou das congêneres estaduais.

- a inexigibilidade de licitação, nestes casos, fica dentro da órbita de discricionariedade do administrador público, conforme orientação já fixada pelo TCU.

⁹No Estado do Paraná, vige a Lei Estadual nº 15.608/07 de observância obrigatória pela administração do TJPR (art. 1º), sendo que os arts. 35 e 36 tratam, especificamente, do procedimento a ser adotado para os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação.

JEDERSON SUZIN

Juiz de Direito auxiliar da 2ª
vice-presidência. Especialista pela
EMAP e Mestrando em Direito
Constitucional - UNIBRASIL.

A Constitucionalização do Direito e a Discrecionalidade Judicial

1. INTRODUÇÃO

Novo paradigma está a nortear a realidade jurídica das comunidades em geral, ao menos do mundo ocidental, qual seja, a Constituição com sua força normativa irradiando fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico.

Este fato, à par dos inúmeros benefícios trazidos, é também fonte geradora de problemas, notadamente decorrentes da forma como tem sido enfrentada a sobrecarga de demandas ajuizadas e, mais precisamente, como o Judiciário tem dado respostas à estas demandas, mormente diante das características das normas constitucionais, abertas e principiológicas que são.

Assim, e centrando o objeto de estudo basicamente no problema da discricionariedade judicial, serão apresentadas duas propostas tendentes à nortear o aplicador, fazendo-o escapar da arbitrariedade.

Uma destas propostas funda-se na técnica da ponderação, escudada no balanceamento racional e fundamentado dos valores em conflito. Outra é a que, na tentativa de eliminar qualquer processo de escolha por parte do aplicador, propõe a busca do sentimento do direito projetado pela comunidade política, como condição de resposta mais adequada à Constituição.

A questão que se coloca ao final é se realmente mostra-se possível e justificável evitar o discricionarismo fundamentado do julgador ou se, na verdade, o que realmente mereceria mais atenção e preocupação não seria o encarceramento de sentidos advindos das avalanches de enunciados jurisprudenciais.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA NOVA REALIDADE

Na atual quadra da história da humanidade impensável se mostra a defesa da existência de uma Constituição despida de força normativa. Os desastrosos fatos ocorridos no passado onde, sob o fundamento da

supremacia legal, autorizavam-se atrocidades – legitimadas pela maioria – e relegava-se para a Constituição uma efetividade condicionada ao respaldo de lei infraconstitucional não mais são justificados.

A realidade do pós-guerra é outra. Houve, justamente pelos excessos cometidos, o fortalecimento da jurisdição constitucional, com mecanismos de proteção aos direitos individuais, inclusive frente ao legislador. As Constituições não mais são vistas como meras cartas políticas, ao contrário, compostas de fortes cargas axiológicas, assumem a postura de efetiva proteção não só dos direitos fundamentais, mas também dos sociais prestacionais. Paralelo a isso, através de uma interpretação extensiva das suas normas pelo Poder Judiciário, tem-se ocorrido o efeito da irradiação constitucional sobre todas as demais normas do sistema, gerando o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica. Há, portanto, um novo paradigma para o Estado Constitucional de Direito, marcado fundamentalmente por alguns consensos doutrinários, quais sejam:

Valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda e implementação dos valores da Constituição¹. (SARMENTO, p.113-115)

Ainda, e como bem sintetiza Luis Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos

¹SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

É este o formato que, à partir da Constituição de 1988, está a reger as relações jurídicas brasileiras. Os avanços desde então ocorridos são notórios e diariamente constatados pelos sucessivos comandos judiciais tendentes à efetivação dos direitos fundamentais como, exemplificadamente, aqueles ordenadores do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado.

É, neste andar, como bem observa Gustavo Binbenbojm², que a jurisdição constitucional parece ser um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos e a Constituição, por sua vez, continua sendo a tentativa de transformar em direito escrito os supremos valores.

Ocorre que o “novo” gera intranquilidade, algumas justificáveis, outras revelam somente a tentativa de manutenção de um “*status quo*” marcado pela intocabilidade consagrada de privilégios. Destas últimas – e comumente invocadas pelo próprio Estado que almeja uma imunidade a estes comandos afirmativos – não se pretende discorrer.

Todavia, o problema está nas questões decorrentes do uso desmedido – diria melhor, uso incompreendido – deste novo formato constitucional, particularmente aquele decorrente do papel do Judiciário neste cenário, aliás, papel este que se mostra mal compreendido pelos próprios membros deste Poder.

Um destes problemas – o qual não será objeto de maior explanação por não ser objeto deste estudo – relaciona-se às formas, ou fórmulas, utilizadas como resposta à avalanche de demandas ocorridas. Nota-se,

²In A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

infelizmente, que todo o imaginário investido na tentativa de solução deste problema centra-se em propostas instrumentalizadoras da contenção ou rápida solução das demandas, como se o direito – instrumento da justiça – a isso se resumisse. Ora são súmulas vinculantes que, milagrosamente, procuram dar “respostas *a priori*, ‘oferecidas antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos)”³, ora são determinações do Conselho Nacional de Justiça, por sua Corregedoria, impondo metas de nivelamento para soluções de lides⁴ ou antecipações de audiências⁵ e tudo, à despeito da justificável e louvável intenção, sem nunca questionar para o conteúdo da resposta judicial à ser dada, que certamente será fragilizada ante a notória carência estrutural do Judiciário.

Pois bem, chega-se – também como decorrência do exposto no parágrafo anterior – ao problema do conteúdo da decisão judicial. Diante deste novo cenário – fático-jurídico – o que está a preponderar como norte formatador do conteúdo da decisão judicial? Surge, então, o problema – que pode não ser problema – do discricionarismo judicial.

3. O DISCRICIONARISMO JUDICIAL

Em 27 de abril de 2009 foi ajuizado um Pedido de Providências pelo Ministério Público de Manaus⁶ onde se discutiu, em síntese, a situação de uma criança Yanomami, com quadro clínico de hidrocefalia, tuberculose, desnutrição e pneumonia, ter chegado em Manaus para tratamento de saúde, porém, como na cultura Yanomami, as mulheres são as encarregadas do trabalho pesado, por isso, somente as “saudáveis” são admitidas, a mãe da criança pretendia o retorno da filha à aldeia, a fim de se observar todos os rituais provenientes de sua cultura para o falecimento da menor. O Ministério Público, então, através da ação proposta pretendia garantir a permanência da criança em Manaus, sob tratamento. O pedido foi acolhido, basicamente sob o escoro jurídico

³STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Livraria do Advogado: 2010, p.71.

⁴Meta n. 2: “Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)”

⁵Ofício do CNJ recebido pelo TJPR n.2606-E-CNJ-COR-2010

⁶Processo n° 232/2009 – Disponível em < <http://www.diariodeumjuiz.com/downloads/processo-2009.232.pdf>>

do art. 227 da Constituição Federal⁷ e o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸, a despeito da discordância da comunidade indígena.

Em situações tais, como conciliar o direito à vida e à saúde da criança (art.227 da CF) com o respeito à compreensão acerca do que se entende por “vida” numa comunidade indígena, ou seja, com o respeito ao direito à diversidade cultural (art.231 da CF)? Se as normas constitucionais são do tipo aberto e principiológicas como então conceber – na trilha da busca pela segurança e justiça – a adequada resposta? Que técnicas utilizar quando se está a frente de normas extremamente abertas e que parecem conflitar com outras? Pode o juiz, diante destas técnicas, escudar-se tão-só na “sua consciência”?

Estas questões, urge salientar, assumem inquestionável importância frente à realidade judiciária. Hoje, e o exemplo acima citado é prova disso, a complexidade jurídica das questões postas à apreciação do judiciário – no que toca aos fundamentos constitucionais invocáveis e a discricionariedade judicial dali decorrente – não autoriza qualquer desdenho relativo ao seu enfrentamento. A adequada resposta – ainda que não seja possível uma única – obriga a todos da comunidade jurídica a debruçar profunda atenção à matéria.

Sem pretensão de esmiuçar todas as propostas doutrinárias, centrar-se-á basicamente em duas, as quais, além de bem sintetizarem a problemática, sugerem interessantes soluções.

Vejamos a primeira, segundo a clara exposição de Luis Roberto Barroso⁹:

As cláusulas constitucionais, por se conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao

⁷É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação ao lazer à profissionalização, à cultura e à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁸“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais”.

⁹In Interpretação e Aplicação da Constituição. Saraiva:2008, p.346.

sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demanda apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”. (BARROSO, p.346)

Assim, e ficando adstrito aqui aos casos difíceis (pois os simples seriam solucionados pela subsunção), onde normas de mesma hierarquia, subsumíveis ao mesmo caso, apontam para soluções diversas, indica-se a técnica da ponderação.

Segundo Barroso¹⁰, tal método, é um processo que envolve três etapas: i) cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; ii) cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas e sua interação com os elementos normativos e iii) nesta etapa – da decisão – é que assume relevo a ponderação. Os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, aquilatando-se o peso que se deve atribuir aos diversos elementos em disputa. Ainda, deve-se decidir quão intensamente esse grupo de normas deve prevalecer em detrimento dos demais.

De observar, todavia, que todo esse processo sugerido reveste-se de nítido caráter subjetivo, onde o escoro do aplicador está fundamentalmente assentado no princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. Daí é que, e isso não é negado pelo autor citado, surge uma ampla possibilidade de discricionarismo judicial.

Como solução a tal discricionarismo sugere Barroso a análise da argumentação desenvolvida onde, neste processo, três parâmetros de controle para a atividade jurisdicional deveria pairar, a saber:

i) a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos que a apoiem e lhe dê sustentação, o que tornaria insuficientes

¹⁰ Op. cit. p.361-363.

razões de ordem moral, ética ou bom senso;

ii) a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão; e

iii) utilização de dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto por princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional.

Assim, por esta proposta teríamos, diante da colisão de normas hierarquicamente niveladas, uma prévia colheita e análise das normas aplicáveis ao caso, sua contextualização diante da realidade posta à apreciação e subsequente balanceamento valorativo, exigindo, após, uma escolha ponderada por critérios jurídicos-rationais.

Dada a sintonia com o acima exposto, observação não poderia deixar de ser feita acerca do pensamento de Robert Alexy acerca da discricionariedade. Afirma ele que “aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador”, discricionariedade esta que se apresentaria por três tipos, quais sejam, “a discricionariedade para definir objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar”¹¹.

Explica Alexy que a discricionariedade para definir objetivos somente haveria caso tenha o direito autorização de intervenção, não limite ou explicita as razões de intervenção ou, caso mencione as razões, simplesmente permita a intervenção.

Já a discricionariedade para definir os meios passaria a existir quando as normas de direitos fundamentais não apenas proibissem a intervenção, como também quando exigissem ações positivas, de modo que a satisfação do direito haveria desde que o fim fosse alcançado, independentemente do meio escolhido. Ocorre, e essa advertência é feita, tratamento diverso deverá ser feito aqueles casos onde os diversos meios fomentarem finalidades em graus distintos e incertos com, ainda, efeitos

¹¹ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.584-585.

em outras finalidades ou princípios. Nesses casos, “a decisão depende de sopesamento e da possibilidade de identificar os respectivos graus de fomento e de prejuízo em relação a outras finalidades e princípios”.¹²

Portanto, traz Alexy a possibilidade, em situações específicas, do sopesamento (não *decisionista*)¹³, quando então se socorre das máximas da proporcionalidade, subdivididas em máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴.

Proposta outra é a feita por Lenio Luiz Streck. Defende ele que estas técnicas de aplicação do direito não afastam o discricionarismo judicial, ora em que expõe sua preocupação com o uso desmedido da razoabilidade como se fosse a “pedra filosofal da hermenêutica”, já que disso adviria uma ampla liberdade para ativismos. Indaga este autor, então, como poder, na busca de uma “justa medida”, limitar a discricionariedade por intermédio da razoabilidade, mormente quando pela práxis brasileira o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado como regra, aplicado diretamente e por subsunção?¹⁵.

Pergunta Streck:

Por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)amos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. (STRECK, p.56)

¹²ALEXY, op. cit. p.587.

¹³Não se pode deixar de anotar que Alexy diferencia o sopesamento *decisionista*, cujo enunciado é fruto de um processo psíquico do julgador não controlável racionalmente, do sopesamento *fundamentado*, onde a racionalidade conduziu à formulação do enunciado(Op. cit. p.165).

¹⁴“As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência – contida na definição do princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidade fáticas” e, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, esclarece que esta máxima realização é então vista frente às possibilidade jurídicas diante de princípios colidentes. Op. cit. 595-593.

¹⁵STRECK, op. cit. p.48.

Mais adiante arremata:

Por tais razões, permaneço fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência tanto a arbitrariedade como a discricionariedade, uma vez que, entre elas, não há uma fronteira clara. Arbitrariedade e/ou discricionariedade de sentidos (ou nos sentidos) são “práticas” típicas de um racionalismo que teima em sobreviver em outro paradigma. Tanto uma como outra são frutos de “consensos artificiais”, de “conceitos sem coisas”, somente possíveis a partir do deslocamento entre lei e realidade. É por essa razão que na hermenêutica aqui defendida não há respostas/interpretações (portanto, aplicações) antes da diferença ontológica ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso a ser decidido. (STRECK, p.64)

Como se nota, sob o enfoque dado pelo autor gaúcho, pouca distinção há entre arbitrariedade e discricionariedade, isso pelo fato de ambas as condutas mostrarem-se como “proprietárias” e “meios de produção” de sentidos, muitas vezes díspares do caso concreto.

Esta preocupação, insta dizer, bem se visualiza através da prática judiciária atual da submissão a enunciados jurisprudenciais e que tende a se reforçar ainda mais. De fato, o que se tem notado é a maciça utilização de enunciados que são abarcadores prévios de todas as possíveis hipóteses de aplicação. São, como antes referido, “respostas *a priori*, ‘oferecidas’ antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de ‘antecipação de sentido’” “(...) com pretensão de possuírem uma substância comum a todas as ‘demandas’ (causas)”¹⁶. Daí “o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo”¹⁷.

Perceba o problema. Antes do caso apresentado (realidade concreta)

¹⁶STRECK, op. cit. 71.

¹⁷STRECK, op. cit. p.87.

se está a dar o sentido ao caso. O pior: este sentido não é dado (eis que reproduzido) pelo intérprete primeiro (criador da norma individual), já que este invoca o sentido atribuído por outros aplicadores (tribunais).

A exemplificar a problemática decorrente da pré-definição de sentidos pode-se citar o caso ocorrido no Estado do Paraná onde, por uma ação popular¹⁸ e sob o fundamento do art. 5º, LXXIII e art.37, inciso I da CF e a Súmula Vinculante nº13 do STF, pretendeu-se a invalidade de um decreto estadual que nomeia o irmão do então governador para exercer o cargo em comissão de Secretário de Estado dos Transportes. Em primeiro grau deferiu-se a liminar, com espeque no sentido e fundamento da Súmula Vinculante 13 (e não somente nos seus elementos objetivos) analisados frente às particularidades do caso concreto¹⁹. Desta decisão foi proposta uma Reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal²⁰, da qual decorreu a suspensão da liminar, sob o argumento, basicamente, de

¹⁸Autos nº 2424/2008 – 1ª. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Curitiba.

¹⁹Transcreve-se, em parte, a decisão apreciadora do pedido de liminar: “(...) Em assim sendo, não é de se negar que dos documentos juntados aos autos pode-se apontar como plausível a tese de que o Decreto 3348/2008 (fl.28) estaria em confronto com os termos da Súmula Vinculante nº13. Reza tal súmula: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Se assim é, verossímil se mostra que o Sr. Roberto Requião de Mello e Silva, primeiro réu e atual Governador deste Estado, ao editar o Decreto 3348 e com ele nomear o Sr. Eduardo Requião de Mello e Silva, segundo réu, para o cargo em comissão de Secretário de Estado dos Transportes, agiu em afronta aos termos da Súmula acima transcrita, logo, teria agido em violação à Constituição Federal, especificamente no tocante ao dever de ter a moral administrativa (art.37, I da CF) como contínuo escoro para seus atos. Não se nega, é verdade, que entendimentos existem no sentido de que subsunção não haveria àquela Súmula quando a nomeação fosse feita para cargos de *agente político*. Parece, para esta superficial e provisória cognição, que tal entendimento não pode ser sustentado. Primeiro porque a Súmula n.13 ressalvas não faz e, segundo, porque a preocupação mor de sua edição foi a proteção da moralidade administrativa e esta igualmente poder ser maculada quando o cargo é ocupado por *agente político*. A imoralidade não está no cargo ocupado, em si, mas na forma da ocupação. De mais a mais, se a intenção sempre foi a proteção da moralidade, até porque expressa ela textualmente no art. 37, *caput* da CF como obrigação dirigida ao Administrador Público, não parece ser moral a utilização de subterfúgios políticos como escusa de submissão à Súmula. Isso porque o segundo réu exercia o cargo em comissão de Superintendente da Administração dos Portos de Paranaguá, isso desde janeiro de 2003. Agora, em razão da Súmula, ao que tudo aponta, deixou aquele cargo – *mas não as funções* – para, como agente político, permanecer ocupando outro cargo público neste Estado. Não se olvide, é pressuposto teleológico do ato administrativo o *fim público, o interesse público*. Se, embora formalmente perfeito o ato administrativo, busca o agente público um fim destoante daquele interesse coletivo, há desvio de finalidade, passível, portanto, de invalidação”.

²⁰Reclamação nº 133048.

que estaria a liminar contrariando os elementos objetivos do enunciado daquela Corte²¹.

Note que o fundamento da Súmula era, entre outros, o princípio da moralidade. Logo, aparentemente, o relevante para que ocorresse a subsunção era, a par de uma adequação aos elementos objetivos do enunciado, também uma adequação aquele fundamento que, pela abertura conceitual que lhe é inerente, somente poderia ser feito frente ao caso concreto.

Parece, o que vem a confirmar a preocupação de Streck, que a tentativa de aplicação literal de enunciados, como se leis fossem, sem dar margens à análise da concreta situação posta à apreciação, culminará numa molduração da realidade tendo como artífice o juiz, ou seja, o juiz constitucional estaria a definir (e forjar) o objeto de atuação, como se possível fosse a modificação da realidade.

Não se concebe, pois, a separação entre “fato” e “direito”, de modo que “somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (Bedeutsamkeit) ao precedente ou à regra”. Em síntese, do texto em si mesmo nada se extrai, mas sim de sua co-relação com os fatos, disso decorrendo que “os sentidos somente se manifestam no ato aplicativo”²².

Assim:

Importa dizer sobremodo – para uma melhor compreensão do que até aqui foi dito – é que as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente necessita de um conjunto de princípios que tenham

²¹Eis a decisão, de lavra do Ministro Cezar Peluso, na parte que interessa à matéria: “(...) Colho dos autos (fls. 04, 5 e 60) que o magistrado reconhece, no *decisum*, que a hipótese sob apreciação entra no âmbito de incidência da exceção aberta por esta Corte para os cargos de natureza política: “Não se nega, é verdade, que entendimentos existem no sentido de que subsunção não haveria àquela Súmula quando a nomeação fosse feita para os cargos de agente político. Parece, para esta superficial e provisória cognição, que tal entendimento não pode ser sustentado.” Ainda assim, determinou, liminarmente, a suspensão do Decreto nº 3.348/2008, o que aparenta, neste juízo prévio e sumário, afronta à sumula vinculante nº 13. 3. Do exposto, defiro o pedido de liminar, determinando a suspensão da decisão impugnada, com o conseqüente restabelecimento da eficácia do Decreto estadual nº 3.348/2008”.

²²Op. cit. p. 103 e 84.

- nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de:
- a) preservar a autonomia do direito;
 - b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade);
 - c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
 - d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais;
 - e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada”. (STRECK, p.96/97)

Um ponto chama aqui especial atenção e que, pode-se dizer, é a principal nota de distinção do método de interpretação primeiramente exposto. Defende Streck a necessidade de se obter uma resposta (decisão) “constitucionalmente adequada”, a qual não se daria por um processo de escolha (típico da ponderação), mas sim:

A partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)”. (STRECK, p.98)

Ou seja, através de um todo que se antecipa (pré-compreensão), vale dizer, do sentido de direito projetado pela comunidade política que se obterá a adequada resposta, mesmo que tal resposta não seja a única, nem a melhor, mas a resposta mais adequada à Constituição.

Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”. (STRECK, p.98)

Deste modo, pelo largo grau de abrangência decorrente deste sentido projetado pela comunidade evitar-se-ia aquela multivariada de decisões e asseguraria a integridade do direito contra o solipsismo judicial. O julgador, desta forma, não poderia justificar-se pelas razões de sua consciência, por critérios pessoais, “ até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um individuo isolado”²³.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, nitidamente substancialista, procurou abarcar em seu corpo os anseios de uma comunidade marcadamente pluralista, mas a despeito dos infindáveis benefícios advindos, o que é demonstrado pelo amplo leque de direitos individuais e sociais existentes, fez surgir discussões jurídicas das mais diversas.

Com efeito, ao se ter as normas constitucionais como fonte irradiadora de validade à todo o sistema jurídico, exsurge o problema advindo do fato serem estas normas do tipo aberto e principiológicas e, justamente por isso, não propiciarem – pelo menos nos casos difíceis, diante da colisão de normas hierarquicamente niveladas – uma aplicação por mera subsunção. Neste cenário é que se depara com o problema do discricionarismo judicial.

Propõem-se algumas técnicas. Uma delas é a ponderação, onde o aplicador, após prévia colheita e análise das normas aplicáveis ao caso, faria sua contextualização diante da realidade posta à apreciação e seu subsequente balanceamento valorativo, exigindo, em seguida, uma escolha ponderada por critérios jurídico-rationais.

Outra, sob o fundamento de que pela ponderação não se evitaria o discricionarismo, funda-se na ideia de buscar o sentido do direito projetado pela comunidade política como condição à resposta mais adequada à Constituição, ainda que não seja a única ou melhor.

Ocorre que a realidade, como fato social, é posta e não forjada.

²³STRECK, op. cit. p. 107.

O Brasil é um país, como acima dito, composto por uma sociedade pluralista, portanto, com valores e anseios variados, protegidos constitucionalmente e que se socorrem, muitas vezes, de princípios para verem-se efetivados, de modo que ao julgador cabe o dever de tutelar estes anseios e valores.

Neste processo, a despeito dos posicionamentos em contrários, escolhas são inevitáveis e, pode-se dizer, inevitável também será o discricionarismo judicial.

Melhor explicando. Neste caldeirão cultural pensar numa resposta adequada à Constituição partida do – e não dos – sentimento da comunidade política parece ser impossível. Vários são os sentimentos da comunidade, já que variados são os valores incorporados na Constituição. O exemplo citado no texto onde, para certas comunidades indígenas, o infanticídio é aceitável para certas situações é prova bastante a evidenciar a ausência de um consenso de sentimento. Ou seja, será diante do caso concreto e da necessária ponderação de valores em jogo que se deverá dar a resposta mais adequada.

Infundado, parece ser, o grande temor de deixar aos juízes esta incumbência do sopesamento dos valores. Num cenário marcado por uma Constituição dotada de força normativa, porém, com conteúdo aberto e principiológico, é justamente esta a função do julgador.

Todavia, o que jamais se poderá tolerar é o arbítrio judicial, infundável com discricionarismo. Naquele, a vontade do julgador é imposta e não justificada jurídica e racionalmente (“sopesamento decisionista”). Neste, o ato de julgar expressa – e os termos da decisão não podem deixar margens para dúvidas – a harmonização do valor constitucional com o fato posto à apreciação, tudo através de um argumento racional (“sopesamento fundamentado”).

Assim, a preocupação que realmente deve pairar entre a comunidade jurídica não é com a discricionariedade judicial, com a conotação acima posta, mas sim com a forte tendência de encarceramento de sentidos advindos das avalanches de enunciados jurisprudenciais, sejam vinculativos ou não. Este é o real perigo à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva: 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Processo nº 232/2009 – Disponível em < <http://www.diariodeumjuiz.com/downloads/processo-2009.232.pdf> >

JORGE DE OLIVEIRA VARGAS

Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado do Paraná.
Mestre e Doutor em Direito
Público pela UFPR, professor
de Direito Constitucional da
EMAP. Presidente da Escola da
Magistratura do Mercosul.

Os Representantes “Fantasmas” dos Cidadãos Brasileiros

Recentemente estive, a convite, em Natal, num encontro dos dirigentes das Escolas Estaduais da Magistratura do Brasil, onde tive a oportunidade de ouvir uma conferência do nosso grande constitucionalista Paulo Bonavides, que falava a respeito do poder exercido pelos representantes do povo, analisando o parágrafo único do art. 1º da nossa Constituição cidadã.

O mencionado parágrafo, como se sabe, diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Quem são os representantes do povo? Só os eleitos? Só os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo?

Normalmente o governo dos representantes eleitos é o governo das maiorias. E quem representa as minorias; quem lhes garante direitos iguais aos integrantes da maioria? O Poder Judiciário é um representante do povo, mesmo não sendo eleito?

O ilustre constitucionalista sustentou uma resposta positiva. Sim, os integrantes do Poder Judiciário representam o povo, representam como nenhum outro as minorias, garantindo-lhes os direitos independentemente de siglas partidárias e mesmo frente aos governantes. A Justiça é cega nesse sentido, ou seja, não importa se o jurisdicionado é desta ou daquela ideologia político-partidária; todos devem ser tratados como iguais.

A interpretação gramatical do mencionado parágrafo, em princípio, ao falar em “representantes eleitos” exclui os membros do Poder Judiciário, porém, essa forma de interpretação é apenas a inicial, principalmente em se tratando de normas constitucionais, pois a Constituição não pode ser interpretada “em tiras”, mas sim de forma unitária, portanto cada dispositivo necessita ser integrado com outras regras e princípios, quer sejam estes explícitos ou implícitos.

A legitimidade do Poder Judiciário decorre, primeiramente, de ser ele o guardião da Constituição (art. 102, *caput*), cabendo-lhe controlar a lei e os atos normativos, recusando-lhes validade se não estiverem em harmonia com a lei maior.

Nesse sentido consta expressamente na Constituição de Portugal, que foi uma das fontes inspiradoras da nossa, em seu art. 3º 3: “A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

Consequentemente, falando agora só das leis, cabe ao Poder Judiciário dar-lhes ou recusar-lhes a segunda sanção, ou seja, não basta o Poder Executivo sancionar uma lei para que ela seja válida, é necessário que o Poder Judiciário diga que a mesma está conforme a Constituição, e nisso consiste o que se convencionou chamar de segunda sanção.

O Poder Judiciário recebe sua legitimidade do poder constituinte originário que, através da Constituição lhe deu competência não apenas para julgar os conflitos, mas principalmente zelar pelo cumprimento do programa constitucional, garantindo, de maneira especial, a concretização dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, controlando a constitucionalidade das leis e atos normativos e mais, como guardião do programa constitucional, exigindo e impondo aos demais poderes o cumprimento dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, o Poder Judiciário se legitima como representante do povo.

O Estado tem que estar a serviço dos cidadãos.

Pode-se argumentar, com razão, que, na prática, grande parte da Constituição se constitui apenas num protocolo de intenções; de mera promessa cujo cumprimento é eternamente postergado. As políticas públicas são muitas vezes relegadas. O princípio unificador do Estado Democrático de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana, é ignorado. A título de exemplo cito a vedação de penas cruéis, que é ali garantida no art. 5º, XLVII, e; direito esse que é diuturnamente desrespeitado nas nossas Delegacias de Polícia, como denunciado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Denunciar as condições degradantes das carceragens a organismos internacionais de direitos humanos e ingressar com pedidos de *habeas*

corpus em favor dos presos detidos em cadeias superlotadas são algumas medidas propostas pela Comissão de Direitos Humanos da OAB Paraná. (...) A situação da carceragem de Paranaguá foi apontada como um dos casos emblemáticos, onde estão abrigados 270 presos em celas com capacidade para no máximo 27 pessoas. (...) A presidente da comissão citou os inúmeros problemas encontrados, além da superlotação: proliferação de doenças, absoluta falta de higiene, ausência de ventilação e luminosidade, uso, por parte de agentes, de métodos que causam lesões graves em presos e que não são tratadas. (...) há relatos de que a temperatura interna chega a 55 graus Celsius. Houve uma ocasião, na carceragem de Pinhais, em que os presos ficaram quatro dias sem água.¹

E os precatórios, cujo prazo para pagamento passou de no máximo um ano e meio para trinta e quatro anos e meio? E a carga tributária com efeito regressivo que atinge aproximadamente 85% dos tributos: quem ganha mais paga menos?

E o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? E o direito fundamental à boa administração?

Realmente, se deixarmos para o Executivo cumprir o programa constitucional, acreditando na Constituição dirigente, a maior parte dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, não passará de mera promessa. É aí, nesse ponto, que deve ser realçado o poder/dever do Judiciário em representar o povo, principalmente aquela parcela que necessita da implementação urgente dessas políticas públicas; que necessita de moradia, emprego, segurança, educação, saúde, lazer, etc.

Mas dirão alguns, a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas não irá ferir a independência dos Poderes consagrada no art. 2º do Estatuto Maior?

A resposta é negativa. Na verdade, só há um poder: o do povo. O Legislativo, Executivo e Judiciário têm funções, ou Poder/Dever. O fato do Executivo não implementar as políticas públicas impõe ao Judiciário

¹<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2305182/oab-propor-aco-es-contra-a-superlotacao-de-cadeias-no-parana>, capturado em 07 de janeiro de 2011.

o dever de exigi-las, como representante do povo. Não há interferência indevida em se tratando de omissão.

Porém, muitos magistrados ainda entendem que não são legítimos representantes do povo e por isso, em nome da “independência” dos Poderes se omitem, com isso se transformando, como disse Paulo Bonavides, em representantes fantasmas.

Esse estado de coisas tende a se modificar com o aprimoramento constante dos nossos magistrados, principalmente através de cursos de atualização e aperfeiçoamento levados a cabo, de maneira especial, pelas Escolas da Magistratura, destacando, nesse ponto, a do Paraná, que recebeu o “Selo Enfam”, como a melhor Escola da Magistratura do Brasil.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado do Paraná.
Mestre e Doutor pela UFPR.
Professor do curso de Mestrado
da UNIPAR. Supervisor
pedagógico da EMAP.

A Solução do
Conflito entre
a Liberdade
de Expressão
e o Direito à
Privacidade
Diante da
Pretensão de
Incensurabilidade
Prévia da
Imprensa

1. INTRODUÇÃO

Um dos princípios constitucionais que mais se contrapõe com o direito à vida privada (também previsto constitucionalmente) é o direito de informação.

O problema adquire uma precisa relevância quando, de frente aos meios técnicos da mais ampla difusão, com a qual é possível controlar atividade do indivíduo até mesmo nos seus mais reservados aspectos, se tem por contrário presente a exigência de garantir a cada indivíduo uma esfera de privacidade, na qual ele possa livremente desenvolver as aptidões de sua própria personalidade.

A multiplicação dos motivos de indiscrição, com suas justificações, faz emergir um complexo instrumento tecnológico dotado de um poder de difusão que aniquila qualquer pretensão de existência da privacidade.

Diante da pretensão de incensurabilidade prévia da imprensa, o conflito surge desequilibrado nas forças antagônicas, resultando desproporcionais os meios tradicionais de defesa do indivíduo privado quando defrontados com os meios de agressão à intimidade, às vezes, usados sem limite.

Importância ainda maior assume o exame de tais relações quando os fatos socialmente relevantes relativos à vida privada tenham um caráter criminoso, o qual postula um direito sem dúvida relevante da coletividade de ser informada e, em sentido oposto, uma maior necessidade de reserva e de meios de divulgação levando em consideração a repercussão social e as consequências de ordem moral e jurídica da qual a publicidade necessariamente é fruto.

2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição, no artigo 220, revela a possibilidade de colisão de direitos fundamentais, pois, não obstante estabelecer a proibição de restrição do direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, ressalva a proibição do anonimato (IV), o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V),

os direitos de intimidade, vida privada, à honra e à imagem das pessoas (X), impondo respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 220, § 3º, II).

Em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou colidem-se com outros bens jurídicos amparados pela Constituição. As colisões de direitos fundamentais ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular evita ou dificulta o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular.

Canotilho distingue concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais. Para ele, a concorrência de direitos se dá quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Por outro lado quanto à colisão de direitos, leciona;

...considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um “choque”, um autêntico *conflito* de direitos.¹ (CANOTILHO, p. 1189)

Existe uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de direito fundamental por parte de outro titular.²

Robert Alexy³ classifica colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Em sentido estrito, a colisão entre direitos fundamentais atua quando o exercício de um direito fundamental de um titular projeta efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, coincidentes ou díspares.

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999/2001.

²CANOTILHO, op. cit., p. 12-27.

³ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito, Revista de Direito Administrativo, RJ, n. 217, p. 67-69, Julho-Setembro, 1999.

Por outro lado, a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo estabelece-se quando estão em conflito direitos individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

A colisão acontece se, por exemplo, algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Em determinada circunstância, um princípio cede a outro, em outra situação, a questão da prevalência resolve-se de forma contrária.

O caráter dos princípios e das normas de direito constitucional exigem uma otimização de seus conteúdos, ou seja, de seus efeitos em ordem jurídica e circunstâncias concretas. Isso se verifica quando os princípios colidem por um conter a proibição de algo que o conteúdo do outro permite. A solução só pode ser dada a um caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos. Ocorre, então, uma ponderação entre os interesses envolvidos, a fim de saber qual deles, “abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso concreto”.⁴

A lei da ponderação pode ser expressa da seguinte maneira: “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. Os princípios, a primeira vista, possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro.⁵

A ponderação é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.⁶

As circunstâncias de prevalência podem variar nos casos concretos.

O autor alemão expõe a lei de colisão:

“La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las

⁴ALEX Y, op. cit. p. 116.

⁵ALEX Y, op. cit. p. 161.

⁶ALEX Y, op. cit. p. 161.

cuales un principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestion de la precedencia puede ser solucionada inversamente.” (ALEXY, op. cit., p. 91-92)

O problema que se põe é entre duas situações diversas: a tutela da privacidade e a coexistência com o interesse social à informação, isso é a necessidade do direito à informação, de uma parte e, de outra, o interesse individual à conservação de uma esfera a mais ampla possível de reserva sobre fatos da própria vida privada pessoal, e familiar.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A TEORIA DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

A Constituição, no artigo 5º, inciso V, diz que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Mas como regular isso? Como definir a proporcionalidade, comprovar o agravo, quantificar o dano?

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como critério necessário para harmonização dos direitos fundamentais em conflito, pois vem dotada de uma força motriz, autônoma e funda-se em valores internos que justificam por sua própria natureza sua importância no próprio sistema.

É, pois uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito que exige a concordância prática e a harmonização dos conflitos entre bens jurídicos, propiciando solução de combinação, sem a ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos outros.

Sobre a importância do aludido princípio no âmbito do direito constitucional com expressão, manifesta-se Karl Larenz⁷, dizendo que é um princípio que deriva da idéia de justiça, conecta com a idéia da moderação e da medida do justo no sentido de equilíbrio.

A primordial função do princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional na esfera dos direitos fundamentais, onde serve basicamente à proteção da liberdade, bem como à difusão dos demais

⁷LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Sanego, 2ª, Ed., Lisboa: FGG, 1989. p. 122.

princípios e garantias básicas, os quais são observados em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados.

Como anota Canotilho:

“o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio esta a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma relação de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”. (CANOTILHO, p. 12-27)

Esse princípio possui a relevante missão de funcionar como critério para a solução de conflitos entre fundamentos, por meio de juízes comparativos de ponderação dos interesses envolvidos num determinado concreto.

Na lição de Paulo Bonavides⁸:

Um das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para dirimir ou eliminar a colisão de tais direitos. (BONAVIDES, p. 386)

Entretanto, muito embora sirva de método de ponderação de bens jurídicos, a complexibilidade da compatibilização entre os valores o caso em concreto, diante da subjetividade do princípio da proporcionalidade inviabiliza a solução da difícil harmonia entre o direito da intimidade da vida privada e o direito da liberdade da informação jornalística.

⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional . 7ª Ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998.

O conteúdo axiológico e ideológico dos interesses invocados como dignos de proteção fundamentados pela retórica e subjetividade da proporcionalidade, sopesa em desfavor ao equilíbrio dos direitos que estão em estado de tensão.

4. A PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com diferentes denominações técnicas (esfera da personalidade, direito ou direitos da personalidade), procura-se definir uma mesma realidade: a busca do homem como pessoa.

Após a Segunda Grande Guerra surge uma nova exigência de tutela da pessoa nos seus próprios valores e a garantia da individualidade. A partir deste período os bens jurídicos inerentes à pessoa foram incluídos nos ordenamentos jurídicos, que reconheceram a prevalência do direito pessoal. A evolução do Estado moderno reconheceu no plano jurídico positivo aqueles direitos que concebidos como inatos.

Em linha geral, poderia ser sustentado que todos os direitos são qualificados como da personalidade, mas no sentido técnico tal fração é reservada aqueles direitos que constituem o núcleo mais profundo, sem os quais a pessoa não existiria como tal.

Os direitos destinados a dar conteúdo à personalidade, sem os quais a personalidade ficaria privada de concreto, podem definir-se como direitos essenciais. A personalidade é a fonte e o pressuposto de todos os direitos subjetivos: o direito se tem somente quando se é um sujeito, e o homem é ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito. Para Vercellone⁹ o objeto dos direitos da personalidade é a própria pessoa humana em sua síntese físico-psíquica.

Entre tantos direitos, estão aqueles complexos, com múltiplos conteúdos que constituem a primeira causa de todos os outros direitos fundamentais e podem ser definidos como os atributos fundamentais da personalidade.

⁹VERCELLONE, Paolo. Novissimo digesto italiano. Turim, 19857, Vol. XII., p. 1083-1084.

A personalidade humana é um valor unitário de tal modo que as várias normas do Código Penal, Código Civil e das leis especiais constituem simplesmente a disciplina específica de alguns aspectos particulares de sua tutela.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III, constitui-se em cláusula geral de proteção da personalidade.¹⁰

A dignidade da pessoa humana é o mais importante fundamento do sistema constitucional brasileiro considerado “o primeiro fundamento e o último arcabouço da guarida dos direitos fundamentais”¹¹. É a base do Estado Democrático, apresentando-se como um vetor hermenêutico indispensável para o balanceamento dos valores e interesses nos casos de colisão de direitos fundamentais.

O respeito da dignidade da pessoa humana remete ao reconhecimento da superioridade do indivíduo como valor intangível, exigindo proteção frente a todo poder. Impõe-se de maneira absoluta na ordem jurídica, pois consiste o ponto nuclear do qual se desdobram todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana estabelece uma unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade humana¹². É um valor espiritual próprio da pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Assim, a dignidade como valor supremo a orientar a interpretação constitucional é imponderável, insuscetível de ceder, diante do caso concreto, a outro direito qualquer que seja, não podendo ser relativizada¹³.

¹⁰SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade sua tutela. 2. Ed. São Paulo: RT:2005, p. 139.

¹¹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva 2002, p. 54.

¹²MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Altas, 2006. p. 16.

¹³JACINTHO. Jussara. Dignidade Humana. Princípio Constitucional. Curitiba. Juruá, 2006. p. 164.

5. RESTRIÇÕES DA PRIVACIDADE E OS LIMITES DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à privacidade, por sua vez inserido na categoria dos direitos da personalidade, configura-se como princípio geral, do qual são exaradas diversas manifestações positivas, nas quais assume relevância o direito à imagem e o direito ao segredo, aspectos mais conhecidos do problema¹⁴.

A completa tutela do direito à privacidade deve ser entendida em sentido *lato* como o complexo de direitos da personalidade expressamente previstos e, em sentido estrito, como o conjunto de fatos não expressamente previstos em lei, como os sentimentos, o afeto, as manifestações mais íntimas do indivíduo.

Fundamento direto do direito à privacidade pode ser encontrado no artigo 5º, inciso X da CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Outro fundamento da privacidade, elencado no artigo 5º, inciso XL da CF, é a imposição de restrição da publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o direito social assim o exigirem.

Além disso, é importante mencionar a tutela do domicílio quando a Constituição veda sua violação, o que, de forma indireta, protege a privacidade do indivíduo e portanto, a intimidade, como já afirmou Carnelutti (domicílio e privacidade são termos correlatos).

O impedimento da violação de domicílio tutela diretamente o direito da privacidade no seu aspecto de segredo. O artigo 5º, inciso XI da CF estabelece como bem jurídico a privacidade.

A proibição da publicidade sobre o conteúdo da correspondência também configura um aspecto da tutela da privacidade. O segredo da correspondência e das comunicações é garantido constitucionalmente (artigo 5º, XII, CF) porque se decidiu tutelar a vontade do sujeito de que

¹⁴DE CUPIS, Adriano. Il diritto alla riservatezza. Foro italiano, 1954, p. 95.

determinadas notícias sejam divulgadas somente ao seu destinatário e não a outras pessoas. O direito ao segredo de correspondência e as suas comunicações aparece como um direito individual da intimidade pessoal. Do mesmo modo, as normas do Código Penal (artigos 151 e 152) relativas ao segredo de correspondência também tutelam a vida privada ante a indiscrição dos outros.

Nas convenções internacionais, o direito à privacidade aparece com um direito da pessoa humana, na defesa de sua dignidade. O direito ao respeito da vida privada da pessoa é expressamente reconhecido no artigo 12 da Declaração Universal da ONU (1941) que dispõe:

“Nenhum cidadão pode ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência; nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Também, a Convenção da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) no seu artigo 8º estabelece: “Todos tem direito ao respeito à sua vida privada”.

No que tange à tensão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, reconhece-se a possibilidade de diferenciações, consideradas as diversas situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos.

A valoração do público depende da maior ou menor exposição da vida privada.

Uma maior amplitude é reconhecida aos direitos de crônica e de opinião em relação à matéria política, de tal modo que, mesmo sem o consentimento do interessado está justificada a notícia desde que socialmente relevante.

A tutela da privacidade é menos intensa para o homem político. Entretanto, para ele também existe uma esfera de privacidade pela qual se constitui violação a difusão de notícia íntima. Não é, entretanto, violação da privacidade o dizer que ele é sócio de uma companhia industrial porque esta informação permitirá fazer uma valoração da sua personalidade e

suas ações, necessário para a construção da opinião pública.

O critério de base para avaliar se a narração do fato de imprensa pode ser considerada lícita consiste no interesse público.

Existem também restrições de publicidade para com as pessoas célebres, as quais podem, em situações específicas, se opor à difusão da própria imagem.

Certamente, o direito à privacidade em relação a elas sofre uma limitação, mas não pode ser suprimido de tudo. As exigências da coletividade devem se submeter à esfera íntima da vida privada da pessoa, sendo que a curiosidade do público é obrigada a respeitar.

Contudo, se o sujeito, voluntariamente, se põe fora da esfera da tutela da vida privada, não poderá depois insurgir-se em relação ao seu próprio direito à privacidade.

O *ius narrandi* e o *ius publicandi* encontram limite insuperável no respeito à pessoa e à honra dos outros. O âmbito da licitude jornalística não se estende aos particulares da vida privada, exceto quando estes possam ser revelados.

Mais delicado é o problema da criminalidade diante do alarme social que suscita o delito. O cronista tem o direito de narrar os fatos, desde que verdadeiros. Conseqüentemente, deve evitar adentrar na vida privada da pessoa quando a notícia por ele narrada não tenha o caráter de certeza, assim como deverá manter uma reserva em relação aqueles sujeitos que, porventura, se encontrem como vítimas ou envolvidos em um processo penal.

Busca-se evitar toda a publicidade que possa violar a intimidade da pessoa, a menos que tal violação esteja revestida pelo interesse público.

As liberdades de expressão e informação encontram-se previstas na Constituição Federal que assegura o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV) e estabelece a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, inciso IV). Ademais, a Lei Maior prevê que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição,

observado o disposto nesta Constituição”.

Estabelece ainda que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (§1º, artigo 220), e que “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§2º, artigo 220).

O interesse social e a verdade são os limites naturais da imprensa que propiciam consciente e propositadamente a formação de opinião pública através do pensamento crítico, visando garantir o pluralismo de tendências, com a redução da unificação dos enfoques jornalísticos. O valor social da notícia vem aferido pela potencialidade de oportunizar reflexões construtivas para que os indivíduos possam decidir e optar pelas escolhas que a sociedade lhes exige.

Mesmo com conteúdo difamatório, o fato pode ser expressamente narrado, apresentando-se verídico e com relevância social.

A reputação do particular deve ser respeitada e os comentários sobre sua vida privada, capaz de ofender a sua imagem, não devem ser publicados a menos que sirva ao interesse público, situação diversa de uma mera curiosidade pública.

Outro limite do direito da crônica é a formação do valor social da notícia, pelo qual é necessário deduzir que existem outras informações não socialmente relevantes que, como tais, não podem ser objeto de direito da crônica. É a esfera da vida privada e familiar do indivíduo. A relevância social da notícia jornalística é coisa diversa do interesse que esta pode suscitar.

Complemente-se que, dentro da crônica e em oposição a ela, reconhece-se a existência de um direito à vida privada que comporta proibição de difundir notícias concernentes à vida íntima dos sujeitos, que podem pedir a cessação do abuso e eventual ressarcimento do dano decorrente da divulgação da notícia.

Existe, ademais, um limite não escrito do direito de liberdade de narração e de informação, que é a pretensão de respeito ao direito

à privacidade. A pessoa tem o direito, como expressão mais ampla de liberdade, de que ninguém venha a se interessar por fatos com finalidade de especulação publicitária, invadindo a sua vida íntima, mas também aquele de não se encontrar exposto à curiosidade, à avaliação relativa a sua pessoa, exceto nos casos em que existam precisas razões.

6. A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO DOS FATOS DELITUOSOS E DOS PROCESSOS PENAIS

A prática criminosa suscita um alarme social e todos possuem o direito de conhecer os fatos violadores da lei penal, seja porque do conhecimento deles surge a possibilidade concreta do exercício do direito da denúncia, seja porque do conhecimento dos fatos criminosos e seus autores o indivíduo pode extrair normas de comportamento social.

Preocupação fundamental para o juiz é a tutela da regular tramitação do processo e somente indiretamente tal proteção incide na *privacy* daquele que porventura esteja envolvido.

Na fase instrutória, é comum a incidência de matérias jornalísticas na esfera da privacidade dos interessados, determinando um movimento de opinião pró ou contra os imputados, ainda antes de qualquer avaliação por parte do magistrado, sendo proibida a publicação de fatos que envolvam menores de 17 anos em procedimento penal.

A jurisprudência contribuiu para a configuração de uma esfera de privacidade do indivíduo interessado no procedimento, reconhecendo, no caso de uma absolvição, a possibilidade de punição pelo crime de difamação do jornalista que tenha indicado, antes da sentença, o acusado como culpado.

É claro que o jornalista deveria nesses casos ater-se estritamente à verdade e evitar incidir sobre a honradez pessoal quando os fatos não têm o caráter de certeza, mas, sobretudo, abster-se de qualquer revelação sobre nomes dos sujeitos, que mesmo não sendo autores do fato estejam a eles ligados (testemunha; vítima).

Os órgãos judiciários restam influenciados pela repercussão nega-

tiva da prática criminosa, muitas vezes construídas artificialmente por parte da imprensa. Por outro lado, o desgaste sofrido pelo sujeito com a divulgação gera o quase aniquilamento da sua liberdade de autodeterminação. Além do mais, são limitados os meios que o ordenamento positivo coloca a sua disposição para reagir à indevida penetração da imprensa no próprio âmbito da privacidade, renunciando ao exercício de ação, pois causaria maior repercussão.

Não se pode esquecer que ainda falta uma preparação específica e uma adequada deontologia profissional para alguns jornalistas.

O clamor público desencadeado pela prática de um crime hediondo pode resultar da exploração distorcida dos fatos por um mal intencionado meio de comunicação que busca mover a consciência e a vontade dos membros da sociedade numa direção predeterminada.

Dotti¹⁵, revela esse quadro de sacrifício de direito individual: “as acusações jnformais acarretam geralmente uma presunção de culpa oriunda do meio social que neutraliza a presunção de inocência. Esta é, embora constitua um direito (o direito de ser presumido inocente” não tem força bastante para se impor à comunidade à qual por força da liberdade de expressão do pensamento, exerce também um direito de julgar.”

Muitas propostas legislativas estão sendo feitas para conter a influência, às vezes negativa, exercida sobre os acontecimentos quando se cobre o curso dos procedimentos penais por parte da mídia. O fenômeno tem chamado a atenção nos últimos tempos não só dos juristas, mas também de toda a opinião pública.

A narração dos fatos delituosos pode justificar-se somente com a intenção de afirmar valores sociais ofendidos e de alertar a opinião pública contra os perigos que derivam à comunidade por parte do comportamento de alguns indivíduos do grupo. Os responsáveis pela informação deveriam abster-se da narração falsa ou deturpada dos fatos, das narrações de caráter sensacionalista com excesso de representação

¹⁵DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidade e limites. São Paulo: RT, 1980. p. 202.

fotográfica e de descrever cenas de violência, perversidade e crueldade de modo a estimular a imitação.

Aberto o procedimento penal e iniciada a instrução o direito de informação implica na faculdade de comentar e criticar os resultados das investigações, sem poder interferir na administração da justiça, reserva dos órgãos competentes.

7. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

O STJ tem utilizado a técnica de ponderação de princípios para solucionar o conflito. A decisão sobre qual lado da balança deve ter maior peso sempre ocorre de forma casuística, na análise do caso concreto.

O que norteia a aplicação desses princípios é o interesse público da informação.

Nesse sentido, uma decisão da Quarta Turma proferida em dezembro de 2007 é paradigmática: “A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, escreveu o ministro Massami Uyeda, relator do recurso em questão (Resp 783.139).

Algumas decisões do STJ levam em consideração que a verdade do que é publicado é condição indispensável para a configuração do interesse público da informação, o que evita a responsabilização civil de quem divulga a matéria. É o caso, por exemplo, do recurso (Resp 439.584) julgado em 2002 pela Terceira Turma.

Na ocasião, os ministros compreenderam que, no plano infraconstitucional, o abuso do direito à informação está exatamente na falta de veracidade das afirmações divulgadas. E mais: entenderam que o interesse público não poderia autorizar “ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada e à intimidade da pessoa humana”.

O entendimento do STJ é que mesmo pessoas notórias têm direito a uma esfera privada para exercer, livremente, sua personalidade. E, exatamente por terem esse direito, não podem ser vítimas de informações falsas ou levianas destinadas a aumentar a venda de determinadas publicações ou simplesmente ofensivas.

8. CONCLUSÃO

Se existe um contraste entre as duas exigências – direito de crônica e privacidade do indivíduo – vários são os problemas decorrentes da busca do equilíbrio de forças.

No atual estágio de desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, potencializa-se a necessidade da conciliação dos interesses opostos: aquele do público de ser informado dos fatos, dos acontecimentos, dos processos da mais vasta repercussão e aquele do indivíduo privado, de outro lado, de não ter a sua vida íntima divulgada mais do que o necessário.

A intensificação e o multiplicar das atividades humanas, a facilidade de larga divulgação de notícias concernentes aos fatos pessoais e íntimos de indivíduos e, sobretudo, a impossibilidade, às vezes, de defender o segredo das próprias coisas, dos próprios comportamentos ou pensamentos¹⁶, fragiliza a tutela do direito à privacidade.

O conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação resta desequilibrado diante dos meios técnicos de grande difusão que a imprensa pode usar. De um lado o privado, com os meios tradicionais e, de outro, as técnicas agressivas, às vezes com finalidade escandalosa de certa parte da imprensa.

O vasculhar do íntimo de quem, pela sua atividade, pelos acontecimentos da vida, esteja envolvido em fato da crônica judiciária ou por encontrar-se no centro da atenção da opinião pública tem sido a tônica por parte dos grandes jornais, das agências de notícias, dos órgãos da rádio ou da televisão.

¹⁶DOTTI, op. cit. p. 202.

Aqueles que resistem em reconhecer o direito à privacidade motivam o seu comportamento negativo em nome de uma liberdade de imprensa, entendida de modo amplo, suficiente para sacrificar outra liberdade do homem, aquela de poder realizar-se completamente, independente de qualquer controle ou censura.

Num país livre não pode ser reconhecido o direito de usar a vida privada de uma pessoa como matéria de domínio público, causando-lhe graves consequências, fazendo com que ela se sinta constrangida a fechar-se em si mesma, com inevitável prejuízo da própria liberdade de agir ou desafiar o julgamento do público, muitas vezes tendencialmente formado por uma imprensa que fornece informações unilaterais.

Trata-se, portanto, de evitar que a vida do privado seja exposta sem defesa quando se incute uma opinião frequentemente não correspondente à realidade.

O problema não pode ser resolvido com a total proibição da informação, mas com a cominação da proibição do abuso.

Nasce assim a exigência de contemporizar, harmonizar interesses opostos, equilibrando o balanço dos valores protegidos em ambos os direitos, expressões da personalidade humana para que possam ser exercidos simultaneamente, evitando-se assim o fenômeno da “erosão” da privacidade.

O critério harmonizador da proporcionalidade é entretanto insuficiente para este mister, diante da falta de critérios objetivos para a ponderação de bens jurídicos. A abstração do princípio, diante do seu conteúdo excessivamente subjetivo, tem permitido interpretações altamente lesivas a direitos fundamentais relevantes.

Persiste a dúvida sobre a presença de normas jurídicas que, com suficiente exatidão, permitam afirmar a existência de um direito à privacidade¹⁷, ou mesmo se falta ao problema uma solução jurídica podendo somente se auspiciar e hipotizar soluções legislativas futuras.

¹⁷MONREAL, Eduardo Novoa. La vida privada como bien jurídicamente protegido. Nuevo Pensamiento Penal -Revista de Derecho Y Ciencias Penales, Buenos Aires: Valdivia, 1974, p.161.

Os autores e os estudiosos não encontram consenso no problema jurídico relativo à busca de uma solução no plano positivo. Por isso, é necessária a elaboração de um novo texto normativo para regular a matéria, com a previsão do direito à privacidade como limite da liberdade de informação.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo, RJ, n. 217, p. 67-69, Julho-Setembro, 1999.

- *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BLAZQUEZ, Niceto. *Ética e meios de comunicação* (Trad. Rodrigo Cotreras). São Paulo: Paulina, 1999.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros editores 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed, Coimbra: Almedina, 1999/2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto alla vita privata (Contributo alla teoria della libertà di stampa) in Scritte giuridici in memoria di P. Calamandrei*. Padona: CEDAM, 1958.

COELHO, Inocencio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *Il diritto alla riservatezza*. Foro italiano, 1954.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: RT, 1980.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

JACINTHO, Jussara. *Dignidade Humana. Princípio Constitucional*.

Curitiba: Juruá, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Sanego, 2. ed., Lisboa : FGG, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MONREAL, Eduardo Novoa. *La vida privada como bien jurídicamente protegido*. Nuevo Pensamiento Penal-Revista de Derecho Y Ciencias Penales, Buenos Aires: Valdivia, 1974.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed, São Paulo: RT, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos* (In: Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, nº 12, jul-dez 1993)

VERCELLONE, Paolo. *Novissimo digesto italiano*. Turim, 1957, Vol. XII.

LILIAN ROMERO

Juiza de Direito substituta em
Segundo Grau. Especialista
em Direito Público pela EMAP.
Professora licenciada de Prática
Processual Criminal da EMAP.

Imunidade de Imóveis Vagos

Uma análise crítica do
entendimento do STF

1. INTRODUÇÃO

Para cumprir suas atribuições, o Estado necessita de recursos que, de regra, são obtidos mediante a cobrança de tributos (impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios).

No Brasil, as diretrizes tributárias estão fixadas na Constituição Federal de 1988, que fixou as regras básicas da relação entre o Fisco (Estado) e o Contribuinte, definiu as espécies de tributos, estabeleceu as limitações ao poder de tributar (até porque este não é absoluto), assim como a distribuição das competências e a repartição das receitas assim obtidas.

A competência tributária é a faculdade das pessoas políticas de criarem, em abstrato, tributos, descrevendo por meio de lei as hipóteses de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas. A Constituição expressamente delimitou a esfera de competência privativa de cada um dos entes federativos, nos artigos 153 e 154 (União), 155 (Estados-membros), 156 (Municípios) e 147 (Distrito Federal).

As limitações do poder de tributar consistem em regras básicas que visam proteger o contribuinte (princípios da ordem tributária), assim como as imunidades tributárias.

Os princípios da ordem tributária expressos na Constituição Federal, relacionados por Alexandre de Moraes¹ são os seguintes:

- (a) princípio da reserva legal tributária ou da legalidade estrita (art. 150, I, CF);
- (b) princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF);
- (c) princípio da irretroatividade (art. 150, III, *a*, CF);
- (d) princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, CF);
- (e) princípio da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF);
- (f) princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou de bens (art. 150, V, CF);

¹MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 1689.

- (g) princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF);
- (h) princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV, CF); e
- (i) princípio da uniformidade (art. 151, I, CF).

As imunidades estão elencadas no art. 150, VI da CF e abrangem:

- (a) os próprios entes federativos (imunidade tributária recíproca), na alínea *a*, e visam preservar o equilíbrio do pacto federativo;
- (b) os templos de qualquer culto, na alínea *b*, e objetivam assegurar a liberdade religiosa ou de crença;
- (c) os partidos políticos, entidades sindicais de trabalhadores, instituições assistenciais e educacionais, desde que não tenham fins lucrativos (alínea *c*); e
- (d) o material impresso (livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão), visando assegurar a livre manifestação de pensamento e a liberdade da imprensa (alínea *d*).

Ao discorrer sobre o fundamento de tais imunidades, Sacha Calmon Navarro Coêlho destaca que “*a Constituição juridiciza determinados valores éticos, garante-os e protege-os*”² e:

Daí resulta a imunidade dos templos de qualquer culto (liberdade de crença e igualdade entre as crenças), dos partidos políticos (veículos da vontade nacional), do jornal, periódico, livro, assim como do papel destinado à sua impressão (veículo de idéias), das instituições de educação e assistência social (veículos de cultura, benemerência, solidariedade e filantropia) e a dos sindicatos. (NAVARRO COÊLHO, p. 299)

Por sua vez, quanto ao alcance das normas que instituem imunidade, Roque Antonio Carrazza destaca que “por efeito reflexo, as regras imunizantes conferem aos beneficiários direito público subjetivo de não serem tributados”.³

²NAVARRO COÊLHO, Sacha Calmon. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 299.

³CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 684.

Este trabalho visa analisar a incidência de uma hipótese específica de imunidade – dirigida tanto às entidades mencionadas na alínea *b* quanto na alínea *c* do inciso VI do art. 150 da CF – e que diz respeito a bens imóveis vagos que integrem seus patrimônios.

A peculiaridade a justificar este estudo decorre do fato de a imunidade estar sendo reconhecida de modo indiscriminado e sem a pertinente análise de requisito essencial, com reflexo negativo na arrecadação e em prejuízo não apenas do Fisco e sim de toda a universalidade de contribuintes.

2. A IMUNIDADE DE TEMPLOS, PARTIDOS POLÍTICOS, ENTIDADES SINDICAIS E INSTITUIÇÕES EDUCACIONAIS E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 150, inc. VI, alíneas *b* e *c*, a imunidade dos “templos de qualquer culto” assim como do “patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

A instituição das imunidades acima visa assegurar e fomentar o exercício de diversas manifestações reputadas como essenciais para sedimentar uma sociedade democrática e igualitária, quais sejam: a liberdade de credo e de ideologia política, a associação de trabalhadores para equilibrar sua relação com os patrões e o Capital, a universalização do acesso ao ensino e à cultura e, ainda, a assistência aos grupos e comunidades carentes.

Outrossim, algumas das imunidades acima foram instituídas em razão do reconhecimento da impossibilidade de o Estado atuar de modo eficiente em determinadas áreas (como, por exemplo, na assistência social), servindo assim como estímulo às entidades privadas que se prestem a suprir a atuação estatal.

É certo que a Constituição condiciona a imunidade ao atendimen-

to dos “*requisitos da lei*” que, no caso, consiste no art. 14 do Código Tributário Nacional⁴, como a não distribuição do lucro aos sócios, a vedação do repasse de verbas para o exterior e a manutenção de regular escrita contábil. Além disso, o parágrafo 2º prescreve que a imunidade se restringe às atividades relacionadas diretamente nos estatutos e atos constitutivos das entidades beneficiadas.

Tal delimitação do alcance da imunidade foi reiterada no parágrafo 4º do art. 150 da Constituição Federal, no que diz respeito ao patrimônio, à renda e aos serviços das entidades imunes, nos seguintes termos:

“§4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.”

Vale dizer, o patrimônio, a renda e os serviços das entidades acima estarão imunes de tributação se tiverem relação com o objetivo delas que, por óbvio, não pode ser o do estrito lucro, e sim daquelas finalidades que o Estado visa estimular e proteger (liberdade de culto, de manifestação política, incremento da educação e cultura, assistência social, defesa dos interesses dos trabalhadores).

Assim, não há dúvida quanto à imunidade dos locais destinados aos cultos e cerimônias religiosas, às sedes dos partidos e sindicatos laborais assim como dos recursos recebidos de seus associados, aos prédios onde funcionem as instituições de assistência social e de ensino, bem como as mensalidades cobradas por estas últimas.

A discussão recai sobre os imóveis vagos pertencentes a qual-

⁴Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§1º. (...)

§2º. Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.”

quer uma das entidades acima (religiosas, políticas, sindicais, de ensino e de assistência social) e que não estejam sendo objeto de ocupação nem de exploração.

3. O ENTENDIMENTO DO STF

Em recentes decisões monocráticas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm dado provimento a recursos extraordinários (RE 598.091/DF⁵, AI 740.944/PR⁶ e RE 577.749/SP⁷), de plano, para o fim de

⁵“O presente recurso extraordinário revela-se processualmente viável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em desconformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame. Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o **RE 357.175-AgRg/MG**, Rel. Min. GILMAR MENDES, fixou entendimento que torna acolhível a pretensão de direito material deduzida pela parte ora recorrente: ‘Agravio regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, c, e §4º, da Constituição. **Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.’” O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, §1º-A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, invertidos os ônus da sucumbência.** Publique-se. Brasília, 27 de março de 2009.” (RE 598.091/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 27.03.2009, DJe 073, divulg. 20.04.2009)

⁶“Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão assim ementado: ‘APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. SOCIEDADE COM FINS ASSISTENCIAIS. IMÓVEIS DESOCUPADOS. IMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA C E PARÁGRAFO 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DIRETA OU INDIRETA COM OS OBJETIVOS DA ENTIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. **Os imóveis desocupados de propriedade de entidade de assistência social, como não se encontram revertendo em benefício para ela, não estão imunes à tributação, uma vez que não estão relacionados com suas finalidades e objetivos essenciais**’ (f. 119). No RE, interposto com base no art. 102, III, a e c, da Constituição, alegou-se violação ao art. 150, VI, c e §4º da mesma Carta. O recurso merece acolhida. O acórdão recorrido está em desacordo com o entendimento desta Corte, no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c e §4º, da CF, abrange os imóveis vagos, conforme se observa da ementa do **RE 357.175-AgRg/MG**, Rel. Min. Gilmar Mendes, a seguir transcrita: ‘Agravio regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, c, e §4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.’” Nesse sentido, menciono ainda as seguintes decisões, dentre outras: RE 577.749/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia; RE 352.822/SP, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; AI 462.953/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Isso posto, com base no art. 544, §3º e 4º, do CPC, **dou provimento ao agravo de instrumento, para conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.** Publique-se. Brasília, 19 de fevereiro de 2009.” (AI 740.944/PR - conhecido como RE - Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 19.02.2009, DJe055, divulg. 23.03.2009).

74“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA: EXTENSÃO ÀS AUTARQUIAS. **IMÓVEL VAGO: ABRANGÊNCIA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.** Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTARQUIA FEDERAL. IPTU SOBRE IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, ‘a’, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DA VINCULAÇÃO DA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. MANUTENÇÃO DA COBRANÇA. I. A imunidade tributária recíproca dos entes políticos, disposta no Art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal é extensiva às autarquias em relação ao seu patrimônio, renda ou serviços, de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo, desde que vinculados com as suas finalidades essenciais ou dela decorrentes. II. Não sendo comprovada a vinculação da destinação do imóvel objeto da cobrança do IPTU, com as finalidades essenciais da autarquia, não há o amparo da imunidade tributária. III. Precedentes do STF. IV. Em embargos à execução fiscal proposta pela Municipalidade de Santo André julgados improcedentes, deveriam prevalecer os encargos do Decreto-lei nº 1.025/69 (Súmula 268, do TFR). V. À míngua de devolução, fica mantida a verba honorária como fixada” (fl. 56). 2. O Recorrente alega que teriam sido contrariados os arts. 1º, 100, e 150, inc. VI, alínea a, da Constituição da República. Argumenta que “a atividade desenvolvida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, nos termos em que prevista na legislação atual, bem como na Constituição, é essencialmente e exclusivamente pública, não havendo espaço para o desenvolvimento de qualquer atividade que não aquela dirigida a prestação do serviço público que lhe foi designado. Portanto, todos os imóveis, ainda que temporariamente em poder desta Autarquia federal, estão, ainda que indiretamente, ligados a esta atividade, assim, por exemplo, um imóvel locado ou alienado pelo INSS, terá sua renda revertida a finalidade desta instituição, qual seja, a manutenção e concessão de benefícios previdenciários” (fl. 72). Afirma, também, que “todas as receitas eventualmente arrecadadas pelo INSS estão vinculadas em sua destinação final, qual seja, manter o Sistema Geral da Previdência Social, até porque, caso assim não fosse, a destinação da receita seria irregular, e portanto, sujeita as sanções legais” (fl. 72). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica assiste ao Recorrente. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia nos termos seguintes: “(...) apelou o embargante, alegando que a atividade por ele prestada é exclusivamente pública, razão pela qual os imóveis de sua propriedade estão amparados pela norma constitucional imunizante, mesmo o imóvel em questão, que não está sendo utilizado, mas sim aguardando procedimento licitatório. (...) No entanto, a embargante, autarquia federal, não comprovou em momento algum a destinação dada ao imóvel, ônus que lhe cabia, uma vez que a dívida regularmente constituída goza da presunção legal de certeza e liquidez, nos termos do Art. 3º da Lei nº 6830/80. Portanto, não demonstrada a vinculação da destinação do imóvel com as finalidades essenciais da autarquia, não há resguardo às razões de apelo, vez que não está o imóvel em questão amparado pela imunidade tributária” (fls. 51 e 53). **Assim, o imóvel em questão estava vago, sem destinação atribuída, razão pela qual entendeu o Tribunal a quo que não faria jus à imunidade pleiteada porque não estaria vinculado às finalidades essenciais do Recorrente. 4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a imunidade tributária abrange os imóveis vagos.** Confira-se, a propósito, o seguinte julgado: “EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, ‘c’ e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 357.175-AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 14.11.2007). É de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconhece a imunidade ainda que o imóvel da entidade imune esteja locado, nos termos da Súmula 724. Nesse sentido, foi julgado o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 472.855, no qual também foi parte o Instituto Nacional do Seguro Social: “EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade. IPTU. Autarquia federal. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 1º.9.2006). Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. 5. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Ficam invertidos os ônus da sucumbência.** Publique-se. Brasília, 17 de outubro de 2008.” (RE 577.749/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, julg. 17.10.2008, DJe 207, divulg. 31.10.2008)

reconhecer a imunidade de imóveis vagos, sempre mencionando como precedente o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg no RE) nº 357.175/MG, em que foi Relator o Ministro Gilmar Mendes, assim ementado:

“1. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Imunidade tributária. **Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades.** Artigo 150, VI, ‘c’ e § 4º, da Constituição. Entidade de assistência social. IPTU. Lote vago. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

No caso paradigma, o agravante se insurgia contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo imunidade a imóvel vago de instituição de educação sem fins lucrativos, aduzindo que os precedentes invocados na aludida decisão diziam respeito a hipóteses diferentes, pois ou estavam locados a terceiros ou eram efetivamente utilizados pela entidade social.

Ao relatar o agravo regimental, o Ministro Relator refutou a alegação, limitando-se a aduzir que a jurisprudência do Supremo não excluía imóveis vagos, segundo se via do julgamento do RE 325.822, pelo Pleno.

Em tal julgamento, o Relator originário, Ministro Ilmar Galvão, restou vencido ao negar provimento ao recurso extraordinário interposto pela Mitra Diocesana de Jales e outras, contra acórdão do TJSP que limitara a imunidade tributária aos templos onde eram realizadas as celebrações religiosas e dependências que serviam diretamente aos seus fins.

O Ministro Ilmar Galvão votou no sentido de confirmar o Acórdão paulista porque não vislumbrou a possibilidade de se estender o conceito de “templo”, previsto na alínea *b* do art. 150, VI da CF, a lotes vagos e prédios alugados. Foi acompanhado pelos Ministros Ellen Gracie (que destacou que as rendas obtidas devem ser usadas exclusivamente

nas finalidades da entidade, nos termos da alínea *c*), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Divergiu (e foi vencedor) o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Maurício Correa, Moreira Alves e Marco Aurélio.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, após discorrer sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar e citar doutrina, sustentou que a imunidade concedida às entidades religiosas não se restringia apenas aos seus templos (conforme previsto na alínea *b* do inciso VI do art. 150 da CF) devendo alcançar também o seu patrimônio, rendas e serviços (nos termos da alínea *c*), porém, “com o vetor interpretativo do §4º deste mesmo artigo da Constituição”.

A ementa do julgamento retratou fielmente tal conclusão:

“Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, ‘b’ e §4º, da Constituição. 3. Instituições religiosas. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, ‘b’, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços **‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas’**. 5. O §4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.”

(STF-Pleno, RE 325.822-2, Rel. originário Min. Ilmar Galvão, Redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento 18.12.2002)

É de se destacar que o item 4 da ementa destaca que a imunidade alcança, também para as entidades religiosas, o patrimônio, a renda e os serviços desde que “relacionados com as finalidades essenciais das entidades” beneficiadas.

Ou seja, a imunidade está adstrita aquele patrimônio, renda e serviços que tenham direta relação com as finalidades (sejam elas de culto, políticas, sindicais, educacionais ou assistenciais) das entidades agraciadas com a imunidade.

4. ANÁLISE CRÍTICA. DO ÔNUS DA PROVA DO VÍNCULO DO PATRIMÔNIO, RENDA OU SERVIÇO COM A FINALIDADE DA ENTIDADE IMUNE

Uma vez que a Constituição condicionou a concessão da imunidade ao emprego do patrimônio, renda ou serviços na consecução das finalidades das entidades, conclui-se que não é automática a extensão da benesse aos imóveis vagos.

Ao contrário. A imunidade somente alcança imóveis vagos – pertencentes a uma daquelas entidades referidas nas alíneas *b* e *c* do inciso VI do art. 150 da CF – se demonstrada a sua vinculação direta com as finalidades do beneficiário.

Por conseguinte, o ônus de demonstrar tal vinculação recai sobre a entidade beneficiária.

O próprio STF, no julgamento do AgRg no RE 206.169-7-SP, assentou tal entendimento:

“ICMS. ÔNUS. O ônus de satisfazer o ICMS é do vendedor da mercadoria, que subtrai do preço de venda o valor correspondente ao tributo.

IMUNIDADE. ALÍNEAS ‘B’ E ‘C’ DO INCISO VI DO ARTIGO 150. REQUISITOS. PROVA. **A destinação prevista no §4º do artigo 150 da Constituição Federal há de ser provada, como fato constitutivo, por aquele que se diga titular do direito à imunidade.**”

(STF-2ª Turma, AgRg no RE 206.169-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 27.04.98)

Por razões óbvias, não há como se presumir a existência do vínculo do imóvel vago com a consecução das finalidades da entidade. Esta deve indicar, por isso, a destinação a ser dada ao imóvel vago e justificar eventualmente a sua não utilização imediata para tanto. Por exemplo, adquirido um terreno desocupado pela entidade, pode ela informar que nele será edificado um prédio visando à prática de atividades relacionadas com seus fins, e justificar que isto não se deu ainda por falta de tempo hábil ou de recursos para a construção.

O que não se pode admitir é que uma entidade beneficiada pela imunidade – portanto, de forma indireta, agraciada por recursos públicos – se valha de tal benesse para acumular patrimônio próprio sem qualquer contrapartida em prol da sociedade, servindo à liberdade de culto, de expressão política, à proteção dos interesses das classes trabalhadoras, ou ao desenvolvimento de atividades assistenciais ou educacionais.

Após mencionar que determinadas hipóteses de concessão de imunidade ou isenção prescindem de qualquer constatação específica, Hugo de Brito Machado Segundo⁸, destaca que:

Pode ocorrer, contudo, que a imunidade, ou isenção, seja instituída sobre situações específicas, cuja ocorrência seja de constatação mais complexa. Nesses casos, é necessário que se faça um exame tendente a verificar se estão sendo preenchidos os requisitos necessários à incidência da norma isentiva ou imunizante. (MACHADO SEGUNDO, p.191)

É o caso. Uma vez que o imóvel vago não tem, a princípio, nenhuma utilidade senão a de servir para especulação imobiliária, incumbe à entidade demonstrar concretamente como o explorará visando à consecução de suas finalidades.

Aliás, o próprio STF, ao editar a Súmula 724, confirmando a imunidade a imóveis alugados, condicionou a benesse à aplicação dos aluguéis nas finalidades da beneficiária:

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

Diverso não pode ser, portanto, o tratamento conferido aos imóveis vagos. É imprescindível a demonstração da sua utilização

⁸MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 3 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

nas finalidades da entidade beneficiária da imunidade, ainda que de forma sumária.

A decisão do STF que negou provimento ao agravo regimental no RE 357.175-MG não enfrentou a questão crucial que se apresentava: o imóvel constituído por terreno vago não atendia ao requisito objetivo de ser diretamente relacionado com as finalidades essenciais da entidade beneficiária pela imunidade, conforme dispõe o §4º do art. 150 da CF.

Conforme visto acima, o precedente invocado no aludido agravo regimental – qual seja, o RE 352.822-SP – já assentara que a imunidade alcançava o patrimônio, rendas e serviços desde que tivessem vínculo direto com os objetivos das entidades imunes.

Logo, o julgado (AgRg no RE 357.175/MG) que vem sendo usado como paradigma nas decisões monocráticas que vêm concedendo de plano a imunidade a imóveis vagos, não é idôneo para tanto porque não abordou a questão da comprovação, perante as instâncias ordinárias, do atendimento da condição prevista pelo §4º do art. 150 da CF (relação direta com as finalidades essenciais da entidade beneficiária).

Em suma, não é possível reconhecer a imunidade a imóvel vago se não tiver sido comprovado, nas instâncias ordinárias, a sua exploração visando à consecução das finalidades da entidade beneficiária do favor constitucional.

5. CONCLUSÃO

As imunidades conferidas através das alíneas *b* e *c* do artigo 150 da Constituição Federal devem ser interpretadas em consonância com o §4º do mesmo dispositivo, que limita a sua abrangência ao patrimônio, renda e serviços “relacionados com as finalidades essenciais das entidades” beneficiárias.

Portanto, não há imunidade se não houver comprovação da relação direta do bem, renda ou serviço com os objetivos das entidades.

Não há vedação à incidência da imunidade sobre bens imóveis vagos.

Todavia, não é possível presumir a relação entre um imóvel vago e a finalidade da entidade, seja ela religiosa, política, sindical, assistencial ou de ensino.

O ônus de comprovar tal relação recai sobre a entidade que postula a imunidade (AgRg no RE 206.169-7/SP).

O precedente (AgRg no RE 357.175/MG) invocado em reiteradas decisões monocráticas, que têm dado provimento de plano a recursos extraordinários, para o fim de reconhecer a imunidade sobre imóveis vagos, não é idôneo para tanto porque não enfrentou a questão da necessidade de comprovação prévia nas instâncias ordinárias da relação do bem com as finalidades da entidade beneficiada.

O Tribunal Pleno do STF, no julgamento do RE 325.822-2/SP, não dispensou, para o reconhecimento da imunidade sobre bens integrantes do patrimônio da entidade, o requisito da sua relação direta com as finalidades da beneficiária. Ao contrário, o Tribunal Pleno reafirmou a necessidade da presença do requisito constitucional (art. 150, §4º da CF).

Logo, para ser reconhecida a imunidade de imóveis vagos, em favor das entidades referidas nas alíneas *b* e *c* do inciso VI do art. 150 da CF, devem elas comprovar o requisito constante do §4º do mesmo dispositivo, qual seja, a vinculação e relação direta do bem com as suas finalidades.

O cumprimento estrito dos ditames da Constituição Federal – no caso em tela, o atendimento do requisito previsto no §4º do art. 150 – é pressuposto para o reconhecimento da imunidade sobre bens imóveis vagos. O reconhecimento e a concessão da benesse sem a prévia comprovação da sua relação direta com as finalidades essenciais da entidade beneficiada atenta contra os princípios da isonomia e da justiça fiscal, na medida em que desonera indevidamente alguns poucos contribuintes em detrimento da maioria sujeita a uma das maiores cargas tributárias do mundo.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro* (atualizado por Mísabel Abreu Machado DERZI), 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 136-138.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 681-748.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*, 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 191.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1343-1345.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NAVARRO COÊLHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 299-304.

LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado do Paraná. Mestre
e Doutorando pela UFPR. Diretor do
Núcleo da EMAP - Curitiba. Professor
da UNICURITIBA e da OPET.

Direito e Historicidade

A evolução do
pensamento jurídico
através das escolas
hermenêuticas

INTRODUÇÃO

Dizia Charles Darwin que “não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas o que melhor se adapta às mudanças”. O homem concentra-se na concepção inarredável do conhecimento, procurando sempre compreender quanto ao sentido da vida e, assim, regulamenta as atividades e relações sociais. Com isso, quer ter certeza de que há uma estabilização nas relações da mesma dimensão, assim como o alcance da ideia de equidade.

Para tanto, historicamente sempre houve uma direta relação do homem com o direito, onde não só as relações pessoais de cunho obrigacional faziam parte da normatização, mas também as relações com as coisas e com a natureza. Homem, natureza e objetos sempre estiveram ligados, cujo ambiente reveste-se de um crescente objetivo (na medida em que se relaciona diretamente com terceiros e com as coisas), além de um subjetivo (através das interligações com terceiros e trocas de experiências). Ou seja, somos donos das nossas vontades e aspirações desde que foi possível estabelecer uma relação de poder e troca entre os seres humanos. Da pré-história ao tempo presente, a relação humana é por demais complexa, cujo aumento é estabelecido a partir de alguns parâmetros impostos e/ou percebidos entre os homens.

Veio o direito para estabelecer os limites destas relações, além, claro, de organizar os anseios e desejos. Porém, o pensamento humano, adaptando-se ao meio e às inserções de terceiros, foi evoluindo diante do novo mundo que se apresentava ao seu redor.

Assim, contar a história do direito consiste nas pessoas contarem sobre si mesmas e aos outros. É também uma vertente de novos paradigmas e de novos horizontes, cuja verdade não pode simplesmente ser chamada de absoluta, ou ainda de única. A verdade, ou as verdades, consiste na aceitação do meio imposto pela norma e pelas regras sociais, porém com várias facetas diante das mudanças paradigmáticas do tempo, pois, afinal de contas, passamos da pré-história para a história antiga; desta para a Idade Média; a seguir, a Idade Moderna foi o centro das atenções; na sequência, a Idade Contemporânea resumiu o pensamento

subjetivo do homem e da multiplicidade de relações; e, ao final, a atual Idade Pós-Moderna revela-nos o medo e a fluidez das relações humanas.

E para cada uma delas há a busca do real e do aceitável em termos de valores humanos e sociais. Por conta disso é que nos preocupamos em saber o que cada fase histórica do direito preocupou-se em mostrar para o mundo quanto aos seus avanços.

O filósofo francês Paul Ricoeur afirmava que a história é versátil porque não mantém um único sentido, mas sim uma dimensão de sentidos, haja vista as suas transformações constantes. Para ele, a história só é história na medida em que não consente nem no discurso absoluto, nem na singularidade absoluta, observando-se que o seu sentido se mantém confuso, misturado¹.

Ora, o conceito de verdade não aparece no seu estado absoluto, mas sim relativo, a partir do momento em que as relações sociais afloram. O direito concentra-se na ideia de mudanças, onde a história tem um papel preponderante e formador, modificando-se as posições e transformações do homem. Por conta disso é que o ser humano versátil e adaptado ao meio possui uma melhor condição de proximidade com as relações jurídicas trazidas pelo direito ao longo dessas centenas de séculos. Não é o mais forte e nem o mais inteligente, mas sim o mais permeável ou adaptável, conforme dito por Darwin.

Estabelecer-se a partir do conteúdo normativo é tarefa de interpretação do hermenêuta, observando, porém, o que pensa o homem diante do meio em que vive. Se tomarmos o sujeito no universo medieval, certamente será bem diferente a sua maneira de ver o mundo, se comparado com o sujeito contemporâneo. São as raízes históricas que ditam o comportamento e a possibilidade de mudança.

Pensar o direito é, acima de tudo, pensar na própria existência do homem e nas relações intersubjetivas que ela proporciona. É mais do que razoável, dentro do que chamamos de história do direito, observar que três vertentes saltam aos olhos quando falamos do direito em si e sua

¹RICOEUR, Paul. História e verdade. Trad. de F. A. Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

especificidade dentro da temática temporal: teológica, moral e axiológica. Aqui é preciso demonstrar o avanço do pensamento que o cerca. É o que Simone Goyard-Fabre chama de “maturação semântica” do termo que envolve o direito². Todavia, neste ponto observamos o direito a partir da Idade Média, suas escolas e evolução para os dias atuais. Não nos preocuparemos com a história antiga, haja vista que a condição de análise cerca-se da concepção de cientificismo e historicidade.

História pressupõe retorno e avanço ao mesmo tempo. Retorno pela origem, enquanto que avanço corresponde aos saltos temporais e muitas vezes descontinuados. Se falamos, pois, de história como momento vivido e revivido, localizar-se no tempo e no espaço é primordial para entender a dimensão de localização e adaptação. Com o direito isso não é diferente.

Se o conteúdo do presente trabalho propõe apresentar a evolução do pensamento jurídico através da história que aquele escreve, os homens que a escrevem devem ser repensados dentro do seu tempo. Não é à toa, por exemplo, que fica clara a diferença de pensamento da Escola da Exegese com a Escola da Livre Pesquisa do Direito. Trata-se de positivismo e axiologia, principalmente quanto ao tempo em que foram delineadas e pensadas.

Por essa razão que Goyard-Fabre tratou do conceito de direito sob a ótica teológica, predominante na Idade Média, haja vista a inserção sacra de valores eminentemente religiosos; moral na Idade Moderna, por razões de identidade do sujeito sob o alcance do comando normativo imantado de valores próprios a serem seguidos; e, finalmente, axiológico, dispondo, acima de tudo e dentro da Idade Contemporânea, de neutralidade legal e pessoal, ajustando o homem à norma e vice-versa.

É importante observar que o direito relaciona-se com a história, mas sob o prisma jurídico, através da forma de se pensar as estruturas normativas de comportamento social, moral e obrigacional.

As estruturas de conhecimento e de verdade (esta relativizada pelas

²GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, preâmbulo XIX.

necessidades de momento), ao longo dos séculos que seguem a perspectiva de crescimento e desenvolvimento da sociedade, adaptam-se ao que se apresenta ao homem na medida de sua própria dimensão existencial e empírica. Tais acumulações de aquisição retratam o passado e o presente ofertados ao ser humano.

São as tarefas da história do direito, estas bem representadas por José Reinaldo de Lima Lopes³, que complementam o seu próprio pensamento de invenção humana e cultural, ao afirmar:

A todos esses recursos de método acima referidos creio que nós juristas devemos acrescentar outros mais específicos nossos. Gosto de usar a tripartição simplificada de Lawrence Friedman: o direito pode ser visto como ordenamento, isto é, como o conjunto de regras e leis (estudar direito seria então estudar leis e princípios); pode ser visto como uma cultura, um espaço onde se produz um pensamento, um discurso e um saber; e pode ser visto como um conjunto de instituições, aquelas práticas sociais reiteradas, as organizações que produzem e aplicam o próprio direito. (LOPES, p. 8)

É, pois, preciso entender qual será o ponto de partida para o estudo do direito a partir da sua própria história e no que isso cria uma perspectiva de evolução do seu pensamento jurídico. É esta a proposta de análise no presente trabalho.

A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS INTERPRETATIVAS

Direito natural ou positivado? Direito como reprodução da vida ou como transformação? Direito como obediência ou como experiência? Para estas respostas, talvez as principais escolas hermenêuticas possam trazer eventuais soluções na construção do pensamento.

Mas que preocupação devemos ter para entender a multiplicidade de conhecimento que as referidas escolas podem trazer ao leitor? A simples ideia da evolução e do progresso no campo jurídico.

³LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

Na Idade Média, e refiro-me a este período por escolha didática, o homem preocupou-se na análise daquilo que servia de base para escrever o direito sob a perspectiva de divisão com a Igreja e, mais precisamente, com o Direito Canônico. A sociedade medieval vivia através de uma perspectiva romana e religiosa.

Para Paolo Grossi, tal era mostrava-se como a era do direito comum, onde grande parte do trabalho daqueles juristas baseava-se no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Segundo ele, nesse período da Idade Média, o direito representou uma dimensão profunda e essencial da sociedade da época, mesmo diante de um caráter caótico e mutável do dia a dia vivido, ou seja, dos eventos políticos, assim como os sociais em geral.

E conclui que a sociedade medieval é também jurídica porque se realiza e se protege dentro do próprio direito, onde, pois, jurídica é sua constituição, tendo um caráter essencial. Na hipótese das desordens perceptíveis há a ordem secreta da constituição jurídica. Tal ordem não se deixava por fatos da história, haja vista que ficava além do poder político existente, totalmente desvinculada das misérias diárias.⁴

Estudar o direito nesta fase medieval significa uma ausência ainda de subjetividade, de moral e de axiologia para a neutralidade. O seu *logos* é a teologia em si como uma extensão do interesse social. Porém, mesmo marcado por um exacerbado modelo religioso, ainda assim alguns movimentos permitiram a aplicação do direito diante de outras fontes, como, por exemplo, o próprio direito romano. Isso não significa tornar o estudo algo profano, mas permear-se num mundo em que o direito, já numa segunda metade da Idade Média, preparava-se para uma nova vertente.

Grande importância inaugural teve a Escola dos Glosadores, em Bolonha, na Itália, que ficou mais conhecida na Europa entre os séculos XI e XIII, cuja base era a interpretação gramatical do *Corpus Juris Civilis*

⁴GROSSI, Paolo. 11ª ed., *L'ordine giuridico medievale*. Bari-Roma: Laterza, 2004 (trad. espanhola: GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomas y Valiente e Clara Álvares. Madrid: Marcial Pons, 1996).

de Justiniano. Ocorria por meio de glosas que eram anotações marginais ou interlineares acrescentadas aos textos estudados.

Num misto de religiosidade, mas de necessidade comercial, a Europa do século XI vê-se diante do dualismo religioso e romano/jurídico. Se de um lado ainda há uma grande influência agostiniana do Direito Canônico, de outro há a necessidade de se reviver o Direito Romano e suas regras obrigacionais.

Para Michel Villey⁵, o pensamento jurídico, neste período da Escola dos Glosadores, abriu-se na perspectiva de um mundo dualista, conciliando-se aquilo que acima fora dito. Afirma ele:

O direito cristão talvez bastasse, poderíamos pensar, para comunidades rurais, senhoriais, patriarcais, para grandes famílias, para grupos feudais restritos. Mas, no norte da Itália, no século XI, deu-se o ressurgimento das cidades e do comércio: há trocas, contratos, fortunas individuais. Precisa-se de medidas estritas dos limites das posses e das consequências dos contratos, de fixação do meu e do teu. Tampouco os grandes estados poderão, no longo prazo, prescindir da definição das competências de seus funcionários. Para isso, porém, só se dispõe do direito romano para fornecer alguma assistência. É então, temporariamente refugiado sob o pavilhão do Império cristão, mas em oposição profunda ao agostinismo jurídico, que se inicia o renascimento bolonhês. (VILLEY, p. 120)

E completa o autor estabelecendo a nova dimensão do retorno do *Corpus juris civilis*:

Os progressos da ciência do *Corpus juris civilis* foram rápidos. Talvez restritos inicialmente às justiças municipais, a partir da segunda metade do século XII conquistam o próprio direito canônico: a Igreja sente a necessidade de se organizar – de se organizar à romana; aliás, também os seus tribunais eclesiásticos têm de satisfazer as necessidades práticas dos burgueses e do comércio que renasce. Mais tarde, os reis a imitarão, contratando *legistas* para servi-los. (VILLEY, p. 120)

⁵VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Na sequência desse pensamento, outra escola aparece como importante no desenvolvimento do pensamento jurídico: a Escola dos Comentaristas. Conhecida por pós-glosadores, tratadistas, escolásticos ou bartolistas (séc. XIII a XV), apareceu como uma tentativa de adaptar o direito romano às novas relações econômicas e sociais da sociedade feudal. Acrescentavam apreciações próprias, adotando o método lógico da dialética e com aplicação prática. Recorreram a outras fontes, como os costumes locais, direito estatutário e direito canônico.

Muito embora para alguns haja uma certa referência continuísta quanto aos glosadores, o certo é que os escolásticos cresceram ao pensamento jurídico da época uma concepção de atualização econômica e mercantil, o que estava em pleno resplendor a partir de uma visão renascentista.

Michel Villey completa o raciocínio, ao estabelecer a dimensão dos escolásticos:

A obra dos escolásticos franciscanos parece, à primeira vista, menos inovadora. Integra-se à grande corrente que chamamos de “integrista”, que, apaixonadamente, opõe o apego à tradição cristã e agostiniana ao fluxo da filosofia pagã. Adversária da razão, mesmo quando se trata de nos guiar na ordem das coisas temporais, obstina-se em querer fazer depender o princípio de qualquer conhecimento ou de qualquer regra de conduta do texto revelado da Sagrada Escritura ou da graça sobrenatural. Isso faz com que ela pareça retornar aos velhos métodos do agostinismo e, em seu tempo, seria vista antes como reacionária.

Contudo, é ela que preludia a filosofia moderna e nos conduz para bem longe do agostinismo tal como ele se manifestava antes da revolução escolástica. Isso porque a doutrina franciscana, nos séculos XIII e XIV, vê-se diante de situações desconhecidas da alta Idade Média: existem agora cidades e relações comerciais, uma ordem política a fundar. Por outro lado, tampouco deixou de se beneficiar, pelo menos a título instrumental, da renascença de Aristóteles e do direito romano: Duns Escoto e Ockham aparecem fortemente impregnados da filosofia de Aristóteles, pelo menos do Aristóteles lógico. Por isso, tal doutrina constrói obra inédita em relação à tradição da alta Idade Média, mas sem cessar de ser cristã, e de conservar suas distâncias em relação à tradição pagã da Antiguidade. (VILLEY, p. 290-291)

Cessa, a partir daqui, uma conotação envolta na teologia jurídica, dando lugar, agora, ao pensamento revestido de positivismo. O homem, a partir do renascimento e ingressando na Idade Moderna, passa a ser o centro da investigação científica e a normatização é agora um produto de regulação essencial para as relações sociais. No lugar do improvável ou do mutável surge o positivismo como um movimento responsável quanto à ideia de segurança jurídica. O elemento moral repousa na própria norma, partindo-se da premissa de que nesta encontra-se inserida aquela. Tal movimento surge, principalmente, após a Codificação napoleônica do início do século XI.

A Escola da Exegese, formada na França no início do séc. XIX, traz no dogmatismo legal uma supervalorização do código e sua autossuficiência, encerrando todo o direito. A lei é vista como única fonte, com subordinação à vontade do legislador e aplicando de acordo com a vontade original, não podendo substituir-se. Ora, assim o Estado é como único autor do direito, onde, se todo o direito encontrava-se na lei e no código e era ele quem elaborava, então não se poderia ter outra origem.

Se pensarmos em evolução do pensamento jurídico, conforme propõe o título deste trabalho, a resposta aqui vem a partir da concepção de segurança jurídica, manifestando-se, de forma geral e abstrata, para toda a sociedade.

Para muitos doutrinadores foi a partir do Código Civil francês que o direito desenvolveu-se para um cientificismo, através de estudo próprio e com um campo de observação peculiar.

Conforme Sérgio Nojiri⁶, a intenção dessa escola era precisamente a de declarar a vontade do legislador:

Segundo os adeptos dessa corrente de pensamento, o fim último do jurista é o de *desvendar* o significado da lei, segundo um método *declaratório*, já que era traço característico dessa escola a convicção de que o sistema legal já estava *implícito* algo que competia ao intérprete tornar patente ou *explícito*, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes. Explicar as palavras do legislador, revelar

toda a sua ressonância, mas subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum, era a função do jurista, conforme essa tendência doutrinária. (NOJIRI, p. 50-51)

Notemos, pois, que a Escola da Exegese foi um marco positivista do direito, na medida em que tira de cena o componente canônico, trazendo uma visão impulsionada pelo dever-ser comportamental, cujo traço marcante foi de não permitir a flexibilização do direito aos anseios muitas vezes pessoais dos jurisdicionados.

Mas se há um avanço no pensamento jurídico, não se pode estagnar a transformação que o direito requer, ainda mais diante do contorno que se coloca com a sociedade, não sendo possível manter-se a ideia de sistema completo e fechado, em que as referidas leis codificadas pudessem prever todas as hipóteses possíveis e imagináveis das relações sociais. Houve um decréscimo nos anos seguintes, dando lugar a outras escolas interpretativas que mais à frente serão observadas.

Todavia, antes de falarmos de escolas de reação ao direito aparentemente estático que se colocava pelos exegetas, mas sem perder o prisma dominante do século XIX e o início do século XX, outra forma de pensar foi o apogeu do positivismo jurídico: a Escola de Viena, cujo maior pensador foi Hans Kelsen. Trata-se de um movimento positivista ou normativista, com conceitos jurídicos puramente formais. Distinguir o direito dos fenômenos naturais (ser e dever ser) seria o seu maior mote. Outrossim, distinguir e libertar o direito da sociologia e filosofia foi uma marca desse pensamento. Ora, havia um formalismo puro e lógico (com exclusão dos conteúdos variáveis), vinculando-se o direito ao Estado (positivismo estatista).

Mais uma vez, Simone Goyard-Fabre aprecia a questão do positivismo kelseniano para o momento cultural vivido, fazendo com que a moral e a justiça insiram-se no contexto da normatização estatal:

⁶NOJIRI, Sérgio. A Interpretação Judicial do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

...Kelsen estabelece a unidade do Estado e do direito. No monismo kelseniano, o próprio Estado é uma ordem jurídica: “Não há conceito sociológico do Estado ao lado de seu conceito jurídico.” Em outras palavras, o Estado é e nada mais é que a “ordem jurídica” das condutas humanas. O Estado e o sistema do direito não podem ser dissociados nem distinguidos: seu conceito unitário corresponde à “ideia” que orienta as ações do homem na comunidade jurídico-estatal. Por isso, pela boa e simples razão de que “não pode haver mais de um conceito do mesmo objeto”, toda concepção de tipo dualista que separe o Estado e o direito é logicamente impossível. Portanto, o conceito de Estado só pode ser um conceito jurídico. As propriedades que ele conota são só pensáveis enquanto “propriedades de um ordem normativa ou de uma comunidade constituída por tal ordem”. (GOYARD-FABRE, p. 134)

Concluimos que, para Kelsen, o Estado tem o caráter de ser um poder soberano, impondo aos cidadãos a obrigação disposta pela normatividade. Pela Escola de Viena, pois, o Estado soberano impõe a forma do direito determinar os comportamentos do dever ser.

O momento em que a sociedade jurídica se encontra é de um positivismo ideológico histórico partindo-se das experiências anteriores. É preciso mudar o foco de uma concentração canônica para um modelo legal que traga segurança jurídica.

Porém, tais respostas não se encontram fechadas, possibilitando a releitura do mesmo positivismo, mas diante de um historicismo evolutivo, trazendo a moral e a justiça para um paralelo construtivo. Aqui residem as escolas de reação ao dogmatismo puro e concentrado.

Destaca-se, inicialmente, a Escola Histórico-Evolutiva de Rudolf Savigny. Surgiu no final do séc. XIX em resposta à Escola da Exegese. Segundo o pensamento do autor, o verdadeiro direito reside nos usos e costumes da tradição popular. Lei deve ser vista como realidade histórica, com progresso e desprendimento de origem. A interpretação, por sua vez, deve ser atualizadora, transportando o pensamento da época para o presente. Admitia Savigny a interpretação não-criadora, pois o intérprete apenas atualiza, mas não cria o direito. Foi um movimento de contrariedade ao absolutismo dogmático emergente no século XIX, onde

Dilvanir José da Costa⁷ aplaude o contraponto com a Escola da Exegese:

A Escola Histórica lançou o grito de independência e libertação do Direito além dos textos. Ao ampliar o raio de ação do direito além da norma jurídica e descendo aos seus pressupostos e aos suportes fáticos e históricos, SAVIGNY e seus adeptos dilargaram os horizontes da interpretação, transformando-a em ciência e arte ou hermenêutica jurídica. Foi a grande contribuição para o enriquecimento do direito, da interpretação e das suas respectivas ciências. (COSTA, p. 76-77)

Não obstante vemos nesta escola uma evolução quanto ao pensamento atualizador, ainda assim há uma crítica pela não permissão da criação como elemento essencial na construção do direito. Simone Goyard-Fabre faz sua crítica pessoal por negar ao homem, apesar das aparências, a liberdade de inventar e criar.⁸

Assim, é preciso ponderar sobre a possibilidade da crítica ao pensamento atualizador da Escola Histórica, haja vista que nem sempre se permite que um determinado fato possa ser considerado como paradigmático para o conteúdo proposto por Savigny. Somente há história quando os fatos se repetem no mundo ontológico e retomam a discussão dos valores definidos. Por essas e outras que a escola seguinte definiu outro ponto de apoio.

A Escola Teleológica, desenvolvida por Rudolf von Ihering, a partir de sua obra *O fim do direito*, trabalha com a interpretação inspirada menos na lógica e mais no caráter finalístico do direito. O fim e o motivo criam o direito. Ora, estamos diante da garantia das condições da vida social, onde o fim social não é uma intenção, mas uma realidade objetiva. Direito deve ser visto como vivência e luta e jurisprudência dos interesses.

A Europa passa por um processo de transformação social, científico e econômico. A solução dos conflitos tão somente pelo positivismo arraigado não é suficiente, assim como não é suficiente a mera atualização

⁷COSTA, Dilvanir José da. Curso de Hermenêutica Jurídica – Doutrina e Jurisprudência. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁸GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 185.

das normas. É preciso encontrar um fim ao direito, o que foi, portanto, proposto por Ihering, com a seguinte observação de Margarida Maria Lacombe Camargo⁹:

Assim, a partir de Ihering, a ideia de que o direito se liga a um fim, que se pretende ver realizado na prática, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja aberto o caminho para a Jurisprudência dos Interesses, encarregada de formular metodologicamente esta questão. Verificamos, no entanto, que Jhering repudia o positivismo jurídico, essencialmente formalista, mas não o positivismo filosófico, que dedica seu esforço à apreciação dos fenômenos naturais, incluindo nesta categoria os sociais. Com isto, o método realista ou teleológico, voltado para os interesses e valores que lhe servem de fundamento, vem ocupar o lugar até então preenchido pelo formalismo exegético. (LACOMBE CAMARGO, p. 92)

É para Ihering a própria luta do direito pela vivência das relações sociais. Fim social e bem comum são finalidades reais e não procedimentais. O jurista tem que ter em mente o fim especificado pela lei, eis que o resultado que se pretende alcançar deve à sua atuação prática.

A Escola da Livre Pesquisa Científica do Direito, de François Géný, afirma que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. Assim, a sua intenção seria o motivo do seu aparecimento, não podendo deformá-la. Diante das lacunas, devemos recorrer a outras fontes (costumes, jurisprudência e doutrina). Para Géný, a atividade do intérprete, de acordo com regras e princípios gerais da ordem jurídica, autoriza o juiz a agir *praeter legem*.

Trata-se aqui de um movimento de transformação ao mecanismo do comportamento estático até agora percebido pelas escolas anteriores, mesmo que com reação ao simples movimento positivista.

Géný afirmava que quando o ordenamento jurídico não apresentasse uma lei específica para aquilo que propunha dentro de um determinado caso, então a solução passaria a ser feita diante dos fatos sociais do

⁹LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

entorno estabelecido. Há a necessidade de uma investigação científica, com a busca dos valores dentro da sociedade.

Margarida Lacombe completa:

De acordo com Gény, uma vez não obtida a resposta para o problema no sistema, o aplicador da lei poderia, por meio da atividade científica, encontrar a solução jurídica para o caso fora do âmbito restrito da lei positiva. As possibilidades para se resolverem casos de ausência de lei eram encontradas, dessa maneira, fora do texto legal, ainda que através do mesmo, uma vez que não caberia ao intérprete negar a ordem jurídica afastando-se dos seus princípios fundamentais. (LACOMBE, p. 69)

É importante entender que esta escola busca preencher, entre outras coisas, as lacunas por ventura deixadas pela estrutura normativa, não bastando apenas considerar as circunstâncias de fato submetidas ao conhecimento do magistrado, sendo necessário, todavia, não perder de vista os ideais de justiça e de utilidade comum que o legislador procurou atingir.¹⁰

Ainda dentro da evolução do pensamento jurídico através do estudo das escolas interpretativas, outro movimento foi relevante para se entender o momento cultural e social vivido: a Escola do Direito Livre, cujos criadores foram Eugène Ehrlich e Hermann Kantorowicz. Para estes pensadores, o domínio imperativo da lei é muito restrito. As visões do legislador são parte mínima do mundo jurídico, com a livre busca do direito em lugar da vontade do legislador. Trata-se de um direito natural, brotado de grupos e movimentos sociais. O juiz tem apenas o compromisso com a justiça. Há uma condição social no pensamento de Ehrlich, onde Sérgio Nojiri resume a ideia principal:

Para Erlich não é o Estado o único responsável pela criação do direito, na realidade, a maior parte do direito encontra-se no seio da sociedade, entre as relações sociais, como o matrimônio, a família, os contratos, etc. Em sua concepção, a norma jurídica está condicionada pela sociedade,

¹⁰NOJIRI, op. cit. p. 63.

sendo sua aplicação dependente de um pressuposto social. Esse precursor da sociedade do direito defendia a ideia de que o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência, mas na própria sociedade. (NOJIRI, p. 60)

O objetivo desta escola é, entre outras coisas, ir contra o positivismo formalista originado a partir da Escola da Exegese. O mundo mudou, a dimensão de valor é outra, onde o ser humano participa ativamente das relações sociais. E completa Nojiri, a construção da identidade da Escola do Direito Livre ao trabalhar com Hermann Kantorowicz, dispondo:

O direito livre de Kantorowicz, identificado com o mundo em que vivemos, não é estático, mas muda e evolui de forma constante. Por não se confundir como direito estatal, Kantorowicz chega a afirmar que seu direito livre é uma ressurreição do direito natural, em forma modificada, uma vez que dele difere pelo seu caráter transitório. (NOJIRI, p. 61)

Margarida Lacombe afirma que o principal efeito do movimento do direito livre repousou na busca da solução pelo problema causado pelo distanciamento entre o direito estanque e uma sociedade em constante movimento, onde a lei, pela sua situação estática, acaba por provocar uma instabilidade no lugar da segurança.¹¹

Ainda dentro de uma perspectiva sociológica que a sociedade visualizava como uma perspectiva jurídica há a concepção da chamada Escola Sociológica, onde o direito é um todo orgânico. É necessária uma cultura completa, conhecendo outras ciências, pesquisando os elementos sociológicos do direito (economia, política, moral, religião). Há uma evolução dos fatos sociais, com mais experiência que lógica, mais utilitarismo que racionalismo. Os juristas Bufnoir (França) e Roscoe Pound (EUA) foram os responsáveis pelo seu desenvolvimento.

Quando Roscoe Pound, da Universidade de Harvard, detalhou o caráter social que o direito sempre deve ter, ele apontou que este é

¹¹LACOMBE CAMARGO, op. cit. p.100.

meio ou instrumento a serviço de um bem maior em favor do homem e não o próprio fim em si, onde o trabalho do magistrado é fazer justiça antes de qualquer coisa a partir do caso concreto, somente para depois harmonizá-lo com o direito.

Há, na sua forma de ver o ordenamento jurídico, categorias em patamares distintos, relevando a justiça, o homem, sua vida e o fato marcante como situações superiores ao próprio direito, que se coloca em outra categoria.

Simone Goyard-Fabre observa sobre sua teoria sociológica:

A teoria sociológica do direito de R. Pound – que não se confunde com a sociologia do direito – leva em conta em primeiro lugar a vocação funcional das regras jurídicas; insiste nas necessárias relações do direito com o conjunto dos meios de controle dos fenômenos sociais e mostra que o direito é um dos elementos desse “controle social”. Sempre concreta, ela se afasta completamente, por seu realismo e pragmatismo, das concepções racionalistas que cuidam acima de tudo – como o Código Civil francês –, com uma inquietante obsessão metafísica, da ordem e da codificação. (GOYARD-FABRE, p. 168)

Parece que há neste momento a possibilidade de uma eventual reflexão a respeito das últimas escolas, que se preocuparam com o caráter social do direito, afastando-se do racionalismo puro encontrado nas sistematizações e principalmente na codificação francesa que, muito embora tenha sido o marco referencial para a segurança jurídica, esta última produziu uma possibilidade de críticas das posteriores escolas.

Todavia, não podemos perder o foco da noção de evolução do pensamento jurídico, onde temas distintos foram trazidos à baila, separando o direito da moral e da ética, estas como condições distintas, mas de valor absoluto no historicismo dos séculos XIX e XX. Somente a partir de novas reflexões é que a axiologia neutra preocupou-se em estudar e entender a forma de se ver o direito.

É preciso trazer agora duas escolas que se assemelham ao caráter humanístico que o direito deve ter. Se no período medieval o

destaque concentrava-se na religiosidade emprestada ao direito, agora, no pólo oposto em função da mudança de paradigma do pensamento humano, a descoberta do sujeito como tema central é posicionado de forma efetiva.

Os novos filósofos, como Paul Ricoeur, Michel Foucault e Jean Paul Sartre, preocuparam-se em descrever o homem na sua existência hermenêutica, ou seja, a partir do substrato de conhecimento adquirido e transmitido. É por isso que a referência no começo desta proposta sobre os momentos distintos de se pensar o direito: teológico, moral e axiológico neutro. Pensamos agora no momento em razão da norma e vice-versa.

Destaquem-se, assim, duas escolas que abaixo serão tratadas.

Afirmava a Escola Ecológica que não é a lei que se interpreta, mas a conduta humana mediante a lei, pois o juiz interpreta a lei segundo a sua ciência e consciência. Esta é um conselho, mas não é o direito. Compreender e valorar a conduta humana é indispensável para o efetivo resultado. O seu maior exemplo é o jurista argentino Carlos Cossio.

Muito embora tenha vivido pouco, Cossio iniciou os seus estudos com Hans Kelsen, o que parece ser um paradoxo diante da visão desta escola se comparado com a Escola de Viena. Porém, é partir das experiências inaugurais que o doutrinador argentino muda radicalmente o seu paradigma, adotando agora um comportamento chamado de ecológico, que enxerga o direito na condição de um fenômeno presente de forma intrínseca na vida do ego e com embate entre diversos sujeitos sociais. A norma, então, não seria nada mais que um veículo para a compreensão dos valores humanos, dando-lhe forma e sentido.

Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida¹² abordam o resumo do presente pensamento quando relacionam direito e verdade jurídica:

Para Cossio, a verdade expressa pelo Poder Judiciário é sempre relativa, pois sempre depende e varia de acordo com o modo de pensar e de julgar de cada diferente juiz que não tem como deixar de ser influenciada pelos

valores presentes em determinada época. Dessa forma, a sentença judicial apresenta uma “substância axiológica” impossível de ser eliminada.

A questão da relatividade da verdade jurídica a transforma em um problema. Assim, cada sentença será vista como verdade para uma parte e equívoco para outra. Uma possível forma de minimizar esse problema pode ocorrer pelo aprofundamento do estudo do Direito como arte da prudência que permitirá ao aplicador do Direito perceber não só a interpretação mais adequada de cada caso, como também a decisão mais justa. (BITTAR e ALMEIDA, p. 354)

Parece que a proposta da referida escola é a mudança de paradigma, trazendo a norma para um meio e não um fim em si. A condição humana aqui é primordial para o resultado.

Bittar e Almeida complementam:

A grande contribuição que a teoria egológica traz ao estudo do Direito é a nova forma de olhar a norma, que deixa de ser o principal elemento da ciência jurídica e transforma-se em seu principal meio de conhecimento. Mais importante que a própria norma é a conduta humana e a interação do ego em sociedade, sendo que uma de suas projeções é o “dever-ser” Assim, a norma é a via pela qual o jurista toma conhecimento da conduta humana, esta sim o verdadeiro substrato na qual se erige o Direito.

O pensamento de Carlos Cossio faz do Direito um fenômeno incorporado à vida social e que pulsa no cotidiano dos homens. Diante dessa forma de observação, o positivismo não é o cerne e a essência, mas, tão-somente, sua aparência. (BITTAR e ALMEIDA, p. 355)

Por fim, e não menos importante, mas sim contemporânea em função do que se preocupa o direito, há o pensamento baseado na lógica do razoável de Luís Recaséns Siches: a Escola Vitalista, onde a função jurisdicional escapa da criação legislativa e o direito é forma de vida humana objetivada. Segundo o autor, a norma é um pedaço da vida humana e, enquanto vigente, é revivida de modo atual, mas experimentando novas realidades.

¹²BITTAR, Eduardo C.B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

Para Dilvanir José da Costa, a lógica do razoável proposta por Siches descreve uma necessidade crucial de se respeitar função criadora e participativa do intérprete em relação à vida humana. Dispõe ele:

O jurista-filósofo Luiz Recaséns Siches, das Universidades do México e Madrid, afirma que a vida é mais rica do que as leis. Não é possível encaixar o mundo, as causas, as ações, a História, a cultura nos moldes de ser estático. A razão vital exige esquemas próprios, já que nela opera o ser vivente. A técnica hermenêutica do “razoável” ou do “logos do humano” é a que convém à interpretação e á adaptação da norma ao caso. O processo de produção do Direito continua na obra do órgão jurisdicional, o qual, em lugar de valorar em termos gerais ou genéricos, fá-lo em termos concretos, valorando provas, fatos e circunstâncias das causas. Por isso sua função é criadora, pois se alimenta de um rico complexo de valorações particulares. O fetichismo da norma abstrata aniquila a realidade da vida. (COSTA, p. 96)

O processo de interpretação aqui consiste na mudança da norma estática, geral e abstrata, para a fragmentação e realização do caso concreto, observando, de forma individual, a necessidade real, apoiando-se, neste momento, no seu próprio valor experimentado pelo ser humano.

Propõe-se, pois, uma nova dimensão do pensamento jurídico, onde a historicidade, como o mote principal deste trabalho, tem papel essencial na construção do direito.

É como afirma Paulo Hamilton Siqueira Júnior¹³, ao dizer sobre a impossibilidade de uma análise avaliativa no mundo da natureza e da cultura:

Nas ciências humanas, então, não há a mínima possibilidade de neutralidade, visto que a ciência é ao mesmo tempo pesquisador e pesquisado. Participa do mesmo fenômeno social investigado, sendo certo que até mesmo suas buscas influem no próprio processo de formação do comportamento humano que se investiga, o que sem dúvida, traz mais angústia para o seio das já angustiadas ciências humanas, que lidam com

objetos tão difíceis de ser captados. As ciências refletem, assim, condutas engajadas dos cientistas no momento histórico das sociedades em que vivem e pesquisam. (SIQUEIRA JR, p. 323)

O caráter de valor sempre estará presente, cabendo ao historiador, ao analisar um determinado momento social, ou ainda ao hermenêuta, ao interpretar os significados das normas, buscar, na mais pura essência do direito, o que consiste o conjunto de pensamento apto a trazer, para o mundo real, um resultado efetivo para se aplicar.

Poder e direito, Estado e cidadão, feudalismo, renascimento, iluminismo, etc., enfim, relações próprias do ser humano em cada momento vivido pela sociedade trazem um contorno próprio no campo axiológico, onde, nas palavras de Pietro Costa, ao abordar especificamente o Estado de Direito na sua história, em razão dos momentos e conflitos existentes entre o soberano e a sociedade, v.g., especifica a tensão entre Estado e direito, onde talvez seja possível reconhecer uma renovada tensão entre poder e direito, entre o intervencionismo do soberano e a espontaneidade da ordem da qual o Estado de Direito extrai a sua força de sugestão simbólica, irredutível aos dispositivos de engenharia constitucional inventados de acordo com as circunstâncias, impregnada de expectativas dificilmente reconduzíveis às fronteiras da pura razão.¹⁴

Escrever a história e conduzi-la dentro de um arcabouço racional não é tarefa apenas do historiador, mas sim de toda a sociedade. A partir do momento em que esta traça o seu perfil sociológico dentro das relações humanas, os resultados vistos, mormente para o direito, amoldam-se aos respectivos anseios.

E as escolas interpretativas não perdem esta direção. Para cada momento histórico/social vivido há uma nova perspectiva de vida. O homem é fruto do tempo e por ele acaba se transformando.

¹³SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴COSTA, Pietro. Estado de direito: uma introdução histórica, "in" ZOLO, Danilo e COSTA, Pietro. Estado de direito: teoria, história, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95/198.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduadro C.B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COSTA, Dilvanir José da. *Curso de Hermenêutica Jurídica – Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Pietro. *Estado de direito: uma introdução histórica* “in” ZOLO, Danilo e COSTA, Pietro. *Estado de direito: teoria, história, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. 11ª ed., *L'ordine giuridico medievale*. Bari-Roma: Laterza, 2004 (trad. espanhola: GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomas y Valiente e Clara Álvares. Madrid: Marcial Pons, 1996).
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 08.
- NOJIRI, Sérgio. *A Interpretação Judicial do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RICOEUR, Paul. *História e verdade*. Trad. de F. A. Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROBERTO PORTUGAL BACELLAR

Juiz de Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIPAR. Mestre em Direito pela PUC-PR. MBA em Gestão empresarial pela UFPR. Professor da PUC-PR. Professor da EMAP. Professor convidado do CNJ, ENFAM e MJ (SRF) para capacitar magistrados estaduais e federais em técnicas de mediação e conciliação. Coordenador Nacional do Programa *Cidadania e Justiça também se aprendem na Escola* da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (2005/07). Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (2002/03). Diretor-geral da EMAP (2008/09). Diretor-presidente da Escola Nacional da Magistratura.

Técnicas de Mediação para Magistrados

1. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A mediação, como conjunto teórico, pode parcialmente facilitar o trabalho cotidiano do magistrado na medida em que este faça uso de algumas de suas técnicas, habilidades e procedimentos. Este conjunto teórico pode ser utilizado tanto em audiências de conciliação como em audiências de instrução como instrumental de apoio para a condução de audiências. Apresentam-se abaixo algumas dessas técnicas de mediação para uso pelo magistrado.

2. ESTABELECEER *RAPPORT* E EDIFICAR CREDIBILIDADE A PARTIR DA APRESENTAÇÃO PESSOAL

Rapport foi inicialmente traduzido no Brasil como empatia. Na verdade, promover *Rapport* é estabelecer qualidade no relacionamento para o desenvolvimento de uma conversa respeitosa, criando uma sintonia propícia e adequada de comunicação.

Promover, desenvolver e estabelecer um *Rapport* positivo é um dos desafios do mediador. Christopher Moore¹ adverte que os primeiros 5 a 10 minutos são os mais críticos para se estabelecer esse relacionamento de credibilidade pessoal e o mediador deve se apresentar como uma pessoa aberta, calorosa, inteligente e interessada.

Em qualquer situação (adversarial com solução heterocompositiva ou consensual com solução autocompositiva), o magistrado ao início de uma sessão ou audiência deve se apresentar. Deve dizer ao início da audiência o seu nome, como prefere ser chamado, sua função, qual seu papel (no momento) e qual o objetivo da sessão ou audiência. Algumas ferramentas, técnicas e instrumentos da mediação como o estabelecimento do *Rapport*, portanto, são válidos e poderão auxiliar em todos os relacionamentos que o magistrado mantiver com a sociedade.

Em alguns casos quando o *Rapport* não se estabelece de maneira positiva a comunicação acaba sendo prejudicada e pode até gerar antipatia.

¹MOORE, Christopher W. O processo de mediação, p.114

Na época em que cursei a Escola da Magistratura no Paraná os alunos precisavam assistir a cinco audiências. Ao assistir a quinta e última audiência exigida pela Escola, com um determinado magistrado, na saída encontrei um colega que indagou: e aí já assistiu às cinco audiências? Confirmei que sim e ele indagou: como é o nome do juiz? Eu não soube responder embora tivesse assistido todas as audiências com aquele mesmo magistrado. Só fiquei sabendo seu nome posteriormente ao fotocopiar os termos (atas) de audiência.

Durante alguns anos mantive essa dúvida. Se nas relações sociais, quando as pessoas se conhecem elas se apresentam, por que será que o juiz não se apresenta ao iniciar uma audiência?

Pode-se conjecturar: a obrigação de saber o nome do juiz é das partes que devem perguntar ao escrivão; todos devem conhecer o magistrado por isso ele não precisa se apresentar já que ele é superior a todas as críticas? Lembro aqui novamente as lições de Calamandrei:

“Não é justo, quando se fala dos problemas da justiça, refugiar-se atrás da cômoda frase feita, segundo a qual a magistratura é superior a todas as críticas e a qualquer suspeita; como se os magistrados fossem criaturas super humanas, não atingidas pelas misérias desta terra e, por isso intocáveis...”² (COUTINHO, p. 8)

O magistrado atual com um perfil que se pretende seja integral deve saber construir e edificar credibilidade perante os jurisdicionados. Para isso tem de ter qualidades sociais e a ele é imprescindível ter conhecimento de como se faz uma boa apresentação.

Dizem que a primeira impressão é a que perdura, por isso, dependerá de uma boa apresentação a confiança dos interessados no magistrado. A apresentação pelo magistrado deve ser bem aproveitada: talvez ele não tenha uma segunda chance de causar uma “primeira boa impressão”.

Nos modelos consensuais (de solução autocompositiva) com

²COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O juiz agente político. Campinas: Ed. Copola, 1998.

maior razão deve o magistrado procurar se apresentar de maneira simples e ao mesmo tempo segura. Uma vez que o magistrado (na condição de mediador) ou o próprio mediador conquiste a confiança dos mediados, deles obterá uma postura cooperativa no sentido de desejar a solução do problema.

Abrem-se parênteses para ressaltar algumas aplicações distintivas entre os métodos. Na Argentina, na Inglaterra, nos Estados Unidos (Flórida e Texas e mais alguns Estados), além de outros países, existe legislação estabelecendo que as questões, antes de serem submetidas ao Poder Judiciário, sejam objeto de mediação³. O processo autocompositivo é estimulado fora do ambiente do Poder Judiciário e quando acontece no ambiente do Poder Judiciário é conduzido separadamente do processo heterocompositivo: suspende-se o julgamento, remetem-se as partes para a mediação (confidencial e sigilosa onde não haverá preocupação com provas); se a mediação resultar infrutífera, nada do que foi conversado será repassado ao magistrado.

O atual sistema processual brasileiro incentiva e estimula (a qualquer tempo), mas também ao início da instrução e julgamento (solução heterocompositiva), a tentativa de conciliação entre as partes (solução autocompositiva). Vimos também ser costume do operador do direito já armado para a batalha, segundo o prisma heterocompositivo, buscar a todo o custo os elementos de prova que fortaleçam a sua posição no processo. Essa premissa é verdadeira para o processo heterocompositivo: onde serão necessárias todas as provas a fim de que o juiz possa decidir. Quando se trata de processo autocompositivo (onde a solução é dos interessados), não deve haver qualquer preocupação com produção de prova e a doutrina autocompositiva recomenda como fundamental o sigilo sobre tudo que for conversado. Caso os interessados não encontrem uma solução, esquece-se o que foi tratado na fase autocompositiva e aí sim cada parte vai procurar produzir provas que demonstrem a veracidade de suas alegações. Os operadores do direito, no Brasil, muitas vezes, pretendem que o teor

³GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. Adrs. Mediação conciliação e arbitragem, p. 46.

da conversa no ambiente autocompositivo seja utilizado como prova e requerem fique consignado no termo propostas, confissões, desabafos que possam fortalecer seus argumentos jurídicos. Fecho parênteses que teve o objetivo de registrar a incongruência, neste ponto específico, entre a doutrina jurídico-processual voltada para o processo judicial heterocompositivo e a doutrina de visão interdisciplinar/transdisciplinar que fundamenta o processo autocompositivo.

Voltando aos pontos comuns e congruentes entre os processos, destaca-se que cada magistrado ou mediador criará, de acordo com sua experiência de vida e os costumes locais, seu próprio estilo de apresentação pessoal.⁴

A apresentação é o cartão de visita e deve sempre anteceder o início do procedimento propriamente dito. Deve conter uma breve explicação sobre a mediação e estabelecer um acordo prévio sobre a organização da conversa em um espaço dialógico de respeito. Além disso, será conveniente ao bom andamento do procedimento a observância de algumas regras:

a) O Magistrado ou mediador deve dizer quem é e qual a sua qualificação, indagar dos interessados sobre a maneira que preferem ser chamados, deixar assentada a importância da livre manifestação de vontade (para chegar a um consenso) e do respeito mútuo durante a conversa. Entre outras informações iniciais que possam ajudar na facilitação da conversa inicial, deve o mediador (com as ressalvas descritas anteriormente) dizer que guardará sigilo sobre tudo que for conversado e espera que os interessados igualmente jamais comentem com quem quer

⁴Uma das formas de apresentação pode ser exemplificada: “meu nome é ..., eu sou o magistrado designado para atender este caso e estou aqui para ouvi-los e auxiliá-los na resolução deste processo (conflito) e discutir com vocês (ou senhores) as divergências que estão ocorrendo. Deixo claro que não tenho qualquer interesse em beneficiar um ou outro e que meu objetivo é estabelecer uma conversa aberta para que, juntos, encontremos uma solução justa que atenda tanto aos interesses de um quanto de outro. Tudo que for falado ficará apenas entre nós, e por isso ninguém precisa ficar constrangido de falar sobre o problema (se for o caso de estabelecer a confidencialidade). Esclareço que o avanço da conversa e a continuidade do procedimento mediacional dependerá sempre de vocês (ou senhores – dependendo de como preferiram ser chamados) e, se resolverem interromper a mediação, podem fazê-lo a qualquer tempo e o processo terá continuidade. A autonomia de vontade de vocês vai prevalecer sempre (é princípio na mediação), portanto, nós daremos maior respeito a vontade de vocês (ou senhores)”.

que seja os eventuais desabafos recíprocos e as tratativas que ocorrerem durante as conversas.

b) Caso o mediador seja magistrado deve deixar claro que, naquele momento não está atuando como tal e seu papel é ouvir as partes e ajudá-las a encontrar soluções ao conflito. Alguns criticam a possibilidade de haver juízes mediadores exatamente porque na hipótese de não se chegar a um consenso, nada do que foi conversado ou tratado durante o procedimento mediacional poderia, em tese, fundamentar eventual e futura decisão. Há preocupação real de que o magistrado embora não fundamente sua decisão (verdade formal dos autos) nas tratativas infrutíferas da fase autocompositiva, certamente não conseguirá apagar o registro mental do ocorrido (verdade real dos fatos). Como vimos, a doutrina interdisciplinar que trata da mediação recomenda não se deva fazer consignar propostas rejeitadas ou ofertas ocorridas no processo de mediação, que se manterão sigilosas, salvo se os interessados desejarem ou concordarem. Também recomenda a doutrina que o juiz ou o mediador, na condução do processo mediacional, não deve sugerir soluções ou induzir a vontade das partes, muito menos utilizar de supremacia de poder perante os interessados; deverá estimular as partes a sugerir opções para a resolução da controvérsia.

c) Se os interessados vislumbrarem, em qualquer mediador, atitudes que demonstrem o exercício de autoridade, restará prejudicada a apresentação e será difícil resgatar a ideia básica de imparcialidade diante dos fatos.

d) Antes de concluir a apresentação, deve o mediador verificar se restou alguma dúvida e se os seus esclarecimentos foram compreendidos na integralidade.

Após a sua apresentação pessoal, o mediador pedirá que os mediados se apresentem e digam como preferem ser chamados, tudo deverá ser anotado pelo mediador. Pesquisas realizadas indicam que muitas pessoas não gostam de seus nomes ou preferem ser chamadas de forma diferenciada. São exemplos: Maria Angela que prefere ser chamada Angela, João Antonio que tem preferência por Toni, outros que gostam de ser chamados

pelo sobrenome. É importante anotar essas preferências e a pronúncia adequada. Chamar as pessoas pelo nome, na forma das preferências, gera proximidade, produz respeito e valoriza a identidade das pessoas.

Veremos mais adiante a reunião de informações, a identificação de questões, interesses e sentimentos, o esclarecimento das controvérsias e como deve se encaminhar a resolução das questões.

3. OUVIR PARA ESCUTAR E REDEFINIR O CONFLITO

Nas apresentações e na sequência é preciso desenvolver uma escuta ativa. Ouvir para escutar (de forma atenciosa, dinâmica e sensível) e assim procurar compreender o conflito com as suas variáveis. Conforme Plutarco: temos duas orelhas e uma só boca e não é por acaso.

Se ouvir é uma atividade biológica, escutar é um processo mais complexo que exige atenção, qualificação do tempo, persistência e treinamento. O conflito apresentado, segundo a visão das partes, normalmente precisa ser bem escutado e compreendido pelo mediador.

Maria Tereza Maldonado indica como alguns dos efeitos da escuta ativa: a) o aumento da confiança e do respeito; b) o encorajamento da expressão de sentimentos; c) a redução de tensões; d) o estímulo à colaboração. Resume a escuta sensível com a mensagem que transmite: “Entendo o seu problema e como você se sente, estou interessado no que você tem a dizer sem julgá-lo”.⁵

Um dos motivos que levam as pessoas a se sentir estáticas para resolver seus problemas é a incapacidade de defini-los com clareza. Como um ouvinte ativo e dinâmico o mediador poderá, segundo a percepção clara da escuta, redefinir e clarificar o conflito.

Saber ouvir e escutar com serenidade é muito importante: é preciso deixar que as pessoas falem sem interrupções e buscar entender o que efetivamente pretendem dizer.⁶ A ansiedade do mediador em querer

⁵MALDONADO, Maria Tereza. O bom conflito, p.118.

⁶Completar frases ou afirmar que já sabe o que a pessoa vai dizer, desviar o olhar, ver as horas no relógio, são alguns exemplos do que se pode denominar de escuta nervosa.

falar ou saber mais pode sufocar os interessados e abortar uma boa comunicação. O mediado, ao perceber uma escuta nervosa e sufocante, subliminarmente se recusa a falar, diminui seu ritmo até interromper a fluidez da comunicação; a retomada e o resgate do espaço dialógico, quando possível, faz as coisas voltarem à estaca zero.

A observação atenta da narrativa poderá dar ao mediador uma definição básica do conflito apta a identificar questões, interesses e sentimentos. Algumas vezes, a narrativa do problema tomará rumo completamente diferente daquela expressada inicialmente. A posição inicial (manifestada como o motivo do conflito) gradativamente irá desaparecendo e transparecerão os verdadeiros interesses. Ainda não vão estar claras todas as questões e interesses que envolvem o conflito e nem os sentimentos que afligem os mediados, mas isso não é motivo de preocupação por parte do mediador. A escuta ativa e cuidadosa dos interessados conduzirá à descoberta integral dos interesses.

Depois que há a percepção, pelo mediador, de que a questão central do conflito não é aquela declarada,⁷ basta avançar no procedimento, fazendo com que a redefinição transpareça e seja percebida pelos mediados.

A compreensão por parte das pessoas virá cedo ou tarde, dependendo da preparação do mediador em conduzir as abordagens. Ao perceberem que o mediador sabe o que eles escondiam e não os criticou ou reprimiu (por terem escondido) se sentirão mais à vontade para avançar no diálogo e comentar sobre o verdadeiro problema.

4. LIDERANÇA SERVIDORA COMO FERRAMENTA DA MEDIAÇÃO

Do *coach* do mundo dos esportes como agregador de capacidades, a ciência da administração trouxe a ideia do líder servidor que expressa confiança, institui respeito e gera admiração exercendo uma natural autoridade junto aos outros e não sobre os outros. Reflexões podem ser

⁷Na conciliação a questão apresentada pode se identificar exatamente com o problema que originou o conflito e normalmente isso se dá nas relações de um único vínculo. Na mediação sempre haverá um interesse oculto por trás da posição.

extraídas da expressão de Margaret Thatcher “*Estar no Poder é como ser uma dama. Se tiver que lembrar às pessoas que você é, você não é*”.

O Poder do mediador será alcançado pela liderança que decorre de uma boa comunicação; uma comunicação que demonstre postura humanista e humilde, que não se confunde com fraqueza. O mediador deve manter-se firme, jamais deixando transparecer qualquer insegurança, dúvida, pressa ou irritação. Só a utilização coordenada das técnicas e a prática diária na utilização do ferramental poderão dar ao mediador a segurança necessária, por isso algumas sugestões a seguir descritas poderão auxiliá-lo.

De maneira direta recomenda-se que o mediador não intervenha sem necessidade. Saber ouvir, como vimos, é muito importante. O mediador deve ter cautela em suas intervenções. Quando a comunicação for restabelecida, sua participação deve apenas orientar a conversa no âmbito do espaço dialógico formado, ressaltando os pontos convergentes que resultarem da conversa. Depois de ouvir atentamente o que cada um dos interessados narrou, passa o mediador para uma nova fase; deve avançar, atacando mais a fundo os pontos circunstanciais, para tentar fazer emergir o cerne do conflito.

5. RESUMO, SUMARIZAÇÃO RETROSPECTIVA POSITIVA OU PARAFRASEIO

O resumo, a sumarização retrospectiva positiva ou o parafraseio é uma ferramenta que pode ser aplicada logo após a ouvida das partes e em quaisquer outros momentos de aparente impasse, polarização ou dificuldade no fluxo da conversa. A percepção dessas dificuldades é indicativa de que é preciso resumir como estão caminhando as coisas, de repetir o que cada um falou, recontando a história com ênfase nos pontos positivos. Ouvir a própria história por meio de outra pessoa conduz os interessados a reflexões, com a abertura do leque de opções de solução dirigida a outras perspectivas. O resumo, sumarização ou parafraseio deve ser cauteloso para não parecer arremedo.

Perceba-se que em face dos conflitos normalmente as pessoas encontram-se fragilizadas, emocionalmente abaladas e falam de maneira mais ríspida e descuidada. Lembro ter sido fundamental, por ocasião do parafraseio, redefinir a forma de comunicação a partir de um resumo adequado. O vizinho que utilizava a expressão de desabafo: “não aguento mais o barulho infernal do apartamento dele!”. Ao resumir o mediador pode utilizar a seguinte forma: “pelo que eu pude perceber do seu relato o volume do som tem lhe ocasionado alguns incômodos. É isso?”. Na sequência da conversa, no caso real, o vizinho confirmou que queria resolver a situação do “som alto” que vinha do apartamento do vizinho. Percebeu-se a partir do resumo uma melhora na qualidade da comunicação.

6. INVERSÃO DE PAPÉIS

Produzir empatia conduzindo os interessados a se imaginar no lugar do outro. Calçar o sapato do outro segundo a antiga lenda dos índios Navajos. A partir desse momento da mediação, talvez já seja possível que o mediador avance no processo mediacional com abordagens mais diretas.⁸

Se o mediador tiver conquistado a confiança dos interessados, a abordagem produzirá bons resultados na percepção do conflito. Da simbologia do vestir uns os sapatos dos outros, resultará uma natural compreensão do todo que facilitará sobremaneira o trabalho do mediador.

7. RECUAR ESTRATEGICAMENTE QUANDO NECESSÁRIO

É preciso recuar para saltar melhor.

Havendo resistência, o mediador deve saber recuar sem perder a condução do processo, voltando ao resumo (sumarização retrospectiva positiva). Deve manter a calma, mesmo se os ânimos se exaltarem; se não

⁸Eis alguns exemplos dessas abordagens: como é que você se sentiria se alguém procedesse assim com você? O que você entenderia e qual seria a sua interpretação em relação ao seu ato? Como você teria agido se estivesse no lugar dele?

conseguir manter o diálogo dos mediados, com respeito, ou perceber que perdeu o controle da situação, é recomendável suspender a sessão. Aqui é importante ressaltar algumas variáveis e uma premissa. A premissa é a de que a celeridade deve se impor tendo em vista o interesse das partes e não do juiz ou do mediador.

Vimos em uma das variáveis como na situação de dificuldade de manutenção de uma conversa respeitosa a possibilidade pode haver a suspensão da audiência ou sessão. Em outra variável a conversa está fluindo muito bem mas acaba o tempo, como se fosse uma sessão de psicoterapia. É comum ouvir que as audiências, em determinado juízo, são de 15 em 15 minutos ou de meia em meia hora. Isso não significa que a audiência ou o caso deva ser encerrado nesse prazo. Havendo a percepção de que os interessados estão construindo uma comunicação afetiva com boas chances de resultar em pacificação, nada impede que, no interesse das partes, a audiência seja redesignada a fim de alcançar uma solução em outra oportunidade.

Em outra sessão ou audiência, tanto na hipótese de dificuldade na comunicação quanto na do término do tempo ajustado, o caso poderá, no interesse das partes, ter solução prolongada.

8. AMPLIAR O LEQUE DE OPÇÕES E FACILITAR O RECUO DAS POSIÇÕES

Vencidos os demais estágios as partes passam a ter a percepção de que é possível, por elas mesmas, estabelecer uma conversa respeitosa sobre o conflito. Atingido esse empoderamento com sucesso, o processo passa a se desenvolver com maior compreensão, ampliando significativamente o campo de análise do conflito e abrindo aos interessados outras opções para solucioná-lo. Sem julgar deve o mediador estimular o maior número de opções criativas em uma verdadeira chuva de ideias, onde todas as possibilidades são recepcionadas e consideradas. Essas novas e criativas opções é que facilitam a flexibilização e o recuo de posições eventualmente firmadas. Alcançada essa ampliação do leque de opções, mesmo que, por hipótese, o

processo seja interrompido, os interessados já sabem como manter o espaço dialógico e solucionar o conflito e a questão será apenas de tempo. Achado um motivo a justificar a posição favorável, o conflito se solucionará. As pessoas não gostam de ceder, mas, se puderem justificar seus atos, cedem naturalmente.

O mediador não pode olvidar esse fato: se conseguir estimular opções múltiplas transparecerá alguma justificativa que favoreça o recuo pelas partes, haverá quebra das posições iniciais e a questão estará solucionada.

A facilitação do recuo dos mediados e a possibilidade de que um ceda ou flexibilize sua posição inicial devem ser acompanhadas pelo mediador estrategicamente, de modo a não permitir que a posição do outro se torne prevalecente. Deve o mediador tratar o recuo ou a flexibilização como um ponto virtuoso a fim de impedir que o outro mediado se prevaleça das circunstâncias. Comportamentos elogiáveis das partes devem ser sempre valorizados.

9. GERAR VISUALIZAÇÃO DO FUTURO

A expressão águas passadas não movem moinhos é significativa. Algumas vezes, uma abordagem precisa do mediador pode demonstrar que a conversa deve se direcionar ao presente e ao futuro, transmitindo a ideia de que o passado já passou e não pode voltar e que, centrados no diálogo do presente, os interessados têm plenas condições de construir o futuro. Essa visão amplia as alternativas de resolução do conflito; entretanto, o mediador não deve apressá-la.

Com uma boa condução do processo, a conversa torna-se amigável e leva à compreensão de que, independentemente das razões pessoais de cada um, o mais importante é buscar, naquele momento, uma solução para o impasse. Desde que o mediador consiga fazer com que um olhe nos olhos do outro, o caminho da pacificação estará traçado. Bastará preservar o espaço dialógico edificado com respeito e a solução fluirá sem traumas e com naturalidade.

10. A PRESSA É INIMIGA DA MEDIAÇÃO

O tempo social é estudado pela cronêmica. Trata-se da percepção, estruturação e reação ao tempo social, assim como as mensagens que interpretamos por meio de seu uso.⁹

Uma preocupação permanente é a de que se para uma boa mediação é preciso tempo, no ambiente do Poder Judiciário esse tempo não existe. São audiências designadas em frações de minutos e já se sabe de magistrados que fazem audiências em pé para não perder tempo. Em muitos casos essa pressa pode ser indicativa de falta de respeito para com o jurisdicionado.

Temos enfatizado o perfil do magistrado como supervisor de processos autocompositivos que muitas vezes efetivamente não terá como despender horas em uma mediação, entretanto, é importante que o magistrado saiba qualificar o tempo disponível. A percepção das partes de que o magistrado esteja apressado é elemento de desequilíbrio do espaço dialógico e justificativa para deixar de ser colaborativo e interromper a comunicação. Essas formas de encarar o tempo, além de ter relação com o nosso sistema biológico (biorritmo das pessoas) devem também ser percebidas no contexto do espaço cultural.

O mediador, nesse contexto, não pode ter pressa e mesmo que esteja com pressa não pode demonstrar isso aos jurisdicionados. Não temos certeza de que a pressa é inimiga da perfeição, mas podemos certamente afirmar que a pressa é inimiga da mediação.

Até mesmo as abordagens apressadas podem gerar resistências e quando elas ocorrem o mediador tem de retroceder sem perder a firmeza e saber repetir algumas técnicas e aplicar ferramentas adequadas. Por isso a recomendação de que ocorra o investimento de tempo em uma boa declaração de abertura, calma e tranquila pode economizar tempo no contexto geral de uma mediação. À medida que a conversa, entre os interessados, se desenvolve o mediador deve deixar fluir. Nos momentos de impasse, deve o mediador refazer o resumo, ressaltando os

⁹RECTOR, Monica. TRINTA, Aluizio Ramos. Comunicação do corpo. São Paulo: Ed. Ática, 2003, p.78

pontos de consenso que já resultaram *conciliados*, fazendo com que os interessados percebam minorada a intensidade do conflito. Tudo isso demanda tempo e paciência, até porque algumas vezes, o caso já está solucionado e os interessados ainda não perceberam e prosseguem em um desordenado desabafo: é o resumo, a retrospectiva positiva ou a sumarização positiva que os fará perceber essa situação. Quando for o caso o mediador deve intervir e dizer: *este aspecto já está resolvido e ele concordou com seus argumentos. Vamos ver o que mais você pretende. O que mais você pretende?*

É essencial, nesse momento, mostrar que o outro já concordou com o ponto sobre o qual ele insiste em repetir.

A pressa atrapalha uma escuta. Percebeu-se também, na prática, que quando uma pessoa repete várias vezes o mesmo discurso é porque ela ainda não se sentiu ouvida e para isso as ferramentas da escuta dinâmica devem ser reutilizadas, fazendo perceber que o mediador compreendeu o conteúdo das palavras, que o mediador demonstrou interesse confirmando o que foi dito pela parte com um parafraseio adequado.

11. MUDAR O JOGO

Mudar de conversa – mudar o jogo. Há situações em que o diálogo fica polarizado e se permanecer assim cria-se o impasse estagnando a conversa. O mediador deve ter a destreza de nos momentos certos saber *mudar o jogo*, direcionando o foco da discussão diretamente para o problema, inventando e criando novas opções a serem oferecidas para as partes, destinadas a resolução da controvérsia. É aconselhável que o mediador, ao verificar que os interessados encontraram um obstáculo aparentemente intransponível, *abra o leque* e dinamize a conversa, faça ver que existem outros caminhos para se chegar ao destino e outros pontos também importantes que podem ser superados antes daquele. Por meio de indagações criativas e abordagens circulares, as pessoas percebem que não existe apenas uma forma de resolver o caso. Uma indagação interessante e que algumas vezes pode conduzir as partes a tal percepção é a seguinte:

- *Qual seria outra forma de resolver esse impasse?*
- *Qual a sugestão que vocês dariam para acabar definitivamente com esse conflito?*
- *O que os senhores aceitariam diverso disso que está sendo oferecido para pôr fim ao problema?*

Algumas vezes a solução está próxima, mas os interessados não conseguem identificá-la sozinhos. A abordagem fará brotar novas ideias, sugestões e propostas bem interessantes para resolver o impasse. Novamente uma retrospectiva positiva do que aconteceu até o momento é interessante para dinamizar o espaço dialógico.

12. IDENTIFICAR FALHAS E RUÍDOS NA COMUNICAÇÃO

Observa-se que um percentual muito alto de conflitos se estabelece e se mantém por ruído ou falha na comunicação. Uma brincadeira de criança pode comprovar facilmente como é difícil o estabelecimento de uma comunicação perfeita e sem ruído: escreva uma pequena estória no papel e leia para uma primeira pessoa. A seguir, peça que, em uma roda com pelo menos dez pessoas, a primeira conte o que ouviu para a segunda, a segunda conte para a terceira, a terceira para a seguinte e assim por diante. Depois, ao chegar ao décimo, peça que ele relate a estória e faça a comparação com aquela escrita no papel e lida para a primeira.

Na mediação, em várias ocasiões, as pessoas acabam por constatar que todo o problema residia na falta de comunicação. É comum ouvir:

- *Por que você não me disse isso antes? Se eu soubesse, a coisa seria diferente, eu teria entendido...*
- *Eu pensei que...*

A prática tem demonstrado que, nesses casos, em algum momento da relação, ocorreu uma falta de comunicação, ou ruído, que conduziu toda a escalada de violência que circundou o conflito. A importância da escuta dinâmica novamente se revela fundamental com confirmações que esclareçam o mal entendido resultante do ruído. Quanto antes o mediador conseguir identificar o ruído e revelar criativamente o ocorrido

como uma falha de percepção, antes chegará ao resultado desejado pelos interessados. Dependerá de uma boa dose de paciência e de segurança na direção do processo.

13. FECHAMENTO DO ACORDO

O fechamento do acordo é ponto que merece destaque. Ao alcançar o esclarecimento dos pontos obscuros e identificar os interesses e sentimentos que se escondiam atrás dos discursos posicionais, o mediador deve, tal qual o bom artesão, costurar ponto por ponto o acordo, um a um os itens reputados importantes pelos interessados, a fim de que se materialize uma solução duradoura. O mediador não deve permitir que os interessados façam acordos prematuros e pouco refletidos. Algumas vezes, em face de vários fatores, entre eles a ansiedade e o próprio cansaço (não só dos interessados, mas do próprio mediador), acaba-se por permitir que os interessados fechem acordos insatisfatórios. Se os interessados não tiverem absoluta certeza de que é efetivamente aquilo que desejam, e de que, uma vez ajustadas as condições da avença, ela vai realmente ser cumprida, o mediador não deve encerrar o processo mediacional. Poderá até suspender a sessão, consultando os interessados se desejam continuá-la mais tarde ou em outra data. É dizer que a celeridade deve se estabelecer em benefício dos interessados. Se houve consenso no sentido de suspender a sessão e continuá-la em outra oportunidade, não se deve desprezar essa manifestação de vontade, mesmo que demore um pouco mais. Não se pode vencer o tempo e cada um tem o seu ritmo e o seu modo de encará-lo. Acordo apressado é acordo precário e tende a fracassar.

Em relação ao fechamento do acordo, Francisco Luiz Macedo Jr. apresenta algumas recomendações úteis. O acordo deve ser objetivo, claro e simples, trazendo, especificadamente, os termos do ajuste, se possível, de uma forma positiva.¹⁰

É possível, para efeitos práticos, estipular alguns critérios para um

¹⁰MACEDO JUNIOR, Francisco Luiz; ROGOSKI ANDRADE, Antonio M. Manual de conciliação, p. 83-89.

bom fechamento dos acordos. Objetividade, clareza e simplicidade na comunicação impedirão interpretações errôneas em relação ao que está sendo tratado. É importante que o que se quis dizer fique bem claro, sem margem a interpretações diversas.

Expressões vagas e amplas demais devem ser evitadas e se utilizadas devem ser bem esclarecidas.

Na percepção de que ainda há dúvidas a serem esclarecidas e mediadas, é preferível suspender a sessão a fechar um acordo prematuro. Como ressaltado, o acordo prematuro não será durável e o novo conflito, dele decorrente, poderá ser muito mais difícil de solucionar. Tal acordo mal fechado reacenderá todos os pontos em conflito e qualquer nova mediação que se pretenda desenvolver iniciará do marco zero.

14. REDAÇÃO DO ACORDO

Não se pode esquecer que o acordo se dirige às partes envolvidas e por isso deve ser o mais simples possível, principalmente quando as partes assim são. Devem se evitar os excessos de linguagem, pois eles não são bem compreendidos pelas pessoas simples, nem são necessários na redação de um acordo.

Entre todas as recomendações há que se destacar a adoção do critério da positividade, que nada mais é do que a qualidade do que é positivo. Sempre que possível devem ser evitadas frases negativas, que tragam carga negativa para uma ação, dificultando-a. Se uma ação descreve-se como um ato positivo, para que seja cumprida precisa de movimento, e não de negação.

É ainda recomendável que se procure substituir as palavras omisivas negativas, quando possível, pelas palavras comissivas positivas. Por vezes, é importante a utilização de expressões no plural, que evitam a ideia de caracterização de culpa; haverá acordos que se definem sem que qualquer das partes se sinta culpada. Faz-se o acordo, por exemplo, para evitar o incômodo.

15. ASPECTOS JURÍDICOS DO ACORDO

Uma das principais finalidades do direito é o estabelecimento de normas de conduta que possam propiciar a coordenação dos interesses privados e ao final a convivência pacífica e harmônica entre as pessoas. Em um acordo de interesses ocorre a mesma situação e basta que os interessados expressem, com autonomia de vontade, no caso concreto, as normas que entendem necessárias a harmonizar suas divergências.

As cláusulas penais ou multas pelo descumprimento do acordado têm seus limites no Código Civil e não podem superar o valor da própria obrigação.

Desde que observados todos os requisitos legais necessários a sua existência e validade, o acordo torna-se obrigatório para os interessados, aplicando-se o princípio *pacta sunt servanda*, que informa a obrigatoriedade dos contratos.

A autonomia de vontade das partes ainda encontrará limites na contrariedade às normas de ordem pública e aos bons costumes, pelo que é possível afirmar que a liberdade dos interessados de contratar, de conciliar ou de estabelecer normas para o caso não é absoluta e encontra limites não só na lei, mas também nos princípios.

É de singular representatividade o triste exemplo ocorrido no Juizado Criminal de Curitiba, onde uma mulher concordava em apanhar do marido, desde que não fosse todos os dias, aceitando fosse “apenas” duas vezes por semana.¹¹ Não há necessidade de outros comentários para perceber o absurdo de uma disposição de vontade como essa, embora expressada de maneira “livre e espontânea”. No atendimento da “operação litoral” no Juizado Especial Cível da Comarca de Matinhos, no balneário de Ipanema, no ano de 2000, o juiz de direito foi obrigado a intervir em uma negociação entre um casal que tinha por objeto a preservação, por mais alguns meses, de relacionamento sexual em troca de uma pequena propriedade.

¹¹BACELLAR, Roberto Portugal. Em dia com a justiça – Uma concepção de justiça. Jornal Gazeta do Povo, Curitiba. 2 nov. 2003, p. 12.

Todo acordo deve atentar para a necessidade de conter requisitos legais mínimos como a capacidade das pessoas interessadas, objeto lícito e forma prevista ou não proibida.

Não é demais relembrar a necessidade de clareza e precisão na redação jurídica do acordo. Os de natureza patrimonial devem conter os valores, as formas e os locais de pagamento a fim de que, descumpridos, possam ter força executiva como títulos líquidos, certos e exigíveis.

16. QUANTO MAIS SE PRÁTICA, MAIS SE APRENDE MEDIAÇÃO

O treino e a prática da mediação podem ser desenvolvidos no dia a dia. Todas essas técnicas servem, de modo geral, para melhorar a vida em sociedade.

Desenvolver a escuta ativa não completando a frase das demais pessoas, aguardando o momento adequado para falar, escutar para ouvir e não para falar, prestar atenção ao conteúdo das palavras e confirmar que está compreendendo o que a pessoa disse, são bons desafios de treinamento dessa ferramenta fundamental.

Atualmente, alguns juízes têm conseguido aplicar as técnicas de mediação com bastante eficiência; o juiz, mais do que qualquer outro mediador, tem que tomar cuidado para não formar qualquer pré-julgamento, o que pode ser percebido pelos interessados; como a mediação, de regra, é mais lenta e, como vimos, a pressa é inimiga da mediação, os juízes igualmente terão de ser mais hábeis para tentar resolver, por meio dela, todas as questões em uma só audiência, ao contrário dos mediadores, que trabalham com mais tempo e podem designar várias sessões com a finalidade de solucionar o conflito. Às vezes, após uma boa apresentação e o estabelecimento de um *Rapport* positivo, a investida certa e a aplicação de uma das ferramentas, entre a gama de técnicas existentes, já pode resolver o conflito; por isso, em face do pouco tempo de que normalmente o juiz dispõe para aplicar a mediação nos processos judiciais, deve estar atento, procurar escutar muito e fazer a abordagem adequada

na hora certa. Embora o tempo seja escasso, jamais poderá o magistrado/mediador deixar transparecer esse fato: mesmo com pouco tempo, não deve ter pressa (ou pelo menos não deve demonstrar que está com pressa).

Desde 1983, com atuação no Conselho de Conciliação e Arbitragem, o autor tem acompanhado as sessões e as audiências e exercitado as técnicas inerentes às atividades de conciliação e mediação. Notou-se, nessa longa experiência que, às vezes, por anos, uma determinada ferramenta técnica pode ficar sem utilização; mas no ciclo natural e antropológico de repetição das condutas humanas, de repente, volta a ser útil para resolver determinada controvérsia.

Só a prática mediacional fará com que cada um aumente o seu rol de observações e recomendações para uma boa solução dos conflitos.

Cada caso é único e recomenda aplicação de experiência diferenciada. A condução do processo mediacional é uma arte que mais se aprende quanto mais se pratica.

17. O JUIZ COMO CIDADÃO REFERENCIAL E SER HUMANO INTEGRAL

A cada dia ampliam-se as exigências relativas à capacidade técnico-jurídica do magistrado. Se no passado como dizia Montesquieu o juiz era “a boca inanimada da lei” e sua função era de mero aplicador das normas aos casos concretos, hoje o magistrado brasileiro passou a ser intérprete de princípios constitucionais e as novas legislações apresentam cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Da visão técnico-jurídica e do conhecimento especializado, passa-se a exigir do magistrado conhecimentos humanitários, psicológicos, sociais, filosóficos e antropológicos além de uma visão holística, global, transdisciplinar e exlética¹².

O magistrado francês Antoine Garapon, Secretário Geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça teria imaginado “se o direito

¹²Conforme Nádia Bevilacqua Martins, a exlética não disputa dialeticamente, faz composições. A exlética não comportamentaliza o conhecimento em setores, mas “transita através” de todos os valores, positivos para promover o homem.

liberal do século XIX foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado-providência do século XX foi o do Executivo, o que se anuncia poderá bem ser o do juiz”.¹³

A despeito da violência urbana e da desintegração da civilidade, o magistrado é visto como um ser referencial em quaisquer de suas relações sociais. Se participa de uma reunião de condomínio, ele tem de demonstrar equilíbrio e se alguém se exaltar não pode ser o juiz; como vizinho, como pai, mãe, avô, avó, irmão, tio, filho, neto, sobrinho, primo, marido ou mulher, tem de manter serenidade e tranquilidade mesmo nas adversidades. Isso é possível?

Abro parênteses para destacar que o acesso ao cargo de juiz substituto, que se dá por concurso público, privilegia o conhecimento adquirido pela “educação bancária” conforme denominação de Paulo Freire. Deposita-se o conteúdo do programa na cabeça do candidato e espera-se que ele bem archive e armazene esses depósitos até o dia da prova do concurso quando será retirado o extrato. Os de maior saldo serão os aprovados.

A provocação crítica destina-se a alertar sobre a necessidade das mudanças que já estão sendo discutidas, construídas e desenvolvidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

A partir desse movimento nacional, iniciado com as Resoluções 1 e 2 do ano de 2007, consolidado pela Resolução 2/2009 da ENFAM (que estabeleceu as diretrizes para os conteúdos programáticos mínimos dos cursos de formação para ingresso na magistratura e de aperfeiçoamento), provoca-se em todos os Tribunais uma mudança de perfil, voltada a construir um magistrado integral, desde a seleção inicial. Com o ingresso iniciam-se obrigatórios cursos para o vitaliciamento, formação, capacitação e aperfeiçoamento contínuos. Fecho parênteses e retomo a indagação: é possível ao magistrado preservar-se sereno e manter o equilíbrio em quaisquer situações?

¹³COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. Prefácio Dalmo de Abreu Dallari.

Antes de responder é significativo ampliar o campo de estudo e resgatar o conhecimento de pesquisas sobre a teoria do pensamento e as facetas multidimensionais da inteligência humana.

Edward de Bono, tido como um dos maiores especialistas no estudo pragmático do pensamento humano, quem pela primeira vez utilizou a expressão exlética, afirma que a relação entre a inteligência e o pensamento é potencial da mesma forma que a existente entre a potência de um carro e a habilidade do motorista.

Enquanto na informática há permanentes investimentos na indústria de softwares, não se fez nenhum esforço para desenvolver softwares para a mente humana que continuam os mesmos de 2.400 anos atrás.

Estudos de Daniel Goleman, sobre a inteligência, indicaram que a capacidade intelectual aferida pelo QI que em passado recente era entendido como um dado genético (impossível de ser alterado pela experiência de vida) não representa mais do que 20% da inteligência. Há um percentual muito grande de aptidões da nossa inteligência pouco explorado. Todos os 80% restantes incluem autocontrole, empatia, capacidade de interpretar emoção e enfrentar adversidades, zelo, persistência, capacidade de automotivação, dentre vários outros componentes que não nascem com o ser humano e podem ser desenvolvidos.

Na atividade do magistrado (que ao acordar de manhã sabe que vai enfrentar conflitos) a capacidade de manter o autocontrole é uma necessidade.

Manter o controle sobre as emoções é uma virtude (desde Platão), mas é necessário, como observava Aristóteles, emoção na dose certa, com sentimento proporcional à circunstância. “Qualquer um pode zangar-se – isso é fácil. Mas zangar-se com a pessoa certa, na medida certa, na hora certa, pelo motivo certo e da maneira certa – não é fácil” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*).¹⁴

Nosso comportamento inicial em face de um conflito, como vimos, é de um fenômeno negativo. As primeiras ideias que relacionamos ao

¹⁴GOLEMAN, Daniel. *Inteligência Emocional*, p.9

conflito são de guerra, briga, disputa, agressão violência, dentre outras. A partir dessa percepção ocorrem reações como transpiração, elevação do tom de voz, irritação, raiva e hostilidade dentre outras reações.

É nesse estado emocional que o magistrado encontra as partes e muitas vezes também os advogados e promotores de justiça no ambiente da sala de audiências.

Tem acontecido de haver um contágio emocional negativo quando o magistrado se deixando influenciar pelas reações das partes também se irrita, eleva o tom de voz, passa a transpirar e hostilizar os presentes. Ressalta Daniel Goleman ser preciso “reconsiderar o pressuposto de que somos imunes a encontros sociais tóxicos. Costumamos supor que, exceto pelas explosões temporárias de mau humor, nossas interações pouco importam para nós no nível biológico. Ledo engano o nosso. Assim como pegamos um vírus de outra pessoa, podemos também ser emocionalmente contagiados por um estado de espírito que nos torne mais vulneráveis a esse mesmo vírus ou que mine nosso bem-estar”.¹⁵

É possível sim, em resposta à indagação inicial, manter serenidade e tranquilidade mesmo nas adversidades. Além de podermos interpretar essas reações dos outros como normais podemos desenvolver a capacidade de despolarizar a comunicação e promover contágios emocionais positivos. Se as pessoas estão nervosas, o magistrado além de manter-se calmo fará com que todos, como ele, também passem a ficar tranquilos e calmos.

Conforme ensina Edward de Bono ao descrever nossas ampolas lógicas: se alguém discorda de você, há várias atitudes a tomar. Uma delas: considerar essa pessoa estúpida, obstinada, etc. Um outro caminho, entretanto, leva a uma alternativa mais promissora: ponderar que quem discorda de nós está argumentando de maneira inteligente, mas segundo sua própria “ampola lógica”, e que se essa “ampola lógica” inclui percepção das circunstâncias e da estrutura, do contexto, dos relacionamentos,

¹⁵GOLEMAN, Daniel. *Inteligência Social*, p.364

etc. provavelmente, muitas vezes está longe de ser verdade que todo mundo esteja agindo logicamente a partir de suas respectivas “ampolas lógicas”. Mas, mesmo assim, este método tem o mérito de canalizar a atenção não pra a “estupidez” de seu interlocutor (o que dificilmente poderia ser alterado), mas para as circunstâncias (estas, sim, fáceis de alterar), em que a lógica pode ser palpável.

Em face dos conflitos as pessoas costumam, por força do pensamento, repetir as mesmas emoções negativas que vivenciaram na ocasião em que ele ocorreu.

Tenho afirmado a partir de algumas reflexões de Einstein que nenhum conflito se resolve na mesma sintonia em que foi gerado¹⁶. A sintonia do ambiente depende fundamentalmente do magistrado a partir da leitura que ele puder fazer do conflito e do encaminhamento do diálogo na audiência.

As técnicas, ferramentas e instrumentos autocompositivos, principalmente os da mediação, da comunicação não violenta, do pensamento criativo, da inteligência emocional e social, contribuirão para que o magistrado desenvolva qualidades e conhecimentos interdisciplinares úteis a quaisquer de suas atividades administrativas, jurisdicionais e de representação política que desempenhe perante a sociedade.

¹⁶“Os problemas significativos que encontramos não podem ser solucionados no mesmo nível de pensamento em que estamos quando os criamos” (Albert Einstein), apud WHEELER, Jim. O poder do pensamento inovador. Deixe que novas idéias o conduzam ao sucesso. São Paulo: Ed. Amadio, 2002, p.9