

ISSN 2695-8597

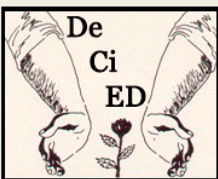


Actas

I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO

Organización:
Gilvan Luiz Hansen
Eder Fernandes Monica

*Editado en Ourense, España, por la
Universidad de Vigo y Universidade
Federal Fluminense*



**Democracia, Cidadania
e Estado de Direito**



Universidade de Vigo

**ACTAS DEL I CONGRESO INTERNACIONAL
SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO**

Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
(organizadores)

**ACTAS DEL I CONGRESO INTERNACIONAL
SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO**

*Editado en Ourense, España, por la
Universidad de Vigo y Universidade
Federal Fluminense*



Universidade de Vigo

M744 MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz (Orgs.).

ACTAS: I Congreso Internacional sobre Globalización, Ética y Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2017
334 p.

ISSN 2695-8597

1. Democracia 2. Direito 3. Política 4. Cidadania
I. Título. II. Autor.

CDD: 340
CDU: (058)

**I CONGRESSO INTERNACIONAL
GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E DIREITO**

Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense – UFF
Niterói, Rio de Janeiro – Brasil

COORDENAÇÃO GERAL

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (PPGDIN/UFF)
Prof. Dr. Edson Alvisi Neves (PPGDIN/UFF)
Prof. Dr. Antón Lois Fernández Álvarez (PPGDIN/UFF)

COMISSÃO CIENTÍFICA

Dr. André Hacl Castro (DeCiED)
Dr. Bruno Stigert de Sousa (UFFJ)
Dr. Cândido Francisco Duarte Silva (UFF)
Dra. Célia Barbosa de Abreu (UFF)
Dra. Clara Isabel Fernández Rodicio (UVIGO)
Dr. Clóvis Ricardo Montenegro de Lima (IBICT)
Dr. Eder Fernandes Monica (UFF)
Dra. Fernanda Pontes Pimentel (UFF)
Dr. Fernando Gama de Miranda Netto (UFF)
Dr. Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO)
Dr. José Ricardo Ventura Correa (DeCiED)
Dr. Luís Antonio Cunha Ribeiro (UFF)
Dra. Mariana Devezas R. M. de Menezes (UFF)
Dr. Ozéas Correa Lopes Filho (UFF)
Dr. Plínio Lacerda Martins (UFF)
Dr. Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão (UFF)
Dr. Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)
Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (UFF)
Dr. Sérvio Túlio Vieira Santos (UFF)
ra. Tânia Márcia Kale (UNESA)
Dr. Virxílio Rodríguez Vázquez (UVIGO)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	08
JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO	10
A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE	41
A CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ÉTICA DO DISCURSO EM HABERMAS.....	60
FENOMENOLOGIA CONSTITUCIONAL: o sujeito por trás da velocidade de emendabilidade da Constituição de 1988	86
A ÉTICA NA AGENDA DA MÍDIA	105
ÉTICA E MORALIDADE NO MEIO AMBIENTE.....	117
CONFLITOS ENTRE ÉTICA E LEGALIDADE: ampliação dos li- mites subjetivos na concessão de auxílio-doença e aposenta- doria por invalidez pelo INSS.....	141
COMUNICAÇÃO E SAÚDE: uma perspectiva ética para a des- judicialização.....	159
A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO CONTINUADA DOCENTE NO ENSINO SUPERIOR.....	171
MORALIDADE, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA: uma perspectiva so- bre o controle interno dos órgãos de segurança pública do es- tado do Rio de Janeiro.....	197
LIMITES DE RESPONSABILIDADE DOS OPERADORES DO DIREITO EM AMBIÊNCIA DIGITAL	222
ÉTICA, INDEPENDÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	243

O DESALINHO DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOB A ANÁLISE HABERMASIANA: apontamentos sobre a cobrança da comissão de corretagem efetuada na compra de imóvel no estande do próprio empreendimento.....	261
ANÁLISE DA ÉTICA ARBITRAL SOB UM VIÉS DISCURSIVO	290
A TANATOPOLÍTICA NAS COMUNIDADES CARIOCAS E A SELETIVIDADE DO DIREITO À VIDA	317

APRESENTAÇÃO

El comienzo de una caminata siempre está rodeado de expectativas y temores, porque queremos hacer una marcha que genere buenos resultados, pero al mismo tiempo no tenemos certeza sobre el éxito de la empresa. Y esto también se puede observar en el caso de eventos académicos.

Así es como tomamos los pasos inaugurales del I Congreso Internacional sobre Globalización, Ética y Derecho (I CIGED).

El I CIGED surge para ocupar un espacio de reflexión en la Universidad sobre temas contemporáneos que afectan a las sociedades de todo el mundo. Entre ellas se encuentran las situaciones derivadas del fenómeno de la globalización a nivel planetario que se hace presente desde el siglo XX; en esta discusión están también conectados los temas ético-morales y los enfoques jurídico-políticos.

La importancia de este evento académico se centra en dos aspectos: en primer lugar, porque configura la preocupación de transformar la Universidad en un espacio institucional para la reflexión de los problemas sociales de manera multidisciplinaria, en diálogo permanente con las diversas instituciones que conforman la sociedad. En segundo lugar, porque busca debatir los temas motivadores del evento de manera colaborativa entre instituciones universitarias y organizaciones sociales de diferentes naciones, en una asociación que permite una visión más rica y holística de los fenómenos del mundo contemporáneo, evaluada y abordada desde perspectivas internacionales.

Es por eso que, en un intercambio de esfuerzos y proyectos de las universidades brasileñas (Universidad Federal Fluminense) con instituciones universitarias españolas (Universidad de Vigo), comenzamos con confianza en este camino, con la esperanza de poder contribuir a las sociedades de todo el mundo para que puedan comprender mejor sus problemas y sus desafíos. Nuestro compromiso siempre ha

sido en contribuir a la construcción de sociedades democráticas, comprometidas con elementos éticos y morales; esto todo basado en los parámetros del estado de derecho moderno, destinado a promover la igualdad, la libertad y la solidaridad.

Esta publicación contiene los artículos definitivos que se construyeron a partir de los resúmenes presentados en I CIGED. Entonces comenzamos a construir una trayectoria y a hacer historia; que vengan nuevas ediciones de este evento.

Galicia, invierno de 2017

Gilvan Luiz Hansen

Guillermo Suárez Blázquez

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO

Eduardo Pereira de Alvarenga Tavares

Resumo: Muito se discute, na contemporaneidade, em relação à chamada "Crise do Poder Judiciário", decorrente das deficiências enfrentadas pelo Estado e pelo próprio direito, que geram o abarrotamento de ações judiciais nos tribunais de todo o país. Esta ampliação da demanda pelo Estado-Juiz, tido como tábua de salvação em resposta a complexa sociedade moderna em suas relações, tem gerado uma forte judicialização. Acrescente-se o descrédito nos poderes executivo e legislativo, bem como fatores como a demora na prática de cada ato processual, longa instrução probatória com vasta possibilidade recursal, desídia processual por parte dos litigantes, desleixo por parte dos serventuários, o que contribui decisivamente para a chamada "crise na justiça". Esta judicialização excessiva, somada aos demais obstáculos, provocaram diversos problemas relacionados à organização e estruturação dos órgãos componentes do poder judiciário, que não acompanhou o crescente acúmulo de processos. Diante da escassez da infraestrutura, serventias e gabinetes dos magistrados entram em verdadeiro colapso procedimental. Neste enfoque, a doutrina e a sociedade têm promovido o debate a partir de sugestão de caminhos no sentido de abrandar este crítico panorama. Uma dessas alternativas tem sido muito contestada, posto que adotada pelos próprios tribunais no início do século XXI como uma espécie de mecanismo de autoproteção. Conhecida como "jurisprudência defensiva", que, conforme discurso de posse do Ministro Humberto Gomes Barros na presidência do Superior Tribunal de Justiça, consiste na "criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são

dirigidos”¹. Melhor exemplo é a aplicação da Súmula 115 que inadmite recurso especial em caso de advogado sem procuração nos autos, vício este que seria plenamente sanável. O presente trabalho tem por objetivo realizar breve abordagem do tema, analisando esta estratégia jurisprudencial sob a ótica dos princípios do acesso à justiça, da razoável duração do processo. Buscará confrontar estas medidas com um padrão ético que se espera dos julgadores no exercício da judicatura, traçando um paralelo com o dever social e às expectativas criadas pelas partes. As aplicações das inovações lançadas pelo Novo Código de Processo Civil para coibir esta prática, quebra o rigor das formas e enaltece a entrega do direito material, com especial destaque para o princípio da primazia do julgamento do mérito. No entanto, não é só isto. É preciso avançar em alternativas que possam de fato contribuir com o debate em sua origem, que alerte para a necessária legitimidade e alcance a validade na aplicação das normas. É possível que estas alternativas estejam centradas na teoria do discurso e na democracia participativa, onde Habermas poderá contribuir, retomando a validade a partir da linguagem, da comunicação e da participação.

1 A ÉTICA, A LIBERDADE E O ESTADO

Na construção da autonomia da vontade em Kant, dificilmente o indivíduo, por si só, constrói autonomamente o uso privado da razão. Será mais facilmente através da coletividade que alcançará o uso público da razão. Uma mudança de que antes de obedecer precisa ser alguém no mundo. O filósofo promove esta linha explicativa no sentido de que o uso público da razão está diretamente relacionado à liberdade e deve ser conquistado, facilitando a incorporação da autonomia a cada indivíduo. Diferencia o uso privado e o uso público da razão reforçando a conclusão primeira de que o homem necessita sair de sua

¹ Disponível em:

[http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105999].

acomodação através do exercício de sua liberdade e de sua razão e que não fará isto por si só.

Se no exercício da razão e da liberdade há necessidade de um exercício da coletividade, Kant constrói um mandamento que passou a chamar de imperativo categórico, a saber²:

Existe... só um imperativo categórico, que é este: Aja apenas segundo a máxima que você gostaria de ver transformada em lei universal.

Pretende o Autor que o agir do homem seja sempre baseado naqueles princípios que desejaria ver aplicados universalmente. É Imperativo, porque é um dever moral. É Categórico, porque atinge a todos, sem exceção. Assim, ao introduzir a ética em sua obra filosófica, Kant fez surgir uma nova versão da antiga regra ditada pelos grandes Mestres da humanidade: "Faça para os outros o que você gostaria que fizessem a você." Kant a ampliou: "Faça para os outros o que gostaria que todos fizessem para todos".

Com estas idéias, Kant enfrenta a doutrina utilitarista de que "os fins justificam os meios". Não se pode justificar as ações pelos resultados, já que estes podem ser descaracterizados e seria um desvirtuamento moral. Segundo Kant, se quisermos ser objetivos, temos que agir, não segundo os fins, mas segundo princípios universais, tal como o imperativo categórico.

Portanto, a ética está relacionada à construção coletiva de valores posto que cada povo possui o seu espírito, que se traduz em instituições: família, sociedade civil, Estado. Deve possuir em seu conceito os elementos vontade, liberdade e autonomia. Valores sociais como bem-estar, bem viver devem ser compartilhados com a coletividade

² KANT Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1988. p.59

(família, nação, trabalho), configurando-se como um conjunto de valores partilhados por uma coletividade que tende a gerar o sentido de grupo. Não se deve confundir, no entanto, que neste aspecto da construção coletiva retome-se o conceito de dominantes e dominados o que é uma distorção da teoria (anomia social) e não representa o todo, mas sim duas ou mais partes: dominantes-dominados.

Diferentemente, a idéia de moralidade está mais próxima do que é justo, princípios racionais que se transformam em normas. Na realidade, mais fácil seria se ética e moral estivessem juntas, porém é possível que em certas hipóteses a moral esteja relacionada mais à individualidade do que à coletividade.

Em outra vertente, o direito atua também sobre os indivíduos, mas numa dimensão externa, gerando obrigações. De forma genérica, não importa o objetivo dessa obrigação, mas se ela atua na construção coletiva da sociedade, adota-se, portanto, sua dimensão jurídica e moral. Assim, a moral tem a pessoa no seu centro, na sua existência, nos seus valores individuais: eu sou o centro do mundo e estou adequado à coletividade. Assim, direito e política operam-se pela moral e para a sociedade. A soberania que se constrói é individual.

A partir deste raciocínio fica o questionamento de como resolver os conflitos? Ou será que temos que ter outro mecanismo? Observe-se que o raciocínio do imperativo categórico de Kant³ poderá ser aplicado individualmente, não exigindo-se um diálogo, sendo esta a crítica que Jüngen Habermas irá fazer. Segundo este Autor há um *déficit* motivacional na construção, ou seja, é possível construir os princípios racionais e morais de forma individual, mas aquele que não participa estará sempre desmotivado e descomprometido. Em última análise, não basta ser um "legislador universal" para se chegar a princípios

³ KANT Immanuel. Idem, idem.

morais e racionais, como preceitua Kant. É preciso haver uma forma de cobrar do outro a postura da mudança e da construção.

Sendo a ética o conjunto de princípios e valores da conduta social na vida em comum, orienta os seres humanos no que concerne à capacidade de decidir, julgar e avaliar, pressupondo conteúdo indispensável de liberdade. Tratando-se de concepções, princípios e valores, integra pessoas e sociedades em suas condutas sociais e em suas liberdades.

A liberdade exercida pelos sujeitos deve ser recíproca para atender a sua evolução da igualdade e da autonomia. A partir do momento que há respeito à liberdade do outro, constrói-se a racionalidade da coerção onde a subordinação passa a ser às normas e leis, aos princípios e regras universais da vida e do agir intersubjetivos, de forma livre e consciente.⁴

Nesta linha de raciocínio, configura-se a realização da liberdade como uma resolução, quando a vontade subjetiva se reflete na razão e na necessidade produzindo a conciliação concretude-abstração e objetividade-subjetividade.

No entanto, considera ser necessário limitar a liberdade natural do ser humano, pois seu estado natural caracteriza-se pela injustiça, selvageria, violência e instinto irrefreado. Nesse sentido, o Estado, baseado no direito e na moralidade objetiva, teria o papel de impor restrições e limitar os sentimentos rudes e grosseiros, instaurando a liberdade na realidade. Cabe ao Estado o exercício de papel fundamental e para onde há uma confluência da vontade subjetiva que passa a ser regulada racionalmente pelas instituições do direito e pelas leis, garantindo que os homens desfrutem de sua liberdade.

⁴ Cf. M. SIEMEK, *O conceito hegeliano de liberdade em sua relevância para o presente*. In: BONI, L. A. & STEIN, E. (Org.) *Dialética e liberdade*, p. 364-5.

Ele [o Estado] é assim o objeto mais próximo da história universal, no qual a liberdade recebe a sua objetividade e usufrui dela. A lei é a objetividade do espírito e da vontade em sua verdade, e só a vontade que obedece à lei é livre, pois ela obedece a si mesma, está em si mesma livremente. Quando o Estado, a pátria, constitui uma coletividade da existência, quando a vontade subjetiva do homem se submete às leis, a oposição entre liberdade e necessidade desaparece⁵

Assim como Kant, Hegel considerava que o direito e as leis universalmente válidos teriam um papel central na regulação da interação entre os homens e na garantia da liberdade. Nesse sentido, o Estado seria para Hegel a instância guiada pelo conhecimento objetivo universal, pois somente leis e imperativos universalmente válidos seriam capazes de substituir as ordens subjetivas, assegurando a liberdade de ação.

Seria na experiência do Estado que a liberdade adquiriria sua concretude e far-se-ia presente na realidade. Em outras palavras, o Estado é momento em que o espírito adquire consciência de si e atinge o seu fim. Assim sendo, diferentemente de Kant, que acredita que o homem está perpetuamente sujeito à possibilidade de aperfeiçoar-se e esclarecer-se, Hegel menciona a idéia de um fim claro da história de forma a construir uma liberdade que ao final será exercida pela intervenção do Estado através de leis e normas em sua plenitude.

2 O ESTADO JUIZ E SEU PAPEL ÉTICO SOCIAL

Neste papel regulador do Estado, pretende-se articular as funções do poder judiciário, da magistratura e o exercício da ética, de forma a contribuir não só com a efetividade da justiça como também com o acesso a cada um que lhe é de direito de forma justa. Ou seja,

⁵ HEGEL, G. W. F. *Filosofia da História*. Brasília: reimpresso UNB, 1995.p.40

sem maiores preocupações com o embasamento das funções e procedimentos do poder judiciário, parte-se de uma análise crítica desta postura do Estado na aplicação de uma ética social que responda a estas funções de dizer o direito.

Sob a ótica certa da sociedade, esta função ocorre através do corpo do magistrado e foi concebida com elementos de neutralidade e equidistância, indispensáveis ao ato de julgar do Estado Juiz. Como todas as demais profissões, também ao julgador, ser ético, é um elemento intrínseco ao exercício, como sugere Herkenhoff⁶: "A magistratura é mais que uma profissão. A Ética do Magistrado é mais que uma Ética profissional."

De fato, a sociedade contemporânea e sua complexidade impõe que o julgador de toda e qualquer desavença social tenha uma conduta ética exemplar. Aquilo que o homem médio resolve por si ou através de punições ou remissões, não se aplica aos magistrados enquanto representantes deste Estado Juiz e podem ser traduzidos em fatos inaceitáveis, mesmo que exclusivamente na esfera social como homem comum.

Este comportamento de esperança da sociedade é simples de ser explicado a partir de princípios que envolvem a magistratura e sua necessária ética: dedicação na função de julgar, sua imparcialidade, critérios de julgamentos, cumprimento de regras, cortesia no trato com colegas, serventuários e partes, a distância do autoritarismo e da arrogância, o respeito pela humildade, dentre tantos outros. Como se percebe há uma "redoma principiológica" que estrutura este comportamento ético do magistrado na busca do bom direito. A função de julgar é mais do que um emprego público; é uma missão que deve ser

⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Ética da magistratura*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-06/sociedade-exige-magistrados-conduta-exemplarmente-etica>>. Acesso em 22/11/2016.

compreendida pelas partes, sobretudo quando o direito nem sempre é o exercício da justiça quando, nestas hipóteses, o julgador galga um patamar de maior relevância ainda.

Em toda e qualquer profissão, exige-se a reflexão sobre quais as ações que serão necessárias realizar quando do exercício da prática profissional. Sendo a escolha uma opção, o conjunto de deveres passa a ser de cumprimento obrigatório. Assim, as competências e habilidades devem nortear a reflexão do optante, finalizando com a adesão às regras, ou seja, o juramento, comprometendo-se com a categoria profissional. Este é o comportamento ético profissional exigível à categoria como um todo e as pessoas que dependem daquele profissional, observando-se que há muitos aspectos não previstos especificamente e que fazem parte do comprometimento do profissional em ser eticamente correto.

Conforme Herkenhoff:

A sociedade exige dos magistrados uma conduta exemplarmente ética. Atitudes que podem ser compreendidas, perdoadas ou minimizadas, quando são assumidas pelo cidadão comum, essas mesmas atitudes são absolutamente inaceitáveis quando partem de um magistrado (HERKENHOFF, 2010).

Também a Ministra Nancy Andrichi (2001) contribui com o debate, afirmando que uma vez investido nas funções jurisdicionais o juiz agrega a responsabilidade da imagem da instituição, sempre estará de forma indissolúvel e permanente associada a do Poder Judiciário:

O juiz é um espelho social onde o jurisdicionado se mira e encontra justificativas para agir de tal e qual forma, isto porque, no seu modo de ver crítico é permitido concluir que “se o juiz assim age, mais do que nunca eu, que sou um simples cidadão, posso fazê-lo”. (ANDRIGHI, 2001).

De fato, o juiz é na realidade um pacificador social e neste ponto necessita de manter-se com o necessário respeito da sociedade. O

juiz ético é aquele adequado a seu tempo, rente aos fatos e principalmente rente à vida, que nunca olvida que atrás de cada página do processo está um cidadão aflito aguardando a sua decisão.

De certa forma, os juízes representam, para a sociedade, modelos de cidadãos que devem encarnar o referencial maior da justiça pela qual anseiam todos os homens, razão pela qual deles se espera e se cobra um comportamento segundo os padrões éticos que enriquecem o espírito humano.

Mas numa outra vertente como lembra o ilustre professor José Soares Filho⁷, esta idéia não traduz a realidade do ser humano falível, limitado, frágil e que se expõe às mesmas vicissitudes de que padecem seus concidadãos. A mágica da toga não é capaz de imaculá-lo.

Segundo Carnelutti, lembrado pelo professor Soares Filho:

No mais alto da escala está o juiz. Não existe um ofício mais elevado que o seu, nem uma dignidade mais imponente. Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quer que os crentes percam a fé.

A Carta Magna em seus artigos 93 e seguintes, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e o Código de Ética da Magistratura Nacional, este último editado pelo Conselho Nacional de Justiça, formam, os nortes principais dos deveres e preceitos éticos da magistratura. Há que se observar que o constituinte se preocupou com critérios éticos para a magistratura ao estabelecer acerca do ingresso na carreira mediante concurso de provas e títulos, após completados três anos de prática jurídica; a ascensão da carreira pelos critérios de merecimento e antiguidade; a residência na comarca onde atua, salvo autorização do

⁷ SOARES FILHO, José. Deontologia da Magistratura. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.htm>>. acesso em 10/12/2016

Tribunal; a dedicação exclusiva à profissão; a imparcialidade e igualdade de atenção no exame das causas; a abstenção política; a fundamentação das decisões; a vedação de recebimento de contribuições pecuniárias de pessoas físicas ou jurídicas, em razão da função e a vedação de advogar no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos. Dentre estes, destaca-se o artigo 35 da LOMAN (Lei Complementar n.º 35 de 1979) que dispõe sobre os deveres dos magistrados, alguns corroborados posteriormente pelo advento da CF, além de outros em caráter de especialidade, *ex vi*:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - Residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - Comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Nessa esteira, prossegue Araujo (2011) dizendo que o Código de Ética da Magistratura Nacional elenca os grandes elementos a serem seguidos pelos magistrados no exercício da profissão, quais sejam: a independência, a imparcialidade, a transparência, a integridade pessoal e profissional, a diligência e dedicação, a corte-

sia, a prudência, o sigilo profissional, o conhecimento e a capacitação, a dignidade, a honra e o decoro.

Percebe-se, assim, que o Conselho Nacional de Justiça ao aprovar e editar o Código de Ética da Magistratura Nacional, o fez cômico de que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois cabe aos juizes também a função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais, entendendo a essencialidade de os magistrados incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, fortalecendo a legitimidade do Poder Judiciário através da excelência da prestação de serviços públicos e da distribuição da justiça.

Apresentada a articulação do caráter ético do exercício da magistratura com as expectativas da sociedade calçada em importantes legislações, resta, no entanto, apresentar no mundo da facticidade há uma projeção desesperançosa. Estamos diante de atropelos e proteções ao sistema judiciário que enfrenta frontalmente direitos amplamente conquistados ao longo da história. Este fator que ora se registra também diz respeito ao comportamento ético social esperado.

Esta mesma sociedade que, após as ondas de Cappelletti, passou a ver sedimentado os princípios processuais, em que se destacam a ampla defesa, o contraditório e acesso à justiça, acompanha estes mesmos direitos serem enfrentados, a qualquer título, sob pena de se distanciar do efetivo exercício da cidadania, sistemática que merece registro.

3 A CRIAÇÃO DO TERMO JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Os princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo, previstos no artigo 5º, XXXV e LXXVIII da CRFB/88, respectivamente, sempre se destacaram no rol de garantias fundamentais,

sendo as maiores preocupações do cidadão na ânsia de alcançar uma decisão que lhe garanta uma resposta rápida ao seu problema.

Como já se sabe, na modernidade, o acesso à justiça não pode mais ser visto como a simples possibilidade de ajuizamento de demandas, em seu sentido meramente formal, devendo, de forma mais ampla, garantir um acesso à ordem jurídica justa, célere e eficaz, que tutele corretamente o direito violado e atenda as expectativas sociais.

No entanto, o Poder Judiciário, na atualidade, conta com mais de 105 milhões de processos⁸, o que provoca verdadeiro congestionamento no trâmite processual, em razão da incapacidade estrutural dos Tribunais do Brasil em absorver tamanha demanda.

Fato é que o aumento da infraestrutura do Judiciário não acompanhou a vertiginosa judicialização, que ocorreu de forma rápida e exponencial, encontrando-se hoje incapacitada para assegurar a razoável duração do processo.

Logo, cria-se, aparentemente, um conflito entre os princípios supramencionados, sendo certo que o acesso à justiça em seu aspecto formal, no panorama atual, acaba gerando forte sobrecarga no judiciário, não sendo possível garantir a razoável duração do processo ou, em sentido mais amplo, a entrega da jurisdição de forma justa e efetiva.

Além do aumento da quantidade de processos e deficiência estrutural, outros fatores contribuem para o atraso na solução do litígio, como a extensa gama de recursos disponíveis, a longa instrução probatória, as brechas legislativas e a desídia do funcionalismo público no exercício do seu múnus.

Notadamente em relação ao sistema recursal, os ministros dos Tribunais Superiores, no pouco curso desde a criação dos Tribunais,

⁸ Disponível em: [<http://www.amb.com.br/novo/?p=24031>]

passaram a lidar com problemas que refletiam enorme morosidade, ocasionadas pelo aumento demasiado da interposição de recursos com o passar dos anos em contraste com o número insuficiente de julgadores.

Em decorrência da ausência de legislação que impedisse o desvirtuamento ou o bom funcionamento da máquina judiciária, algumas estratégias foram tomadas para diminuir a carga de processos.

No discurso de sua posse, no ano de 2008, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, discorreu acerca do asoberbamento das cortes superiores, anotando a deturpação de função dos tribunais superiores, pois estariam sendo utilizados como uma terceira instância para as resoluções de conflito e ou forma de protelar o cumprimento de obrigações.

STJ foi concebido para assegurar a eficácia e unificar a interpretação do direito federal. Sua missão é exercer, no âmbito infraconstitucional, o trabalho desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no plano constitucional. Tanto quanto o STF, o STJ é fator de segurança jurídica. O bom cumprimento dessas missões pressupõe o funcionamento de tribunais seguros(...)⁹

Como solução, portanto, para viabilizar o bom funcionamento do STJ, impôs que a jurisprudência adotasse uma postura mais rigorosa, determinando às partes a observância de exigências não previstas em qualquer norma jurídica especial para conhecimento e admissibilidade de recursos.

Neste momento, invocou-se a criação do termo jurisprudência defensiva, para sinalizar o surgimento de decisões que, supostamente, buscam “defender” a missão dos tribunais superiores, criando filtros à

⁹ BARROS, Humberto Gomes de. Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ. BDJur, Brasília, DF, 28 abr. 2008. Disponível em: [<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/16933>].

admissibilidade do recurso especial para diminuir a sobrecarga processual, sob pena de inviabilizar o funcionamento do próprio Tribunal¹⁰.

Na prática, estes requisitos consistiam em edições de súmulas e adoção de entendimentos que deixavam de conhecer recursos diante da ocorrência de vícios sanáveis, que nunca antes importaram em inadmissibilidade recursal, com o intuito, exclusivamente, de evitar o julgamento dos recursos e diminuir o acervo de processos.

Ressalte-se que, sob este aspecto, diversos doutrinadores passaram a criticar o termo utilizado, na medida em que estas espécies de jurisprudência deveriam ser chamadas de “ofensivas”, por violar a constituição e as garantias fundamentais do cidadão.¹¹

O tema sempre foi tão relevante que José Carlos Barbosa Moreira¹² chegou a escrever um texto intitulado “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”, onde reconheceu a necessidade de preenchimento de requisitos para a admissibilidade dos recursos, mas observou a necessidade de observância daquilo que a lei exigiu.

O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar pa-

¹⁰ SALOMÃO, Luis Felipe. Breve Anotações sobre a admissibilidade do Recurso Especial. São Paulo: Revista de Processo. 2009. p. 233-255.

¹¹ Por todos, veja-se trecho de artigo “Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal”, publicado pelo Professor de Processo Civil da PUC-SP Pedro Miranda de Oliveira: “Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”, a nosso ver, é, na verdade, *jurisprudência ofensiva*: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.”

¹² Barbosa Moreira, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: _____. Temas de direito processual: 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 270

lavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento, circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.

Na realidade, os julgadores optaram, sem qualquer base legal, em priorizar a forma em detrimento do julgamento do mérito, o que afronta diretamente o direito do cidadão de obter adequadamente a tutela jurisdicional, violando, de forma direta, a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

Para maior visibilidade, passa-se a demonstrar alguns exemplos práticos. A Súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça¹³ foi editada para tornar inadmissível recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. Nesse sentido, cita-se o seguinte arresto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ. 1. Não se conhece de recurso interposto por subscritor que não apresenta aos autos a procuração originária na cadeia de outorga de poderes (STJ, Súmula 115). 2. Agravo regimental não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora. (AgRg no AREsp 602655 PR 2014/0273603-1, Relator(a): Ministra MARGA TESSLER, Juíza Federal convocada do TRF 4ª

¹³ Súmula 115, STJ – “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

Região, Julgamento: 07/05/2015, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicação: DJe 15/05/2015)

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, interpretando o referido verbete sumular de forma extensiva, passou a não conhecer do recurso não assinado ou cuja assinatura tenha sido digitalizada:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO INEXISTENTE. FALTA DE ASSINATURA. IRREGULARIDADE FORMAL INSANÁVEL NA VIA EXTRAORDINÁRIA. 1. Assentando a decisão recorrida o entendimento de que " petição do agravo de instrumento (fls. 2/21) não foi subscrita pelo procurador da parte agravante Dr. Antônio Geraldo Conte", a aferição do preenchimento da regularidade formal demanda indispensável reexame do contexto-fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 07, desta Corte: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial". Precedente da Corte: RESP 76219/PE, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 01.07.1999. 2. **O recurso não assinado na via excepcional é considerado inexistente, inviabilizando o seu conhecimento.** REsp 991.762/RS, DJe 18/08/2008; AgRg no Ag 1021046/SP, DJ 07/08/2008; EDcl nos EDcl no Ag 802.470/RN, DJe 25/08/2008 EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 662.925/PE, DJ 23/11/2006. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1074826/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 15/12/2008)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSINATURA DIGITALIZADA - OU ESCANEADA - DO ADVOGADO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557, PARÁGRAFO 2º, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. 1. A assinatura digitalizada - ou escaneada -, por se tratar de mera inserção de imagem em documento, não se confunde com a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, prevista no art. 1º, § 2º, III, a, da Lei n. 11.419/2006. 2. "A reprodução de uma assinatura, por meio do escaneamento, sem qualquer regulamentação, é arriscada na medida em que pode ser feita por qualquer pessoa que tenha acesso ao

documento original e inserida em outros documentos. Não há garantia alguma de autenticidade, portanto. A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, invocado pelas recorrentes, deve encontrar limites exatamente no princípio da segurança jurídica. Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de conferir aos jurisdicionados, usuários das modernas ferramentas eletrônicas, o mínimo de critérios para garantir a autenticidade e integridade de sua identificação no momento da interposição de um recurso ou de apresentação de outra peça processual". (REsp 1.442.887/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/5/2014, DJe de 14/5/2014) (Processo: AREsp 693665 RO 2015/0093205-8, Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Publicação: DJ 05/06/2015)

O preenchimento de guias de preparo era tema bastante tormentoso, na medida em que era extrema a rigidez na análise dos eventuais equívocos na observação dos campos, na exatidão de cada recolhimento e na juntada das guias originais para aferição do preparo. Todas estas circunstâncias importavam em não conhecimento do recurso.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO. NECESSIDADE DE CONSTAR O CORRETO NÚMERO DO PROCESSO NA ORIGEM. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É dever da recorrente apontar o correto preenchimento das guias de recolhimento que compõem as custas do preparo, sob pena de deserção do recurso. **A exigência do correto preenchimento da guia, longe de ser mero formalismo, presta-se a evitar fraudes contra o Judiciário, impedindo que se use a mesma guia para interposição de diversos recursos.** 2. A Corte Especial, no julgamento do AgRg no REsp 924.942/SP, de relatoria do eminente Ministro Mauro Campbell Marques, uniformizou a jurisprudência no âmbito deste Tribunal Superior, consagrando o entendimento de que, "a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retor-

no em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), **com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo**". 3. Agravo interno não provido. (AgRg no AREsp 736.400/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 06/04/2016).

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA QUE DENEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITO RECURSAL A MENOR. DIFERENÇA DE UM CENTAVO. Confirmação da decisão monocrática em que denegado seguimento ao agravo de instrumento, por deserção, sob a consideração de que efetuado o depósito recursal em valor inferior a 50% do valor mínimo, conforme exigido no art. 899, §7º, da CLT, ainda que a diferença em relação ao quantum seja de apenas um centavo. Necessidade de observância, por este órgão fracionário do tribunal, à jurisprudência firmada pelo TST, que se encontra estratificada na OJ-140 da SBDI-I/TST, que estipula: "Ocorre deserção do recurso pelo recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que a diferença em relação ao 'quantum' devido seja ínfima, referente a centavos" (sublinhei). Ressalva de entendimento pessoal do Relator sobre a caracterização da deserção, no caso concreto. (Processo: AIRR - 131-80.2010.5.10.0014 Órgão Julicante: 6ª Turma TST, Relator: Juiz Convocado Flavio Portinho Sirangelo

Outro ponto de inadmissibilidade diz respeito ao recurso interposto antes do início do prazo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. 1. É extemporâneo o recurso especial quando interposto antes da publicação do acórdão da apelação, ainda que não opostos embargos declaratórios ao aludido acórdão. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp

714.749/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 20/11/2015)

Já a Súmula 216 previa que, nos recursos interpostos à distância, “a tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”.

4 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E AS RESPOSTAS DO NOVO CPC – A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO

O Novo Código de Processo Civil entrou em vigor com um espírito completamente novo e, nos dizeres de Freddie Didier Jr., previu expressamente o princípio da Primazia do Julgamento do Mérito em seu artigo 4º, caput.¹⁴:

De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ela ocorra. A demanda deve ser julgada - seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.¹⁵

Logo, sob a novel ordem, os julgadores devem buscar a análise do direito material em detrimento de pequenos vícios de ordem formal que obstaríam a entrega da prestação jurisdicional. A análise meritoria passa a ser um direito das partes do processo e não uma faculdade do julgador.

¹⁴ Artigo 4º, NCCP: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Freddie. Princípio da primazia da decisão de mérito. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (coord.). Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Forense

Importante ressaltar que a forma é indiscutivelmente necessária. O ponto de debate, contudo, está no excesso de formalismo que vem sendo imposto. Observe-se a legislação processual:

Artigo 218, parágrafo 4º: "Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo." (Recurso Extemporâneo)

Artigo 932, parágrafo único: "Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Artigo 1.029, parágrafo 3º: "O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave" (

Artigo 1.034, §4º: "*Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem*". (recurso pela via postal)

Artigo 1.007, §7º: "O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias" (erro no preenchimento das guias)

Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

(...).

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. (preparo insuficiente)

§ 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.

§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá

conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial. (fungibilidade RESP e RE)

Artigo 938, §1º: "Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes."

Artigo 938, §2º: "Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso." (documento ilegível)

A prevalência do julgamento do mérito diz respeito não somente às instâncias ordinárias, mas deve ser observado no processamento dos recursos. Esta conclusão é obtida pela análise dos dispositivos inovadores trazidos pelo novel diploma processual, que soluciona diversos vícios apontados no tópico anterior, utilizados pela jurisprudência para inadmitir recursos.

Além de um novo sistema normativo processual ora em vigor, há ainda alguns estudos que buscam alternativas à pura aplicação de normas, que nem sempre apresenta resultados satisfatórios. É a hipótese de situações que envolvem a participação e o discurso, tal como ocorre com a razão comunicativa proposta por Habermas. Pretende-se aqui, sem esgotar o tema, apresentar estas idéias habermasianas adequadas à crítica defensiva.

5 A ÉTICA E A PARTICIPAÇÃO: UMA ALTERNATIVA

Habermas conceitua e promove a construção do que passou a ser conhecida como uma razão comunicativa que, acredita, poderá alcançar a reconstrução da sociedade. Sua característica principal é a formação de conteúdo normativo a partir do agir comunicativamente que se apoia em idealizações formadas segundo pretensões de validade. Não há uma regra previamente estabelecida, mas construída a partir de uma coerção exercida no entendimento.

A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo.¹⁶

Observe-se que Habermas parte de uma teoria clássica do direito, focando na sua validade normativa, sua crítica e forma, para então questionar-se sobre um "novo direito em construção" no mundo da vida. Para o Autor, a comunicação é o principal instrumento das sociedades e permite que o coletivo de indivíduos identifique projetos e ações. Estes para serem realizados devem cumprir dois requisitos: procedimentos formais de tomada de decisão e permanente universo de debates espontâneos e públicos.¹⁷ Deve existir, assim, uma articulação entre estes dois requisitos constituindo um rol de procedimentos formais. O resultado está incorporado como principal tema da teoria social de Habermas entre, Facticidade e Validade¹⁸:

A teoria comunicacional da sociedade entende o sistema político constituído em estado de direito como um entre vários sistemas de ação. Este sistema pode, se necessário, oferecer garantias em casos de problemas de integração da sociedade no seu conjunto,

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.21

¹⁷ *Idem*, p 52

¹⁸ *Idem* p. 185

[...] na condição de estar enraizado (eingebettet) nos contextos da Lebenswelt pelo meio de um espaço público que se fundamenta na sociedade civil.

[...] o espaço público político não é apresentado apenas como antecâmara do aparelho parlamentar, mas sim como a periferia impulsionadora que cerca o centro político. Gerindo argumentos normativos, esta periferia, sem assumir intenções de conquista, tem efeitos sobre todas as partes do sistema político. Pelo meio de eleições gerais e de formas especiais de participação, as opiniões públicas transformam-se num poder comunicacional que autoriza o legislador e legitima uma administração reguladora, enquanto a crítica jurídica, publicamente mobilizada, obriga os tribunais, que intervêm na formação do direito, a um esforço mais rigoroso de justificação.”

Assim, como ponto de partida, Habermas defende uma tensão permanente entre a facticidade - plano dos fatos, das coisas como são e funcionam; e validade - que seria o plano dos ideais, das normas corretas e valores reconhecidamente importantes.

O direito estaria na mediação entre o mundo da vida e as regras específicas dos diversos sistemas, tais como política, economia, religião. Gera obrigações construídas a partir da linguagem e que se constitui a base do direito e dos sistemas e da sociedade; esta linguagem também retrata a tensão entre uma perspectiva racional ou contrafactual (validade) e aquilo que é e se caracteriza como a perspectiva factual (facticidade).

Entre a validade e a validez há um diferencial: enquanto a primeira está ligada a idéia do comportamento correto, como deveria ser, referindo a uma dimensão racional, a validez está relacionada a uma razão situada, ou seja, o racional adequando-se a determinada situação: justifica-se como uma situação diferenciada, uma exceção.

Habermas formula seu pensamento a partir de uma razão situada, sabedor de que quanto maior a distância entre validade e validez,

mais patológica será a sociedade. Por tais razões a palavra chave é TENSÃO, entre fatos e normas. Alguns aspectos devem ser considerados nesta relação para sua melhor compreensão. Enquanto processo reconhecidamente verdadeiro e que devem estar corretas, as normas atuam no campo do exercício do poder e da sanção, e no campo do reconhecimento e da vontade racional.

Para Habermas, o mundo dos fatos são as vivências cotidianas que os constituem, trazendo a experiência individual e social e que implica no nascimento de parâmetros. Assim, a opinião de todos pode ser construída a partir de um conjunto de referências, pressupostos que definem a ação e geram a expectativa moral. Já o plano das idéias, para o Autor, está relacionado à dimensão racional, é como o princípio é entendido. Está ligada a todas as áreas política, religião, direito.

A questão segundo o Autor, é este descompasso entre o direito e sua legitimidade, considerando-se, sobretudo a evolução social no tempo. A norma obrigatória, sob a ótica da validade, distancia-se do mundo da vida, reduzindo ou neutralizando sua eficácia.

Defende que o direito ocupe uma posição intermediária, entre a facticidade e a validade, conferindo alguns conceitos e obrigatoriedades, mas de forma adequada viabilizando-as e tornando-as procedimentos acordados e aprovados pela sociedade interessada.

Portanto, realiza a dialética para fazer nascer esta posição do direito, entre facticidade e validade, tendo como principal ferramenta a razão comunicativa. Diversamente, para Habermas, o direito por si só não pode responder pela eficiência das normas na sociedade. Há uma necessidade de um pacto, de um compromisso formado a partir dos consensos, considerando os dissensos. Portanto, as regras devem ser rediscutidas, apresentando as razões para uma mudança. Caso não, será sempre um instrumento de força e de disputa a ser colocado nas

relações sociais. E esta é uma posição que não vem operando transformações na sociedade complexa.

O Direito deve ser elemento estabilizador, desde que muito bem aplicado, procedimentalmente. Acrescenta o Autor que a legitimidade democrática não pode ser âmbito político, não garante lei justas e morais. Há algo a mais que não deve ser colocado no âmbito da autonomia privada. O que irá gerar legitimidade às normas e instituições é o agir comunicativo, a partir dos dissensos, num horizonte intersubjetivo.

Ou o Direito se coloca como um instrumento de dominação, originado a partir daquele que possui maior domínio sobre os demais, e o utiliza para alimentar esta imposição, ou o direito se coloca na interface entre o mundo da vida e os sistemas.

O Direito deverá estar como um mediador, criando dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, agindo tanto na especificidade dos sistemas, como na sociedade em geral. Sem dominantes, a razão comunicativa não está adstrita a um indivíduo ou a um ente macropolítico, mas sim ao meio linguístico que está em todos e em cada um de nós. Embora haja uma forma geral, cada um possui uma forma própria de organização, de atuação.

Para os autores, Habermas e Alexis, o discurso é a ação comunicativa, é o partilhar de coisas comuns entendidas como normais pelo grupo, tais como sinceridade, agir esperado, igualdade, não contradição.

Nasce assim, na intersubjetividade a exigibilidade deste agir comunicativo. Observe-se que o elemento subjetivo "eu comportamental" passa a atuar segundo regras e procedimentos originada no discurso comum. Neste aspecto tanto o dissenso quanto o consenso atuam no sentido da construção.

O discurso deve ser inspirado numa relação de confiança, conforme preceitua Giddens¹⁹, posto que a contradição prejudicará esta comunicação já que estamos a cada instante mais pertos uns dos outros.

Estabelecendo uma interface entre a autonomia privada defendida por Kant em seu princípio da universalização, e a liberdade comunicativa, Habermas, afirma que a aplicação do princípio da universalização de Kant não pode ser elaborada de forma monológica, pois sem a participação dos demais gera um déficit motivacional, um comprometimento deficitário. Assim, Habermas promove uma adaptação ao princípio da universalização nos seguintes termos:

Todos os concernidos devem poder participar da discussão, processo de deliberação, implementação e fiscalização de normas e ações; princípio da democracia - as decisões devem compor a participação de todos.

Para Habermas, há uma carência de legitimidade que pode ser suprida pelo princípio da democracia. Assim, há que se considerar neste processo emancipatório a ser construído na direção da argumentação como um desafio de nosso tempo. A idéia de razão até então foi formulada a partir de uma fonte instrumental (objetiva) e uma fonte estratégica, onde as pessoas são os meios. Para Habermas há que se considerar uma terceira hipótese que contemple parte das duas mas que esteja centrada na relação eu-tu. Trata-se da racionalidade comunicativa, onde se constrói uma simetria entre a relação ética e moral, sendo a regra que torna a racionalidade possível, a base da sociabilidade humana, gerando e tornando a capacidade de relação humana possível.

¹⁹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. p.25.

Portanto, no caminho a buscar a análise do mérito, o que ocorre na jurisprudência defensiva é uma supervalorização do meio, esquecendo-se da valoração na entrega do bom direito. Aqui apresenta-se a distância entre a validade e a validade sugerida por Habermas, o que leva à crise do exercício do direito e da tutela jurisdicional, e que remete necessariamente a uma alternativa capaz de retomar a validade, aproximando-se da validade. Dinamarco resgata a atividade meio e seus objetivos maiores de forma crítica:

A promessa constitucional de uma razoável duração do processo não passa de uma promessa e o que tem sido feito para torná-la efetiva não foi ainda capaz de produzir os efeitos desejados. A jurisprudência defensiva do STF e do STJ, quando levada a certos extremos, é um fator de denegação do próprio acesso à justiça; ela foi construída e vem sendo praticada com vista a agilizar as atividades das duas Cortes e assim possibilitar a tutela jurisdicional em menor tempo, mas os exageros vêm sendo sentidos e já foram alvo de severa reprimenda pela voz autorizada de um integrante do próprio Supremo (a Min. Ellen Gracie)²⁰

Há que se pensar na flexibilização do rigor das normas e a valoração de mecanismos de exercício de direito, enfrentando-se este estado doentio, que ora se aprofunda no método procedimental defensivo tanto no STJ quanto no STF.

Somente a elaboração de outro sistema centrado na linguagem e na democracia participativa será capaz de conformar-se numa alternativa fundada em princípios processuais reconhecidos como a oralidade, o aproveitamento de atos no processo, o reconhecimento da nulidade nos casos tão somente de existência de prejuízo.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem à Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista do Processo. 2009, p. 275-282.

A dificuldade é exatamente esta articulação entre os dois sistemas, que contemple o aspecto da validade em sua tensão com a facticidade, sem promover a quebra da legitimidade pelo enaltecimento da norma positivada, o que vem sendo percebido na prática dos tribunais superiores. A crise que ora se apresenta poderá promover uma reflexão sobre os sistemas o que certamente promoverá o enriquecimento de ambos.

E ainda, estas regras devem contemplar ações que possibilitem procedimentos prévios à busca da jurisdição, o que haverá de enaltecer a linguagem a comunicação e a participação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o estágio atual da justiça é de saturação. A “taxa de congestionamento” dos órgãos do poder judiciário é periodicamente medida pelo Conselho Nacional de Justiça e já se atestou, com frequência, a insuficiência de sua capacidade em face da demanda da sociedade pelos serviços judiciários.²¹

A medida paliativa criada pela jurisprudência, com a criação de requisitos ilegais para evitar o processamento e julgamento de recursos revela-se completamente antagônica ao ideal de justiça que se espera. Além de contrária a padrões éticos e morais, as referidas decisões fazem prevalecer um exacerbado rigor formal em detrimento da análise do direito material que se encontra em debate, tendo como principal vítima o jurisdicionado.

O direito fundamental de acesso à uma ordem jurídica justa não é compatível com este cenário. A entrega da prestação jurisdicio-

²¹ Disponível em: [www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento]

nal, para ser efetiva, deve ser célere, adequada ao caso concreto e deve buscar analisar e satisfazer o direito material violado.

Com a entrada em vigor do novo CPC, que enfrentou inúmeras questões antes não tratadas, trouxe para o ordenamento pátrio o princípio da primazia do julgamento do mérito, rompendo o rigor processual que vinha se instalando por força dos tribunais e da jurisprudência defensiva. Resta saber, contudo, como será a aplicação prática da nova ordem processual.

Isto por que já se tem notícias da inobservância das inovações trazidas pelo NCPC nos tribunais superiores, que buscam conferir à novel lei interpretações que sejam mais convenientes aos seus interesses.²²

Não há uma resposta imediata esta crise que ora se enfrenta, posto que ela seja conjuntural. Há que se resolver nas estruturas da jurisdição, porém sem deixar de lado a atuação com os jurisdicionados, com os sujeitos da ação. Afinal, qual a garantia de uma solução adequada no atual sistema? Questionamento imprescindível fica por conta da legitimidade das decisões judiciais que buscam facilitar o trabalho e diminuir o acervo processual das serventias, que gera como principal vítima o jurisdicionado.

²² “O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei 13.105/2015). Isso porque, no ponto, não foi revogada, expressamente, como ocorreu com outros de seus artigos, a norma especial da Lei 8.038/90 que estabelece o prazo de cinco dias para o agravo interno.” na RECLAMAÇÃO Nº 30.714 - PB (2016/0083866-1). O referido julgado contraria o disposto no artigo 1070 do NCPC, que prevê o prazo de 15 dias para a interposição de qualquer agravo.

Inicialmente, imprescindível um diagnóstico para aferir quais as causas precursoras da vertiginosa crescente no ajuizamento de demanda. Após essa investigação, tratar-se-á do problema em sua origem, sendo possível estancar este aumento de ações e buscar a diminuição do acervo processual a ser julgado, com efeitos concretos para o futuro.

Não é necessário estudo, contudo, para concluir que a solução para a crise da justiça não está no rigor das exigências para conhecimento recursal. Afinal, como afirmou Enrico Tullio Liebman, "as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação",²³

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: _____. Temas de direito processual: 9.^a série. São Paulo: Saraiva, 2007;

BONI, L. A. & STEIN, E. (Org.) Dialética e liberdade, Porto Alegre: Petrópolis, 1992, Cf. M. SIEMEK, *O conceito hegeliano de liberdade em sua relevância para o presente*;

DIDIER JÚNIOR. Fredie. Princípio da primazia da decisão de mérito. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (coord.). Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Forense. 2015;

DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem à Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista do Processo. 2009.

GIDDENS, Anthony, Mundo em descontrole. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007;

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. I, p. 257-258

HEGEL, G. W. F. Filosofia da História. Brasília: reimpresso UNB, 1995;

HERKENHOFF, João Baptista. *Ética da magistratura*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-06/sociedade-exige-magistrados-conduta-exemplarmente-etica>>. Acesso em 22/11/2016;

KANT Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1988;

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. I;

OLIVEIRA, Pedro Miranda. “Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal”. Revista de processo, vol 250, ano 40, p.268, São Paulo RT, dez 2015

SOARES FILHO, José. Deontologia da Magistratura. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.htm>>. acesso em 10/12/2016

www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento] acesso em 10/12/2016

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

Eduardo Chow De Martino Tostes

Mestrando em Direito pela Universidade Federal Fluminense do programa de Mestrado Profissional em Justiça Administrativa (PPGJA/UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Dezesete anos se passaram desde a criação da Agência Nacional de Saúde – ANS -, com o propósito de regular o mercado de saúde suplementar brasileiro. Após quase duas décadas de regulação, pretende-se nesta reflexão analisar a participação da sociedade na atividade normativa da referida agência. O presente estudo verificará os dados públicos do setor, a fim de demonstrar os resultados e a direção caminhada ou traçada pela ANS. Objetiva-se analisar a legitimidade pretendida pela ANS ao normatizar aspectos da vida de quase um quarto da população brasileira. Ao final, pretende-se formular reflexões e proposições sobre o tema.

1 A POPULAÇÃO BRASILEIRA E AS NORMAS EXPEDIDAS PELA ANS

A população do Brasil hoje é de mais de 200 milhões de pessoas.²⁴ Pouco mais de 47 milhões de pessoas são usuárias de planos de saúde no Brasil, segundo dados obtidos da ANS²⁵. Isso que corresponde a quase um quarto da população brasileira.

O presente estudo visa observar de que forma o povo participa das decisões que esse terceiro chamado ANS toma sobre sua vida, sua

²⁴ <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Acesso em 18/08/2017 às 10:11.

²⁵ <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais> Acesso em 26/09/2017, às 10:40.

saúde, em especial, no momento atual em que muitas transformações significativas estão operando no Brasil.

Para iniciarmos nosso ensaio, devemos nos perguntar quem são aqueles escolhidos para tutelarem nossa vida nesta seara de planos de saúde, em especial, na edição de normas sobre saúde suplementar.

Observa-se que a Diretoria Colegiada da ANS é composta por 5 (cinco) os Diretores nomeados pelo Presidente da República, por um mandato de 3 (três) anos, para votarem as normas que impactarão na vida de todos aqueles que utilizam planos de saúde²⁶, bem como de todos os fornecedores e demais atores desta cadeia econômica em questão, como hospitais e laboratórios.

Não se pretende aqui questionar a legitimidade da escolha pelo Presidente da República dos cinco diretores da ANS. Não se abordará neste pequeno trabalho as questões referentes aos critérios técnicos, políticos ou de qualquer outra natureza que possam influenciar ou não a escolha destes cinco, repito, cinco diretores que regularão a vida de um quarto da população brasileira em termos de saúde suplementar.

O enfoque dado nesta pesquisa será de outra natureza. Abordará como a população participa da vida da ANS, deste terceiro que dita as normas para todos nós usuários de planos de saúde.

Aproximar as agências reguladoras, tal qual o Estado, no ponto de vista reformista, seria observar uma maior responsabilização dos agentes públicos, mais democrático o atuar estatal, contando com a participação dos cidadãos no controle do Estado. O que vai ao encontro das diversas formas de participação popular previstas nas Leis e Resoluções de muitas agências reguladoras, como audiências públicas, consultas públicas, conselhos com participação popular.

26 <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/diretoria-colegiada> Acesso em 09/10/2017, às 20:00.

Podemos citar, a título de exemplificação, a audiência pública prevista no art. 3º-A, §3º da Lei n. 9427/1996, que cria a Agência Nacional de Energia Elétrica; o conselho consultivo, com participação popular, da Agência Nacional da Aviação Civil, previsto no art. 20 da Lei n. 11.182/2005; as audiências públicas previstas no art. 9º da Resolução Normativa n. 242/2010, da Agência Nacional de Saúde.

Estes são demonstrações, tentativas de se legitimar a atuação da agência reguladora, uma tentativa de justificação e atribuição de valores democráticos ao poder, neste caso, infralegal (BONAVIDES, 2003, p. 141).

Aproximá-la da concepção democrática, em uma leitura do Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988, parece ser uma constante nas agências reguladoras.

O Estado eficiente deve responder ao cidadão, deve promover a competição. “A Reforma do Estado nos anos 90 é uma reforma que pressupõe cidadãos e para eles está voltada.”(BRESSER PEREIRA, 1997, p. 53).

Não raras vezes questiona-se o papel da agência reguladora, questiona-se se está efetivamente cumprindo o seu papel, ora por parte dos consumidores, ora por parte das empresas reguladas, ora por parte do Estado.

Tal constatação reflete a tensão ocasionada em razão muitos fatores, dentre os quais cito a independência administrativa, o poder normativo, a baixa participação popular e as críticas a mecanismos de controle das agências reguladoras.

No estudo em tela, ante a especificidade da Agência Nacional de Saúde, passa-se a elencar as formas previstas para a participação popular na mesma.

A Resolução Normativa n. 242 de 2010 da ANS dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas.

No que se refere à possibilidade aparentemente mais formal e estabelecida de a sociedade participar da vida da ANS, observa-se a câmara técnica de saúde suplementar, a qual, nos dizeres da própria agência:

A Câmara de Saúde Suplementar é um órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de caráter permanente e consultivo, que tem por finalidade auxiliar a Diretoria Colegiada nas suas discussões.²⁷

Interessante a função de consultar e auxiliar a Diretoria Colegiada da ANS nas suas discussões, conforme transcrito acima. Mas, uma questão que se faz interessante indagar é sobre quem representa a sociedade neste órgão da ANS, na Câmara de Saúde Suplementar. A questão, na visão deste autor, faz-se importante tendo em vista que se são apenas 5 (cinco) Diretores que vão ditar as normas que regerão a vida de todos no tema aqui abordado, necessário se faz indagar quem são os escolhidos da sociedade para consultar e auxiliar a Diretoria Colegiada da ANS nestas discussões.

Conforme se verifica de dado público, a CAMSS tem seu quadro composto por entidades representantes dos protagonistas do setor e por órgãos de governo cujos assentos são definidos por lei.²⁸ Mas, novamente ressaltamos, quem são as entidades representantes dos

²⁷ <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camss-camara-de-saude-suplementar> Acesso em 09/10/1017, às 20:26.

²⁸ <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/camss-camara-de-saude-suplementar> Acesso em 09/10/1017, às 20:26.

protagonistas do setor? Quem são aqueles que representam a sociedade, a população neste importante debate que é travado com a real possibilidade de se influenciar na edição das normas pelos diretores da ANS? A resposta é pública. São 34 (trinta e quatro) entidades, dentre órgãos públicos e associações de diversos tipos. Ressalta-se que, de entidades de defesa do consumidor, observa-se a presença de 7 (sete) membros.

Não se pretende aqui questionar se seria igualitária e suficiente para um debate em uma seara propícia para discursos acalorados e sensíveis a baixa intensidade de entidades representativas dos consumidores frente aos representantes dos planos de saúde, hospitais, laboratórios e demais. Mas, busca-se questionar o porquê de tais escolhas. Quais os motivos que ensejaram à escolha destes e não de outros órgãos para representar a sociedade. Aparentemente estes são os “protagonistas do setor”, conforme informação da ANS exposta acima.

Mas, em que pese a premissa discutível de que somente estes escolhidos que são os protagonistas do setor, revela-se curiosa esta escolha, e a noção de que toda a população afetada estaria devidamente tutelada por estes supostos representantes. Contudo, e já adentrando ao mérito do estudo aqui pretendido, passemos à uma verificação empírica se esta participação da sociedade é realmente eficaz para influenciar na edição de normas pela ANS. Observa-se que, do número total de beneficiários de planos de saúde, há mais de 80% em planos coletivos, e menos de 20% em planos individuais.²⁹

Tal dado se revela importante se verificarmos que a ANS somente regula o reajuste anual de preço de planos de saúde individuais, não regulando os planos coletivos para tal tema. Tal postura da agência, para além de discutível economicamente, causa um grande confli-

²⁹ Fonte: SIB/ANS/MS – 03/2017

to em termos judiciais com os órgãos de defesa do consumidor que também estão presentes na Câmara de Saúde Suplementar da ANS. Citamos algumas ações civis públicas, de caráter nacional, ajuizadas em face da ANS, com o fim de se obrigar à agência a editar normas para regular o reajuste de preço de planos coletivos, argumentando-se os prejuízos causados aos consumidores em razão da não atuação da autarquia nesta seara.

Cito uma ação coletiva em trâmite na Justiça Federal de Alagoas e outra na Justiça Federal do Espírito Santo. A defesa da ANS no processo coletivo que tramita na Justiça Federal de Alagoas, é no sentido de que

Os parâmetros para o reajuste, nos planos coletivos, são estipulados nas cláusulas contratuais, decorrentes da livre negociação entre as partes celebrantes. O critério de cálculo, bem como o percentual apurado pela operadora, pode ser negociado entre esta e a pessoa jurídica contratante.³⁰

A mesma fundamentação foi utilizada no processo coletivo que tramita na Justiça Federal do Espírito Santo.³¹ Ressaltando que a decisão de segunda instância do TRF da 5ª Região entendeu que tal matéria demanda “uma dilação probatória e maior reflexão”, indeferindo o pleito recursal do autor coletivo, em seu recurso da decisão de indeferimento de primeira instância.³²

O valor das contratações do plano de saúde coletivo não varia de acordo com a inflação, como sustenta o MPF, ao comparar com o plano de saúde individual. Assim, a alegada abusividade nos reajustes não é aferível de plano, afinal é preciso analisar os custos que envolvem a operação como um todo, o nível de sinistralidade, que concerne à quantidade de utilização do plano pelos assistidos, bem como averiguar os cálculos atuariais, a participação

³⁰ Processo Nº 0804516-92.2016.4.05.0000

³¹ Processo Nº 0007251-50.2016.4.02.5001

³² Processo Nº: 0804516-92.2016.4.05.0000 - Agravo de Instrumento

dos segurados no custeio dos procedimentos e outros tantos aspectos que influenciam na contratação em si e nos reajustes das mensalidades ao longo da vigência do contrato. Assim, não é possível estabelecer-se, de plano, a existência de um preço máximo ou um limite ao reajuste eventualmente existente.

No mesmo sentido a R. Sentença proferida em 01/07/2016, julgando improcedente o pedido de condenação da ANS de estabelecer o índice máximo de reajuste a ser aplicado anualmente aos planos de saúde coletivos por adesão, sob o fundamento de não comprovação pelo autor coletivo da abusividade dos reajustes.³³

Conclui-se, do exposto, que o que se veda pela lei não é a existência de um percentil de aumento anual das mensalidades, mas, sim, a elevação exorbitante e arbitrária dos valores. Esse é o ponto controvertido da demanda. Em outros termos, a problemática dos autos reside nos critérios utilizados para a implementação do reajuste, especificamente em relação aos índices praticados.

Observando-se os dados obtidos, conclui-se que este é um assunto que está em plena discussão no Judiciário. Questões afetas à plano de saúde, em especial à omissão da ANS em regular o preço dos planos de saúde coletivos, estão pendentes de apreciação e solução por parte do Poder Judiciário. São muitas ações judiciais individuais em litígio sobre o tema, as quais, ante a ausência de definição em norma da ANS, ou de decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça, possibilita a um leque de decisões dos mais variados conteúdos.

Constata-se que o Judiciário ora decide pela aplicação de limites do reajuste dos planos de saúde individuais aos planos de saúde coletivos, ora decide que não intervirá para fixar nenhum limite ao reajuste, ou decide de outras maneiras.³⁴ O fato é que este é um tema

³³ Processo N° 0007251-50.2016.4.02.5001

³⁴ Processo n. 0539169-60.2016.8.05.0001, em Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública no TJBA, Processo n. 0057826-45.2014.8.17.0001 em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público no TJPE.

em discussão, a sociedade brasileira, em especial os órgãos de defesa do consumidor (Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Procons, Associações e até Secretaria Nacional do Consumidor) estão em conflito acirrado com as operadoras dos planos de saúde e com a ANS sobre a melhor forma de solucionar e apaziguar a questão, já tendo sido emitidas notas públicas e ações judiciais por grande partes dos órgãos acima elencados, conforme se vislumbra dos casos exemplificados no corpo desta pesquisa.

A questão que se revela por detrás deste conflito é a eficácia ou não da forma posta de participação popular na atuação da ANS. Se os poucos membros que em tese representam os consumidores na Câmara de Saúde Suplementar da ANS já atuaram, em *ultima ratio*, perante o Judiciário, com o fim de se pedir que a agência atue de determinada forma preconizada pela lei, na leitura daqueles. Se estes mesmos membros foram escolhidos pela própria ANS como entidades protagonistas do setor, viabilizando-se a participação popular, influenciando-se a Diretoria Colegiada para os temas relevantes que a agência deveria se preocupar.

No mínimo, deveria haver um debate mais aprofundado no âmbito da própria agência, com a participação popular, com o fim de se discutir tal assunto. Acredita-se que, com uma efetiva participação popular nos debates sobre esse tema de tamanha relevância, em uma relação não instrumental, mas efetivamente igualitária, este e outros temas relevantes poderiam ter uma solução democrática pacificadora no setor, diminuindo-se sensivelmente as ações judiciais sobre o tema.

Sobre regulação de planos de saúde, interessante lembrar que o próprio Judiciário, ciente da sobrecarga de processos sobre o tema, já pacificou, via recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, que os índices de reajuste etário de planos de saúde devem observar os limites das regulações da ANS, vejamos.

Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais.³⁵

O tema acima abordou o reajuste etário para planos de saúde individuais e familiares. No presente estudo, propõe-se a mesma abordagem, ou seja, a discussão e o debate em uma seara democrática e efetivamente participativa, com o fim de se influenciar racionalmente na edição de normas regulamentares pela ANS, para se fixar parâmetros ao reajuste anual de planos de saúde coletivos pelas operadoras de planos de saúde suplementar bem como para se regulamentar outros temas relevantes em nossa sociedade.

Através de uma regulação completa e adequada do setor pela Agência Reguladora, com uma confiança pública nas decisões da mesma, através de uma efetiva participação popular na elaboração das normas regulatórias, entende-se que se poderia contribuir para uma considerável diminuição do número de ações judiciais neste setor, em atenção a uma segurança jurídica técnica, estabilizada e ditada pela ANS.

“(…) quanto mais efetiva a atuação administrativa na proteção dos direitos fundamentais, maior a confiança nas autoridades, maior a deferência judicial em favor das autoridades, e menor a

³⁵ REsp 1568244 RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016.

necessidade do Judiciário e da sua especialização em direito administrativo.”(RICARDO PERLINGEIRO, 2017, p. 200–201)

A deferência judicial em favor da ANS já foi demonstrada no julgamento do recurso repetitivo citado anteriormente. Contudo, até a presente data, a ANS ainda não editou nenhuma norma regulamentar sobre o tema aqui discutido. Mas, caso haja uma mudança de posição da agência, uma questão ética aqui se faz severas importante.

Em períodos de profundas transformações como esses hoje vividos, o melhor caminho para a construção de uma sociedade mais digna e justa passa pela viabilização de espaços para a participação democrática de todos os concernidos, num incentivo à cidadania ativa e à participação de todos nas deliberações, implementação e na fiscalização da execução dos programas de ação, dos projetos e das normas. Por essa razão, torna-se imprescindível a orientação das atitudes por parâmetros de moralidade e de publicidade, para que possamos ainda pensar num futuro mais alvissareiro e menos ameaçador para o planeta e para as espécies que nele habita, inclusive a espécie humana, da qual fazemos parte e sobre a qual temos responsabilidade. (HANSEN, GILVAN LUIZ, 2012, p. 74)

Debruçando-nos sobre a argumentação de eventual impossibilidade jurídica de regulação de reajuste anual de planos de saúde coletivos, demonstra-se que esta questão já foi superada pela própria ANS desde o ano de 2012, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos. Através da Resolução Normativa n. 309, a ANS determinou que as operadoras de planos de saúde agrupassem todos os contratos abaixo de 30 (trinta) vidas e calculassem um reajuste único, vejamos:

Art. 3º É obrigatório às operadoras de planos privados de assistência à saúde formar um agrupamento com todos os seus contratos coletivos com menos de 30 (trinta) beneficiários para o cálculo do percentual de reajuste que será aplicado a esse agrupamento.

Art. 7º (...)

§ 1º O valor do percentual do reajuste calculado para o agrupamento de contratos deverá ser único, sendo vedado qualquer tipo de variação.

E se demonstra muito interessante a justificativa apresentada pela ANS para a edição da referida regulação dos planos de saúde coletivos (até 30 vidas):

A medida possibilitará diluir o risco dos contratos dos planos coletivos com menos de 30 beneficiários, oferecendo maior equilíbrio no cálculo do reajuste. É importante ressaltar que a ANS não definirá os percentuais de reajuste destes planos, mas as regras para o cálculo desses percentuais. Com a nova determinação, a ANS busca tornar mais estável o reajuste desses contratos, além de aumentar a competitividade entre as operadoras, oferecendo maior poder de escolha aos beneficiários. Segundo o Diretor Presidente da ANS, Mauricio Ceschin, “as novas regras buscam aumentar o mutualismo entre estes grupos, estabilizando os reajustes apurados. Buscam também tornar o reajuste um fator de competição no mercado, uma vez que as operadoras serão obrigadas a divulgar os percentuais em seus sites, reduzindo a assimetria de informação, tornando o reajuste mais transparente e dando maior poder de decisão ao consumidor”.³⁶

Trata-se de uma medida de regulação de reajuste de planos de saúde coletivos, uma atuação em parte deste mercado. Buscou-se, conforme a justificativa apresentada, equilibrar o cálculo do reajuste, com regras para tanto, tutelando de melhor forma o consumidor também no aspecto informacional, ao se reduzir a assimetria de informação. Indo ao encontro da informação acima, foi realizada uma pesquisa mais aprofundada, indagando-se à ANS se suas normas/decisões acerca da regulação do reajuste dos planos individuais e dos planos de saúde coletivos até 30 vidas já foram questionadas ou anuladas judicialmente.

³⁶ <http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/1793-ans-define-regras-de-reajuste-para-planos-coletivos-com-menos-de-30-beneficiarios>. Acesso em 27/07/2017, às 14:49.

E a resposta foi negativa.³⁷ Nunca o reajuste anual de planos individuais limitado pela ANS foi anulado pelo Poder Judiciário. Também foi negativa a resposta sobre eventual questionamento judicial da Resolução Normativa n. 309/2012 que regula o reajuste dos planos coletivos até 30 vidas, pelas operadoras de planos de saúde. Portanto, somente os consumidores beneficiários de planos de saúde acima de 30 vidas que continuam ainda hoje sem a regulação pela ANS dos reajustes anuais aplicados.

Caso a ANS regule o reajuste anual de todos os planos de saúde, aqui incluídos os planos coletivos acima de 30 vidas, poderia se contribuir para uma pacificação social acerca desta questão. Pautando-se em critérios técnicos, não necessariamente fixando limites para seu reajuste, mas em regras adequadas ao mercado de saúde suplementar coletivo acima de 30 vidas, poder-se-ia contribuir para uma solução mais adequada para um tema de grande litígio entre consumidores e fornecedores, já colocado sob discussão em juízo e que, com uma regulação pela própria ANS, talvez melhor se discipline a questão do que pelo Judiciário.

Desta forma, conclui-se que não há nenhuma vedação legal à regulação do reajuste anual do preço de todos os planos de saúde. E, guardadas as especificidades de cada mercado, com uma regulação adequada, já se demonstrou que ocorre uma pacificação social da questão, como ocorreu com os reajustes dos planos individuais e dos planos coletivos até 30 vidas. Uma opção política, uma discricionariedade da ANS em decidir não regular o preço e o reajuste anual de todos os planos de saúde, em especial, os planos coletivos.

³⁷ Resposta obtida através de consulta formulada ao atual Procurador Geral da ANS, dr. Alexandre Gonçalves.

Indaga-se se poderia a ANS não regular aquilo que a Lei lhe impõe. Superada, neste caso, a hipótese de que seria eficiente e razoável que a ANS regulasse o preço dos planos de saúde coletivos, conforme demonstrado com os dados acima. Coloca-se em reflexão a discussão acerca da (im)possibilidade de a ANS não regular parcela significativa de mais de 80% do mercado. Se, em um Estado Democrático de Direito, poderia e pode a ANS não regular, não reduzir a assimetria de informação do setor, com o fim de saber o real preço dos planos de saúde, os impactos financeiros de sua regulação no setor.

Novamente se faz muito interessante observar que essa conclusão, no capítulo de Caminhos e perspectivas na saúde suplementar, também é de conhecimento da ANS desde 2005, pois foi uma conclusão do livro produzido e publicado pela própria ANS, com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Nesse sentido, a regulação de acesso nos planos coletivos é introduzida pelas próprias empresas, produzindo a autorregulação dos planos coletivos. Esse aspecto precisa ser aprofundado pela ANS, pois a garantia de acesso e integralidade deverá ser avaliada não apenas nos produtos individuais, mas também naqueles coletivos para se certificar de que essa autorregulação acontece efetivamente e se esses planos estão oferecendo a seus clientes as garantias assistenciais necessárias a uma atenção de qualidade e resolutividade. (MALTA; BRAZIL, 2005, p. 235)

O poder normativo da ANS deve ser exercido com toda ponderação necessária de um Estado Democrático de Direito, aliado aos anseios da sociedade por ela afetada. Em uma visão comparada, vejamos uma das conclusões de Augustín Gordillo sobre uma visão almejada do futuro do Direito Administrativo, de *lege ferenda* para nós.

Reiteramos que es necesario establecer que em todos los órganos colegiados de la administración debe haber representación, aunque sea minoritaria, pero con voz y voto, de los usuarios del servicio y asociaciones intermedias (colégios profesionales, p.

ej.). Ya recordamos que el art. 42 de la Constitución lo exige em los entes de control de servicios públicos, para la protección de los usuarios y consumidores. (GORDILLO, 2003, p. II-16)

Estes são demonstrações, tentativas de se legitimar a atuação da agência reguladora, uma tentativa de justificação e atribuição de valores democráticos ao poder, neste caso, infralegal (BONAVIDES, 2003, p. 141). O poder normativo conferido à agência reguladora, como não necessita ser aprovado por um órgão popular legisferante, carecendo de densidade democrática o seu conteúdo, é supostamente justificado democraticamente, e legitimado por estes exemplos de participação popular na autarquia, como audiências públicas, consultas públicas e conselhos com participação da sociedade.

Inclusive, este é um dos objetivos previstos na norma que regula o tema na ANS, em especial cito a previsão da participação popular para contribuir no processo decisório e edição de atos normativos. Assunto que procuramos correlacionar no presente estudo.³⁸ Ressaltando que esta forma de instituto de viés democrático é de abrangência de todo o setor, inclusive, e, com muito acerto, da participação dos fornecedores, das operadoras de planos de saúde. Inclusive, esta é a redação do artigo 1º da Resolução Normativa da ANS n. 242/2010 ao dispor sobre a “participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão” da ANS.

³⁸ Art. 2º da RN 242/2010 São objetivos das consultas e audiências públicas e câmaras técnicas no âmbito do sistema de saúde suplementar:

I - recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS e edição de atos normativos;

II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática;

IV- dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS.

Não se deve, na visão aqui ensaiada, tutelar somente os interesses dos empresários, do lucro do setor. Portanto, salvo em uma visão instrumental, não se compreende uma participação não igualitária, entre consumidores e fornecedores, dentre os membros da Câmara de Saúde Suplementar da ANS. Interessante, e com muito acerto, a conclusão de Edson Alvisi Neves (2008, p. 122) ao constatar que “O sucesso dos negociantes estava dependente, justamente, da sua habilidade de se inserir na engenharia do poder público (...)”. Fato que ocorre e se repete desde os tempos do Brasil Império.

Aproximar, ou tentar aproximar, a agência reguladora da concepção democrática, através de todos os concernidos deste cenário, não somente parte destes, em uma leitura do Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988 é o desafio.

Com acerto, Duarte Júnior.

Dessa forma, o pluralismo como instrumento de regulação asseguraria no processo de elaboração da norma a presença de diversos setores da sociedade, como as organizações políticas, sociedade civil, consumidores, terceiro setor, mercado etc. Todos podendo atuar em conjunto ou separadamente no processo de elaboração normativa (RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR, 2011, p. 154).

O Estado eficiente, a agência reguladora eficiente, deve responder ao cidadão, deve promover a competição.

Com o passar dos anos, entretanto, diante (i) do crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas, (ii) da sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados e (iii) da sua não sujeição aos mecanismos tradicionais de accountability eleitoral, as agências independentes foram submetidas a intensas críticas e pressões dos agentes políticos e econômicos. Assim, o grande tema de discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua autonomia, como condição para o exercício técnico e politicamente

neutro de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu controle político, responsividade social e legitimidade democrática. (BINENBOJM, GUSTAVO, 2005, p. 4)

A correlação entre o poder normativo da ANS e a efetiva participação da sociedade deve ser melhor aprofundado.

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda a pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado a partir da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer a partir do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. (HABERMAS, JÜRGEN, 1997, p. 52-53)

CONCLUSÃO

Poderia e deveria a população brasileira estar mais presente e cobrar mais da ANS àquelas normas regulamentares necessárias a se coibir eventuais abusos repetitivos que ocorrem na saúde suplementar. Questiona-se, portanto, os limites de atuação ou de não atuação desta

atividade legiferante no âmbito da autarquia especial quando demandados pela sociedade civil participativa. Oportuna e perfeita a conclusão de Gilvan Luiz Hansen ao perceber a “complexa rede de interesses, negócios, obrigações, questões subjetivas e objetivas, num amplo cenário social de intersubjetividade.” (HANSEN, GILVAN LUIZ; CAMPOS, A. P.; NEVES, E. A., 2012, p. 4).

Não apenas deve ser buscada a participação popular para se tentar, de forma puramente instrumental, legitimar as normas expedidas pela agência, mas, também, como bem verificado da RN 202/2010, a participação popular também deve servir para indicar quais normas devem ser elaboradas ou quais questões devam ser efetivamente debatidas pela ANS.

Na ótica republicana, porém, o Estado tem muito mais que uma mera função gestora de caráter burocrático, mas a política adquire significado decisivo no processo democrático de construção da cidadania, regulando o mercado a partir de um conjunto de valores partilhados por uma coletividade, por uma ética que garanta a participação solidária das pessoas em torno de projetos e interesses construídos socialmente pela via política e pelas instituições a ela vinculadas. (HANSEN, GILVAN LUIZ; CAMPOS, A. P.; NEVES, E. A., 2012, p. 10).

Em face do apresentado no presente estudo, ponderamos a necessidade de uma discussão técnica e efetivamente participativa na ANS com todos os concernidos afetados acerca do tema, orientando-nos para um futuro melhor em nossa sociedade, em especial na discussão sob o prisma de uma racionalidade intersubjetiva acerca do futuro da saúde suplementar no Brasil, que deve sempre estar pautado na ótica do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, GUSTAVO. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 3, out. 2005.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Cadernos MARE da reforma do estado. v. 1, p. 58, 1997.

GORDILLO, Agustin. Tratado de derecho administrativo. Belo Horizonte: Del Rey : Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

HABERMAS, JÜRGEN. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HANSEN, GILVAN LUIZ. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, SANDRA LÚCIA; NOVAIS CORDEIRO, ROSA INÊS; MENDES DA SILVA, RICARDO PERLINGEIRO (Org.). Incurções interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. v. 1. p. 55–76.

HANSEN, GILVAN LUIZ; CAMPOS, A. P.; NEVES, E. A. O direito enquanto instância de confluência das tensões entre empresa e sociedade. História e Direito. Instituições políticas, poder e justiça, v. 1, p. 143–160, 2012.

MALTA, Deborah Carvalho; BRAZIL (Org.). Duas faces da mesma moeda: microrregulação e modelos assistenciais na saúde suplementar. 1a. ed. Rio de Janeiro, RJ: Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. (Série A-Normas e manuais técnicos, 4).

NEVES, Edson Alvisi. O Tribunal do Comércio: magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR. A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 135–166, 2011.

RICARDO PERLINGEIRO. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, p. 167–204, 6 fev. 2017.

A CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ÉTICA DO DISCURSO EM HABERMAS

Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha

Mestranda em Direito – Mestrado Profissional em Justiça Administrativa – UFF – Niterói – RJ e Procuradora da República lotada em São João de Meriti-RJ.

Introdução

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se no acordo celebrado entre o Ministério Público (e/ou os demais legitimados à propositura da ação civil pública) e uma parte interessada, para a proteção de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, pondo fim a um litígio. Encontra-se regulamentado pela Lei n.º 7347/1985, art. 5º, §6º, consoante redação dada pela Lei n.º 8038/1990, art. 113. Segundo uma parte da doutrina, tem a natureza jurídica de negócio da Administração, sendo um equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito.³⁹ Segundo Hugo Mazzili, é um ato administrativo negocial, “por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei”.⁴⁰ Tem a natureza de título executivo extrajudicial, a teor do art. 784, IV do CPC. Tem sido firmado para a tutela dos mais diferentes interesses difusos e coletivos, como o meio ambiente, consumidor, educação, saúde, direitos de indígenas, populações tradicionais, etc.

³⁹ RODRIGUES, 2011, p. 138.

⁴⁰ MAZZILI, 2016, p. 496 e 498.

Nesse sentido, Alexandre Gavronski enumera algumas limitações do processo judicial quanto à tutela de interesses transindividuais, a saber: o tempo e o custo do processo judicial, as restrições à participação de terceiros interessados no processo (e os riscos de sua inviabilização em virtude desta atuação), os limites do processo judicial quando à interdisciplinariedade, no que concerne à realização de perícias, a resistência do Judiciário quanto ao questionamento das políticas públicas e de atos discricionários, os limites para a criação do direito fora do consenso, e as desvantagens da decisão por um terceiro imparcial (juiz) diante de questões de acentuada conflituosidade e complexidade fática. Neste sentido, avulta a importância das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, a exemplo do inquérito civil, recomendação, TAC, conciliação, mediação, para a composição de litígios versando sobre direitos transindividuais.⁴¹⁴²

Considerando a relevância do compromisso de ajustamento de conduta para a defesa dos direitos transindividuais, ao lado das demais técnicas extraprocessuais de resolução de conflitos, entende-se relevante refletir as contribuições que a teoria discursiva de Habermas pode oferecer ao profissional do Direito no que pertine à celebração destes ajustes.

1 Teoria da Ação Comunicativa em Habermas

Nas tratativas que antecedem a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, é inegável que se desenvolvem atos de fala e de comunicação entre as partes celebrantes do ajuste. Por esse motivo, deve-se refletir se na comunicação realizada entre o MP (e demais legitimados à tutela de interesses transindividuais) e as partes

⁴¹GAVRONSKI, p. 231.

⁴²Controverte-se a doutrina acerca da possibilidade da arbitragem para a tutela de interesses transindividuais.

estão presentes as situações ideais de fala aduzidas por Habermas em sua ética do Discurso, ou teoria da ação comunicativa.

Habermas, em seu livro *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, defende uma abordagem cognitivista para a ética, buscando uma fundamentação para os mandamentos e normas morais, no que se diferencia das abordagens não cognitivistas da ética (dos cétricos), para quem ou não existe ética (nihilismo ético), ou os preceitos éticos variam em um determinado tempo e local (subjetivismo ético). Habermas propõe, portanto, um caráter universalista para a ética/moral. Para este propósito, Habermas se utiliza das ideias de Strawson, em seu Livro *Liberdade e Ressentimento*, com o objetivo de convencer o cétrico das suas próprias intuições morais do cotidiano:

Strawson parte de uma reação emotiva que, por causa de seu caráter insistente, é adequada para demonstrar até mesmo ao mais empedernido dos homens, por assim dizer, o teor da realidade das experiências morais; ele parte, a saber, da indignação com que reagimos a injúrias. Essa reação sem ambiguidade consolida-se e pereniza-se num ressentimento que fica a arder escondido, se a ofensa não for de alguma maneira “reparada”. Esse sentimento persistente revela a dimensão moral de uma injúria sofrida, porque não reage imediatamente, como o susto ou a raiva, a um ato de ofensa, mas à injustiça revoltante que um outro comete contra mim. O ressentimento é a expressão de uma condenação moral (que se caracteriza antes pela impotência). Partindo do exemplo do ressentimento, Strawson faz quatro observações importantes. (a) Para as ações que lesam a integridade de outrem, o autor ou um terceiro pode eventualmente apresentar desculpas. Tão logo aceite um pedido de desculpas, o atingido não se sentirá mais ofendido ou diminuído exatamente da mesma maneira; sua indignação inicial não vai se perenizar como ressentimento. As desculpas são como que reparos a que procedemos em interações perturbadas. Para identificar, agora, o gênero desses distúrbios, Strawson distingue duas espécies de desculpas. Em um dos

casos, referimo-nos a circunstâncias que tornem plausível a ideia de que não seria inteiramente apropriado sentir o ato de injúria como o infligir de uma injustiça: “Sua intenção não era isso”, “Ele não pôde evitar”, “Ele não tinha outra escolha”, “Ele não sabia que...” são alguns dos exemplos para o tipo de desculpas que fazem ver sob outra luz a ação que se sente como ofensiva, sem pôr em dúvida a imputabilidade do agente. Mas este é exatamente o caso quando chamamos a atenção para o fato de que se trata de uma criança, de um louco, de um bêbado – que o ato foi cometido por alguém que estava fora de si, ou fortemente estressado, por exemplo, vivendo as sequelas de uma grave doença etc. Esse tipo de desculpas convida-nos a ver *o próprio ator* sob uma outra luz, a saber, de tal modo que não se possa mais lhe atribuir sem restrições as qualidades de um sujeito imputável. Nesse caso, devemos assumir uma atitude objetivante que exclui de antemão as censuras morais. Essa consideração leva Strawson à conclusão de que as reações pessoais do ofendido, por exemplo, os ressentimentos, só são possíveis na atitude performativa de um participante da interação. A atitude objetivante de um não-participante suprime os papéis comunicacionais da primeira e da segunda pessoas e neutraliza o âmbito dos fenômenos morais em geral. A atitude da terceira pessoa faz desaparecer esse âmbito fenomenal.”⁴³

Habermas, partindo das ideias de Strawson, apresenta acima um dos elementos essenciais ao processo de comunicação, qual seja, a existência de uma relação simétrica entre duas pessoas: EU e TU, relações de primeira e segunda pessoa. No caso do pedido de desculpas apresentado por um bêbado ou por um louco por injúria causada a outrem, segundo Strawson, não se trata aqui de uma relação entre uma primeira e segunda pessoa, mas sim de uma relação entre Eu e ISSO ou ELE (relação de terceira pessoa, com uma pessoa inimputável). No primeiro caso, há uma atitude performativa entre as partes; no segundo caso, há uma atitude objetivante em relação à terceira pessoa; não há uma verdadeira comunicação, embora se possa

⁴³HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 65.

fingir que se está dialogando com a outra pessoa. No primeiro caso, existe uma racionalidade comunicativa; no segundo há uma racionalidade estratégica, instrumental.

Immanuel Kant em artigo intitulado “O que é esclarecimento”, afirma que uma parte dos homens está em permanente minoridade, pela incapacidade de se guiar conforme o seu entendimento, sem a tutela de outros. Pertinente citar excerto do artigo:

Esclarecimento (Aufklärung) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro. É a si próprio que se deve atribuir essa minoridade, uma vez que ela não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem necessárias para utilizar seu entendimento sem a tutela de outro. Sapere aude! 1 Tenha a coragem de te servir de teu próprio entendimento, tal é portanto a divisa do Esclarecimento.⁴⁴

Segundo Kant, através do uso público da razão, as pessoas podem chegar ao Esclarecimento. Segundo Kant, a razão, que é inerente à condição humana e elemento universal das pessoas, sendo pressuposto da ética, tem três elementos: a) vontade (querer); b) liberdade e c) autonomia. Vontade é diferente de desejo. Desejo é uma inclinação, sem muita convicção; já a vontade é um desejar com foco, que se torna projeto, pela razão; a vontade tem a força da intencionalidade. A liberdade pressupõe a possibilidade de escolhas. A expressão autonomia vem do grego: auto = eu, nomos = sentido, razão de ser; assim, autonomia pode ser conceituada como “eu dou a razão de ser da minha vida” que se distingue de heteronomia, quando você dá a outrem a decisão da sua vida.⁴⁵

Consoante Gilvan Hansen,

⁴⁴ KANT, p. 1

⁴⁵ HANSEN FILHO, Facticidade e validade da desobediência civil no Estado Democrático de Direito, p. 60.

(...) a razão humana tem a condição reflexivo-argumentativa e isso foi o grande fator diferenciador e identificador de nossa espécie com relação às demais. Enquanto alguns seres vivos desenvolveram venenos, garras, pelos, presas, força física ou agilidade de deslocamento como mecanismos de defesa, a natureza municiou os seres humanos com o elemento razão, esse sim, a “arma” específica desta espécie. Entretanto, a razão é para o ser humano uma capacidade (Vermögen) e, enquanto tal, precisa ser desenvolvida e aperfeiçoada, para que não atrofie e feneça. Assim como os músculos se tornam rijos e resistentes em face do exercício constante, o ser humano pode (e deveria) exercitar sua capacidade racional para evitar a “flacidez” (entropia) da evolução de sua espécie. E os estudos sistemáticos comprovam que, de fato, o ser humano tal como o conhecemos desde o seu surgimento no planeta, vem exercitando essa capacidade. Em muitos momentos, contudo, a capacidade racional humana tem se desenvolvido na sua dimensão cognitiva em termos de conquistas mecânico-operativas, pelo aprendizado técnico e pela produção de novos instrumentos para a intervenção e controle sobre a natureza e sobre os demais seres humanos. A dimensão interativo-social, de construção simbólica e de definição de projetos coletivos capazes de desenvolver plenamente as capacidades racionais (liberdade, autonomia, interação, solidariedade), tem ficado relegada ao segundo plano em muitas sociedades ao longo do tempo.⁴⁶

Assim, quando da celebração de compromissos de ajustamento de conduta, faz-se necessária a reflexão pelo membro do MP (bem como pelos demais legitimados à defesa de interesses transindividuais), quanto à necessidade de se estabelecer com a parte comprometente uma racionalidade comunicativa, mediante o estabelecimento de uma relação simétrica, de primeira e segunda pessoa (e não uma relação com um isso, com uma coisa, numa racionalidade instrumental). Da mesma forma, é importante que as

⁴⁶ HANSEN FILHO, A Resolução de Conflitos no Estado Democrático de Direito: uma Perspectiva Habermasiana, p. 101.

obrigações firmadas no TAC sejam debatidas entre as partes de forma igualitária, devendo o MP refletir quanto ao seu papel de tutor da sociedade e da outra parte, reputada por ele não poucas vezes como um menor.

Só existe de fato um debate de ideias, uma comunicação entre as partes, para a celebração de um ajuste, se se parte da prévia concepção de que as partes celebrantes são plenamente capazes e livres para expor seus argumentos e buscar um consenso expresso no compromisso de ajustamento de conduta; se não for assim, o que existe é apenas um arremedo de acordo, não se pode falar efetivamente em um acordo em tais situações. Segundo Habermas:

Os participantes da interação têm que atribuir-se reciprocamente a consciência de seus atos, ou seja, têm que supor que eles são capazes de orientar seu agir por pretensões de validade. A partir do momento em que essa expectativa de racionalidade se revela falsa, os participantes – bem como os observadores sociológicos enquanto virtuais participantes – passam do enfoque performativo para objetivador.⁴⁷

Podemos ver agora por que “dizer algo a alguém” e “compreender o que é dito” se baseiam em pressuposições mais complicadas e muito mais pretensiosas do que o simples “dizer (ou pensar) o que é o caso”. Quem observa ou opina que ‘p’ ou quem tem a intenção de ‘p’, assume uma atitude *objetivante* em face de algo no mundo. Ao contrário, quem participa de processos de comunicação ao dizer algo e ao compreender o que é dito – quer se trate de uma opinião que é *relatada*, uma constatação que é *feita*, de uma promessa ou ordem que é *dada*; quer se trate de intenções, desejos, sentimentos ou estados de ânimo que são *expressos* -, tem sempre que assumir uma atitude *performativa*. Essa atitude admite a mudança entre a terceira pessoa ou a atitude objetivante, a segunda pessoa ou a atitude

⁴⁷ HABERMAS, Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, p. 38.

conforme a regras e a primeira pessoa ou a atitude expressiva. A atitude performativa permite uma orientação *mútua* por pretensões de validade (verdade, correção normativa, sinceridade) que o falante ergue na expectativa de uma tomada de posição por sim/não da parte do ouvinte. Essas pretensões desafiam a uma avaliação crítica, a fim de que o reconhecimento intersubjetivo de cada pretensão particular possa servir de fundamento a um consenso racionalmente motivado. Ao se entenderem mutuamente na atitude performativa, o falante e o ouvinte estão envolvidos, ao mesmo tempo, naquelas funções que as ações comunicativas realizam para a reprodução do mundo da vida comum.

Habermas menciona que o cético, ao tentar refutar o cognitivismo ético, acaba incorrendo em contradição performativa, porque tem de necessariamente atender aos pressupostos pragmáticos para a argumentação.⁴⁸ É nesse momento que Habermas, valendo-se dos estudos de Robert Alexy, trata das situações ideais de fala. Diferentemente de Alexy, para quem estas são regras que devem reger o Discurso, para Habermas, trata-se apenas de pressupostos pragmáticos do discurso, que os participantes da argumentação devem buscar o cumprimento aproximativo (muita embora isso seja contrafactual, ou seja, nem sempre se verifique na realidade).

Segundo Habermas, com base em Alexy, as situações ideais de fala, ou pressupostos argumentativos, a título de exemplo, são de três tipos: (1) lógico-semânticos, (2) procedurais e (3) processuais:

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;
- (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes.

⁴⁸ HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 103-4.

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. [...]49

(2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.

(2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. [...]

(3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.

(3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).

No que diz respeito ao compromisso de ajustamento de conduta, chama atenção os pressupostos processuais, quais sejam, 3.2, alíneas “a” e “c” e 3.3.

Veja-se que os inquéritos civis públicos, que antecedem a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, são procedimentos de natureza inquisitorial, conforme se depreende de abalizada doutrina. Nesse sentido, cita-se Hugo Nigro Mazzili:

A rigor, o inquérito civil não é processo administrativo e sim procedimento; nele não há uma acusação nem se aplicam sanções; nele não se decidem nem se impõem limitações, restrições ou perda de direitos (embora dele decorram alguns efeitos jurí-

⁴⁹A este respeito, veja-se Habermas: “Ambos os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências do indivíduo podem indicar que certas expressões linguísticas têm significados idênticos para usuários diferentes. Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregados.” In: ABERMAS, Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I, p. 28 e 29.

dicos indiretos, e, excepcionalmente, até mesmo uma consequência jurídica direta para terceiros (...). No inquérito civil não se decidem interesses; não se aplicam penalidades ou sanções, não se extinguem nem se criam novos direitos. Apenas serve, sob forma inquisitiva, para colher elementos ou informações, basicamente com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.⁵⁰

No mesmo sentido, Alexandre Gavronski:

Das características do inquérito civil, a mais discutida é, sem dúvida, sua natureza inquisitiva, vale dizer, não contraditória. Essa sua natureza em nada afronta o que dispõe a Constituição Federal, notadamente no inciso LV do art. 5º (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, (...).”⁵¹

No mesmo sentido acima, a Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a tramitação do inquérito civil público afirma em seu art. 1º que:

O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legisla-

⁵⁰MAZZILI. 2015, p. 47.

⁵¹GAVRONSKI, 2010, p. 300. Segundo Geisa de Assis Rodrigues, o inquérito civil “tem natureza de procedimento administrativo de investigação, e por isso, tal qual o inquérito policial, não é obrigatório, [...]. Do mesmo modo, não há incidência do princípio do contraditório, porque nessa esfera não há acusados nem a possibilidade de aplicação de sanção aos investigados. Todavia, é fundamental para a consecução dos objetivos do inquérito civil que aqueles que porventura possam ser considerados responsáveis pela prática de lesão ao direito transindividual sejam ouvidos, juntem documentos, apresentem a versão dos fatos que lhes seja mais favorável, para que se possa realmente se obter na investigação um retrato fiel da realidade. Vale registrar, que, na prática, a oitiva de todos os envolvidos é rotineira, sem que haja, contudo, a obrigatoriedade da bilateralidade da audiência de todos os atos a serem perpetrados no inquérito.” (RODRIGUES, 2011, p. 75-76.)

ção aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Em procedimentos de natureza inquisitorial, em que não se assegura a observância do contraditório e da ampla defesa, é dificultado às partes a introdução no discurso de diferentes asserções ou a adequada problematização de asserções, ou ainda, a manifestação de atitudes, desejos e necessidades. Tratando da necessidade de se introduzir o diálogo entre as partes nos procedimentos do Ministério Público, pertinente transcrever as lições de Bruno da Fonseca, *in verbis*:

A autocomposição incompatibiliza-se com o descaso às garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Ao revés, é processo participativo, dialógico e transparente, que rende homenagem à liberdade, à igualdade e à autonomia das pessoas. A relativa informalidade do IC e de outros procedimentos administrativos em trâmites nas Procuradorias e Promotorias possibilitarão debate exaustivo, franco, informal e direto sobre o caso concreto.”⁵²

Assim sendo, não é adequada a utilização de ameaças pelo membro do Ministério Público para a celebração de ajustes, mesmo a ameaça do cumprimento de um dever legal, como o ajuizamento de ação penal ou de ação civil de improbidade administrativa, ou de prática de crime de desobediência, haja vista que a coerção retira a liberdade da parte compromissária. Sobre isso, confira-se Bruno da Fonseca:

Um dos alertas para o sucesso do processo conciliatório é a manutenção de plano de máxima igualdade entre as partes negociantes, cuja observância permitirá participação equilibrada. Outrossim, o diálogo deve ser oxigenado por liberdade dos participantes, sem coerção. O MP, na condição de parte envolvida na negociação, deve despir-se de seu papel de

⁵²FONSECA, p. 81.

acusador e buscar equivalência fática com o outro. Assim, os resultados consubstanciados no TAC, possivelmente gerarão maior aderência na proporção da isonomia e da liberdade do debate. (...) A institucionalização do discurso pressupõe, ainda, liberdade comunicativa, isenta de violência. Os resultados obtidos decorreriam de aceitabilidade racional e entendimento. Logo, haveria possibilidade de renúncia ao agir comunicativo, sem punição e, do mesmo modo, impossibilidade de coerção para integração no processo argumentativo. (.) Inexiste possibilidade de o MP obrigar o legitimado passivo a celebrar aludido instrumento ou compelir sua inserção no debate. (...) A simples remessa de minuta de TAC ao legitimado passivo, confeccionada unilateralmente pelo MP, sem debate na construção de cláusulas, sem possibilidade de mudança em seu conteúdo e sem integração de outros participantes, parece corroer a ideia de fundamentação do juízo de aplicação do direito. É posição típica de um Parquet centralizador, atuante como um macrossujeito.⁵³

Gilvan Hansen, em artigo sobre meios alternativos de solução de litígios, faz as seguintes observações quanto à conciliação, as quais são aplicáveis aos compromissos de ajuste de conduta:

Contudo, a mediação se diferencia hoje da conciliação. Isso porque a conciliação assumiu passo a passo rompanes mais dogmáticos, sendo absorvida por várias áreas do judiciário como prática que procura, em nível pré-processual ou mesmo processual, forçar o acordo pelo uso da persuasão, muitas vezes confundida com a força e a pressão do conciliador sobre as partes. A mediação, em contrapartida, tem-se caracterizado como prática que busca a solução de conflitos de interesse pelo resgate da qualidade das relações abaladas. A mediação se traduz na reconstrução de relações que se desgastaram ao longo do tempo por discórdias e divergências de opiniões, refazimento de laços, fomentação e amadurecimento do diálogo entre as partes, valorização das partes envolvidas no conflito, transformação de pontos divergentes em um ponto comum [...].¹⁹ Enquanto o

⁵³FONSECA, p. 82, 88 e 92.

conciliador, salvo raras exceções, age burocraticamente no sentido de chegar rapidamente a um acordo que seja, no entender dele, bom para as partes, porque resolve o conflito sobre um objeto, o que se busca na mediação é, antes de qualquer coisa, identificar o conflito oculto, nem sempre transparente e na maioria das vezes obliterado aos próprios participantes da contenda. Se isso ocorre é porque se pretende resgatar a própria relação deteriorada, fator que exige tempo, cuidado, dedicação e, muitas vezes, vigilância do mediador com relação à sua própria conduta no processo de resgate da dignidade das partes que se efetiva durante a mediação". Pág. 115 1 116

Também as prerrogativas dos membros do MP expressas na Lei Complementar podem ser utilizadas indevidamente para cercear a liberdade da outra parte, a exemplos dos poderes de requisição.

Habermas, ainda fala dos pressupostos argumentativos, traçando a diferença entre persuadir e convencer alguém de algo. Segundo ele, a expressão "convencer" designa "a ideia de que um sujeito forma sua convicção com base em boas razões. (...) As convicções assentam-se em última instância num consenso ensejado discursivamente"⁵⁴ Ao argumentar com base em mentiras, descumprindo o pressuposto 2.1, o falante pode no máximo persuadir alguém a aceitar algo como verdadeiro, mas nunca convencê-lo.

Assim, também este ponto merece reflexões no âmbito dos compromissos de ajustamento de conduta, pois muitas vezes os legitimados à celebração de TAC's atuam numa racionalidade instrumental ou estratégica, e com o objetivo de defender interesses maiores da sociedade, podem vir a aduzir argumentações com o intuito de persuadir (e não de convencer) a parte a firmar um acordo. Estes são os ajustes que acabam sendo objeto de ações de anulação no

⁵⁴HABERMAS, Consciência Moral e Agir Comunicativo, p. 113.

Poder Judiciário, ou mediante a alegação de coerção ou de outros tipos de vícios.

Neste sentido, pertinente transcrever ementa de acórdão do STJ, em que um termo de ajuste de conduta foi anulado, dentre outras razões, pela coerção empregada pelo Ministério Público na sua celebração, in verbis:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85 1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7347/855.

2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.

3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "(...)Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois "centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível(...)" (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e

Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198). (Grifamos).

4. Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, verbis:"(...) Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial. (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.LII, p. 121).

5. O Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicável pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta in foco não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do Parquet Estadual, o qual oficiara no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para "negociar" o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a Requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466.

6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternati-

va excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ:REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006)

7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85.

8. Destarte, não é permitido em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública.

9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta in foco, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado.

10. Nesse sentido direciona a notável doutrina:“(...)como o compromisso de ajustamento às “exigências legais” substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004).

11. Consectariamente, é nula a homologação de pedido de arquivamento de inquérito civil público instaurado para a apuração de dano ambiental, pelo Conselho Superior do Ministério Público, à míngua de análise da inconformidade manifestada pelo compromitente quanto ao teor do ajuste.

12. A legislação faculta às associações legitimadas o oferecimento de razões escritas ou documentos, antes da homologação ou da rejeição do arquivamento (art. 5º, V, "a" e "b", da Lei 7347/85), sendo certo, ainda, que na via administrativa vigora o princípio da verdade real, o qual autoriza à Administração utilizar-se de qualquer prova ou dado novo, objetivando, em última ratio, a aferição da existência de lesão a interesses sob sua tutela.

13. Mutatis mutandis, os demais interessados, desde que o arquivamento não tenha sido reexaminado pelo Conselho Superior, poderão oferecer razões escritas ou documentos, máxime porque a reapreciação de ato inerente à função institucional do

Ministério Público Federal, como no caso em exame, não pode se dar ao largo da análise de eventual ilegalidade perpetrada pelo órgão originário, mercê da inarredável função fiscalizadora do Parquet.

14. Sob esse enfoque não dissente a doutrina ao assentar: "A homologação a que se refere o dispositivo, contudo, não tem mero caráter administrativo, nela havendo também certo grau de institucionalidade. Note-se a diferença. Não trata a lei de mera operação na qual um ato administrativo é subordinado à apreciação de outra autoridade. Trata-se, isso sim, de reapreciação de ato inerente à função institucional do Ministério Público, qual seja, a de defender os interesses difusos e coletivos, postulado que, como já anotamos, tem fundamento constitucional. Por isso mesmo, não bastará dizer-se que o Conselho Superior examina a legalidade da promoção de arquivamento. Vai muito além na revisão. Ao exame de inquérito ou das peças informativas, o Conselho reaprecia todos os elementos que lhe foram remetidos, inclusive - e este ponto é importante - procede à própria reavaliação desses elementos. Vale dizer: o que para o órgão responsável pela promoção de arquivamento conduzia à impossibilidade de ser proposta a ação civil, para o Conselho Superior os elementos coligidos levariam à viabilidade da propositura. O poder de revisão, em conseqüência, implica na possibilidade de o Conselho Superior substituir o juízo de valoração do órgão originário pelo seu próprio(...)" José dos Santos Carvalho Filho, in *Ação Civil Pública, Comentários por Artigo, 7ª ed; Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009, p. 313-316*) grifos no original 15. A apelação que decide pela inexigibilidade do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, por maioria, malgrado aluda à carência, encerra decisão de mérito, e, a fortiori, desafia Embargos Infringentes.

16. In casu, as razões de decidir do voto condutor dos Embargos Infringentes revelam que análise recursal se deu nos limites do voto parcialmente divergente de fls. 399/402, fato que afasta a nulidade do referido acórdão suscitada pelo Ministério Público Federal à fl.

458.

17. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 802.060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010)

Na celebração de acordos, entende-se de grande importância a participação de advogados, com o objetivo de tornar simétricas as partes, bem como assegurar a adequada comunicação, considerando a peculiaridade das terminologias jurídicas empregadas.

Mais adiante, no Capítulo 4 de sua Obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Habermas traça as linhas do que ele denomina “agir orientado para o entendimento mútuo”, que se distingue do agir orientado para o sucesso:

Na medida em que os atores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários. A coordenação das ações de sujeitos que se relacionam dessa maneira, isto é, estrategicamente, depende da maneira como se entrosam os cálculos de ganho egocêntricos. O grau de cooperação e estabilidade resulta então das faixas de interesses dos participantes. Ao contrário, falo em *agir comunicativo* quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas. Em ambos os casos, a estrutura teleológica da ação é pressuposta na medida em que se atribui aos atores a capacidade de agir em vista de um objetivo e o interesse em executar seus planos de ação. Mas o *modelo estratégico da ação* pode se satisfazer com a descrição de estruturas do agir imediatamente orientado para o sucesso, ao passo que o *modelo do agir orientado para o entendimento mútuo* tem que especificar condições para um acordo alcançado comunicativamente sob as quais Alter pode anexar suas ações às do Ego. (...) Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que *manifestamente* ad-

vém graças a uma intervenção externa não pode *ser tido na conta* de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável.⁵⁵

Habermas ainda ressalta que o pano de fundo do agir comunicativo é o mundo da vida, em que o falante, ao mesmo tempo em que é o iniciador do diálogo, também é produto do meio em que vive, seja das tradições culturais que o cercam, dos grupos sociais a que pertence.

Na comunicação, o falante afirma pretensões de validade quanto a fatos/objetos do mundo objetivo (pretensões de validade descritiva), quanto a sentimentos do mundo subjetivo (pretensões de sinceridade) e quanto a regras de convivência, do mundo intersubjetivo (pretensões de correção ou justiça), na expectativa de uma posição de sim ou de não por parte do ouvinte, buscando um consenso racionalmente motivado. Na comunicação, podem ser emitidos atos de fala regulativos, expressivos ou constatativos, sendo que o TAC pertence à primeira categoria de ato de fala. Nesse aspecto, pertinente citar Habermas:

Não quero repetir a análise do agir orientado para o entendimento mútuo que levei a cabo em outro lugar, mas gostaria de lembrar uma ideia fundamental. Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais preci-

⁵⁵HABERMAS, p. 165.

samente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que tem acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um *atua* sobre o outro para *ensejar* a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é *motivado racionalmente* pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. (...) Tão logo o ouvinte confie na garantia oferecida pelo falante, entram em vigor aquelas *obrigações relevantes para a sequência da interação* que estão contidas no significado do que foi dito. Assim, por exemplo, no caso de ordens e instruções, as obrigações de agir valem em primeira linha para o destinatário; no caso de promessas e declarações, para o falante; no caso de acordos e contratos, simetricamente para os dois lados; no caso de recomendações e advertências com teor normativo, assimetricamente para os dois lados. Diferentemente do que acontece nesses atos de fala regulativos, do significado de atos de fala constatativos resultam obrigações apenas na medida em que falante e ouvinte se põem de acordo para apoiar seu agir em interpretações da situação que não contradigam os enunciados aceitos em cada caso como verdadeiros. Quanto ao significado dos atos de fala expressivos, deles seguem-se imediatamente obrigações de agir na medida em que o falante especifica aquilo com que seu comportamento não está ou não cairá em contradição. Graças à base de validade da comunicação voltada para o entendimento mútuo, um falante pode, por conseguinte, ao assumir a garantia de resgatar uma pretensão de validade criticável, mover um ouvinte à aceitação de sua oferta de ato de fala e assim alcançar para o prosseguimento da interação um efeito de acoplagem assegurando a adesão.⁵⁶

Habermas no livro *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*, menciona os conceitos de validade jurídica, social (fática),

⁵⁶HABERMAS, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. p. 79 e 80.

bem como acerca da validade ou legitimidade do direito, aduzindo que a norma tem validade jurídica, quando é produzida mediante a observância das normas do processo legislativo, tem validade social/fática, quando há o natural cumprimento da norma pelos membros da sociedade e tem legitimidade, quando a norma é justificada racionalmente em razões pragmáticas, éticas e morais (aqui se contrapondo à facticidade, que ocorre quando o cumprimento da norma resulta apenas do poder de coerção, pela aplicação de sanções ao infrator).

Para Habermas, a legitimidade da norma decorre tanto da sua justificação racional, bem como da participação dos concernidos na sua elaboração. Segundo Habermas, “são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”⁵⁷. Este é o Princípio do Discurso (D).

Partindo dessa ideia, Bruno Fonseca defende a legitimidade do TAC a partir da teoria discursiva de Habermas e afirma que esta legitimidade decorre da participação dos concernidos no processo de elaboração do aludido ajuste. Simone Goyard Fabre menciona que para a teoria habermasiana, a legitimidade da norma está na “consensualidade das máximas da ação intersubjetiva”. Segundo Simone, “essa nova definição da norma acarreta a sua não coincidência com o imperativo – não que não possa ser transposta para imperativo, mas não se identifica com o dever-ser enquanto fórmula racional pura, portanto, universal, da ação.”⁵⁸ Ela conclui assim que Habermas propõe uma reexame do imperativo categórico de Kant.

⁵⁷HABERMAS, Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. I, p. 142.

⁵⁸GOYARD FABRE, p. 308.

Neste sentido, é relevante ampliar a participação no TAC para todos os interessados diretos e indiretos na sua elaboração, bem como dos demais legitimados coletivos e também universidades e entidades em geral, mediante a realização de reuniões, audiências públicas, por exemplo. Veja-se a respeito, Bruno da Fonseca:

As Procuradorias do Trabalho e da República e as Promotorias de Justiça devem abster-se de eventuais isolamentos. Imprescindível apresentarem-se como palcos públicos de debate, institucionalizados, mormente pela realização de audiências, coletivas e individuais, participativas e pontuadas pela liberdade e igualdade, em busca de entendimento, na direção de extrato legitimado a ser consubstanciado no TAC⁵⁹.

CONCLUSÃO

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos é vasta no sentido da exigência de observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório nos procedimentos administrativos que possam acarretar restrição de direitos individuais, de que é exemplo o inquérito civil que resulte na celebração de termos de ajustamento de conduta. Sobre esse tema, já tivemos a oportunidade de nos manifestar anteriormente, em artigo ainda a ser publicado.⁶⁰

⁵⁹ FONSECA, p. 94. Mais a respeito deste tema, veja-se Gavronski, p. 283 e ss.

⁶⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem inúmeros julgados no sentido de que os processos administrativos que acarretem restrições de direitos individuais devem assegurar todas as garantias do devido processo legal previstas no art. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando deles não houver recurso perante o Poder Judiciário. Por outro lado, se o processo administrativo estiver sujeito a um controle a posteriori feito pelo Poder Judiciário, a Corte Interamericana tem decidido que a Administração deve, tanto quanto possível, observar as garantias do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nestes casos, como o devido processo legal será assegurado no processo judicial, não se exige que o procedimento administrativo observe todas as garantias do devido processo legal previstas pela

Para além da discussão a respeito da exigência de observância do princípio do devido processo legal nos inquéritos civis em tramitação no Ministério Público, tem-se que a aplicação aos procedimentos administrativos do MP dos pressupostos pragmáticos do discurso ou das situações ideais de fala, da teoria da ação comunicativa habermasiana constitui-se em importante instrumento para a legitimidade da atuação do Ministério Público em um Estado Democrático de Direito, por assegurar a participação efetiva dos cidadãos concernidos, em igualdade com os membros do MP, dos processos de celebração destes ajustes.⁶¹

Tem-se, portanto, que a teoria da ação comunicativa, aplicada aos inquéritos civis, ainda que sem a observância nos procedimentos ministeriais do contraditório formal, pode, numa

Convenção Americana de Direitos Humanos, haja vista a redundância de uma duplicidade de jurisdições (administrativa e judicial). Na doutrina brasileira existe uma controvérsia sobre a eficácia dos compromissos de ajustamento de conduta. Corrente abalizada tem defendido posição no sentido de que os compromissos de ajustamento de conduta “equivalem” a sentenças de mérito, não se admitindo, quanto às questões neles decididas, novo questionamento perante o Poder Judiciário. Esta é a posição de Geisa Rodrigues e de Alexandre Gavronski. Já Hugo Nigro Mazzili entende pela possibilidade de o compromisso de ajustamento de conduta ser modificado na esfera judicial, pelos demais legitimados à propositura de ação civil pública, ou até mesmo pelo compromissário.

⁶¹ Atento a isso, recentemente o CNMP aprovou a Resolução n.º 161/2017, que alterou as Resoluções n.º 13/2006 e n.º 23 /2007, que disciplinam, respectivamente o Procedimento Investigatório Criminal e o Inquérito Civil no âmbito do Ministério Público. Apesar de a fundamentação da Resolução n.º 161/2017 mencionar que essas alterações “não tem o condão de afastar a natureza inquisitorial dessas investigações preliminares, mas sim de outorgar um viés mais garantista à investigação, buscando assegurar direitos fundamentais do investigado”, é inegável afirmar que o novo diploma normativo traz ao âmbito do Ministério Público brasileiro o debate acerca da necessidade de observância das garantias do devido processo legal no âmbito das investigações do Ministério Público, ao menos no quanto for possível, na linha da iterativa jurisprudência da Corte Interamericana da Direito Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos.

análise preliminar, trazer uma resposta adequada a esta celeuma jurídica.

Assim, tomando nota de artigo de Gilvan Luiz Hansen, acerca da mediação e da arbitragem numa perspectiva habermasiana, espera-se do membro do Ministério Público, a seguinte postura quando da celebração de ajustes de conduta:

a) Não nos contradizermos e não admitirmos a contradição como o resultado ou como a atitude dos atores no processo; b) Não usarmos dois pesos e duas medidas, mas termos parcimônia e equilíbrio nas manifestações; c) Utilizarmos linguagem clara e transparência nas ações e proferimentos, para que não surjam equívocos ou mal entendidos advindos da utilização dos termos; d) Garantirmos a ampla manifestação de todos os argumentos, desejos, necessidades e percepções das partes com relação ao processo; e) Pautarmos as intervenções de todos os atores no princípio da sinceridade, segundo o qual só se pode defender aquilo que realmente se acredita; f) Reconhecermos todos os participantes do processo como linguisticamente competentes e, portanto, capazes de apresentar razões para seus pontos de vista e também de compreender os pontos de vista dos demais; g) Acreditarmos na força do diálogo e dos discursos como meios de resolução dos conflitos de interesses; h) Confiarmos firmemente na possibilidade de construção de consensos empíricos que estejam colados com consensos racionais ideais, de sorte que não saíamos com a sensação de que a decisão tomada ao final do processo é injusta, mas portadora da menor perda à qual podíamos chegar. i) Que possamos descobrir, na prática da mediação e da arbitragem, um modo de nos comportarmos nas diversas instâncias que compõem a nossa existência em sociedade, de maneira a atuarmos produtivamente na construção da cidadania, da solidariedade e da democracia, sendo exemplos de pessoas criteriosas, prudentes, transparentes, éticas, democráticas, comunicativas, solidárias, sinceras, etc.”⁶²

⁶² HANSEN, Gilvan Luiz. A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. p. 120.

BIBLIOGRAFIA

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Compromisso de ajustamento de conduta. São Paulo: LTR, 2013.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 72. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

HANSEN, Gilvan Luiz. A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. (Orgs.). Direito e Filosofia - Diálogos. Campinas: Millennium, 2012b. p. 99-120.

HANSEN, Gilvan Luiz. Facticidade e validade da desobediência civil no Estado Democrático de Direito. 2003. 227 p. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

HANSEN, Gilvan Luiz. Os elementos utópicos na concepção habermasiana de situação ideal de fala. In: MÜLLER, Maria Cristina; CENCI, Elve Miguel. (Org.). Ética, política e linguagem: confluências. Londrina: Edições CEFIL, 2004, v. 1, p. 124-138.

KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o esclarecimento? Trad. Luiz Paulo Rouanet. In: <https://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/04/Immanuel-Kant.-O-que-%C3%A9-esclarecimento.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos interesses Difusos em Juízo. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. Investigações do Ministério Público, Compromissos de Ajustamento e Audiências Públicas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, GILMAR et al. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Teoria e Prática. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FENOMENOLOGIA CONSTITUCIONAL: o sujeito por trás da velocidade de emendabilidade da Constituição de 1988

Marco Aurélio Souza Mendes

Resumo: O presente artigo visa analisar a quantidade de Emendas que possui a Constituição de 1988 e o intervalo médio de tempo entre uma e outra que levam cada vez mais a uma fragmentação do texto constitucional, ou seja, a velocidade de *emendabilidade* do texto de 1988. Tal fragmentação, quando analisada sob o aspecto do método da redução fenomenológica de Husserl e da construção do *Dasein* de Heidegger levam para a conclusão de que a ética foi reduzida a um complexo normativo com relevância mais no julgamento do que no procedimento e que a escolha de emendar a Constituição é reflexo de uma supervalorização da força normativa da Constituição – o texto constitucional como a solução quase que “espiritual” para os problemas sociais. Dessa forma, o trabalho propõe analisar a essência do fenômeno de *emendabilidade* sob a inserção do sujeito diante das instabilidades institucionais que levaram o país à Constituição de 1988.

Palavras-chaves: Fenomenologia; *emendabilidade*; força normativa da Constituição; Ética; normas programáticas.

INTRODUÇÃO: a *emendabilidade* e o sujeito

Provavelmente um sujeito leigo já deve lhe ter questionado sobre a causa da enorme quantidade de emendas que a Constituição brasileira possui. Ou ainda, em debates acadêmicos, que a Constituição norte-americana é um exemplo de “padrão sintético” a ser seguido por qualquer nação politicamente civilizada.

Várias destas proposições de um fundo retórico vazio pairam sob o cenário jurídico na discussão sobre a questão da *emendabilidade*. Entretanto, antes de olharmos para uma estatística crua e vazia de significado e sozinha de um contexto, é necessário que exercitemos a seguinte reflexão: *por que e por quem as Emendas são feitas?*

A proposta de trazer os estudos fenomenológicos do sujeito e da teoria fenomenológica do Direito para este campo constitucional é olhar o processo de emenda sob a ótica do sujeito além da norma. Neste modelo, a discussão perpassa necessariamente por questionar instabilidade/estabilidade institucional e vocações pessoais transformando-se em matérias formalmente constitucionais, porém sem nenhuma substância.

A temática é deveras extensa e profunda para ser discutida como tese em apenas um artigo. O que se propõe nesta análise é abrir um capítulo de discussão com premissas tanto fenomenológicas quanto de pilares da teoria da constituição, tal como a força normativa da Constituição e o ativismo judicial, para demonstrar a perda gradativa da força constitucional para alguns assuntos e a relevância do ganho de força em seu domínio de estabelecimento de *status quo* de grupos segmentados na política e na economia.

Como o conteúdo fenomenológico perpassa pela análise das motivações do sujeito, a essência do fenômeno, o artigo possui ainda a proposta de analisar todos esses eventos sob o prisma da derrocada da ética na modernidade.

1 A força normativa da constituição e a derrocada da ética

Existem bons argumentos para embasar a afirmação de que *a força normativa da Constituição tem nos direcionado para o campo da derrocada da Ética*. É claro que uma assertiva como essa causa espanto por

uma primeira leitura rápida, porém com intuito científico proposital de causar essa surpresa trágica.

Em primeiro lugar, é preciso que esta afirmativa não seja reduzida a um reducionismo quanto à pulverização da própria força normativa da Constituição. É preciso que haja uma interpretação quase que tópica problemática da questão: a correlação entre Constituição e seus sujeitos.

Jellinek apresentou em seus estudos que a Constituição não consegue efetivamente controlar a divisão dos poderes políticos entre os poderes constituídos, afirmação que traz uma análise cada vez mais cotidiana do funcionamento político e administrativo das instituições (HESSE, 1991).

Essa dificuldade apresentada pelo Direito Constitucional é o que lhe aproxima de certa maneira das “Ciências do Ser”, fazendo uma discordância da afirmação de Konrad Hesse que o Direito Constitucional não possui a miserável função de justificar as relações de poder dominantes (HESSE, 1991).

O texto de Hesse sobre a força normativa da Constituição é o pilar básico para determinar a veracidade da afirmação proposta no início deste trabalho. Estudiosos da Ética e Fenomenologia, como Jeff Malpas e Steven Crowell, trabalham a derrocada da ética através de um ponto de partida em comum: a responsabilização e os sistemas normativos.

Neste sentido, convém olhar a força normativa da Constituição sob um prisma diferente, e inevitavelmente negativo, perpassando obrigatoriamente por uma análise do sujeito que a compõe.

Entretanto, afirmar que há uma relação entre derrocada da Ética e constitucionalismo não quer dizer que a força normativa da Constituição é algo somente nocivo. Pelo contrário, é uma das bases que

sustentam o atual Estado Democrático Constitucional de Direito e que evita algumas arbitrariedades motivadas por anseios radicais.

O ponto de interconexão entre os efeitos positivos e negativos do uso da força normativa da Constituição nas relações políticas e econômicas nasce naquilo que Hesse atribui como inexistência autônoma da norma constitucional em face da realidade:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991).

No campo da ética aplicada ao espaço público (Administração), o baldrame axiológico encontra um respaldo técnico e principiológico dentro da Constituição, especialmente na temática do controle externo e interno e a estrutura Administrativa do Estado. A norma constitucional é encarada de maneira utilitária, em um padrão de *individualismo* e *generalismo*. Dito de outro modo: há uma ênfase no abstrato e universal oposto ao concreto e o processo regido como regras em contraponto com o aspecto judicativo (MALPAS, 2012).

Por isso é necessário reafirmar que o problema da derrocada da ética olhada sob o aspecto da força normativa da Constituição não re-

side no conceito propriamente dito: é uma junção de fatores sociais com posturas individuais dos intérpretes da Constituição.

Konrad Hesse descreve em seu trabalho que constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.

A tendência da modernidade é observar os acontecimentos do mundo fenomênico de uma maneira muito mais quantitativa do que qualitativa, característica derivada da influência da monetização de um sistema econômico dominante. No campo da Auditoria governamental, este comportamento tem trágicos reflexos que desembocam na situação explicada sobre a derrocada da ética.

Há a atribuição da força normativa da Constituição por alguns intérpretes como a razão maior do Estado, logrando a solução de todos os problemas, criando um sistema de regras que não compreendem a própria natureza da regra (MALPAS, 2012). Sobrevém desta conduta uma noção dentro da Administração Pública que a conduta ética pode ser assegurada simplesmente pela pura regulação.

O momento define o fenômeno. Em linhas genéricas, tenta-se abordar com este trabalho que a força normativa da constituição é levada muitas vezes a uma “constitucionalização dos interesses privados”, no clamor de soluções prontas e efetivas, um fenômeno de dominação entre conduta ética como normatividade e atribuição simbólica da Constituição como meio eficaz.

Hesse defende que a “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

Através da aplicação do método de Husserl da redução fenomenológica e as discussões de Heidegger em *Ser e o tempo* é possível aprofundar na discussão posta sobre a atualidade do comportamento ético.

2 A redução fenomenológica das propostas de emenda à constituição

Antes de efetivamente nos preocuparmos com a análise do processo de emendabilidade, faz-se mister efetuar alguns comentários introdutórios sobre a Fenomenologia. Opta-se por colocar esta discussão junto ao corpo da pesquisa principal para facilitar o manejo de entendimento do leitor quanto ao método fenomenológico utilizado nesta pesquisa.

A tarefa da Fenomenologia é evidenciar as estruturas dos fenômenos da consciência, com seus nexos e correlatos, ocupando-se do fenômeno no duplo sentido entre estrutura e aparência (GALEFFI, 2000).

Para essa tarefa, emprega-se o estudo dos elementos que ficam velados à primeira impressão. A investigação fenomenológica abarca um estudo da consciência, e que para Husserl trata-se a consciência sempre da relação entre eventos vivos e concatenados.

O fenômeno é tido em suspensão para procurar sua compreensão e interpretação, de forma que a busca da essência de sua estrutura é manifestada com as descrições e discursos (GARNICA, 1997). Há um encontro entre o histórico e o social que possibilita as escolher de maneira contextualizada.

A redução fenomenológica significa investigar o próprio acontecimento da consciência, segundo o “aparecer do ser das coisas mesmas”, isto é, segundo o modo como os objetos “aparecem” na nossa percepção, compreensão e entendimento (GALEFFI, 2000). Trata-se, dessa forma, de um procedimento para nos induzir a um estado da

mente além a percepção simples e naturalista dos objetos que nos aparece.

De acordo com Coltro (2000), o método fenomenológico propõe a reconsideração de entender o mundo em sua totalidade. Um fenômeno jamais pode ser entendido de maneira genérica, como também não pode se perder na redução simplista ao casuísmo. A validação da prova científica é buscada no processo lógico de interpretação e na capacidade de reflexão do pesquisador sobre o fenômeno objeto de seu estudo (COLTRO apud MARTINS, 2000).

Desde a promulgação da Constituição de 1988, nossa Carta Magna já foi emendada 102 vezes (96 Emendas e 06 Emendas de Revisão). Colocando a questão de uma maneira ainda mais numérica, é possível inferir algumas conclusões pontuais:

Número total de Emendas	102 (contando as 06 Emendas de Revisão de 1994)
Vigência da Constituição Federal de 1988	29 anos (1988 – 2017)
Período de Emendas	25 anos (1992 – 2017)
Média de Emendas por ano	3,51
Média de tempo para se ter uma Emenda na Constituição	3,14 (meses)

Percebe-se que em 25 anos, a cada 3 meses, 4 dias, 4h e 48 min a Constituição de 1988 sofreu uma Emenda. Notadamente, atualizações a um texto normativo se fazem imprescindíveis para manter sua com-

patibilização com os fenômenos sociais. Mas cabe aqui uma indagação: será que pouco mais que 03 meses é tempo hábil para se dizer que houve uma mudança social constitucionalmente relevante que determinasse a necessidade de uma Emenda?

Há um argumento interessante na obra *Ser e Tempo* de Heidegger de que o *Dasein* se configura como uma possibilidade de si mesmo em que o indivíduo não faz as coisas simplesmente como impulso, mas há um comprometimento com a possibilidade do fracasso. Mesmo que não se consiga definir o sentido, o sujeito é orientado rumo a uma medida através de um status normativo. E este status normativo, uma atribuição de sentido positivo ou negativo da conduta, é orientada individualmente pelo sujeito.

O estudo das Emendas na Constituição, atribuindo-se o método da redução fenomenológica, questiona a consciência do indivíduo político que propôs a Emenda. Talvez seja possível concluir uma premissa de que a Constituição, e com isso o reforço do retorno da valorização da força normativa da Constituição como causa, seja a ferramenta de correção para um status normativo pretendido. Este cenário agrava-se principalmente nos momentos de crises institucionais.

Solar é a atribuição de uma tábua de salvação dentro do texto constitucional através da identidade do comportamento Legislativo na proporcionalidade de projetos de lei em relação às Emendas. A coleta de dados foi feita somente na Câmara dos Deputados por opção do autor em analisar que a Casa representaria o comportamento massivo do Legislativo devido ser a com maior número de integrantes e geralmente a “Casa iniciadora”.

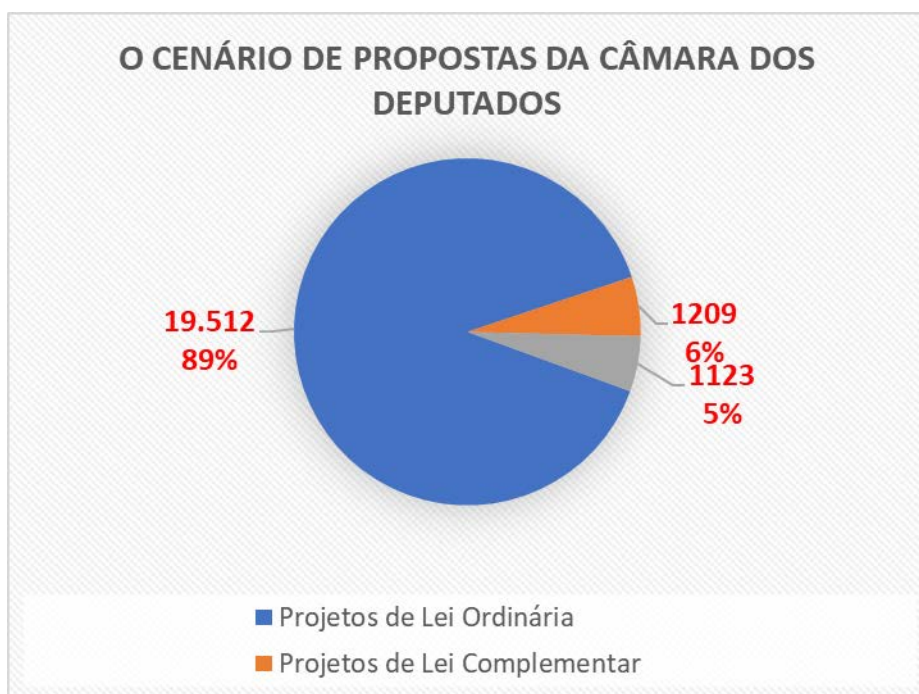


Figura 1 Dados coletados no site da Câmara dos Deputados em 19 de agosto de 2017

Apesar dos projetos de Lei Ordinária ocuparem a maior parte do cenário legislativo (89%), a peculiaridade espantosa é perceber que há quase a mesma quantidade de projetos de Emenda à Constituição do que projetos de Leis Complementares.

Sabe-se por melhor doutrina (Ataliba, 1971) que as leis complementares estão relacionadas com disposições constitucionais não auto executáveis, portanto, de rol previamente definido pela Constituição sobre quais matérias ela deverá tratar.

Em tese, um cenário legislativo quase perfeito deveria ter um número extremamente reduzido de projetos de leis complementares, dado o tempo de 29 anos de vigência da Constituição. As Emendas um

número ainda mais reduzido, por refletir somente questões pontuais que conflitam diretamente com princípios da sociedade que possuem um caráter mutante quando ao seu grau de flexibilização ou restrição no decorrer da história.

As escolhas e inclinações refletem a atribuição de Heidegger para o *Dasein* de que duas opções, quando estão em jogo, são estabelecidas por uma escolha que trata como normativamente melhor uma opção em detrimento da outra (CROWELL apud HEIDEGGER, 2012).

Propor uma lei perpassa por esse elemento ontológico: por que uma PEC seria tão relevante para estruturar minhas escolhas individualmente? De certa forma, quando há um comprometimento entre o que se assume ser melhor, a escolha fora da categoria é relegada como pior.

Para Heidegger, qualquer medida a que eu me prenda servirá de exemplo e será um gesto público com endossamento normativo (CROWELL, 2012). A Constituição agrega dois conceitos importantes para essa análise: a universalidade e normatividade em último grau (hierarquia).

Se coloco meu comportamento dentro do aspecto constitucional, então significa que tenho como adequar minha proposta para o grau de universalização máximo. O filósofo esclarece que isto é uma prática discursiva na qual uma parte do eu é devida nos outros.

Retorna-se ao argumento de perigo apresentado por Konrad Hesse na tendência de revisar uma Constituição. No movimento de tendência do Legislativo brasileiro, baseia-se a alteração da Constituição através da identificação de um problema social e seu deslocamento de competência para o texto normativo. Neste sentido, os estudos de Marcelo Neves sobre uma “Constituição Simbólica” calham como referência basilar e positiva para a tese fundante deste artigo.

Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição (HESSE, 1991).

A surpreendente velocidade com que a Constituição é emendada, além de refletir essa transposição dos problemas fáticos, identificados somente por escolhas individuais, cria uma maior aceção de desconfiança frente ao texto constitucional que doutrinador algum quer admitir com franqueza.

3 A emendabilidade da Constituição analisada através do sujeito e da História

Dentro do regime democrático, a função do Direito vem representar a substituição da legalidade pela legitimidade com critério de realização do justo, pois não é possível se cogitar mudanças sociais sem modificações viáveis no processo político (AGUILLAR, 1987).

Até agora, o texto tentou representar a análise das propostas de emendas à Constituição como um atributo de escolha influenciada pelo subjetivismo do político. De tal sorte, o conceito proposto se relaciona com a determinabilidade de possíveis escolhas do sujeito, em que a esfera individualista atravessa as barreiras do “eu” para interferir no debate da esfera pública.

Aguillar (1987) escreve um artigo nos meados da transição democrática entre a Constituição de 1967 e a Constituinte de 1988 e propõe duas conclusões importantes sobre o debate que se encontrava acirrado naquela época: a dualidade entre escolher uma constituição analítica ou sintética. Diz o autor que:

- 1) A durabilidade de um texto não representa uma vantagem desejável do ponto de vista dinâmico do direito;
- 2) As Constituições escritas sucumbem ao desvario político quando se atropela o princípio da legitimidade em uma sociedade desestabilizada.

Sabe-se que a opção por uma constituição detalhada era um imperativo da natureza da fragmentada da barganha política, do alto grau de incertezas no momento dessas escolhas institucionais e da explosão de demandas geradas em virtude do processo de democratização e, da extensa participação no processo constituinte (MELO, 2013).

Portanto, o comportamento identificado sobre a velocidade das emendas na Constituição atual é explicado, em uma grande escala, através dos ideários por trás da escolha de uma Constituição dogmática, extensa e que produziu a ampla constitucionalização de questões que fogem ao substantivo material proposto pela Teoria da Constituição.

Havia uma incerteza profunda quanto ao *status quo* político do país após o movimento de redemocratização. É notável que muitos setores sociais não queriam perder o estado atual de poder de influência na política. Mas isso seria possível de manter mesmo após a promulgação de uma nova Constituição? Com base nos estudos de MELO, é possível concluir que as constituições materializam *metapreferências* (ou preferências sobre preferências), que podem ser ameaçadas por preferências de segunda ordem ou mais imediatas (paixões) (MELO, 2013).

O autor afirma que quando há forte incerteza sobre o que ocorrerá no futuro, os grupos participantes do processo decisório terão interesse em constitucionalizar muitos dispositivos, mantendo rígidos, ao mesmo tempo, os instrumentos de mudança. Isso garante que,

quando esses grupos estiverem na oposição, teriam suas preferências mantidas (MELO, 2013).

Este processo pode ser analisado de uma maneira que leve a melhor compreensão através de um processo fenomenológico do Direito. Para a fenomenologia do Direito, utilizando-se do conceito de Reinach, os conceitos do direito positivo são encontrados por ele através de um processo de intuição. O sujeito intui-se sobre “o que é bom”, “o que é uma escolha justa” e etc. O Direito se vale de proposições apriorísticas e de conteúdo universal.

Dessa maneira, constitucionalizar uma gama de temas sem substância constitucional para a teoria da Constituição mais tradicional, é ao menos garantir que por maiores que sejam as instabilidades futuras, um determinado projeto (e porque não se utilizar da expressão “projeto programático” em referência à Canotilho), estará ao menos autorreferenciado dentro do texto constitucional, o que legitima certas práticas, ainda que não sejam majoritariamente aceitas.

HUSSERL (1981) descreve que as essências não se encontram encerradas dentro da razão, enviando sinais para a consciência. Não importa para a fenomenologia o fenômeno singular, mas o que nele se constitui. A fenomenologia possui o objetivo de alcançar a essência do fenômeno através da estruturação de sua significação.

No caso brasileiro, a forte incerteza sobre o grau de controle da maioria legislativa no momento da assembleia constituinte gerou a tendência de elevado grau de constitucionalização, conclusão que é possível fazer pela referência ao citado trabalho de MELO (2013). Além disso, convém ressaltar que se há expectativa de controle sobre as maiorias legislativas, mas não sobre o Judiciário, isso implicará a preferência por regras severas de *emendamento* para o núcleo básico de liberdades, direito e garantias.

O fenômeno do processo veloz de emenda na Constituição brasileira, diante do exposto, possui uma íntima relação com as crises institucionais e a instabilidade *pro futuro* que o setor político observa com referência ao *status quo*. Mister uma referência ao Poder Judiciário feita por Melo em seu estudo:

O processo constituinte brasileiro herdou relativamente intacto o poder judiciário do governo militar e apresentava ainda fortes incertezas sobre o jogo democrático em virtude do papel importante dos militares no processo de transição. A transição democrática esteve marcada efetivamente por incertezas. A Aliança Democrática que comandava a coalizão de transição não tinha expectativas de manutenção de seu *status* de maioria no futuro próximo. Dado que as cortes superiores tinham membros nomeados pelo regime militar, com vitaliciedade no mandato, o judiciário seria o poder onde se poderia esperar uma herança maior do regime anterior. O grau esperado de controle futuro sobre o poder legislativo para a coalizão dominante na constituinte seria muito maior no caso do poder legislativo. Mas ainda assim a taxa de incerteza não era trivial (MELO, 2013).

CONCLUSÃO: um abalo de confiança refletido na ética

A guarida da Constituição, nestes casos, é utilizada como a salvaguarda de que a solução tornar-se-á universal, numa pretensão de retirar a responsabilização do indivíduo por determinados eventos sociais. Quando transponho considerações do nível infraconstitucional para o constitucional há o *Dasein* de Heidegger sobre a escolha normativamente melhor em detrimento da outra.

A fenomenologia como método e ciência deve ser capaz de libertar o homem da ignorância da tirania individual ou coletiva, já que a afirmação de Heidegger é sobre um mundo que nunca cessa de ser fenômeno (HEIDEGGER, 1988).

A identificação da normatividade de um mundo como fenômeno pode ser considerada a partir da ótica da Constituição, principalmente em uma cultura jurídica como a dos países de tradição de um constitucionalismo forte.

Conforme Hesse, a correlação entre *sein* (ser) e *sollen* (dever ser) é o que determina a força normativa da Constituição, sendo que os pressupostos da força normativa encontram correspondência na Constituição quando ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio (HESSE, 1991).

Ao partir do conceito de *Dasein* construído por Heidegger como um ser que mantém uma relação de coexistência com seu meio, definindo seus potenciais por meio da interação entre os fenômenos, possibilita que o *Dasein* seja um ente capaz de criar, construir, destruir e desejar (ARAUJO, 2014).

No modelo atual de interpretação da Constituição, analisar tanto o intérprete quanto o Legislativo sob o enfoque fenomenológico auxilia a desvelar características da derrocada da ética: a Constituição é transformada em muitas vezes arma de retórica vazia por representar uma solução “espiritual” para toda problemática social.

Convém citar um trecho da obra de Peter Häberle para melhor compreensão desta amplitude de intérpretes do texto constitucional:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema Constituição e realidade constitucional, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional. O conceito de interpretação reclama um

esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la; toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997).

O indivíduo mencionado que vive a norma e se constitui de capacidade para interpretar é o que carrega consigo uma orientação discursiva da universalidade, e que indistintamente atribui esse carreamento de valores conjugados como os melhores para o texto constitucional. Inicia-se uma cadeia de excessos, representada incisivamente por um Constituição fragmentada por particularizações individuais que possuem pretensões de um algo genérico.

Analisando o teor material (substância) das emendas propostas desde 1992, dois períodos identificados pelo trabalho de MELO (2013) são marcantes para corroborar a tese proposta por este artigo. O governo FHC remodelou o modelo econômico da Constituição de 1988, afastando a economia brasileira do modelo desenvolvimentista e abrindo o mercado para empresas estrangeiras e flexibilizando determinadas matérias de monopólio da União.

Em um segundo momento, nos governos Dilma e Lula, houve um aumento da judicialização das políticas públicas e um avanço do ativismo constitucional, e as emendas cada vez mais perdem a força de matéria constitucional para retratar cada vez mais um interesse privado de matérias que não possuem substância constitucional. MELO (2013) identifica que os julgamentos do STF têm correspondido a interpretações novas que equivalem a mudanças estruturais em várias áreas: coligações em eleições, uso das células-tronco embrionárias, união homoafetiva, gravidez de feto anencefálico, nepotismo no judiciário, impunidade e corrupção (Lei da Ficha Limpa), reservas indígenas. A importância desses temas certamente nos autoriza a falar de mudança constitucional em sentido amplo, fazendo sentido a utiliza-

ção da expressão *poder constituinte difuso* ao invés de mutação constitucional.

As atuais reformas do governo Temer podem ser interpretadas como um retorno do movimento de reorganização da Constituição como o proposto por FHC, medidas que demonstram a preocupação de setores políticos e econômicos com futuras instabilidades, o que não quer dizer que há necessariamente um interesse público ou coletivo no fundo das proposições temáticas.

Essa crise de permanência da Constituição através das sucessivas Emendas representa a perda da matriz Ética, a derrocada da diretriz comportamental, pois ao se efetivar a valorização da força normativa da Constituição, a discussão sobre probidade e responsabilidade foi reduzida a mero complexo de regras com soluções universais, afastando-se cada vez mais do conteúdo ético o pilar qualitativo do comportamento.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. *Constituição analítica ou sintética?* In: Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 24, n. 96, out./dez. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181794/000433548.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

ARAUJO, Marcos Vinícius Gomes de. *Uma breve compreensão sobre o Dasein de Heidegger*. In: Revista Lampejos, nº 06, v. 02, 2014. Disponível em:

<http://revistalampejo.org/edicoes/edicao6/Volume%2006_Lampejo_12_2014_Oswald/Publica%C3%A7%C3%A3o/02_Artigos/Artigo%209_Marcus%20Vin%C3%ADcius%20Gomes_200%20a%20206.pdf>. Acesso em 21 ago. 2017.

ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

CROWELL, Steven. *Ser respondível: a apresentação de razões e o sentido ontológico do discurso*. In: Heidegger e a tarefa da filosofia – escritos sobre ética e fenomenologia. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

FERREIRA, Viviane Geraldês. *A fenomenologia do Direito e o pensamento de Adolph Reinach*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, a. 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67564>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

GALEFFI, Dante Augusto. *O que é isto – A fenomenologia de Husserl?*. In: Revista Ideação, Feira de Santana, n.5, p.13-36, jan./jun. 2000.

GARNICA, A. V. M. *Algumas notas sobre pesquisa qualitativa e fenomenologia*. Interface Comunicação, Saúde, Educação, v.1, n.1, 1997.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – Parte I*. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

HESSE, Konrad; Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. SA Fabris Editor, 1991. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38578981/A_forca_normativa_da_constituicao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503250058&Signature=dYvmhGlc6azth5qep3xRYB33PTM%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_forca_normativa_da_constituicao.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

HUSSERL, Edmund. *Pure phenomenology, its method and its fields of investigation*, Notre Damc, University of Notre Damc, 1981.

MALPAS, Jeff. *A derrocada da ética*. In: Heidegger e a tarefa da filosofia – escritos sobre ética e fenomenologia. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

MELO, Marcus André. *Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à "megapolítica"*. In: Novos estudos. CEBRAP, São Paulo, n.97, p.187-206, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 ago. 2017.

José Sebastião de Farias Filho

Advogado e Mestrando do PPGJA/UFF. E-mail: jsebastiao.filho@gmail.com

Resumo: A escolha dos meios midiáticos na confecção de suas pautas não ocorre desvinculada de múltiplos interesses e com foco apenas no desejo, no dever se levar a ciência dos fatos do mundo social à coletividade. O próprio surgimento das chamadas mídias de massa demonstra que a isenção da fala no máximo foi pretendida, mas nunca efetivada em sua plenitude.

Palavras-chave: Mídias de Massa – Comunicação – Opinião Pública

INTRODUÇÃO

A fala e seu registro são ferramentas imprescindíveis para comunicação entre os homens. No rastro da Humanidade sobre a Terra a Palavra Escrita é marco do início da História Antiga, a História Propriamente Dita, por permitir que nossa narrativa pudesse permanecer além do próprio ato da fala. Como prega o ditado latino: palavras o vento leva, a escrita permanece.

O ser humano enquanto animal gregário urge pelo contato com seus semelhantes, sendo o mero exercício da palavra dita um ato de convencimento, de angariar seguidores, do contrário não sentiríamos a necessidade de exprimir juízos e sentenças. Ficaríamos com o silêncio, como conselho implícito do literato e autor português José Saramago: “desisti de convencer os outros, pois não quero colonizar pessoas”.

O CONCEITO DE MÍDIA E A LEGITIMIDADE DE DISCURSO

A palavra mídia advém do termo latim *media* (singular) / *medium* (plural) que se refere ao anteparo no qual há sistematização e registro de informações para armazenagem, consulta e propagação.

No sentido de *mídia de massa*, tal sistema permanece, contudo com viés ideológico claro e focado na possibilidade de atingir uma quantidade considerável de pessoas.

O uso da palavra como instrumento de poder é marca da História da Humanidade. Na experiência política grega, sobremaneira ateniense, tem-se um cenário exemplar do fortalecimento do uso político da fala. A importância do uso comunitário da palavra na praça pública (*ágora*) ainda que privilégio dos homens nativos das cidades-estados livres e proprietários de terras e a presunção de que o Homem é um animal racional cuja fala deve atender a critérios de validade para produzir o convencimento de acordo com o fim que pretende são aspectos relevantes para retrospecto significativo da experiência grega (retórica) que é ampliada na expansão helênica sob jugo da dominação romana (oratória).

O jogo de lugar de repouso da verdade quer seja numa sentença natural por detrás de toda a realidade ou na sedução de alguma fala específica é presente no debate aristotélico socrático e sofista, reconhecido e sempre confrontado (GINZBURG, 2002), por isso a contribuição de Nietzsche enquanto questionador da própria lógica que sustenta o discurso atenta para o fato de que sempre há um interesse fundamentando e nutrindo uma fala. Assim, a racionalidade humana é em si mesma uma convenção entre seus pares e busca na retórica uma ferramenta de reflexão sobre Verdade e Mentira em sentido extramoral.

Era uma vez, num ângulo remoto do universo e muito além dos infinitos sistemas solares, um planeta sobre o qual alguns animais inteligentes descobriram o conhecimento. Foi o instante mais arrogante e mais mentiroso da “história do mundo”, mas tudo isso durou só um minuto. Após algumas poucas pulsações da natureza, o planeta esfriou e endureceu os animais inteligentes, aos poucos, foram morrendo. (NIETZSCHE *apud* GUNZBURG, 2002, p. 23)

Acerca da Verdade, Aristóteles traça três tipos: a sapiencial (aquela que advém do juramento do emissor), a impessoal (ligada ao saber matemático, como a geometria) e provável, que vai além das já mencionadas. Quando se pensa em convencimento de um público há três formas de apelo à audiência: *pathos*, *ethos* e *logos* como formas de convencimento da plateia.

O *pathos* permite acesso às emoções da plateia que se sente tocada por algum elemento do discurso, o *ethos* ocorre pela conduta e pelo desempenho do orador e o *logos* convence a plateia por meio de argumentos lógico-rationais ao acessar a racionalidade presente nos Homens.

A Opinião Pública grega ocorria de fato entre seus pares, onde todos tinham direito de fala, de influência social e de governo. O que, como já apontado, não significa o acesso de todos os seres humanos pertencentes àquela coletividade ao exercício direto do poder. No contexto romano a Retórica grega dá espaço à Oratória, como forma de persuasão em regime, ambiente totalitário.

O filósofo alemão Jürgen Habermas (1984) visa à retomada desse modelo grego, contudo numa via de real integração de todos os cidadãos, de todos os seres humanos caminhantes sobre a terra, adotando o conceito de opinião pública num sentido mais real.

“Opinion” assume em inglês e em francês o sentido nada complicado do termo latino *opinio*, a opinião, o juízo sem certeza, não plenamente demonstrado. A linguagem técnica filosófica, da “*doxa*” de Platão até o “*Meinem*” de Hegel, corresponde nisso exatamente ao entendimento semântico da linguagem cotidiana. Para nosso contexto, contudo, o outro significado de *opinion* é mais importante, ou seja, “*reputation*”, a reputação, a consideração, aquilo que se coloca na opinião dos outros. *Opinion* no sentido de uma concepção incerta, que primeiro ainda teria de passar pelo teste da verdade. (HABERMAS, 1984, p. 110)

O filósofo reconstrói o desenvolvimento de uma fala pública. Primeiramente, é importante demarcar os conceitos relacionados. A Esfera Pública seria a condição real numa sociedade na qual as falas dos seus componentes possam ser ouvidas, já a Opinião Pública seria a reunião da manifestação desses concernidos que elegem uma fala que representa da forma mais fiel o pensamento da maioria, resguardada as particularidades de indivíduos e pequenos grupos, o que as ciências estatísticas chamam de desvio-padrão.

Até a vigência do Antigo Regime inexistia uma fala coletiva ou não tinha condições de ser expressa, quer seja pelo controle político-estatal severo, que seja pelas condições materiais e tecnológicas que dificultavam a difusão de opiniões.

No século XVII com a disseminação dos salões de café e clubes de leitura as ideias podiam fluir de forma livre, autônoma, orgânica e natural, formando-se, pois, uma intelectualidade latente.

No século XVIII há enaltecimento do sentimento de privado, de cidadão, de civil e a expansão na mídia imprensa por meio das revistas e dos jornais, promovendo uma crescente discussão e formação de uma opinião pública que se confundia com a opinião da impúbere burguesia, sobremaneira na Inglaterra e na Alemanha. Assim, essa opinião passa a representar o povo (ainda que não fidedignamente) e

começa a exercer influência no Estado, nas suas legislações, rivalizando com o Parlamento enquanto instituição oficial, por exemplo.

A Publicidade enquanto princípio passa a ser exigido nos atos do Estado, permitindo um maior controle da população sobre o Leviatã necessário para organização coletiva.

Habermas aponta que na Revolução Francesa houve a condição de possibilidade de retomada de uma opinião pública verdadeira, por meio do fomento de uma esfera pública onde todos os homens poderiam se expressar. O discurso utilizado deveria explorar a capacidade racional do ser humano, ou seja, o *logos* no exercício da fala comunitária. Há um apelo para uma *cidadania ativa* que lembra os moldes gregos, agora mais democraticamente aplicados, nos quais os cidadãos enquanto seres racionais são dotados da capacidade de fala, de entendimento e do direito de serem ouvidos: *o sol é para todos*.

Apenas num ambiente em que haja democracia se pode vislumbrar uma Opinião Pública que seria síntese legítima e real das múltiplas formas de discursos presentes na sociedade que após amplo debate, confrontos e ponderações se chega a um discurso que representa a todos, porém sem ser de um grupo em específico, embora eventualmente coincida com a matriz ideológica de dado segmento social. Contudo, a então revolucionária burguesia abriu mão de explorar tal possibilidade e moldou uma pseudo-opinião pública que se confundia com seu próprio posicionamento.

Tal movimento adquire tom positivo por permitir um controle da população sobre os atos estatais, coibindo a tirania de tempos passados por meio da publicidade das ações, porém perde verdadeira reviravolta na estrutura de exercício de poder por apenas priorizar a opinião dos proprietários burgueses, ao invés de atender a toda população existente (ANDRADE, 2007, pp. 35-36).

O problema é o surgimento da Mídia enquanto organismo que se pretende produtor da opinião pública, ou seja, se percebe a própria esfera pública que expõe o pensamento da maioria, prestando homenagem à Democracia Representativa, uma vez que a atual demografia global impede a reunião da população cidadã como ocorria na ágora grega.

A Mídia passa a atender, enquanto organismo próprio, a seus próprios interesses e de quem lhe financia por turno, se comportando como porta-voz de um ator social que sequer faz parte da dinâmica hodierna, ou seja, traz ao cenário, dá luz à fala do estrangeiro em sua terra no cenário nacional, travestido de opinião da população.

A atuação da imprensa também obedece à pressão do capital financeiro internacional, sua interferência e objetivos nos países emergentes. A ingerência econômica e política é muito antiga, exercida por todos os caminhos, mas os objetivos do neoliberalismo são responsáveis por grande parte das mudanças já acontecidas em qualquer instituição pública ou privada. (MACCALÓZ, 2002, pp.65)

Jürgen compõe sintetiza os conceitos de *massa* e *público*. *Massa* seria um grupo onde a expressão dos indivíduos advém dos meios de comunicação, sendo-lhes negada a possibilidade de responder ou de fazê-lo de forma eficaz devido ao tempo, à quantidade de informações recebidas e o acesso à possibilidade de resposta. Pelo fato das autoridades controlarem a produção da opinião, os indivíduos não são autônomos na promoção de discussões e de relativização das versões produzidas como oficiais.

Público seria a reunião de indivíduos verdadeiramente agentes comunicativos, emitindo e recebendo opiniões, tendo, pois, oportunidade de expressar resposta, eis que dispões de tempo, de meios e de acesso. As autoridades não monopolizam a produção de versões e não coíbem as autonomias individuais.

A Opinião Pública que hoje temos é a que se pretende isenta, porém propagando ideais dos grupos que a controlam, pendendo para variados lados, conforme o interesse.

Na interseção Direito e Mídia temos os leigos juristas e os leigos jornalistas. Os primeiros seguem uma pauta internacional do FMI, do Banco Mundial, enfim, do capital financeiro internacional que visa ao desmonte do Estado-Nação, sobremaneira dos países do terceiro mundo, sem postura crítica dos atos e dos entendimentos da cúpula das instituições, abrindo espaço para o interesse privado de poucos prevaleça sobre o interesse coletivo de todos. MACCALÓZ (2002) atenta para o Documento nº 319/1997 do Banco Mundial como modulador da reforma do Poder Judiciário que coíbe a perseguição de direitos individuais e dos direitos adquiridos, desconfigurando a Constituição como protetora do indivíduo, como Cidadã.

Já os leigos jornalistas não entendem a estrutura judiciária, o mundo jurídico e opinam no sentido descomprometido com a técnica, sem base e a partir de pré-concebimentos, gerando desinformação da população.

Assim, se verifica uma dicotomia da velocidade. A Mídia é tida como veloz, eficiente e boa, enquanto o Judiciário e as estruturas judicantes, enquanto Estado, são tidos como morosos, insuficientes e ruins. Como se a velocidade fosse natural e absolutamente critério de comprovação de qualidade. Ora, os vinhos mais caros não necessitam de um tempo considerável de maturação? Não se quer fazer defesa a procedimentos judiciais que se percam na linha do tempo, mas atentar-se para que da mesma forma que a Constituição prima pela duração razoável do processo, da mesma forma prima pelo devido processo legal, pelo contraditório e pela ampla defesa.

2 AS ESCOLHAS DE NOTÍCIAS

A escolha dos fatos do mundo real que merecem a atenção da coletividade leva à Teoria do Agendamento. Segundo a mesma a Mídia determina a pauta para a formação da opinião pública ao destacar determinados temas e preterir, ofuscar ou ignorar outros tantos. Posto que como modula sentimentos, indignações, jogando luz sobre alguns pontos da vida social e criando cortinas de fumaça sobre outros.

Dessa forma a motivação dessas escolhas recai sobre o viés político, econômico, financeiro, o ego pessoal dos dirigentes diretos. Ou seja, “o é”, “o posto”. O dever ser tem o condão de refletir o papel da Mídia num Estado Republicano, enquanto instituição promotora do Bem Social, do Bem-Estar Público, da Paz Comunitária.

Na perspectiva habermasiana de agir estratégico que expoencia o Utilitarismo ao tratar as relações humanas como meio para determinado fim e não como válidas em si, se estabelece uma *contradição performativa* entre o que a Mídia diz ser e o que a Mídia é de fato, com percebemos em outras instituições do Estado Democrático de Direito, a guisa de exemplo a Polícia Militar. Não se pode ignorar a atuação dos vários sujeitos sociais que, por vezes, se acomodam com as dinâmicas que ocorrem e encampando uma *docilidade*, uma *passividade útil* não reagem e não pretendem mudanças.

3 PALAVRA E PODER

Devemos buscar uma superação das dinâmicas colocadas, do desempenho atual das instituições, como a Mídia, de forma crítica e não cínica, assumindo nosso papel social, quer seja na ação, que seja na

omissão. Sob pena de incorreremos no *meme*⁶³ das redes sociais que diagnostica: “Estou cansado de ser o único brasileiro que não recebeu propina!”.

Fala-se das instituições como se fossem entes próprios e autônomos deslocados da sociedade, porém não o são! Há um processo de personalização, de pessoalização das coisas (*res/rei*) e reificação, coisificação do ser humano, do cidadão, remontando ao conceito de fetiche no pensamento marxista. As instituições são maiores que as pessoas, contudo são feitas de pessoas e, portanto, devemos lembrar-nos das falas de Joseph de Maistre e de Desmond Tutu, respectivamente, “cada nação tem o governo que merece!”, “se numa situação injusta fica-se em cima do muro, escolhe-se o lado do opressor!”.

Com o advento das mídias sociais há a possibilidade real de que um número maior de indivíduos pudesse opinar livremente, chegando-se mais perto do conceito de esfera pública do filósofo alemão. Contudo, deve-se ter cautela devido ao fato das pessoas apresentarem comportamentos distintos do Eu Físico e do Eu Virtual, como se pudesse cindir um mesmo indivíduo em duas esferas, possibilitando que o meio cibernético ganhe cunho terapêutico de liberdade plena para as pulsões reprimidas pelo meio social concreto. Entretanto, o fato de por si só cada indivíduo ser um repórter potencial no mundo digital força a mídia tradicional a rever seu posicionamento se pretende manter seu poder e sua pretensão-vitrine de Opinião Pública.

O pedagogo brasileiro Paulo Freire aponta que se o oprimido não rompe com a lógica da opressão, seu sonho é se tornar opressor. Assim, não basta que uma ou outra, ou ainda todas as instituições estejam comprometidas com o bem comum se a população em si não está.

⁶³ *Meme*, em definição livre, é o conteúdo visual que associa texto e imagem ou vídeo curtíssimo (*gif*) acerca de dado tema que se torna popular nas redes sociais ganhando grande divulgação e circulação (*viralização*).

Aqui se presentifica a lógica foucaultiana de poder exercido em âmbito microfísico, sendo o mesmo sujeito receptor e produtor de notícia-opinião-poder, devendo se convencer de uma tomada de decisão para cambiar determinada lógica socialmente vigente, a fim de que as mudanças propostas sejam duradouras, eis que se tornaram metas pessoais e não imposição de alguma autoridade.

Não se pode olvidar que as organizações enquanto empreendimentos comerciais e privados, mesmo com relevante função pública, busca o lucro pela exploração do espaço social que ocupa, o que é lícito em nosso ordenamento jurídico. Todavia, a Mídia ocupa, sobremaneira por sua origem histórica, papel de fiscal do próprio Estado, como braço organizado da sociedade civil enquanto barreira ao arbítrio de um Poder Público Déspota. Logo, essa tonalidade de cão de guarda, de guardião dos guardiões deve ser resgatada. Sempre com ponderação, a uma por não se vislumbrar direitos absolutos e a duas pelo inquestionável e inevitável poder que o uso da palavra representa. *Quis custodiet ipsos custodes?*⁶⁴

4 FORMAS DE SAÍDA

O modelo platônico de organização política vê na democracia a pior forma de governo e a aristocracia de filósofos-reis a melhor, Habermas enxerga nessa democracia a situação primeira, a condicionante para se discutir qualquer forma de organização comunitária legítima, contudo é isso, aponta o começo do debate e não seu fim. Visualizando-se a realidade brasileira, qual seria a gestão ideal do poder político? O governo de assembleia aos moldes jacobinos da Revolução Francesa é impensável ao mirar nosso espírito eivado dos preconceitos do Velho

64 *Quem guardará os guardiões? (tradução livre) In: JUVENAL. Sátiras. Verso VI, linhas 347-348.*

e do Novo Mundo, porém a tecnologia exsurge como ferramenta para modificação da realidade.

O que constatamos é a exploração do *pathos* e do *ethos* ao invés do *logos* para convencimento da opinião pública. É preciso lembrar que *phatos* dá origem ao vocábulo patologia, ou seja, doença e paixão, vício dominador. A sociedade se permite doente quando aceita a aparência do discurso devido a quem fala e das paixões que evoca em si ao invés da validade lógico-racional do discurso.

Independente da veracidade dos discursos que transitam em dada sociedade é preciso reconhecer a prevalência de alguns pelo contexto político que difícil e infelizmente não levam em conta a racionalidade lógica e nem a preservação da espécie *sapiens*. Todavia, resta a Esperança como remanescente da Caixa de Pandora que abrimos ao provar do fruto proibido que desvendou nossos olhos para a dobra sobre si e a reflexão da pegada que deixamos e deixaremos sobre o Além-Éden.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GINZBURG, Carlo. *Relações de Força: História, Retórica e Prova*. Tradução Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 13-45.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

JUVENAL. *Sátiras*. Verso VI, linhas 347-348.

MACCALÓZ, Salete. *O Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e a Opinião Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÉTICA E MORALIDADE NO MEIO AMBIENTE

Márcio Santoro Rocha

Juiz Federal. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado da União (AGU). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense

Resumo: No presente artigo, procede-se à análise do ser humano como ator social na questão ambiental, fazendo uma contraposição entre uma atitude comunicativa e uma atitude objetivante (racionalidade instrumental estratégica) no enfrentamento dessa questão, e como essas concepções irão permear, expondo contradições, as diferentes correntes do ecologismo, que se expandem como reação ao crescimento econômico: “culto ao silvestre”, “evangelho da ecoeficiência” e o “ecologismo dos pobres”, classificação adotada por Joan Martinez Alier.

INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se analisar a questão ambiental sobre o viés da ética e moralidade. Irá se analisar as contradições existentes nos diferentes discursos adotados pelo movimento ecologista no que concerne ao ser humano e seu papel no meio ambiente.

Primeiramente, adota-se como classificação dos diversos movimentos ecológicos aquela adotada por Joan Martinez Alier, que os classifica como “culto ao silvestre”, “evangelho da ecoeficiência” e o “ecologismo dos pobres”.

As diferentes correntes distinguem-se pela relação do homem com o meio ambiente, e como se daria a proteção deste. Enquanto o “culto ao silvestre” defende a ideia de espaços intocados e imunes à

ação humana, o “evangelho da ecoficiência” busca, por sua vez, compatibilizar desenvolvimento econômico com proteção ao meio ambiente, visando a que àquele não culmine por fulminar este, mas sem obstar, contudo, a exploração econômica do meio ambiente. Por sua vez, o “ecologismo dos pobres” é centrada no movimento de populações tradicionais e nativas, que retiram do meio ambiente sua sobrevivência, e por tal razão, engajam-se na luta por sua defesa, sendo o despertar de uma consciência ecológica muitas vezes proveniente dessa própria luta, e não fruto de uma concepção prévia ou idealizada sobre o meio ambiente, mas concreta e intrínseca ao seu modo de viver.

Após, será feito o confronto do papel do homem no centro dessas correntes do ecologismo, filtrando-se essa análise sob o viés da ética e moralidade, com fundamento teórico essencialmente habermasiano. Até que ponto essas diversas correntes visualizam o homem como ator social, e não objeto de ação? Ética e moral implicam relacionamento, e daí ser fundamental uma relação de simetria. Mas será que se verifica uma atitude comunicativa, e não uma ação objetificante entre os defensores dessas correntes?

Visualiza-se no discurso de diversas correntes do ecologismo, muitas vezes de forma camuflada, uma racionalidade estratégica, que instrumentaliza o próprio homem em benefício do interesse de uma determinada classe, casta ou grupo social, para supostamente buscar a proteção de um bem essencial para a sobrevivência de toda a humanidade, só que com custos (e benefícios) sociais divididos de forma extremamente desigual. E é isso que se busca aqui descortinar.

1 O ecologismo e suas diversas correntes

Se o objetivo deste trabalho é estudar a ética e moralidade no meio ambiente, analisando as diversas contradições existentes nos dis-

cursos adotados pelos movimentos ecologistas, é anterior lógico entender as tendências existentes entre aqueles que militam na causa ambiental. Longe de se constituir em um bloco monolítico, o movimento ambientalista guarda diferentes formas de encarar a relação do homem com o meio ambiente, e de que forma pode ser este objeto de proteção. Neste trabalho, adotou-se a classificação de Joan Martinez Alier, que a exhibe em seu livro “Ecologismo dos Pobres”⁶⁵. É importante notar que essas correntes não constituem, também, campos estanques, havendo muitas vezes influências recíprocas nos diversos movimentos que se dedicam ao ecologismo. Ademais, elas subsistem nos dias de hoje de forma simultânea, não havendo de se falar em superação de uma pela outra.

Em termos cronológicos, a 1ª corrente que surge é aquela que vai denominar de “Culto à vida silvestre”. Essa corrente irá nascer no início do século XX nos EUA, e advogará a defesa da natureza em sua forma mais pura, indene da ação do homem:

Em termos cronológicos, de autoconsciência e de organização, a primeira corrente é a da defesa da natureza intocada, o amor aos bosques primários e aos cursos d’água. Trata-se do “culto ao silvestre”, tal como foi apresentada há mais de cem anos por John Muir e pelo *Sierra Club* dos Estados Unidos. Passaram-se por volta de cinquenta anos desde que *A ética da terra*, de Aldo Leopold, direcionou a atenção não só para a beleza do meio ambiente, como também para a ciência da ecologia.⁶⁶

Considera que é inútil lutar contra a industrialização e o crescimento econômico, por isso buscará preservar as áreas naturais que ainda restam da ação do ser humano:

⁶⁵ ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo, Contexto, 2007, 379 p.

⁶⁶ ALIER, 2007, p. 22.

O “culto ao silvestre” não ataca o crescimento econômico enquanto tal. Até mesmo admite sua derrota na maior parte do mundo industrializado. Porém, coloca em discussão uma “ação de retaguarda”, que nas considerações de Leopold visam a preservar e manter o que resta dos espaços da natureza original situados fora da influência do mercado. O “culto ao silvestre” surge do amor às belas paisagens e de valores profundos, jamais para os interesses materiais. A biologia da conservação, que se desenvolve desde 1960, fornece a base científica que respalda essa primeira corrente ambientalista. Dentre suas vitórias, podemos mencionar a Convenção da Biodiversidade no Rio de Janeiro em 1992 (que desgraçadamente permanece sem a ratificação dos EUA), e a notável Lei de espécies em Perigo dos Estados Unidos, cuja retórica apela aos valores utilitaristas, mas que claramente prioriza a preservação sobre o uso mercantil.⁶⁷

Como forma de se preservar espaços originais da natureza, ira defender, entre outras, a idéia da criação de áreas de proteção, cercadas da ação predatória do ser humano:

Durante os últimos trinta anos, o “culto ao sagrado” tem sido representado no ativismo ocidental pelo movimento da “ecologia profunda” (Devall e Sessions, 1985), que propugna uma atitude biocêntrica ante a natureza, contrastando com a postura antropocêntrica superficial. A agricultura tradicional ou moderna desagradada aos ecologistas profundos em razão de ter conquistado espaço às expensas da vida silvestre. A principal proposta política dessa corrente do ambientalismo consiste em manter reservas naturais, denominadas parques nacionais ou naturais, ou algo semelhante, livres da interferência humana. Existem ⁶⁸.

No Brasil, encontramos influência dessa corrente de pensamento no próprio Texto constitucional, ao prever como instrumento da política de proteção ao meio ambiente medidas destinadas a preservá-lo, inclusive com a definição de espaços territoriais para esse fim:

⁶⁷ ALIER, 2007, p. 22.

⁶⁸ ALIER, 2007, p. 23-4.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Regulamentando o dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 9.985/2000, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação:

Englobam as Unidades de Conservação (UCs), mosaicos e corredores ecológicos, espaços considerados essenciais, do ponto de vista econômico, por conservarem a sociobiodiversidade, além de serem provedores de serviços ambientais e geradores de oportunidades de negócios. Espaços como os parques, florestas nacionais, mosaicos florestais e as UCs mantidas pelo Programa de Áreas Protegidas da Amazônia (Arpa) são responsáveis pela produção direta de parte da água destinada ao consumo humano, bem como impedem a emissão de bilhões de toneladas de carbono na atmosfera. Grau de importância crescente têm os corredores ecológicos, que conectam os fragmentos de áreas natu-

rais e são definidos no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) como porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando UCs, possibilitam o fluxo de genes e o movimento da biota - conjunto de seres vivos de um ecossistema, o que inclui a flora, a fauna, os fungos e outros grupos de organismos -, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, e ainda a manutenção de populações que demandam, para sua sobrevivência, de áreas com extensão maior do que aquelas das unidades individuais. Para viabilizar a manutenção e conservação de todas as áreas protegidas, o governo lança mão de várias estratégias políticas, contidas em diferentes instrumentos, como o Cadastro Nacional de UCs, o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) e programas e projetos de alcance nacional.⁶⁹

Como se observa, portanto, o “culto à vida silvestre”, longe de se tratar de um ideal romântico ou inatingível, se espalhou mundo à fora, e por todos os países, inclusive o Brasil, vê-se sua influência, em especial na criação de áreas naturais protegidas, em maior ou menor grau, da ação humana. Em algumas dessas unidades de conservação, como é o caso das chamadas “unidades de proteção integral” (cf. art. 7º, I, da Lei 9.985/2000), apenas é admitido o uso indireto de seus recursos naturais (cf. p. 1º do art. 7º da Lei 9.985/2000), sendo inclusive vedado que o homem habite em seu interior. Na reserva biológica, onde tal grau de zelo é o mais extremado, é inclusive proibida a visitação pública, exceto aquela com objetivo educacional (cf. p. 2º do art. 10 da Lei 9.985/2000).

Ao lado do “culto à vida silvestre”, surge uma segunda corrente com grande força, que irá ter como foco a questão econômica intrínseca à ambiental, buscando conciliar o crescimento econômico com o uso sustentável dos recursos naturais, a fim de os garantir para futuras gerações. A natureza, aqui, perde seu valor em si mesmo ou sagrado,

⁶⁹ <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas> acessado em 27/10/2017.

mas é vista de uma maneira utilitária, como necessária para o desenvolvimento econômico, e por tal merecendo ser utilizada de forma a que a ação humana não a extinga. É o que Alier chamará de “Evangelho da ecoeficiência”:

Ainda que as correntes do ecologismo estejam entrelaçadas, o fato é que a primeira corrente, a do “culto ao silvestre”, tem sido desafiada durante muito tempo por uma segunda corrente preocupada com os efeitos do crescimento econômico, não só nas áreas de natureza original como também na economia industrial, agrícola e urbana. Trata-se de uma corrente aqui batizada como “credo- ou evangelho –da ecoeficiência”. Sua atenção está direcionada para os impactos ambientais ou riscos à saúde decorrentes das atividades industriais, da urbanização e também da agricultura moderna. Essa segunda corrente do movimento ecologista se preocupa com a economia na sua totalidade. Muitas vezes defende o crescimento econômico, ainda que não a qualquer custo. Acredita no “desenvolvimento sustentável”, na “modernização ecológica” e na “boa utilização” dos recursos. Preocupa-se com os impactos da produção de bens e com o manejo sustentável dos recursos naturais, e não tanto pela perda dos atrativos da natureza ou dos seus valores intrínsecos. Os representantes dessa segunda corrente utilizam a palavra “natureza”, porém falam mais precisamente de “recursos naturais”, ou até mesmo “capital natural” e “serviços ambientais”. A extinção de aves, rãs ou borboletas “bioindica” problemas, tal como a morte de canários nos capacetes dos mineiros de carvão. Contudo, essas espécies, enquanto tais, não possuem direito indiscutível à vida. Esse credo é atualmente um movimento de engenheiros e economistas, uma religião da utilidade e da eficiência técnica desprovida na noção do sagrado.⁷⁰

Considerando, portanto, o seu apelo ao desenvolvimento econômico, ainda que com certos limites, essa corrente ganha grande apreço, visto que atende, em grande parte, interesses econômicos poderosos, em especial das nações desenvolvidas, eis que não defende

⁷⁰ ALIER, 2007, p. 26-7.

uma ideia de meio ambiente intocado, mas usado de maneira sustentável para o desenvolvimento (em especial econômico) do homem. Ou seja, não guarda qualquer incompatibilidade, pelo menos do ponto de vista ontológico, com os interesses do capitalismo em sua busca incessante por lucros e conquista de novos territórios para o seu crescimento:

Hoje, nos Estados Unidos e de modo ainda mais acentuado na superpovoada Europa, na qual muito pouco resta da natureza original, o credo da “eficiência” domina os debates ambientais, tanto os sociais quanto os políticos. Os conceitos-chave são as “curvas Ambientais de Kuznets”, pelas quais o incremento de investimentos conduz, em primeiro lugar, a um aumento da contaminação, mas no final conduz a sua redução; o “desenvolvimento sustentável”, interpretado como crescimento econômico sustentável; a busca de soluções de “ganhos econômicos e ganhos ecológicos” – *win win* –, e a “modernização ecológica”, terminologia inventada por Martin Jaenicke (1993) e por Arthur Mol, que estudou a indústria química holandesa (Mol, 1995, Mol e Sonnenfeld, 2000, Mol e Spargaren, 2000). A modernização ecológica caminha sobre duas pernas: uma econômica, com ecoimpostos e mercados de licenças de emissões; a outra tecnológica, apoiando medidas voltadas para economia de energia e de matérias-primas. Cientificamente, essa corrente repousa na economia ambiental (cuja mensagem é sintetizada em “conquistar preços corretos” por intermédio da “internalização das externalidades”) e na nova disciplina da Ecologia Industrial, voltada para o estudo do “metabolismo industrial”.⁷¹

O Brasil tem diversos dispositivos constitucionais e legais que visam a positivar em seu ordenamento jurídico os valores trazidos por essa corrente. A começar, nossa Carta Constitucional insere a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica:

170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos exis-

⁷¹ ALIER, 2007, p. 27-8.

tência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Ao dispor sobre a atividade garimpeira, o constituinte também insere o meio ambiente como valor a ser protegido:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

A proteção do meio ambiente é, também, inserida como requisito a que a propriedade rural atenda a sua função social:

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

(...)

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

E o próprio capítulo da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre o meio ambiente também ressalta esse viés de desenvolvimento sustentável, ao prever mecanismos para a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, ou ao menos a redução de impacto neste do desenvolvimento econômico:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Regulamentando esses dispositivos constitucionais, foram editadas diversas leis federais. A própria lei que dispõe sobre o Sistema de Unidades de Conservação prevê unidades de uso sustentável (art. 7º, II, da Lei 9.985/2000), nas quais se visa a “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (p. 2º do art. 7º da Lei 9.985/2000).

Por fim, mas não menos importante, surge a corrente ecologista denominada por Alier de “ecologismo dos pobres”. Esta surge também sobre os afluxos dos efeitos do crescimento econômico, mas sob viés diverso das demais correntes. É centrada no impacto desigual que o desenvolvimento causa, em nível global, considerando a globalização e a divisão internacional do trabalho, a imensos contingentes de grupos sociais, que são expulsos de suas terras e privados de seus meios de subsistência com a destruição do meio ambiente, a fim de que o capital possa se expandir, conquistando novos mercados, acesso a matérias-primas e locais de produção, destruindo o ambiente a sua volta e o moldando a seus interesses imediatos, sem se preocupar com

o impacto nas populações locais. Tais impactos que sofrem não são solucionados do ponto de vista econômico ou tecnológico, restando apenas a luta política como forma de resistência.⁷² Como leciona Alier,

“(...) o eixo principal desta terceira corrente não é uma reverência sagrada à natureza, mas, antes, um interesse material pelo meio ambiente como fonte de condição para a subsistência; não em razão de uma preocupação relacionada com os direitos das demais espécies e das futuras gerações de humanos, mas, sim, pelos humanos pobres de hoje. Essa corrente não compartilha os mesmos fundamentos éticos (nem estéticos) do culto ao silvestre. Sua ética nasce de uma demanda por justiça social contemporânea entre os humanos.(...)Até muito recentemente , a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem, muito embora o ecologismo popular ou ecologismo dos pobres constituam denominações aplicadas a movimentos do Terceiro Mundo que lutam contra os impactos ambientais que ameaçam os pobres, que constituem a ampla maioria da população em muitos países. Estes incluem movimentos de base camponesa cujos campos os terras voltadas para pastos tem sido destruídos pela mineração ou por pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial (Kurien, 1992, McGrath ET AL., 1993), que simultaneamente destroem seu sustento e esgotam os bancos pesqueiros; e por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades afetadas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo dessas tecnologias. Essa terceira corrente recebe apoio da agroecologia, da etnoecologia, da ecologia política e, em alguma medida, da ecologia urbana e da economia ecológica. Também tem sido apoiada por sociólogos ambientais. Essa terceira corrente está crescendo em nível mundial pelos inevitáveis conflitos ecológicos distributivos. À medida que se expande a escala da economia, mais resíduos são gerados, mais os sistemas naturais são comprometidos, mais se deterioram os direitos das gerações futuras, mais o conhecimento dos recursos genéticos são perdidos. Alguns grupos da geração atual são pri-

⁷² ALIER, 2007, p. 33-4.

vados do acesso aos recursos e serviços ambientais, e sofrem muito mais com a contaminação.⁷³

No Brasil, há diversos movimentos que podem se enquadrar nessas características relacionadas ao “ecologismo dos pobres.” Desde os movimentos em prol dos direitos dos indígenas, passando por aqueles dos trabalhadores sem-terra, compreendendo, também, os seringueiros, capitaneados pelo líder Chico Mendes, que foi assassinado por justamente se opor aos interesses de grandes proprietários, que viam a floresta como ameaça à expansão de seus pastos, brotam de todos os confins desse imenso país conflitos socioambientais, onde a violência e a desigualdade social se retroalimentam, e a questão ambiental ocupa espaço central, ainda que muitas vezes não haja essa consciência pelos grupos que empreendem tais lutas, pois o desenvolvimento econômico se torna uma ameaça ao meio ambiente de onde esses povos retiram sua sobrevivência. Desenvolvimento este, frise-se, não destinado a beneficiar a população como um todo, mas a pequenos grupos privilegiados, cujos interesses são contrapostos à de uma maioria que retira de sua natureza sua subsistência.

A luta empreendida por tais grupos, em que pese extremamente desigual em forças e poder político e econômico, foi apta a conquistar algumas vitórias, que apesar de sempre sob ameaça, encontram-se positivadas no ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da previsão de que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são bens da União (art. 20, XI, da CF), e a previsão de propriedade aos remanescentes de quilombos (art. 68 do ADCT). A Lei sobre o Sistema de Unidades de Conservação, por sua vez, prevê a existência de reservas extrativistas, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais:

Art. 18. A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no ex-

⁷³ ALIER, 2007, p. 34-6.

trativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

§ 1o A Reserva Extrativista é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme o disposto no art. 23 desta Lei e em regulamentação específica, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 2o A Reserva Extrativista será gerida por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade.

§ 3o A visitação pública é permitida, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área.

§ 4o A pesquisa científica é permitida e incentivada, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e às normas previstas em regulamento.

§ 5o O Plano de Manejo da unidade será aprovado pelo seu Conselho Deliberativo.

§ 6o São proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional.

§ 7o A exploração comercial de recursos madeireiros só será admitida em bases sustentáveis e em situações especiais e complementares às demais atividades desenvolvidas na Reserva Extrativista, conforme o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade.

Em que pese as diferenças acima apontadas entre as diferentes correntes do ecologismo, é importante que se reafirme não se tratar de linhas fechadas, havendo diversos pontos de entrelaçamento entre as mesmas:

Existem pontos de contato e pontos de desacordo entre esses três tipos de ambientalismo. Ressalvo que uma mesma organização

pode pertencer a mais de um desses três tipos. Exemplificando, o Sierra Club, ainda que tenha trabalhado pela preservação da natureza, publicou livros sobre justiça ambiental.⁷⁴

E é sempre pertinente a advertência trazida por Alier:

Entretanto, uma coisa une todos os ambientalistas: é a existência de um poderoso lobby antiecológico, possivelmente mais forte no Sul do que no Norte. No Sul, os ambientalistas são em muitas ocasiões atacados pelos empresários e pelo governo (e pelos remanescentes da velha esquerda), considerados serviçais de estrangeiros cujo objetivo é estancar o desenvolvimento econômico. Na Índia, os ativistas antinucleares são considerados contrários à pátria e ao desenvolvimento. Na Argentina, os escassos ativistas antitransgênicos também são tidos como traidores pelos exportadores agrícolas.⁷⁵

Feitas essas considerações, pode-se passar a discorrer sobre teoria da racionalidade comunicativa em Habermas, para aí sim se abordar sobre a ética e moral nessas três correntes.

2 Teoria da Ação Comunicativa em Habermas

A sociabilidade é a base da espécie *homo sapiens*. Ética e moral implicam relacionamento, relação de simetria. A dimensão ética e moral possível, considerando essa relação de simetria, é a do homem como ator social, e não mero executor ou objeto de outrem.

Transitamos por diferentes racionalidades, e a grande questão é como não transformamos o outro em um instrumento para atingir nossos interesses, ou seja, adotar uma atitude em que a nossa razão seja não objetificante (racionalidade estratégica instrumental), mas considerando o outro enquanto sujeito (atitude comunicativa).

⁷⁴ ALIER, 2007, p. 39.

⁷⁵ ALIER, 2007, p. 39.

Habermas⁷⁶ se opõe à ideia de que a razão instrumental constitua a própria racionalização da sociedade ou o único padrão de racionalização possível, e introduz o conceito de razão comunicativa. Dando proeminência à fala, à palavra, enfim, à comunicação entre os seres humanos, Habermas argumenta que, através da ação comunicativa, podemos transformar o mundo.

Assim, elabora uma teoria alternativa racional à razão instrumental como fundamento da modernidade a partir de uma ampliação e especificação da própria ideia de razão. Habermas também cria uma diferenciação entre a ação estratégica e a comunicativa, que é aquilo que se pretende usar como filtro às diferentes correntes do ecologismo neste trabalho.

3 Ética e moralidade aplicada ao meio ambiente

Considerando os tópicos progressos, pode-se agora adentrar no cerne do problema trazido neste artigo: analisar sob o aspecto ético e moral as diferentes correntes do ecologismo.

O “culto ao silvestre”, conforme visto, é uma linha do ecologismo que visa a defender o meio ambiente através da proteção de áreas à ação do homem, limitando ou impedindo seu acesso e exploração pelo mesmo. Parte do princípio que o progresso econômico é algo inevitável, então o que resta é uma ação de retaguarda, cercando os espaços naturais que ainda restam.

A primeira questão que surge é acerca do impacto desigual que a proteção dessas áreas causa, tanto do ponto de vista planetário, como do ponto de vista nacional, à população humana. Do ponto de vista

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

global, é cediço que países em desenvolvimento, como Brasil⁷⁷ e Índia⁷⁸ por exemplo, concentram as maiores biodiversidades do mundo. Por essa razão, recai sobre esses os maiores ônus no que concerne à proteção dessa imensa riqueza ambiental. Ocorre que são países que tem sérios problemas de distribuição de renda e de pobreza, muito em razão de seu subdesenvolvimento econômico. A Índia, por exemplo, concentra 1/3 da população mundial que vive em extrema pobreza, de acordo com dados da ONU apresentados em 2014.⁷⁹ Por melhores que sejam as intenções em se preservar vastos contingentes territoriais a fim de proteger o meio ambiente, é irremediável a conclusão que levam a um custo a países e populações, que tem áreas retiradas ou ao menos reduzidas de um horizonte de exploração econômica de seus recursos, moradia e aproveitamento socioeconômico em termos genéricos.

O “Culto ao silvestre” não oferece, pelo menos *a priori*, uma resposta sobre a divisão social desses custos. Por mais necessária que seja, de fato, a preservação de áreas da natureza, a fim de se manter a biodiversidade planetária, essencial para a vida humana na Terra, isso irá implicar em um pesado ônus socioeconômico para toda a humanidade, mas de forma extremamente desigual. Essa desigualdade é,

⁷⁷ A variedade de biomas reflete a enorme riqueza da flora e da fauna brasileiras: o Brasil abriga a maior biodiversidade do planeta. Esta abundante variedade de vida – que se traduz em mais de 20% do número total de espécies da Terra – eleva o Brasil ao posto de principal nação entre os 17 países megadiversos (ou de maior biodiversidade). Disponível em <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira> acessado em 30/10/2017.

⁷⁸ A Índia, que abriga 8% da biodiversidade do planeta em apenas 2,4% d sua área, tem uma enorme variedade de ecossistemas (incluídos florestas montanhosas e tropicais, mangues, terras de pastagem, áreas marinhas e desertos) e é o lar de 137 mil espécies de flora e fauna. Disponível em <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2007/05/economia/biodiversidade-india-tem-leis-brandas-e-grandes-preocupacoes/> acessado em 30/10/2017.

⁷⁹ http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/mundo/noticias/2014/07/17/India-concentra-1-3-pobreza-extrema-mundial_7931633.html acessado em 30/10/2017.

também, reproduzida dentro dos próprios países, onde os mais pobres são normalmente os mais afetados com a subtração de espaços geográficos para moradia e subsistência, como é o caso de camponeses e moradores de áreas periféricas das cidades. E aí vemos uma racionalidade estratégica em voga, pois parte da humanidade é usada para se atingir a fins que, no discurso adotado, beneficiariam toda a humanidade.

O benefício da preservação do meio ambiente é para todos, mas os custos dessa preservação são extremamente desiguais. Exemplificando, o morador de Manhattan em Nova York em nada terá sua vida afetada em termos de custos com a preservação da Amazônia brasileira. Assim, a defesa dessa bandeira para esse ser humano apenas lhe trará bônus, sem qualquer contrapartida. Entretanto, para o camponês brasileiro que tem que desocupar uma área transformada em reserva biológica no mesmo local, cuja área é de proteção integral, e, portanto, vedada a sua ocupação/exploração tem, no mínimo, uma redução das possibilidades de terras que poderá viver e trabalhar, o que lhe traz um ônus econômico e social. Ou seja, esse camponês é instrumentalizado pelos interesses supostamente gerais, não fazendo parte das discussões sobre os custos e ônus desse processo, o que uma ação comunicativa teria como primordial para conferir um trato verdadeiramente ético e moral da questão ambiental, onde todos fossem vistos como atores sociais, verdadeiramente simétricos em direitos e deveres, com ônus e bônus devidamente distribuídos.

Mas a questão não se encerra aí. Em países desenvolvidos, que detem um elevado padrão de exploração econômica de seu território, e via de regra, em termos globais, uma biodiversidade menor, há outra questão central, que é o padrão de consumo adotado, que é em grande parte responsável pela destruição de ecossistemas em países periféricos em sua busca incessante por matérias-primas e novos mercados:

Como procuramos expor até aqui, a situação na qual nos encontramos é a de uma sociedade de consumo que devora produtos, serviços e tecnologias, gerando com esta avidez o esgotamento dos recursos naturais e pondo em risco a sobrevivência do planeta, das espécies que nele habitam e também da própria espécie humana. Sentimo-nos hoje, como bem apontaram Adorno e Horkheimer, na obra *Dialética do Esclarecimento*, como Ulisses do terceiro milênio: estamos seduzidos pelo encanto e pela beleza das “sereias” (produtos, serviços, tecnologias), mas somos impedidos de acessá-las ou reduzidos em nossa possibilidade de possuí-las, para não sermos aniquilados graças a isso. Se esta situação é observada, ela é fruto das próprias escolhas humanas ao longo de mais de quinhentos anos, nisso que se convencionou chamar de modernidade.⁸⁰

Escancara-se, desta feita, uma grande incoerência no discurso protetivo, que se dirige, em grande parte, a esses países subdesenvolvidos, que guardam as maiores reservas de biodiversidade da Terra, pois a própria pilhagem e destruição desses recursos atingem interesses relacionados aos padrões de consumo exigidos por tais países. A crescente demanda por soja na Europa⁸¹, por exemplo, levará à expansão da fronteira agrícola no Brasil e o seu consequente avanço sobre a floresta Amazônica. Então como se exigir um comportamento (proteção das florestas tropicais) quando se adotada outro diametralmente oposto (aumentar a demanda por commodities que implicam a destruição das florestas tropicais)?

⁸⁰ HANSEN, Gilvan Luiz. A sociedade de consumo e o paradoxo da proteção ambiental. (ISBN 978-85-7625264-1). In: FLÔRES, Nilton Cesar. (Org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. 1.ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2012, v. 1, p. 307-320.

⁸¹ Por outro lado, há um grande destaque da Europa, China e Japão como mercados importadores (quase 65% de toda soja importada do mundo), com destaque para a comunidade europeia que responde por 35% das importações mundiais. Destaca-se como fornecedor deste mercado, o Brasil, tanto pelas exportações de grãos como de farelo de soja. Acessado em <http://www.sober.org.br/palestra/12/03O180.pdf> na data de 30/10/2017.

O “evangelho da ecoeficiência” traz em si a ideia de desenvolvimento sustentável, com a internalização das externalidades e uso racional dos recursos naturais, de forma que o meio ambiente seja preservado para futuras gerações. Por mais que a ideia de sustentabilidade seja necessária para a atividade econômica do homem, visualiza-se alguns problemas sob o ponto de vista ético e moral nessa corrente.

Primeiramente, a discussão acerca da internalização das externalidades causadas pelo desenvolvimento econômico encontra grande resistência em nível mundial e local por conta da assimetria existente entre os atores sociais nesse debate. Nações altamente industrializadas e poluidoras, como os EUA, resistem a reduzir as externalidades causadas no meio ambiente, como é o caso do anúncio do Presidente Trump de que não cumprirá o acordo do clima de Paris para a redução de emissão de CO₂ na atmosfera.⁸² O fato de existir a assimetria mundial, sendo as nações mais poluidoras as mais desenvolvidas economicamente, e, portanto, mais poderosas, faz com que não haja uma atitude verdadeiramente comunicativa entre todos os países. A preservação do meio ambiente interessa até o momento em que não se contrarie as pretensões econômicas e hegemônicas dessas nações, instrumentalizando os demais países para atingir a esses interesses.

Além disso, os próprios padrões existentes de consumo são incompatíveis com um desenvolvimento sustentável. Por mais

⁸² Durante a cúpula do G7, no sábado, o presidente americano já havia se recusado a endossar o acordo climático, afirmando que precisava de mais tempo para pensar. A decisão de Trump, que já chamou o aquecimento global de farsa, aprofunda as diferenças dos Estados Unidos com países aliados e põe em risco o cumprimento do acordo por outras potências em <http://veja.abril.com.br/mundo/eua-trump-deixara-do-acordo-do-clima-de-paris/> acessado em 30/10/2017.

importante e sedutor que seja esse discurso, há uma limitação intrínseca, pautada na limitação de recursos naturais do planeta:

Embora sejam 5% da população mundial, os norte-americanos são responsáveis por 32% do consumo. Em média, cada cidadão dos EUA produz 760 quilos de lixo por ano - quase o dobro que um do Japão. O relatório *State of the World 2010*, da Worldwatch Foundation, calculou quantas pessoas o mundo conseguiria manter de forma adequada se elas tivessem os hábitos dos norte-americanos. Resultado: 1,4 bilhão. Porém já somos 6,6 bilhões.⁸³

Nessa linha, vivemos em uma sociedade insustentável. Sem alteração dos padrões de consumo existentes, haverá necessariamente que se instrumentalizar a maioria do planeta para possibilitar que uma pequena parte deste continue a consumir da forma como o faz hoje. Ressalte-se que esse padrão americano é reproduzido pelas classes mais abastadas no interior de cada país. O cerce da questão é a desigualdade, e o fato de que essa desigualdade é insuperável simplesmente pelo crescimento do consumo daqueles que não consomem quanto os mais desenvolvidos economicamente, considerando o fato de que o planeta não tem como dar conta desse padrão. Então o discurso do “evangelho da ecoeficiência” traz encoberto em si uma falsa promessa de um desenvolvimento que é limitado faticamente e inacessível à maior parte da população, sem fazer uma crítica dos padrões de consumo existentes e de sua iniquidade. Sem essa crítica, é um discurso que serve para manter tudo como está, ou seja, que uma pequena parcela da população mundial continue a se beneficiar do meio ambiente em seus recursos em detrimento da maioria. É necessária uma mudança de paradigma sobre a relação do ser humano com o meio ambiente:

O novo paradigma de tratamento da relação do ser humano entre si e com o seu entorno, o meio ambiente, leva em conta os

83 <http://cmdled.com.br/consumo-consciente.html> acessado em 30/10/2017.

elementos sociedade, ambiente, economia e cultura, que devem ser pensados articuladamente sob pena de ocasionarmos a aniquilação das condições de vida no planeta. Isso implica também o enfrentamento de questões cruciais como desperdício, decadência e ocupação desordenada da área urbana, crescimento populacional desequilibrado, conflito e violência com desrespeito aos direitos humanos, pobreza e miserabilidade, degradação ambiental, educação precária, igualdade de gêneros, saúde. (HANSEN, 2010, p.63) Em suma, é a promoção do ecodesenvolvimento com ecoeficiência e responsabilidade social, que tem incidência também sob o âmbito empresarial.⁸⁴

Por fim, o “ecologismo dos pobres” traz ínsita em si a questão da busca justiça ambiental, o que é essencial para uma atitude comunicativa. Nesse movimento de povos tradicionais e daqueles despojados de sua subsistência como vítimas colaterais de um desenvolvimento econômico predatório, que lhes retira terras, contamina sua água, poluem seu ar, convertem-se em defensores ativos do meio ambiente. Aqui se enxerga uma corrente com potencial realmente transformador das relações ambientais assimétricas existentes sob o ponto de vista da ética e da moral. Ao assumirem voz ativa na defesa pela terra e de seu ambiente, de onde vivem e extraem sua sobrevivência econômica, essas populações rompem uma atitude passiva e instrumentalizada frente a interesses econômicos poderosos que lhe querem objetificar, a fim de que não se tornem obstáculos à persecução de seus interesses. Assim, a atitude comunicativa, longe de um entrave à proteção ambiental, converte-se em sua principal aliada. Pois o interesse dessas populações não é destruir o meio ambiente em que vivem, mas, ao contrário, continuar com a exploração realmente de caráter sustentável que mantem. A sustentabilidade, aqui, é real, e não apenas no discurso construído, pois sem esse meio ambiente não tem como subsistir. Um seringueiro na Amazônia precisa da floresta para sobreviver. Aniquilá-

⁸⁴ HANSEN, 2012, p. 307-0.

la seria seu fim. Assim como os povos indígenas são os primeiros defensores do meio ambiente no local onde vivem, pois sem ele não tem acesso à caça, pesca e perpetuação de suas tradições, onde a natureza ocupa o espaço do sagrado.

Reconhece-se a limitação do “ecologismo dos pobres” quanto a uma resposta global e definitiva da questão ambiental. Mas o que se destaca é o *meio* através do qual ela ganha pauta, através de uma atitude comunicativa, o que verificamos, por meio do *filtro habermasiano*, ser diferente das demais correntes do ecologismo, que por insuficiência dessa atitude em razão sobretudo da assimetria entre os protagonistas envolvidos é feita de forma instrumentalizada e, portanto, desigual e produtora de injustiças, e incapaz de atingir ao objetivo de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

CONCLUSÃO

Estudando as diversas correntes do ecologismo na classificação de Alier – “culto à vida silvestre”, “evangelho da ecoeficiência” e “ecologismo dos pobres”, verifica-se os pontos falhos e contraditórios quanto à questão ética e moral subjacente.

O “culto à vida silvestre”, ao prever a proteção de espaços intocáveis à ação do homem, acaba por trazer um ônus maiores aos mais pobres (seja *entre* os países, seja *dentro* dos países), pois esses muitas vezes são expulsos de terras ou tem o acesso negado às mesmas (inclusive seus recursos), não havendo uma distribuição equitativa dos ônus da proteção ambiental, que a todos beneficia, mas que tem um custo diverso considerando a posição social do indivíduo, que é instrumentalizado em prol desse interesse de todos.

Já o “evangelho da ecoeficiência” tem grandes limitações fáticas. Sem qualquer tipo de mudança quanto aos padrões globais de

consumo, esse discurso irá se converter em mero paliativo, no máximo, que analogamente ao seu uso no campo médico apenas pode estender por pouco tempo a vida do paciente (no caso, nosso planeta e as coisas vivas que aqui habitam), mas não o salvar. A internalização das externalidades é extremamente falha, e encontra grande resistência entre os maiores poluidores globais, que também são os maiores detentores de riqueza e desenvolvimento econômico, ou seja, os que mais se beneficiam com a exploração de recursos naturais e depredação do meio ambiente. Em uma relação assimétrica não há atores sociais que desenvolvam uma ação comunicativa entre si, mas uma instrumentalização dos interesses dos mais fortes sobre os mais fracos.

O “ecologismo dos pobres”, em sua luta por justiça ambiental, lança uma luz de esperança na questão ético-ambiental. Ao buscar resistir e lutar pela preservação do ambiente, necessário para sobrevivência de povos tradicionais e populações que tiram sua subsistência da natureza, esses contingentes se colocam na posição de verdadeiros atores sociais, insurgindo-se contra a objetificação tentada pelos detentores do capital e poderio econômico. Procuram estabelecer uma ação comunicativa de diálogo e resistência, impondo-se através de sua luta como sujeitos, e não objeto de interesses. Essa ação comunicativa é a chave para a luta pela preservação ambiental. Apesar de o “ecologismo dos pobres” não oferecer uma solução mágica ou global para a questão ambiental, ele aponta o norte ético-moral indispensável para essa luta, no reconhecimento como atores sociais dos contingentes populacionais discriminados e instrumentalizados por aqueles que comandam e se beneficiam com a destruição ambiental para aumentar sua riqueza, compatibilizando a luta ambiental com a luta pela sobrevivência de todos, e não a aniquilação dos mais pobres para manter o padrão de consumo dos mais ricos, que é incompatível com a capacidade natural do planeta em gerar recursos.

REFERÊNCIAS

ÁLIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo, Contexto, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HANSEN, Gilvan Luiz. A sociedade de consumo e o paradoxo da proteção ambiental. (ISBN 978-85-7625264-1). In: FLÔRES, Nilton Cesar. (Org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. 1.ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2012, v. 1, p. 307-320.

CONFLITOS ENTRE ÉTICA E LEGALIDADE: ampliação dos limites subjetivos na concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pelo INSS

Thiago Éric do Monte Borges

Mestrando no Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa

Resumo: Este trabalho tem por escopo, a análise dos parâmetros objetivos e subjetivos utilizados dentro de um conceito de legalidade *latu senso* pelo INSS para a concessão destes dois benefícios previdenciários. É cediço que o procedimento administrativo previdenciário como um todo, observa parâmetros altamente legalizados, obedecendo quase a um rito repetitivo, principalmente nos tempos de crise, em que o próprio Poder Executivo faz campanha aberta para o corte sistemático de milhões de benefícios, utilizando como desculpa as possíveis fraudes. Porém, não se pretende discutir aqui a origem do rombo previdenciário, e nem a quota de cada um dos envolvidos no infortúnio, mas sim os parâmetros estritamente objetivos abordados nos procedimentos administrativos, em especial nas perícias médicas. Afinal, sabe-se que a maioria das moléstias que não constam em lista elaborada previamente pelo poder executivo não tem o condão de serem consideradas como incapacitantes do ponto de vista normativo. Entretanto, a ausência de uma dilação subjetiva nesta análise pericial pode ser a diferença entre salvar uma vida ou condenar o indivíduo a um padecimento longo e humilhante, com final quase sempre trágico. Age fora da lei o perito que obedece a lei vigente? A norma fundamentada? Não poderemos responder a estes questionamentos sem antes enfrentar a análise ética desta sistemática, por um olhar carregado de certa empatia e pertencimento a um modelo de gestão normativista distante do que hoje presenciamos. Somente assim poderemos elucidar de fato, qual o limiar ético entre legalidade e a subjetividade dos agentes pú-

blicos colocados a frente deste processo, que é uma verdadeira questão de saúde ou por que não, morte pública.

Palavras-chave: norma, lei, dignidade, moral, ética, empatia, direito.

INTRODUÇÃO

Prima facie, é necessário elucidarmos a absoluta importância destes dois benefícios previdenciários, amplamente importantes para a dignidade dos trabalhadores brasileiros, sem os quais, o Brasil com certeza estaria em uma situação alarmante de pobreza e miséria.

Por isso, temos que no princípio nos ater a dogmática jurídica, enquanto norma posta, para analisar a legalidade dos atos de concessão, em sua gênese normativa.

Na CF, o auxílio-doença encontra-se no art. 201, inciso I:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

E a aposentadoria por invalidez na Lei nº 8213/91, em seu artigo 42:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

O objeto deste artigo, procura determinar, primariamente, se mesmo com a fundamentação legal, e todos os seus desdobramentos no seio da Autarquia Previdenciária, é possível a ampliação de limites subjetivos na concessão de tais benefícios pelos agentes públicos que operam a máquina pública, pautando-se não em um juízo de caridade, mas sim de moralidade, ética e empatia.

Utilizando para isso, dos estudos de numerosos estudiosos e filósofos, e em última análise traçar um panorama que realmente em que seja materializada ou não esta possibilidade, já que *ab initio*, não aventamos uma resposta negativa ou positiva à proposta inicialmente apresentada.

Porém, sabemos, que o ato de concessão desses dois benefícios sempre encontrou o interessado na condição de maior fragilidade humana, ou seja, no processo de enfermidade.

1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DE DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são uma conquista histórica da sociedade brasileira, após longos períodos de golpes e exceção. Porém, falsos preceitos democráticos ainda se escondem atrás desse aludido Estado de Direito tão propalado pelo governo.

Não à toa a sociedade civil organizada está permanentemente mobilizada em torna de demandas já concebidas em nossa Carta Constitucional. Se isso não é o apontamento de um retrocesso democrático puro, mas é um sinal de que os preceitos sociais básicos ainda não estão enraizados definitivamente como previram os precursores das lutas pela abertura política.

Ao ver de Picanço, 2011, a Constituição brasileira adota uma forma rígida, e submete a sociedade a ela é dinâmica, viva e está em constate mudança. Desta forma considera que há no mundo forças opostas dinâmicas que atuam sobre o direito, uma que tende a rigidez e outro a flexibilidade. Por isso, as constituições devem apresentar, também um grau de flexibilidade para acompanhar as transformações sociais, sejam políticas, econômicas ou sociais. Adverte, porém, que essa flexibilidade não pode ser absoluta, e a oposição entre uma e outra não pode ser admitida em uma concepção em que texto e norma não se pressupõem, mas que a norma, seria na verdade, um processo de interpretação do texto.

Nessa mesma vertente, (op. cit., p. 36) assevera

As constituições são, por assim dizer, organismos vivos, intimamente ligados com o meio circundante, com os avanços da ciência, da tecnologia, da economia, com as crenças e convicções morais e religiosas, com os anseios e aspirações de toda uma população. É dizer, a ordem constitucional deve estar em consonância com os chamados fatores reais do poder, na expressão de Ferdinand Lassalle. Esses fatores são aquelas forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, a força ativa que corresponde a todas as leis da sociedade; assim, para Lassalle, o texto constitucional que não se coadunar com tais fatores reais não passará de simples folhas de papel.

Quando nos voltamos à aplicação de normas no Direito Previdenciário, nos deslocamos para melhor análise de sua aplicação ou

interpretação, em razão da mesma evolução histórica que vivenciou com o organismo constitucional.

Para Kelsen, (1998, p. 245), “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas.” Isso equivale dizer que a interpretação é um processo mental que acompanha a aplicação do Direito verticalmente.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve conduzir sempre a uma única solução como sendo correta, mais a uma gama de soluções de igual valor de acordo com a lei a aplicar, mesmo que apenas uma delas se torne a positivação do Direito a ser aplicado pelo órgão.

Isso não significa dizer, que a interpretação deve ser mais favorável ao cidadão do que ao estado, pois ainda assim, há de se observar o conteúdo legal, ou então estaríamos pré-dispondo todo um ordenamento ao caos e desorganização social. Porém, como no direito criminal, já na expectativa de dúvidas, o legislador logo previu o *in dubio pro reo*, da mesma forma, asseguro que em sede assistencial, não seria inconcebível em sede de direitos sociais, no caso de duvidado, se privilegiar o assistido. Veja-se bem! Dúvida razoável, em que a aplicação da norma, e posteriormente a sua aplicação não entrem em confronto com organismos lógicos-jurídicos em cadeia, e sustentadores da estrutura social.

Portanto, em relação ao reconhecimento, aplicação e manutenção de direitos sociais, concluo com base científica, pela aplicação fa-

vorável aos beneficiados. Pois não estaríamos agindo *contra legem*, mas sim prestigiando a causa que deu origem a norma e a intenção legislativa de proteção dos bens sociais.

2 ASPECTOS MORAIS AFEITOS A EMPATIA

Existe uma palavra que parece estranha aos olhos da maioria dos funcionários do INSS, trata-se da empatia. Em sua obra, *Tratado da Natureza Humana*, Hume, 2009, exalta a condição familiar do homem, porque já nasce no mínimo em uma “sociedade familiar”; e o autor passa a afirmar que entre outras paixões duas se destacam ao ponto de impedir o convívio harmonioso: o egoísmo e generosidade limitada, isso porque diz respeito as pessoas que nos são próximas.

Por isso, a teoria Humeana das paixões afirma que a paixão dominante é o interesse próprio ou particular, movido pelo desejo de algo que proporcione prazer imediato e, sobretudo, futuro. Para que houvesse uma defesa natural do interesse público seria necessária uma nova paixão, pelo bem público, o que não se dá, segundo Hume, com frequência, pois os homens têm por característica preferir um proveito imediato a algo mais distante.

A passagem de John Rawls, em *Uma teoria da justiça*, abaixo transcrita, serve para ilustrar o que é essa *simpatia* pelo interesse público, chamada de *aprovação*:

Para simplificar podemos supor, como faz Hume algumas vezes, que a aprovação é um tipo específico de prazer que se origina mais ou menos intensamente diante da contemplação do funcionamento das instituições e de suas consequências para a felicidade daqueles que nelas estão engajados. Esse prazer especial é o resultado da compreensão da situação dos outros. Na explicação de Hume, ele é literalmente uma reprodução, em nossa experiência, das satisfações que reconhecemos que os outros sentem Rawls (1999, p. 162).

O interesse público, então, deviria pautar-se por uma atitude moral, pois uma prática ancorada na empatia, o indivíduo deveria ver-se na situação do operador, nesse diapasão, e de grande valia a afirmativa de Habermas (1989, p. 143/144):

Pode-se interpretar a teoria do desenvolvimento da consciência moral desenvolvida por L. Kohlberg e seus colaboradores como oferecendo tal confirmação. De acordo com essa teoria, o desenvolvimento da capacidade de julgar moral efetua-se da infância até a idade adulta passando pela adolescência, segundo um modelo invariante; o ponto de referência normativo da via evolutiva analisada empiricamente é constituído por uma moral guiada por princípios: nela a ética do Discurso pode se reconhecer em seus traços essenciais.

Voltando-se para a ótica Humeana, (2009, p. 499) falamos novamente das paixões, que desta feita afirma ser objeto da razão, em objeto estrito filosófico, a influenciar o indivíduo de duas maneiras, uma seria o despertar dessa paixão ao sermos informados de alguma coisa que é objeto dessa paixão, e, “a conexão de causas e efeitos, de modo a nos dar meios de exercer uma paixão qualquer”.

Ao ver do Hume, esses são os únicos tipos de juízos que podem acompanhar nossas ações, sendo necessário o reconhecimento de que esses juízos podem ser falsos ou errôneos. Porém ninguém jamais pode conceber esses erros como defeito em um caráter moral.

Immanuel Kant, 2001, em sua obra intitulada *Crítica da Razão Pura*, concebe que a razão humana está afeta a obscuridades, o que nos deve levar a concluir que deve ter se apoiado em erros.

O serviço público é desempenhado apoiado não somente na pura e simples razão, e tão pouco observa critérios de razoabilidade, pois em última análise é desempenhado por seres humanos, que padecem de paixões, paradoxalmente, não há um desentranhamento do cargo e do ser. Isso leva a comportamentos variados as vezes dentro de

um mesmo espaço de convivência, onde certos indivíduos desempenham suas habilidades pautados em um agir ético, observando a empatia para com os que são atendidos, e outros, agem afeitos a essas obscuridades inatas do agir humano.

Desta forma, “O terceiro milênio se configura como um momento onde é observada uma situação jamais vista anteriormente, especialmente no que diz respeito à proximidade das pessoas em sociedade” (HANSEN, 2012, p. 66)

E é exatamente essa a experiência que busco encontrar na perspectiva subjetivista da sistemática previdenciária. A busca do “Eu”, em relação a atitudes auto-positivas em relação ao indivíduo B. na análise real de um fato, o agente público, detentor do poder, ou do “sim ou não”, não poderia pautar-se apenas normativamente em relação aos sujeitos não-detentores deste poder.

Isso se dá pela necessidade um agir ético em sociedade, mas qual seria a amplitude deste agir ético, ao ver de Hansen, 2012, p. 69;

Quando falamos em ética, devemos compreender que a mesma consiste num conjunto de valores e de concepções de bem viver partilhadas por uma coletividade. Isso significa dizer que posso ter, em determinada sociedade, várias éticas coexistindo, pois tenho grupos distintos que se movem com base em valores assumidos como seus e convictos de que viver bem possui um significado específico e próprio àquela coletividade.

O grande problema passa a residir em qual seara deve pautar-se o interesse público, pois subjetivamente- sem pretender fazer juízos de valor- seria o interesse da sociedade baseado na sua autoproteção e preservação. Para solucionar esse impasse, sem correremos o risco de caminharmos por concepções pré-materializadas, torna-se premente a discussão da temática moral, que Hansen (2012, p. 71) conceitua: [...] num conjunto de princípios racionais autorreferentes (positivos ou

negativos) que devem orientar a definição de normas a partir de uma perspectiva universal, tendo como referencial a justiça.

A esse respeito afirma Habermas (1989, p. 130):

Na perspectiva de um participante de argumentações morais, o mundo da vida posto à distância e no qual se entrelaçam obviedades culturais de origem moral, cognitiva e expressiva apresenta-se como a esfera da eticidade. Aí os deveres encontram-se de tal modo enredados como os hábitos concretos da vida, que eles podem tirar sua evidência das certezas ligadas ao pano de fundo. As questões de justiça só se colocam aí no interior do horizonte de questões já respondidas desde sempre sobre o bem viver. Sob o olhar moralizante e sem indulgência do participante do Discurso, essa totalidade perdeu sua validade nativa, a força normativa do factual ficou tolhida – as instituições que nos são familiares podem se tornar outros tantos casos de justiça problematizada. Diante deste olhar, o legado de normas tradicionais desintegrou-se, dividindo-se no que pode ser justificado a partir de princípios e naquilo que só conserva uma validade factual. A fusão no mundo da vida entre validade e validade social dissolveu-se. Ao mesmo tempo, a práxis quotidiana dissociou-se em normas e valores, ou seja, no componente da esfera prática que se pode submeter às exigências de uma rigorosa justificação moral e em um outro componente, não passível de moralização e abrangendo as orientações axiológicas integradas em modo de vida individuais ou coletivos.

De todo modo, o pautar-se do agente público não pode se firmar como mera expectativa social, mas deve sim ser concebido como um mandamento intimamente ligado função por ele desempenhada, até em virtude do caráter supralegal insculpido no art. 37 da CF, onde observamos o preceito fundamental, de que à administração pública deve observar em suas ações o princípio da moralidade.

Na verdade, inculcado na ideia de um agir moral e ético, está a busca pela necessária empatia. Até poderíamos, neste ponto, considerar todas as atividades sociais, e o fim nelas buscado, como uma mú-

tua dependência entre os elementos envolvidos. David Hume, em sua Obra *Investigação sobre o entendimento humano*, 1989, afirma categoricamente que essa dependência, entre os homens é tão grande, que podemos considerar que nenhuma ação é completa em si mesma ou se realiza sem a interação às demais.

Refletidamente, em todas as relações, mesmo nas de trabalho, espera-se esse mecanismo de compensação

A medida que os homens estendem suas relações e tornam mais complexas suas comunicações com outros homens, sempre compreendem em seus planos de vida uma maior variedade de atos voluntários que esperam, por motivos justos, que colaboram com sua própria ação. Em todas essas conclusões tiram sua regra da experiência passada, do mesmo modo que em seus raciocínios sobre objetos externos; acreditam firmemente que tantos os homens como os elementos devem continuar em suas operações tal como foram sempre encontrados. Um fabricante conta ao mesmo tempo com o trabalho de seus empregados para a execução de qualquer obra como com a maquinaria empregada e ficaria igualmente surpreso se se decepcionasse em suas expectativas. Numa palavra, a inferência e o raciocínio experimental referentes aos atos de outrem incorporam-se tanto na vida humana, que nenhum homem, enquanto está desperto, deixa de utilizá-los por um momento sequer. Não temos razão, portanto, para afirmar que toda a humanidade sempre tem concordado com a doutrina da necessidade tal como a definição e a explicação dadas acima?(1989, p. 61/62)

A priori, a moralidade que encontramos em Kant requer uma solução objetiva, visto que não pode ser concebida como hipotética. A moral, então, derivaria de um imperativo categórico, que possui o caráter de uma lei, por isso não poderia ser dada a experiência, mas sim explicada. Em todo caso, este imperativo categórico, é necessariamente contrário a imperativo hipotético. Afirma propriamente; “O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: Age apenas segundo

uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” (1988, p. 59)

3 A LEI E A DIGNIDADE: INSTRUMENTOS DE CONSECUÇÃO DE DIREITOS

A ampliação de limites subjetivos da lei poderia se tornar uma máxima no sistema previdenciário brasileiro, mesmo que a seguridade social possua um caráter securitário? Ou deve haver máxima diminuição da prática assistencialista em prol de um Estado mínimo?

A priori, tais questões são tormentosas, e não podem ser indagadas livremente, sem que se faça uma análise minuciosa do que está por trás de ambas as propostas, que não me atrevo prematuramente responder.

A previdência brasileira rege-se por leis, normas e regulamentos, ou seja, tem base legal assentada em parâmetros normativos. Logo, o operador desta lei não possui livre arbítrio em sua aplicação. Fato! Tolice seria se afirmássemos que, mesmo tratando-se de um serviço público de caráter quase que totalmente contributivo por parte da sociedade, e que se desenvolveu historicamente com fortes raízes sociais notadamente assistenciais, estaria autorizado ao INSS a proceder operações dos processos sem lastro normativo.

A Constituição Federal, como Lei Máxima do nosso país assegura já em seu art. 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Podemos encontrar na Lei Maior acima, uma busca de um bem social, ou, mesmo que a lei foi elaborada com fins a proteção social. Em Kant, aprioristicamente, encontramos a ideia de *leis morais*

[...] Toda a gente tem de confessar que uma lei que tenha que valer moralmente, isto é, como fundamento duma obrigação, tem de ser em si uma necessidade absoluta; que o mandamento: <<não deves mentir>> não é válido somente para os homens e que outros seres racionais se não teriam que importar com ele, e assim, todas as restantes leis propriamente morais; que, por conseguinte, o princípio da obrigação não se há de buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem está posto, mas sim a priori nos conceitos da razão pura, e que qualquer outro preceito baseado em princípios da simples experiência, e mesmo um preceito em certa medida universal, se ele se apoiar em princípios empíricos, num mínimo que seja, talvez apenas por um só móbil, poderá chamar-se na verdade uma regra prática, mas nunca uma lei moral. (1988, p. 15/16)

Desta feita, a lei moral seria distinta de tudo aquilo considerado empírico, assim com a filosofia moral fornece leis aos homens, e não recebe conhecimento do mesmo. Apesar há de se admitir que a experiência é válida para definir-lhes à aplicação e eficácia.

Kelsen, 1999, entende que quando a norma determina uma certa conduta, duas são as opções nascentes, ou cumpri-la, ou desobedece-la. Corresponde aquela quando age como tal, e a contrária quando se age ao contrário do que a mesma determina. Nesta dinâmica nasce um juízo de valor, que caso corresponda com a norma, seria um juízo de valor positivo, e o avesso disso, ou seja, agir em desacordo com a norma, resultaria em um juízo de valor negativo.

Se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do seu desejo desse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um “juízo” de valor, visto não corresponder a uma função do conhecimento, mas a uma função dos componentes emocionais da consciência. [...]

Neste cenário, afirma que a ordem normativa a determinar a conduta humana na relação com outras pessoas, na verdade é uma ordem social. “A Moral e o Direito são ordens sociais deste tipo.” (1999, p. 17)

Já em Montesquieu, encontramos a ideia geral da lei, em seu significado mais extenso como sendo

[...] as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm sua lei; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.

Em síntese, as leis são para o autor a relação que existe entre elas e os seres, e dos seres entre si. Podemos ver uma abordagem muito expansiva do significado desta palavra. O Ser Superior (Deus) seria o responsável por criar o universo e com ele suas leis, segundo as quais conserva por que as conhece, e as fez. Novamente nos deparamos com o mandamento positivo, de respeito a leis pré-concebidas, ironicamente, mas não por enveredamento contraditório, mas sim por provocação filosófica, será afirmado, o que não foi firmado em Kelsen, ou seja, a norma pré-concebida não pode ser a fonte de resolução de todos os problemas. Novamente o operador da lei encontra-se em apuros, já que a *exegese* da lei não age como a “bússola” perfeita.

Quando se refere a obra de Deus como uma pangeia por Ele concebida, criada e ordenada, vemos de certo modo ao fundo, a noção exta de um dogmatismo cético. Sim, cético, pois há um agir positivo enquanto obrigação de se portar segundo as ordens existentes. Porém, a negação se faz através da noção de liberdade e livre-arbítrio.

Em sua obra, *O Espírito das leis*, quando se refere a *liberdade do cidadão* (2000, p. 198) consente que, “[...] num Estado que tivesse neste sentido as melhores leis possíveis, um homem que tivesse sido proces-

sado e devesse ser enforcado no dia seguinte seria mais livre do que um paxá na Turquia.”

Prossegue:

As leis que condenam um homem à morte com base no depoimento de uma só testemunha são fatais a liberdade. A razão exige duas, porque uma testemunha que afirma e um acusado que nega promovem uma divisão: é preciso um terceiro para decidir.

Não seria devaneio admitir a existência prática de uma idéia de justiça nas palavras de Montesquieu, pois o que almeja em sua afirmativa não é a simples aplicação de uma lei universal, tão pouco a aplicação de uma lei entre partes, mas sim a efetividade da mesma como medida do justo, ou correto. Ao afirmar que a razão humana pode se apoiar em falsas impressões, recordamos da doutrina Humeana, 1989, quando reconhece que é mais caro ao homem o que lhe toca a sensibilidade. Neste caso, a busca do equilíbrio se faria com a aplicação de leis relativizadas. Não poderíamos conceber o contrário disso, pois estaríamos pré-determinando qualquer base de julgamento.

Ainda agora nos defrontamos com a dúvida sobre o agir do agente público no serviço previdenciário, sem que o caminho trilhado até este momento, nos informe com precisão sobre o correto agir em suas atribuições legais perante o Estado e o cidadão.

Hansen (op. cit., p. 71/73), nos conduz, apoiado em Kant, a opções mais favoráveis para a solução da controvérsia persistente, baseado no aludido Imperativo categórico, por uma noção de moralidade, que deve reger o bem do interesse público, em três ideias a saber, que aqui transcrevo por se tratarem ao meu ver de solução mais adequada ao caso apresentado

1ª) Age de tal modo que tua ação sirva de modelo aos demais.
Se eu quero saber se minhas ações individuais são morais ou não, devo aplicar o imperativo categórico a elas e verificar se elas

adquirem força de lei moral. Isso significa que, se pratiquei uma ação, ela será moral se todos puderem praticá-la sem que, com isso, a sociedade seja ameaçada ou inviabilizada. Se minha ação trouxer benefícios a todos, então ela é moral, pois se trata de um princípio autorreferente positivo (praticar a gentileza e a solidariedade, por exemplo); no entanto, se universalizada ela gerar malefícios e riscos de extinção da sociedade, então ela não é moral e incide num princípio autorreferente negativo (matar ou roubar são exemplos de atitude que, se praticadas por todos, implicariam na aniquilação da espécie, devendo ser evitadas).

2ª) Age de tal maneira a tratares, na tua pessoa ou de qualquer outrem, a humanidade não somente como meio, mas sempre como fim em si mesma.

Kant chama atenção para o fato que desempenhamos funções na sociedade e, enquanto tal, somos úteis uns aos outros, tornando-nos meios de realização das finalidades alheias. Contudo, não podemos aceitar que, estando “sob ordens” (subordinados)- portanto em assimetria funcional – sejamos tratados como seres cujo status enquanto humanos é também assimétrico. Tal atitude de caráter objetivante, afasta do ambiente social e institucional a simetria contida na relação EU – TU, reduzindo o outro à condição assimétrica de terceira pessoa (ele ou isso), de coisa, cujo significado está restrito a mera utilidade e que não vislumbra a ideia de dignidade da pessoa humana [...]

3ª) Age de tal maneira que tua ação seja a de um legislador universal

A atitude de alguém que se move moralmente implica na vigilância crítica e permanente a normas e leis, de sorte que uma lei ou norma somente adquirem validade e legitimidade à medida que puderem receber a autorização racional daqueles para as quais se voltam. Esse prisma torna cada um dos cidadãos não apenas cumpridores da lei, mas também legisladores.

Por conseguinte, sugere o autor, que a moralidade deve ser o agir que determina a melhor conduta em sociedade, a orientar as próprias concepções éticas. Somente desse modo seria possível conceber soluções coletivas para viabilização de uma convivência pacífica, solidária e por isso produtiva, isso anularia eventuais excessos políticos e

jurídicos, pois no direito seria um instrumento efetivo socialmente com força institucional.

Neste período de profundas transformações, como os vividos na modernidade atual, o caminho mais favorável para a construção de uma sociedade mais justa seria a abertura de canais democráticos para a participação de todos os envolvidos no seu funcionamento – até mesmo os que não possuem voz – como incentivo a cidadania plena e participação popular nas tomadas de decisões, “com a participação de todos nas deliberações, implementação, e na fiscalização na execução dos programas de ação, dos projetos e da norma (2012, p. 74)

CONCLUSÃO

O Sistema previdenciário brasileiro é fruto de uma evolução de lutas internas e externas dentro do aparelho do próprio Estado, e sucedâneo das garantias alcançadas pelo Estado de Direito, porém, suas perspectivas estiveram presentes mesmo quando o Brasil atravessou um longo período de exceção constitucional.

Hoje, a previdência assiste a milhões de cidadãos, e contribui para que os mesmos, quando impedidos por algum motivo, na maioria das vezes relacionados a saúde, não possam trabalhar para prover o seu sustento e de seus familiares.

Logo se vê, quão importante é a existência da previdência social, e por isso mesmo a sua regulação através de normas e leis.

A instituição pública responsável pela execução previdenciária é o INSS, que conta com um grande aparato administrativo e jurídico, e concede benefícios por meio de “processos”, onde os agentes públicos, através da aplicação e interpretação normativa, concedem ou não o pleito dos segurados.

Porém, o Estado brasileiro atravessa profunda recessão que já se alonga por alguns anos, e estamos na iminência de uma propalada Reforma da Previdência, que será altamente desfavorável aos contribuintes.

Além do que, nunca é demais lembrar, que a CF assegura não só a cobertura previdenciária aos segurados, como também a assistência estatal a quem não consegue prover seu sustento por meios próprios. Todas essas conquistas sofrem grandes “viradas” e encontram-se ameaçadas

Neste cenário, se faz mais premente do que nunca, que os operadores da máquina administrativa, observem os parâmetros éticos e morais de suas funções, e não se deixem cativar pelo apelo vertical da política de cortes e austeridade governamentais.

Somente um agir baseado em leis morais será capaz de manter a instituição previdenciária como os brasileiros a querem, ou seja, como parte importante da conquista de bens sociais. Qualquer coisa que demande o contrário, será extremamente danosa e uma passo gigantesco ao retrocesso democrático das Instituições sociais.

Por isso, com base em conceitos filosóficos e jurídicos, temos lastro suficiente para garantir que é sim possível a ampliação dos limites subjetivos na concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, que são os dois benefícios que mais demandam uma análise ampla das condições particulares dos interessados.

BIBLIOGRAFIA

HABERMAS, Jurgen. Consciência moral e agir comunicativo/Jurgen Habermas: tradução de Guido A. de Almeida – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, Sandra Lúcia; NOVAIS CORDEIRO, Rosa Inês; MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. (Orgs.). *Incursões Interdisciplinares: Direito e ciência da informação*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012, v. 1, p. 55-76.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Lisboa: Edições 70, 1989.

HUME, David. *A treatise of human nature*. Tradução: Débora Danowski.- 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo. Editora UNESP, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª Edição. Serviço de educação e bolsas Fundação Calouste Gulbekian. Lisboa: 2001

KELSEN, Hans. 1881-1973. *Teoria pura do direito/ Hans Kelsen*; [Tradução João Baptista Machado]. 6ª ed.-São Paulo: Martins Fontes, 1998. -(Ensino superior).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis/ Montesquieu*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco.- São Paulo: Martins Fontes, 1996.- (Paidéia)

PICANÇO, Felipe Bezerra de Menezes. *Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional/ Felipe Menezes de Bezerra Picanço*. Niterói, RJ: Nitpress, 2011.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

COMUNICAÇÃO E SAÚDE: uma perspectiva ética para a desjudicialização

Ainoã Pereira Silva

Mestranda Curso de Mestrado Profissional do Programa de Pós-graduação em Justiça administrativa da Universidade Federal Fluminense

Resumo: Este artigo objetiva apresentar uma proposta de análise sobre o necessário diálogo no campo da saúde entre prestadores de serviços, gestores e consumidores e a perspectiva ética de comunicação. Com o fito de expor o assunto se pretende fazer uma abordagem sobre as principais tendências da comunicação na sociedade, sua influência sobre valores e práticas relacionadas com a saúde e uma reflexão crítica em relação às políticas, métodos e instrumentos de comunicação e sua utilização no campo da saúde.

Palavras-chave: comunicação, ética, saúde.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em ética no campo da saúde o primeiro, se não um dos primeiros pensamentos que se tem em mente sobre este tema, diz respeito aos procedimentos científicos e os limites de intervenção sobre os seres humanos.

Remeter a ética sobre a saúde se torna bem abrangente, e muitas das vezes envolve assuntos bem polêmicos, tais como reprodução assistida, planejamento familiar, aborto, transplantes de órgãos e tecidos, eutanásia, experiência com embriões e célula-tronco, entre outros.

Não há como tratar ética na saúde sem lembrar a compreensão da conduta ética do profissional da área, o seu dever de informar maus tratos e abusos, além ainda de verdadeiros dilemas éticos, como o sigi-

lo médico profissional, e quais informações sobre o paciente devem constar no prontuário, por exemplo.

O próprio termo “bioética”, em sua origem, tem a conjunção das palavras gregas: bios (vida) + ethos (relativo à ética), e sua concepção compreende⁸⁵¹

o campo disciplinar compromissado com o conflito moral na área da saúde e de doenças dos seres humanos e animais e dos animais não-humanos, os seus temas dizem respeito a situações da vida que nunca deixaram de estar em pauta na história da humanidade.

Há muitas concepções envolvendo a ética, e todas constituem um desafio constante. Atualmente a saúde tem sofrido intensas modificações, onde para exemplo de abordagem ao enfoque proposto temos:

o impasse entre o STJ e o STF e o próprio judiciário como um todo a despeito do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis em lista do SUS e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária; a aprovação dos novos planos populares aos quais não possuem uma regulamentação específica; a apresentação para votação de relatório substitutivo ao Projeto de Lei nº: 7.419/06, que tem o intuito de reformar a Lei 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, e que prevê dentre outras pontuações, a possibilidade de reajuste sobre faixa etária após sessenta anos.

Em meio a essas verdadeiras discussões, o que se tem a dizer a tais destinatários, aos usuários desses serviços? Os consumidores de tais serviços têm participação ativa nestes assuntos?

Neste cenário de mudanças tão significativas é necessário considerar e traçar um paralelo sobre alguns aspectos. Em linhas gerais temos um direito constitucionalmente assegurado, que é o direito à

⁸⁵ Diniz, D.; Guilhem, D. O que é bioética. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002, p.69.

saúde, e que remete a dimensões de natureza ética, político-institucional, mas também prática, ao qual requer necessariamente um diálogo, uma comunicação entre as partes envolvidas. Destarte, não há sentido em reformas arquitetônicas e tecnológicas, se o Estado, no exercício de sua jurisdição não assumir o seu papel de intérprete da vontade coletiva.

A delimitação do tema proposto pelo presente trabalho pretende abordar a comunicação ética da saúde considerando os princípios do SUS, reafirmando em seus elementos de emissor, receptor e mensagem à participação social nas políticas e estratégias de saúde.

A comunicação tem um crivo social que é importante instrumento político para a proteção da pessoa humana e de garantia de seus direitos, compreendendo a coletividade a partir das suas singularidades onde há também considerações sobre valores. Valores estes que por todos os exemplos de casos aqui citados não são estranhos à ciência e muito menos a compreensão e cuidados da saúde da coletividade.

1 COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÃO

No Brasil a comunicação teve força no início da República, com a chamada Reforma sanitária, que conduzida pela sociedade civil se organizaram campanhas para lutar contra as epidemias de febre amarela, varíola e a peste.

O governo brasileiro que antes era marcado por não ter a participação da sociedade, mas do contrário, centralizados em grandes burocracias, passou por verdadeira reforma, na luta pela redemocratização em meados da década de 1970, quando a campanha sanitária tomou tanta força que se transformou em uma política de saúde pública importante para os interesses da economia daquela época, aumentou o

acesso de cuidado em saúde e se mantém como modalidade de intervenção até os dias atuais.

Esta reformulação demonstrou que a sociedade civil que é parte integrante da nação, pode sim participar ativamente nas decisões do Estado. Inerente a isto são os artigos 196 e 200 da Constituição Federal:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – (...);

II – (...);

III – participação da comunidade. “

Nesta vereda, a participação social no âmbito do SUS se dá por meio dos chamados Conselhos de saúde, conforme previsão da lei 8.142/90, porém, a participação não se limita a esses Conselhos, mas por qualquer meio de exercício de controle social.

As políticas públicas representam importante meio de articulação da sociedade, devendo ser considerado que as políticas públicas somente podem possuir caráter de efetividade quando se materializam, quando saem do papel, e, por assim requerer uma ação pública está associada ao processo de intervenção social.

Ora, a comunicação deve ser compreendida como ação. Para Wittgenstein⁸⁶, a linguagem humana é uma forma de atividade social.

A participação da sociedade além de meio de solução de conflitos, também representa maneira de preservação dos valores democrá-

⁸⁶ Condé MLL, organizador. Ludwik Fleck: estilos de pensamento na ciência. Belo Horizonte: Fino Traço Editora, 2012, Cap. IV, pag. 77-107.

ticos, fazendo com que as decisões e leis referentes ao sistema público de saúde, e por que não também o setor privado, em caráter suplementar se aproxime dos anseios da população, dos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A comunicação democrática tem sentido amplo. Esta não diz respeito apenas ao acesso às informações, mas também ao direito de se expressar, ser ouvido e ser levado em consideração.

Neste ensejo, para Habermas⁸⁷ a noção de democracia está atrelada ao diálogo, a participação, a “pretensões de validade”, onde através do diálogo entre os cidadãos e instituições do Poder do Estado ou instituições econômicas consigamos desenvolver formas de sociabilidade, em que o indivíduo possa ter cada vez mais escolha.

Para Jürgen Habermas a ação comunicativa se desenvolve a partir da criação de espaços de diálogo, de debate, que não se propõe a troca de informações sobre algo, mas a fundamentar as pretensões de validade na ação comunicacional, em outras palavras, os discursos respondem à necessidade de validar normas éticas considerando as consequências dessas normas.

Corroborando este entendimento leciona o Professor Gilvan Luiz Hansen⁸⁸:

A construção de discursos tem por finalidade a explicitação de normas, ações e decisões sobre as quais surgiram controvérsias no palco social. À medida que isso ocorra em bases racionais, eles garantem a integração social e a consolidação do princípio da democracia, o qual garante a cada indivíduo a igualdade formal de ser tratado como pessoa de direito.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

⁸⁸ HANSEN, Gilvan Luiz. Os elementos utópicos na concepção habermasiana de situação ideal de fala. In: MÜLLER, Maria Cristina; CENCI, Elve Miguel. (Org.). Ética, política e linguagem: Confluências. Londrina: Edições CEFIL, 2004, v. 1, p. 124-138.

A possibilidade de discussão, e, portanto, implicando em participação sobre campo tão complexo como o da saúde potencializa a realização das expectativas coletivas.

2 COMUNICAÇÃO ÉTICA E PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

A ética não é somente tema solto no amplo campo da saúde, mas está intimamente inserida em sua constituição e desenvolvimento e principalmente como meio de comunicação entre prestadores de serviços, gestores e consumidores, onde se faz necessário a colaboração na humanização da assistência e a aptidão em garantir direitos e deveres. Exemplo disto é a Política nacional de saúde, que foi constituída com escopo nos princípios éticos.

De igual modo, os princípios e as diretrizes do SUS, que estão na Constituição Federal de 1988, regulamentados e reafirmados no capítulo II, artigo 7º da lei 8.080/1990 também estão eticamente fundamentados.

No total são treze princípios e diretrizes, contudo, no presente artigo daremos enfoque apenas a três, quais sejam: *a universalidade, a integralidade e a equidade.*

Na universalidade a atenção a saúde, a decisão administrativa é estendida a todos os indivíduos que estão na mesma situação fática, e não aqueles que a provocam. Significa dizer que todos têm acesso, o sistema é includente. Tendo a sua base na constituição, em seu at. 196, se pode dizer que é um princípio finalístico, ou seja, revela um ideal a ser alcançado.

Já a integralidade representa as múltiplas ações para a promoção da saúde, assistência e recuperação sendo cada pessoa compre-

dida em suas dimensões biológicas, psicológicas e sociais. É exemplificada no seguinte caso concreto: se um indivíduo precisa de atenção primária básica e o problema vai ser resolvido, não preciso hierarquizar para a atenção secundária, e foi cumprida a integralidade. Se de modo contrário, o indivíduo está na atenção primária, e o problema não pode ser resolvido ali, surge uma complexidade maior, tenho que garantir acesso articulado e contínuo para a ação que ele realmente precisa.

E por último, o princípio da equidade, que vem a ser mais um princípio finalístico do SUS, que em respeito à igualdade de direitos e de justiça parte da premissa de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam, ou seja, se reconhece as diferenças nas condições de vida e saúde e propicia redução de desigualdades oferecendo mais a quem mais precisa.

Há grande dificuldade das práticas comunicativas ao tentar implementar os princípios do SUS, onde até mesmo para o próprio SUS as suas diretrizes não se apresentam como uma realidade alcançada, mas em processo em desenvolvimento, dependente das políticas econômicas que sequencialmente propiciam os recursos para o direcionamento das políticas públicas.

A indagação que surge é como se desenvolvem na prática tais princípios e se há tratamento ético nesta inter-relação.

Ora, vejamos, um indivíduo que busca judicialmente o direito a determinado medicamento ou procedimento médico não incorporado pela ANVISA ou no rol de procedimentos da ANS, ou mesmo aquele que requer internação em hospital onde não há mais vagas, sob o escopo do seu direito individual à saúde e em espeque aos princípios da integralidade e equidade, este indivíduo se encontra também sob amparo da universalidade? Esta indagação é considerada visto que em

matéria de saúde não se pode olvidar que se trata também de um direito coletivo, que há indubitavelmente outras pessoas em mesma situação, mas que por várias razões outras não se valeram da mesma via judicial.

A aprovação dos novos planos populares aos quais não possuem uma regulamentação específica, oferecidos com uma cobertura mais restrita ou somente ambulatorial (sem direito a internação) está cumprindo o seu papel na integralidade, universalidade e equidade ou apenas demonstra a inefetividade do Estado em atender as necessidades básicas de saúde da população?

E o que falar a despeito da apresentação para votação de relatório substitutivo ao Projeto de Lei nº: 7.419/06, que tem o intuito de reformar a Lei 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, além de todo o embate sobre reajuste de faixa etária após sessenta anos?

Como o consumidor, o destinatário dos serviços de saúde entende todo esse emaranhado de informações, que amplamente vão definir os seus direitos? Como fazê-lo compreender senão pela comunicação e pela possibilidade de participação ativa, de que há diferenciações de regulação entre planos individuais e coletivos, de que não se trata de mera burocracia o fato de determinado procedimento ou medicamento não estar incluso à ANVISA ou em um rol de procedimentos da ANS, mas de outro modo existem fatores tais como custo, efetividade, segurança, tecnologia do SUS, normas de direito sanitário, entre outras especificações?

Como senão pela comunicação ética se pode vislumbrar um cenário de mudança verdadeiramente democrático, onde as reformas que possam ocorrer sejam com o intuito de aproximação do ideal proposto pela Constituição e reafirmados pelo SUS sobre a matéria?

3 COMUNICAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO

O próprio direcionamento ao judiciário como válvula de solução para os problemas relatados representa a deficiência deste enredo ético linguístico, onde os destinatários da saúde estão cada vez mais limitados a passividade, enquanto tudo se é decidido, aprovado, votado à sua margem de escolha.

No caso dos medicamentos ou procedimentos médicos não incorporados pela ANVISA ou no rol de procedimentos da ANS é certo que ao contrário de um plano de saúde ou de uma empresa privada, a administração não pode deferir todos os eventos de saúde sem antes passar por um procedimento prévio, que tem uma série de medidas.

Se a administração não entrega apesar desses procedimentos estarem sendo observados, o que está em jogo então não é a entrega do medicamento, ou do serviço, mas o procedimento dentro da administração (*interna corporis*). Este procedimento que deveria ser judicializado e não está.

O pedido de medicamentos a ser fornecido pelo Estado, a entrega do medicamento ou do serviço é apenas um exaurimento de uma procedimento interna *corporis* da administração. Quando estamos diante de um conflito de direito público temos que direcionar ao procedimento.

Como seria analisar em tratamento de direito público? O julgador analisar o porquê a administração não incorpora este medicamento, enfrentar os argumentos do por que não foi incorporado, e daí o porquê a comunicação, sobretudo, a comunicação ética se revela tão importante.

Políticas de saúde são procedimentos, e se prestam a implementar direitos que já existem, viabilizam o exercício de direitos fundamentais, são facilitadores, mas não constituem direitos. A ausência de política pública não afasta o reconhecimento do conteúdo substancial do direito a saúde e concretização judiciária.

É necessário deixar de ter o foco no sistema judiciário, quando se lembra em excesso de judicialização sobre causas de assistência a saúde. Não se combate a judicialização restringindo o acesso a prestação jurisdicional de direitos individuais. É na gestão que devemos enfrentar a judicialização. A saída para a judicialização exacerbada é a busca por solução no atual modelo de gestão pública de saúde, o qual precisa ter aptidão e credibilidade para evitar ou compor por si mesmo os conflitos entre os pacientes e autoridades, e a comunicação é imprescindível neste processo.

Nessa esteira a falta de ética promove descrença e esta por sua vez levanta outras alternativas como o poder judiciário. É necessário reconhecer que o direito não se limita apenas a cumprir funções de resolução formal de conflitos, mas a assumir o seu papel na integralidade de direitos apto a responder as necessidades, sobretudo das minorias, e, assim fortalecer o meio de mudança para as lacunas ainda existentes na atuação do Poder público no seu dever de prestação à saúde coletiva, tendo ainda o apoio de controle do Poder Judiciário, onde lhe couber.

CONCLUSÃO

À luz das reflexões suscitadas se faz importante a criação de espaços de comunicação social, que possibilitem condições para que o cidadão possa influenciar nas decisões, debater, participar das discussões sobre os assuntos relacionados ao direito à saúde, sejam eles sobre

políticas públicas, projetos de lei, regulamentação ou falta dela, posto que efetivamente assim se garante a ordem constitucional de proteção à saúde enquanto dever do Estado.

A efetiva concretização do direito à saúde também interessa à luz do ponto de vista comunitário, como valor superior que a todos importa proteger, uma vez que a inobservância deles não vulnera apenas uma pessoa em particular, mas a coletividade, que se vê privada não apenas de seu direito fundamental à saúde, como em sua cidadania.

Não se parece natural conceber que as novas tecnologias, a evolução de doenças, e que de modo geral o direito à saúde tenha se modificado a tal ponto, que distancie a sociedade do direito de participação à matéria, sobre o argumento de especificidade técnica ou que a população já se encontra representada pelo Estado.

No que diz respeito ao tema judicialização, em seu conceito analítico significa levar ao conhecimento do judiciário, matéria que não foi resolvida como deveria pelo poder executivo ou legislativo, ocorre que são as autoridades administrativas que detêm legitimidade e autoridade para assegurar a proteção de direitos fundamentais, e deste modo, a judicialização exacerbada denota problemas de estruturação, e também de comunicação entre o Estado e a sociedade, além da carência de participação desta última.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Inesita Soares de; CARDOSO, Janine Miranda. Comunicação e Saúde. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2007.

Condé MLL, organizador. Ludwik Fleck: estilos de pensamento na ciência. Belo Horizonte: Fino Traço Editora, 2012.

Diniz, D.; Guilhem, D. O que é bioética. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

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

_____ Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 –Série Estudos Alemães).

HANSEN, Gilvan Luiz. Os elementos utópicos na concepção habermasiana de situação ideal de fala. In: MÜLLER, Maria Cristina; CENCI, Elve Miguel. (Org.). *Ética, política e linguagem: confluências*. Londrina: Edições CEFIL, 2004, v. 1.

A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO CONTINUADA DOCENTE NO ENSINO SUPERIOR

Hélio Borges Monteiro Neto

Professor Universitário – UCAM/UNILASALLE; Advogado;

Especialização: EMERJ; Mestrando em Justiça Administrativa - UFF

Resumo: Formação Docente. Qualificação dos Professores do Ensino Superior. Requisitos da Avaliação Docente pelo Ministério da Educação.

Palavras-chaves: formação docente; ensino superior; avaliação; gestão universitária.

INTRODUÇÃO

Desafio. Este é o sentido do presente trabalho. Ao decidirmos elaborar o presente texto tomamos por base uma reflexão que trazemos como docentes do Ensino Superior. Ao longo de décadas autoridades públicas, estudiosos em educação, pedagogos, professores em geral, vêm discutindo a importância da formação continuada docente, a correta e válida qualificação dos professores (profissionais da educação) e, seus resultados no desempenho discente.

É óbvio que qualquer texto acerca deste tema, não conseguirá esgotá-lo, posto que, hercúlea tarefa, reserva e se depara com constantes desafios que na verdade transformam esta reflexão em um exercício constante de ideias. É este desafio, qual seja, levantar as ideias, planejar o futuro e executar as decisões, força motriz que, com certeza, anima, fortalece e impulsiona atividade de todos os profissionais envolvidos na Educação.

Para melhor apresentação do tema dividimos o presente trabalho em três partes. Assim esperamos que, a cada passo apresentado, o leitor não só reflita sobre os dados indicados, mas, seja incentivado a buscar novas ideias e novas práticas.

A primeira parte deste texto, tem como objetivo apontar problemas do cotidiano da formação docente em geral, neste trecho apresentamos dados obtidos junto ao Ministério da Educação (MEC) que vão demonstrar o quão grande é o desafio da formação dos profissionais da educação. Na segunda, dedicaremos a mesma reflexão só que, nesta oportunidade, voltada para o Ensino Superior; por fim, na terceira parte, procuramos apresentar dados gerais de avaliação que o MEC vem aplicando às Instituições de Ensino Superior (IES) no Brasil e que serve de ferramenta para a formação docente continuada.

Apesar do que foi dito, não podemos e nem devemos nos afastar, além de expressamente consignar, que vivemos, de fato, em um país continental, com desafios econômicos severos - boa parte deles fruto da desigualdade social presente em nossa realidade - mas, profundamente provocador, que desde o Ensino Infantil até o Ensino Superior, demonstram inúmeras experiências positivas realizadas nos diversos níveis do ensino em nosso país.

Começamos esta reflexão, invocando um pensamento atribuído a Professor Darcy Ribeiro quando diz: “A coisa mais importante para os brasileiros é inventar o Brasil que nós queremos.”

De certa forma, esta frase representa um pouco daquilo que será tratado no presente texto, partindo de uma análise quantitativa e qualitativa da formação dos professores desde a escola básica até o ensino superior, provocamos o leitor a estabelecer para si e para realidade educacional em que se encontra inserido, uma perspectiva que o leve a estabelecer a nova realidade que deseja.

Afinal, falar de educação e, em especial, na formação dos educadores, deve levar aquele que participa do processo formativo da pessoa humana a se tornar, não somente, agente da sua própria realidade mas, e principalmente por isso, transformador da realidade social, dotando os gestores, os educadores e os estudantes, de uma visão ou melhor, de uma direção, que nunca poderá ser esquecida.

Direção atrelada à realidade e a necessidade capital, semelhante a de nos alimentamos. A direção, meta, horizonte ou qualquer outro termo que sejam utilizados deve indicar a necessidade diuturna que os Educadores devem ter sempre em suas mentes, qual seja, de que o processo educacional (ensino e aprendizagem) deve forjar, principalmente em seus atores a socialização integral e participativa de todos, consubstanciada no firme desejo de ser, cada um dos partícipes desta história, um pedaço ou uma ideia de uma realidade cada dia melhor.

Assim, esperamos com presente trabalho apontar um norte e suscitar questionamentos, convidando o leitor que não somente se debruce sobre as linhas constantes deste texto mas, sobretudo por isso, que se sinta convidado a estabelecer uma reflexão mais ampla sobre o tema, um compromisso com a mensagem e um impulso a lançar-se em buscar novos horizontes.

1 Problemas do cotidiano da formação docente em geral, realidades e desafios

Sobre este título, nesta parte do trabalho, temos por objetivo apresentar alguns problemas relativos a formação dos professores. Para tanto, tomaremos por base dados fornecidos pelo INEP e IBGE.

Para alguns, talvez o título atribuído a esta parte seja o de mais fácil enfrentamento, isto porque, podemos tecer um rosário de dificul-

dades e desafios que impeçam a válida, constante e eficaz formação docente no Brasil.

É claro também, que o tema deste capítulo suscita ou suscitará aos leitores uma quantidade enorme de indicações e sugestões de problemas e desafios a serem vencidos quando falamos em formação continuada docente. Em razão da natureza deste trabalho decidimos, nesta oportunidade, tomarmos por base um tripé, qual seja, remuneração docente, jornada de trabalho e realidade social.

Começaremos, assim pela última, ou seja, breve comentário acerca da realidade social docente no Brasil.

1.1 Da realidade Social Docente no Brasil – Considerações Gerais

Neste tema, importante destacar que independentemente de estar o docente no meio urbano ou no meio rural, sua realidade não é divergente, muito menos superior, ao do nível médio da realidade social onde se encontra inserido. Ou seja, a realidade do Profissional da Educação é mais ou menos uniforme com a realidade em que ele se insere.

Fato público e notório repousa na assertiva de que os profissionais da educação não recebem da realidade social onde se inserem, o mesmo prestígio administrativo outorgado a outras áreas do conhecimento humano ou da repartição social dos poderes. Vale dizer, o profissional da educação embora socialmente possa, ainda, trazer para si, um enaltecimento social amplo e significativo, também é certo que, este prestígio não se traduz em qualidade dos instrumentos de trabalho, facilitação de sua formação e, como não poderia deixar de se reconhecer, na valoração de sua remuneração.

E aqui, vale a reflexão, esteja o professor em meio urbano ou no meio rural, tão desafiador e semelhante será sua missão. Escolas públicas e privadas, neste tema nem sempre representam um abismo entre si.

É claro, e neste momento fazemos a ressalva pertinente, existem instituições de ensino tanto públicas quanto privadas, dotadas de equipamentos, instrumentos e disposição de carga horária voltadas para a correta e válida formação docente mas, esta ressalva se torna pequena, diante dos cem números de escolas e instituições de ensino que se nivelam pelo básico e não se preocupam com a formação continuada de seus professores. Formação esta que deve dotá-los não somente de conhecimentos objetivos das ciências que ministram, mas, que os permitam serem verdadeiramente um apoio, um referencial, um agente na qualificação da pessoa humana.

Aqui, queremos convidar o leitor a refletir sobre a sua realidade, nos grandes centros urbanos a maioria dos educandários possuem carga horária para seus discentes de forma pouco variável e, de igual forma podemos afirmar que suas estruturas sejam sobre aspecto dos instrumentos educacionais disponíveis, sejam dos espaços físicos concedidos aos professores e aos alunos, muito semelhantes. Acreditamos, que o fruto dessa semelhança se deve a um binômio, qual seja, o cumprimento das diretrizes mínimas estabelecidas pelo Ministério e Secretarias de Educação e, pelo custo que a modernização e a qualificação dos espaços físicos e das pessoas impactam nas despesas públicas ou no custeio da educação privada.

Ainda sobre a realidade social, refletindo sobre o professor inserido na realidade do campo, esta não é muito diferente, sob o aspecto do seu entorno, isto porque, na escola rural, seja ela particular ou privada, também, como ocorre no meio urbano, muitas não são suas diferenças.

Das nossas fontes de consulta chegamos à conclusão de que a educação básica no país observa ou tenta observar os requisitos mínimos estabelecidos pelo Poder Público, mas ainda é muito incipiente, e podemos concluir que quase diminuta, a preocupação com a formação docente, esta vista sobre a sobre a égide da dotação do conhecimento por parte do empregador público ou privado.

A justificativa do setor público, pode ser a carência de recursos financeiros estabelecidos no orçamento e, neste particular, também encontra identidade com a escola privada isto porque, o custo com a formação docente, se agregado aos custos do ensino básico, vai onerar as mensalidades escolares e, com certeza, influenciará no mercado enfrentado por esta ou aquela instituição de ensino. Conjuguar esses custos e atrelá-los a um preço que seja acessível ao mercado entre concorrentes no ensino privado é tarefa muito difícil dada a realidade social do entorno destas escolas. Não menos desafiador é igual conjugação com relação ao orçamento público. São estes alguns dos desafios da gestão educacional cotidiana à luz da realidade social dos docentes.

Claro, e com certeza cada leitor poderá indicar uma experiência, existem problemas muito severos de escolas mal equipadas, de escolas sem condições estruturais de funcionamento, mas acreditamos que esta realidade não é a maior parte dos educandários públicos ou privados existente no Brasil. Embora existam muitas escolas sem as condições mínimas para seu funcionamento, os dados indicam que boa parte delas atingem a um mínimo necessário e, exatamente por esse mínimo que começa o nosso questionamento. A realidade social docente, na maioria das vezes, se nivela por um mínimo e começamos justamente convidando o leitor a uma pequena reflexão sobre isto.

Nas décadas de 60 e 70, a maioria das moças da classe média da sociedade desejavam concluir seus estudos nas conhecidas Escolas Normais (as normalistas como eram conhecidas as jovens na época). A

formação de professores era cotidiana desta realidade, mas, não se descortinava, um aprimoramento continuado dos professores. Apenas no final da década de 90, que se começou a se refletir e exigir uma maior formação dos docentes presentes na educação básica, e, no final da primeira década deste século, passamos a indicar que o profissional de educação da escola básica tivesse formação superior.

Questionamos nesta oportunidade se apenas a formação superior se faz correta e válida para a qualificação docente?

Parece-nos claro que não. Não para acolher a possibilidade de professores com Ensino Médio (Curso Normal) mas, porque entendemos que nem a exigência de ensino superior seria suficiente. Realmente é louvável, e não podemos nunca negar o fato de que, a formação superior dos profissionais da educação já representou ou ainda representa, um avanço capital na formação docente.

Deve, de fato, a formação superior docente ser um mínimo legal exigido mas, entendemos, que esta formação também é insuficiente para que o profissional da educação possa cumprir sua missão com os discentes, missão esta entendida não somente na capacitação do aluno em aprender ou depreender uma determinada ciência mas, de dotá-lo desde tenra idade como um agente da realidade, isto significa dizer, que o professor mais do que transmitir ao aluno um conhecimento objetivo da disciplina que leciona deve, sobretudo, provê-lo de habilidades e competências que o torne um agente formador de conhecimentos vale dizer, cada aluno deve, de acordo com as suas qualidades e dons, se tornar um agente ativo da realidade que o cerca, ou seja, pesquisar, tentar, fixar e alcançar objetivos que ele ou seu grupo social estabeleça.

Assim, exigir que os professores tenham formação superior ainda é pouco pois somente a pós-graduação, esta compreendida como

uma etapa do processo de formação, deve despertar no docente o sentido e as habilidades da pesquisa e, em contato com a Academia, se transformar em pesquisador e aqui, atribuímos ao conceito de pesquisador, qualidade que deve ser diuturna de toda a criança desde a pequena idade, pois a criança deve ser pesquisadora da sua vida e da sua realidade social, a criança deve, a partir da pesquisa, adquirir autonomia, esta compreendida como a capacidade de “tentar resolver questões, situações e conflitos”, conforme comentário da psicóloga Rita Calegari, do Hospital São Camilo (SP)⁸⁹.

Qualificação docente, assim, depende da realidade social. Por isso, observando que a maioria das escolas públicas e privadas se limitam ao mínimo exigido pelo Poder Público e o mínimo exigido ainda está distante do que as modernas e mais exultantes sociedades estabelecem, não raro ser razoável o estabelecimento de uma Política Educacional que preveja a Formação Continuada e Permanente dos Docentes.

Por isso, desde já, defendemos a ideia de que Formação Continuada Docente deve ser uma questão de Política Educacional, custeada pelo Estado em parceria com a iniciativa privada.

Não estamos aqui questionando se um gestor de escola ou de grupos de ensino não esteja dando a interpretação, valorização ou preocupação correta com o tema – Formação Continuada Docente – não fazemos e nem podemos fazê-lo pois, esta análise demandaria o levantamento pormenorizado de dados que não dispomos e não é o escopo deste trabalho.

⁸⁹ <http://revistacrescer.globo.com/Bebes/Desenvolvimento/noticia/2015/02/incentivar-autonomia-e-fundamental-para-o-desempenho-cognitivo-da-crianca.html> - Acesso em 15.nov.2017

O que questionamos é: O Poder Público, em nível de Política Educacional, vem trilhando normas e financiamentos que busquem a correta e válida Formação Continuada Docente que, exige, uma escola bem aparelhada e uma disposição contínua de carga horária formativa dos profissionais da educação?

Sem muitos estudos, e cada leitor pode assim se manifestar, acreditamos que não. Neste tema, ainda estamos engatinhando. Há escolas bem aparelhadas e outras nem tanto, como há escolas sem qualquer aparelhamento. Há exemplos de formação docente continuada específica, esta entendida como seminários pedagógicos pontuais, mas, há pouco exercício diuturno da Formação Continuada Docente de forma permanente, esta entendida como o estudo contínuo ao longo da vida profissional e não apenas na abertura ou encerramento de um semestre letivo.

Independentemente de outras questões, neste trabalho ficaremos com esta reflexão, como falar em formação docente numa realidade onde não se destina carga horária específica para a formação do profissional de educação. Exigir deste profissional que se atualize de forma continuada sob suas expensas pode não ser eficaz ante o segundo ponto que indicamos neste capítulo, qual seja, a Jornada de Trabalho.

1.2 Da Jornada de Trabalho Docente

Depois de tudo que já foi dito acerca da realidade social do docente no Brasil, passamos refletir um pouco sobre a Jornada de Trabalho Docente.

E nesse particular, trazemos a colação uma tabela com os dados do PNAD/IBGE de 2006, constantes do trabalho acadêmico dos profes-

sores Gilvan Luiz Machado Costa e Dalila Andrade Oliveira,⁹⁰ nela podemos constatar que a média da jornada de trabalho de um professor dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental varia entre 24 e 31 horas enquanto, o docente do Ensino Médio labuta semanalmente numa variação média de 26 a 40 horas. Vejamos:

Tabela 1 – Número de horas trabalhadas no ensino fundamental – anos iniciais e ensino médio/2006

Nível de Ensino no Trabalho	Administração			
	Privada		Pública	
	Média	Mediana	Média	Mediana
Ensino Fundamental Anos Iniciais	28	24	31	30
Ensino Médio	28	26	33	40

Fonte: PNAD/IBGE (2006)''

O que podemos concluir neste caso é que o profissional da educação diante de sua jornada de trabalho e, na maioria das vezes, nunca vinculado a um único vínculo de emprego labuta, com certeza, dentre as carreiras com maior jornada de trabalho semanal pessoal. Isto porque não raro os professores trabalham em mais de uma instituição de ensino para compor a sua jornada diária e seu orçamento.

Quando dedicados exclusivamente a uma instituição, nem sempre a evolução salarial representa ou corresponde o efetivo exercício da jornada de trabalho. Um trabalhador submetido a uma jornada

⁹⁰ COSTA, Gilvan Luiz Machado; OLIVEIRA, Dalila Andrade. PERSPECTIVA, Florianópolis, v. 29, n. 2, 727-750, jul./dez. 2011. p.739.

que somado a certo deslocamento pode consumir cerca de 10h (dez horas) por dia, dificilmente conseguirá, dentro de sua jornada de trabalho semanal, desenvolver algum tipo de formação ou aperfeiçoamento.

Aqui entra a reflexão que estamos propondo. Um trabalhador da educação deveria, no seu exercício profissional, ter um conjunto de carga horária semanal dedicada à sua formação, à pesquisa e a leitura. De igual forma, seria plenamente compreensível dispor também de certa carga horária com o fito de preparar as suas aulas e atividades. O que vemos no Brasil e de uma certa forma, comum as instituições públicas e privadas, são professores comprometidos com a sua carga horária sob o regime de professor-horista e, por conseguinte, sem abrir lugar ativo, dentro de sua jornada de trabalho, para produzir qualquer pesquisa, realizar qualquer aperfeiçoamento ou ainda buscar novos conteúdos.

Quando apresentamos reflexões sobre a jornada de trabalho docente estamos a defender a tese de que os professores precisam, a exemplo de outras atividades profissionais, dispor de um regime de jornada de trabalho específico, que privilegie sua formação e aperfeiçoamento continuado.

Justamente, acerca desta jornada de trabalho que ora comentamos destacamos que um docente, na maioria das vezes, exerce sua atividade em mais de uma instituição de ensino, seja ela pública ou privada.

O que podemos concluir à luz da tabela que acima lançamos, é que os docentes não dispõem de carga horária para a sua formação continuada permanente. E desta ideia, passamos analisar o último ponto deste capítulo, qual seja, a remuneração dos profissionais da educação no Brasil.

1.3 A remuneração dos profissionais da educação no Brasil

Para maior visualização do pensamento que trabalharemos neste trecho do trabalho, trazemos a colação a tabela de remuneração de início e fim de carreira dos professores que lecionam em escolas públicas, valendo-se de dados da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) colacionado do trabalho Prof^{es} Gilvan Luiz Machado Costa e Dalila Andrade Oliveira⁹¹, vejamos:

Tabela 2 – Remuneração Anual (em US\$) no início e fim da carreira dos professores que lecionam em escolas públicas/2002

País	Ensino Fundamental		Variação	Ensino Médio		Variação
	Início	Fim	%	Início	Fim	%
Brasil	14.820	18.723	26,3	15.500	19.776	27,6
Argentina	14.623	25.742	76	14.623	25.742	76
Coréia do Sul	26.148	69.666	166,4	26.148	69.666	166,4
Alemanha	34.891	46.180	32,3	37.394	52.004	39

Fonte: Education at a glance (OCDE) (202)

Nela podemos constatar que a remuneração inicial de um professor no Brasil era de cerca de US\$14.820,00/ano versus US\$34.891,00/ano praticados pela Alemanha, por exemplo.

Sobre o tema da remuneração docente, os fatos são tão públicos e notórios, que dispensaria maiores elucubrações, como podemos exigir de um profissional cujo piso salarial para nível médio em 2017 é de

⁹¹ Op. Cit. p.738.

R\$2.298,80, para uma jornada de 40 horas de trabalho semanal possa destinar parte de seus rendimentos à sua formação ou qualificação.

Além disso, insta-nos consignarmos que, de acordo com próprio Ministério da Educação 55,1% dos municípios do Brasil não pagam o piso salarial docente para seus professores. Por isso, questionamos se é possível se exigir que alguém que ganha R\$2.000,00, para uma jornada de 8h diárias de trabalho consiga, ainda, dispor de algum valor que possa lhe dar condições de se capacitar?

Sabemos que o Ministério da Educação possui diversos programas voltados para a formação docente, contudo, tais programas se manifestam insuficientes dada realidade remuneratória, a jornada de trabalho e a inserção social dos professores, como vimos. Dentre os programas atualmente existentes, destacamos: a formação do Pacto Nacional pela alfabetização na idade certa; o Plano Nacional de Formação de Professores da Educação Básica (Parfor); o Proinfo Integrado; o E-Proinfo; o Pró-Letramento; o Gestar II e a Rede Nacional de Formação Continuada de Professores.

Contudo, o que defendemos neste trabalho não é que o Estado passe a fazer mais algum programa que, de forma paliativa, procure minimizar o verdadeiro abismo, aí sim, indicado de forma genérica entre uma pseudo formação continuada, que se resume em palestras e encontros por ocasião do encerramento e abertura de semestres letivos mas, uma verdadeira política governamental que vise, cada vez mais, exigir melhor qualificação do corpo docente, esta compreendida como uma elevação do nível de formação objetivo dos professores, vale dizer em nível de pós-graduação, com ênfase em mestrado e doutorado, a exemplo do que ocorre em países mais desenvolvidos no campo da educação.

O resultado ou objetivo que ora apresentamos não se encontra solta ou vazia de fundamentação, ela exsurge justamente dos dados fornecidos pelo INEP e que podemos constatar na tabela abaixo, onde observaremos a crescente formação dos docentes que atuam na educação básica. Vejamos:

Tabela 3 – Evolução da Titulação dos Docentes da Educação Básica

TITULAÇÃO DOCENTE	2005	2015
FUNDAMENTAL	0,61%	1,14%
MÉDIO	31,24%	22,34%
GRADUAÇÃO	68,15%	70,75%
MESTRADO	XXXX	4,11%
DOUTORADO	XXXX	1,66%

Fonte: INEP – Censo da Educação (2005) (2015)

De acordo com os dados do INEP quando analisando a formação dos docentes da educação básica em 2005 não havia registro de mestres ou doutores, o que passou a constar da comparação que fazemos em 2015 superando, ambas as formações, 5% do conjunto total de professores alocados na educação Básica.

Além disso, os docentes da educação básica apresentaram um aumento no número de integrantes portadores do título de graduação, saindo de 68,15% para 70,75%, enquanto os docentes com titulação em nível médio caiu de 31,24% para 22,34%, ou seja, enquanto vigorou até 2010 a perspectiva de exigência de ensino superior para todos os docentes da educação básica verificamos um crescimento nesta etapa de formação.

A partir da edição da Lei nº 12.014/2009 que manteve a possibilidade do exercício da licenciatura em formação de nível médio, tal crescimento foi reduzido. Assim, o que verificamos é que, incentivados pelo Ministério da Educação, mesmo valendo-se de seus próprios recursos, os docentes da Educação Básica buscaram se aperfeiçoar adquirindo sua formação de nível superior mas, pelo tudo que já dissemos neste capítulo do trabalho, nosso objetivo na formação continuada docente não se esgota na formação em nível de graduação. Mesmo para os docentes do ensino básico, defendemos uma formação continuada permanente de forma que todos os anos, todos os dias e, em todos os momentos seja dado ao profissional de educação o direito de cada vez mais elevar a qualidade do serviço que presta para isso, à luz dos dados reflexões que trouxemos nesse capítulo, em favor da educação básica, entendemos que é necessário uma política governamental que efetivamente desfaça o abismo que existe no sistema educacional do Brasil. Passaremos assim, nesse trabalho a enfrentar essa mesma questão sob o olhar Ensino Superior.

2 Breves considerações sobre a formação docente do Ensino Superior no Brasil

Iniciando idêntica reflexão lançada no capítulo anterior, só que nesta oportunidade, em análise do Ensino Superior, considerando que

na repartição de competência constitucional coube o Ensino Superior a gestão do Poder Público Federal, tendo o Ministério da Educação, como principal artífice na exigência cada vez mais crescente de aprimoramento da formação dos docentes em exercício no Ensino Superior e, para tanto também trazemos a colação um quadro exemplificativo cuja fonte é o INEP/MEC que faz-se demonstrar o que ora afirmamos. Vejamos:

Tabela 4 – Evolução da Titulação dos Docentes do Ensino Superior

TITULAÇÃO DOCENTE	2004	2014	VARIAÇÃO
GRADUAÇÃO	13,1%	2,1%	-82%
ESPECIALISTAS	41,4%	23,5%	-43%
MESTRADO	31,7%	39,3%	+24%
DOUTORADO	13,8%	35,1%	+160%

Fonte: INEP/MEC CES (2004) (2014)

Da análise dos dados acima indicados vimos que em 2004, 13,1% dos professores em exercício no Ensino Superior possuíam apenas graduação, enquanto que, 41,4% eram especialistas. Este cenário se alterou substancialmente 10(dez) anos depois, como vemos na tabela acima, e daí o questionamento: Quais os motivos que contribuíram para que esta mudança se verificasse?

Neste particular traremos destaque também sobre as três visões, quais sejam, a realidade social do docente, a jornada de trabalho e sua remuneração.

No campo do Ensino Superior podemos afirmar existir sim, um abismo muito grande entre as diversas instituições de ensino, contudo, como afirmamos, quando da análise da educação básica, muitas Instituições de Ensino Superior(IES) se limitam no exercício do ensino presencial, a cumprir apenas o necessário ou melhor, o mínimo necessário exigido pelo Ministério da Educação para obtenção de seus credenciamentos ou renovações de autorização de cursos.

O que diferencia o ensino superior da educação básica é que nesse, o Ministério da Educação vem exercendo nos últimos anos um controle mais efetivo das instituições de ensino, ranqueando os cursos e as instituições com a finalidade de melhor promover a elevação da qualidade do Ensino Superior. Arelado a essa fiscalização continuada o Ministério da Educação passou exigir dentre os itens avaliação, a formação do profissional de educação que atue neste seguimento.

É claro que no campo da realidade social e, nesse particular no Ensino Superior, há uma severa divergência em relação a educação básica posto que, na educação básica, a maioria dos profissionais da educação são apenas, profissionais da educação, enquanto que, na educação superior, não raro os profissionais da educação, também são profissionais de outras áreas do conhecimento o que, na verdade, corrobora para elevação de sua remuneração x salário docente.

Nesta breve análise, sobre o impacto da fiscalização do Ministério da Educação na formação continuada docente do Ensino Superior, vamos refletir sobre a jornada do professor.

Enquanto que profissional da educação básica trabalha em média de 24 a 40 horas semanais em diversos empregadores num mesmo

dia, no Ensino Superior, em que pese a severa quantidade de professores horistas, vale dizer, estes contratados por número de aulas objetivamente consideradas e ministradas, renovamos aqui a afirmação que fizemos na análise dos profissionais da educação básica onde não é dado ao professor, dentro de sua carga horária remunerada, tempo disponível para seu aprimoramento profissional e muito menos a preparação das atividades profissionais.

Contudo, na educação superior, boa parte em decorrência da fiscalização do Ministério do Trabalho, uma certa fatia dos profissionais da educação atuam em regime de tempo parcial ou tempo integral e, nesta as modalidades de contrato de trabalho, a Instituição de Ensino Superior deve destinar parte da jornada de trabalho para a formação continuada docente permanente, o que não acontece, como dissemos, na educação básica.

No Ensino Superior faz parte do sistema de controle e fiscalização do Ministério da Educação a verificação de que parte do corpo docente seja contratado em regime de tempo parcial ou integral dispondo, assim, de tempos disponíveis para formação continuada de forma remunerada pelo empregador.

Outra questão que merece reflexão se deve a remuneração no Ensino Superior. Neste caso temos acompanhado uma participação efetiva dos sindicatos dos professores na elaboração dos acordos sindicais prevendo um piso salarial calculado em horas aulas, que reflita, de certa forma, a qualificação dos professores inclusive, premiando aqueles que concluem formação em nível de pós-graduação *stricto sensu*.

Mesmo assim, a exemplo do que acontece na educação básica, no Ensino Superior, em que pese o salário seja efetivamente melhor do que o da educação básica, estes ainda se manifestam de forma insuficiente diante da efetiva exigência de realização de sua formação conti-

nuada e, sobretudo por isso, esses custos impactam na remuneração do docente.

Assim, pretendemos nesta parte do trabalho demonstrar que, a exemplo do que acontece com educação básica, também no Ensino Superior existem desafios a serem vencidos. Contudo, com maior rigor regulatório parece, ao nosso sentir, que a formação docente do Ensino Superior é melhor do que a da educação básica embora, também no Ensino Superior, ainda dependa de uma visão mais global da formação do docente.

3 Breves considerações sobre os critérios de avaliação do Ministério da Educação acerca da formação docente do Ensino Superior no Brasil

Neste capítulo do trabalho procuraremos de forma não exauriente analisar três indicadores de avaliação do Ensino Superior arrolados pelo Ministério da Educação que visam introduzir qualidade ao curso superior ministrado e zelar pela formação continuada docente.

O primeiro indicador sobre este tema, consta do item 2.7 dos instrumentos de Avaliação do Ministério Educação. Neste item o avaliador deverá apurar a titulação do corpo docente do curso ministrado e, neste tema, o MEC apresenta cinco pontos de conceito. Assim vejamos:

Indicador	Conceito	Critério de Análise
2.7. Titulação do corpo docente do curso (Para fins de autorização, considerar os docentes previstos para o primeiro ano do curso, se CSTs, ou dois primeiros anos, se bacharelados/licenciaturas)	1	Quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação <i>stricto sensu</i> é menor que 15% .
	2	Quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação <i>stricto sensu</i> é maior ou igual a 15% e menor que 30% .
	3	Quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação <i>stricto sensu</i> é maior ou igual a 30% e menor que 50% .
	4	Quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação <i>stricto sensu</i> é maior ou igual a 50% e menor que 75% .
	5	Quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação <i>stricto sensu</i> é maior ou igual a 75% .

Fonte: INEP/MEC

O conceito 1 se verifica quando o percentual dos docentes do curso com titulação obtida em programas de pós-graduação *stricto sensu* é menor que 15%; se esta formação variar entre 15% e 30% dos professores, a nota será 2; se de 30% a 50% será 3; de 50% a 75% o conceito será quatro e; se a formação docente em exercício no curso tiver titulação em pós-graduação *stricto sensu*, for em percentual superior a 75% o conceito, neste item - titulação do corpo docente – será cinco, nota máxima atribuída pelo MEC.

Outro indicador também relativo a qualificação dos docentes está indicado sobre o item 2.8 onde se avalia o percentual de professores com Doutorado no curso superior, assim, vejamos a tabela de avaliação do MEC:

Indicador	Conceito	Critério de Análise
2.8. Titulação do corpo docente do curso – percentual de doutores (Para fins de autorização, considerar os docentes previstos para o primeiro ano do curso, se CSTs, ou dois primeiros anos, se bacharelados/licenciaturas)	1	Quando não há doutores do curso.
	2	Quando o percentual de doutores do curso é menor ou igual a 10% .
	3	Quando o percentual de doutores do curso é maior que 10% e menor ou igual a 20% .
	4	Quando o percentual de doutores do curso é maior que 20% e menor ou igual a 35% .
	5	Quando o percentual de doutores do curso é maior que 35% .

Fonte: INEP/MEC

Vemos na tabela acima que quando percentual de doutores do curso for maior que 35% a nota do curso será cinco. O que nos leva a concluir que o MEC exige das IES que se organizem, incentivem e remunerem os professores que concluem Mestrado que se especializem ainda mais e passe a concluir o ensino em nível de Doutorado que, de forma especial, também, representa um acréscimo na remuneração do profissional.

Por fim trazemos a colação o indicador de avaliação 2.9 relativos ao regime de contratação do corpo docente do curso, vejamos o critério de análise do MEC:

Indicador	Conceito	Critério de Análise
2.9. Regime de trabalho do corpo docente do curso (Para fins de autorização, considerar os docentes previstos para o primeiro ano do curso, se CSTs, ou dois primeiros anos, se bacharelados/licenciaturas) (Para os cursos de Medicina, os critérios de análise passam a figurar da seguinte maneira: Conceito 1 – menor que 50% Conceito 2 – maior ou igual a 50% e menor que 60% Conceito 3 – maior ou igual a 60% e menor que 70% Conceito 4 – maior ou igual a 70% e menor que 80% Conceito 5 – maior ou igual a 80%)	1	Quando o percentual do corpo docente previsto/efetivo com regime de trabalho de tempo parcial ou integral é menor que 20% .
	2	Quando o percentual do corpo docente previsto/efetivo com regime de trabalho de tempo parcial ou integral é maior ou igual a 20% e menor que 33% .
	3	Quando o percentual do corpo docente previsto/efetivo com regime de trabalho de tempo parcial ou integral é maior ou igual a 33% e menor que 60% .
	4	Quando o percentual do corpo docente previsto/efetivo com regime de trabalho de tempo parcial ou integral é maior ou igual a 60% e menor que 80% .
	5	Quando o percentual do corpo docente previsto/efetivo com regime de trabalho de tempo parcial ou integral é maior ou igual que 80% .

Fonte: INEP/MEC

Da análise dos critérios acima indicados podemos observar que a IES para conseguir nota cinco em Regime de Trabalho de seu Corpo Docente terá que ter um percentual de professores em regime de traba-

lho de tempo parcial ou integral, maior ou igual 80% de seus membros.

Ou seja, uma instituição de ensino para tirar nota cinco nos três critérios precisará ter o seu corpo docente com titulação de mestrado ou doutorado igual ou maior a 75%; ter mais que 35% de doutores no curso e; ter pelo menos 80% dos seus professores em regime de trabalho de tempo parcial ou integral.

O objetivo do presente trabalho ao invocar e trazer a colação os três indicadores da avaliação do MEC acima indicados é o de demonstrar que tais ferramentas tem, por objetivo, aprimorar a qualificação dos docentes em exercício no Ensino Superior e, podemos afirmar que, diante de tais dados, com base nas informações prestadas pelo INEP, tal medida efetivamente produziu efeitos.

Basta analisarmos a Tabela 4 deste trabalho, que demonstra a evolução da titulação docente do Ensino Superior, com dados comparativos de 2004 e 2014, para ratificamos o que ora afirmamos – a fiscalização e avaliação do MEC são ferramentas efetivas para a formação continuada docente.

Analisando esses dados, podemos afirmar, por exemplo, que em 2004, 13,1% dos professores do ensino superior tinham, apenas, graduação, enquanto que em 2014 esse número caiu para 2,1%. Já os professores especialistas que representavam 41,4% da força de trabalho em 2004 caiu, em 2014, para apenas 23,5%; a titulação de mestres e doutores também melhorou pois, em 2004, eram 31,7% dos profissionais da educação no ensino superior com titulação de mestrado enquanto que em 2014, esse percentual aumentou para 39,3%. Mas o maior resultado, com certeza, se deve a formação em nível de doutorado isto porque, em 2004 era apenas 3,8% dos profissionais da educação no Ensino Superior com titulação de doutorado, enquanto que em

2014, este número subiu para 35,1%. Assim, em 2004, 55% dos profissionais possuía, apenas uma graduação ou especialização hoje, mais de 70% possui mestrado ou doutorado.

Assim, concluímos que a exigência avaliatória do MEC, de fato, tem produzido efeitos em relação a titulação dos profissionais da educação Ensino Superior, privilegiando a Formação Continuada Docente.

CONCLUSÃO

Passados os capítulos que acima lançamos concluímos o nosso trabalho, como dissemos, sem a pretensão de esgotar o assunto aqui tratado mas, com o foco em despertar nos leitores um profundo desejo de ampliar o debate quanto a formação continuada docente e aqui agregamos novo termo – permanente - dos profissionais da educação.

Entendemos que esta tarefa não deve ser uma preocupação individualizada do gestor educacional ou do Poder Público mas, também destes e de cada profissional individualmente.

Para tanto, trazemos uma reflexão de Immanuel Kant quando nos diz que:

Esclarecimento é a saída do homem de sua menoridade da qual ele próprio é culpado. A menor idade e a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade ser a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se desse mesmo sem a direção de outrem.⁹²

⁹² KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é Esclarecimento? Petrópolis: Vozes, 1985. p.100

Tomamos essa reflexão de Kant justamente para encerrar este nosso trabalho pois não podemos e nem devemos concordar que a formação continuada docente é ferramenta de segundo plano. Como dissemos desde a abertura deste trabalho, formação continuada docente é questão de política pública e deve ser assumido de forma permanente capaz de ensinar que os professores recebam a cada dia maior acesso aos diversos níveis de formação.

Esta facilitação deve ser permanente e deve se manifestar, inclusive, em recursos financeiros que possibilitem aos professores em geral, em especial o da Educação Básica, acesso real e efetivo às formações *stricto sensu*.

Como bem nos ensina Kant, não podemos nos acovardar ou deixar de tomarmos uma decisão eficaz sobre este assunto. Precisamos sim, enquanto educadores, sermos protagonistas de uma nova visão de educação, está entendida como uma ferramenta efetiva, onde o profissional de educação se vê bem qualificado, bem remunerado e tenha à sua disposição boas ferramentas de trabalho.

Alguns chamariam esta reflexão de utopia nós preferimos chamar de desafio.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA. *Andreza*. Salários Docentes, Financiamento e Qualidade da Educação no Brasil. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 511-532, abr./jun. 2014. Disponível em: http://www.ufrgs.br/edu_realidade

CASTRO. Maria Helena Guimarães de. SISTEMAS NACIONAIS DE AVALIAÇÃO E DE INFORMAÇÕES EDUCACIONAIS. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000100014

COSTA, Gilvan Luiz Machado; OLIVEIRA, Dalila Andrade. PERSPECTIVA, Florianópolis, v. 29, n. 2, 727-750, jul./dez. 2011. p.739.

DESPESAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO. Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – <http://www.oecd.org> – Acesso em 15.11.2017

INDICADORES FINANCEIROS EDUCACIONAIS. INEP (2014) (2016)

INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO.de Cursos de Graduação presencial e a distância. Brasília, maio 2012.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é Esclarecimento? Petrópolis: Vozes, 1985. p.100.

LEI Nº 12.014, DE 6 DE AGOSTO DE 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12014.htm#art1 – Acesso em 15.nov.2017.

MATIJASCIC. Milko. PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL: CONDIÇÕES DE VIDA, INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO E REMUNERAÇÃO. IPEA. Textos para Discussão.2304.

NOTA TÉCNICA Nº 020/2014. Indicador de adequação da formação do docente da educação básica. MEC. 21.11.2014

RESUMO TÉCNICO – Censo da Educação Superior. MEC. (2004) (2005) (2014) (2015)

RELATÓRIO EDUCAÇÃO PARA TODOS NO BRASIL 2000-2015. Versão Preliminar. MEC. junho.2014

REVISTA CRESCER.
<http://revistacrescer.globo.com/Bebes/Desenvolvimento/noticia/2015/02/incentivar-autonomia-e-fundamental-para-o-desempenho-cognitivo-da-crianca.html> - Acesso em 15.nov.2017

SCHEIBE, Leda. Diretrizes Curriculares para o Curso de Pedagogia: Trajetória Longa e Inconclusa. Centro de Ciências da Educação da Universidade Federal de Santa Catarina. Cadernos de Pesquisa, v. 37, n. 130, p. 43-62, jan./abr. 2007.

SINTESE DE INDICADORES SOCIAIS. IBGE.

SINOPSES ESTATÍSTICAS DA EDUCAÇÃO BÁSICA. INEP. (2004)
(2005) (2014) (2015)

WALLIN. Claudia. <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/a-diferenca-entre-ser-professor-na-finlandia-e-no-brasil-por-claudia-wallin-de-heldinque/> - Acesso em 13.set.2017

MORALIDADE, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA: uma perspectiva sobre o controle interno dos órgãos de segurança pública do estado do Rio de Janeiro

Jennyfer Almeida de Albuquerque Oliveira

Major da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Mestranda no Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense

Resumo: Diante dos números estáticos apresentados pelos órgãos de segurança pública estadual do Rio de Janeiro, especialmente o aumento de policiais mortos, assim como o número de vítimas dos confrontos armados entre policiais e os praticantes de crimes, o aumento estatístico da violência urbana, o número de inquéritos policiais solucionados, torna-se imperioso analisar eticamente, assim como também dentro da lógica administrativa de gestão pública o sistema de controle interno sobre os atos administrativos nos órgãos de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, não só para evitar o aumento das demandas judiciais, como também para entender como está sendo desenvolvido a avaliação dos resultados de eficácia e eficiência da administração da segurança pública previsto constitucionalmente e firmado pela reforma administrativa oriunda da emenda constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998, especificamente o estudo visa o marco espacial da finalidade de atendimento do interesse público/social à segurança. Assim dentre outras possibilidades de análise, o estudo da eficácia e eficiência nos órgãos de segurança pública sob a ótica dos princípios autorreferentes positivos e universalistas, bem como, a confiança no exercício do controle interno que pode alcançar resultados que tenham implicação direta no alcance da garantia fundamental a segurança. Para almejar tal objetivo se utilizará de estudo bibliográficos e dados estatísticos, sobretudo, da teoria de obras de Jürgen Habermas e Immanuel Kant e Giddens.

Palavras-chaves: moralidade. eficiência. Eficácia. controle interno. segurança pública

INTRODUÇÃO

A eficácia da administração pública é o cerne primordial desde a reforma administrativa que se insere no quadro amplo de reforma Estatal brasileira advindo com a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998, que visa a eficiência e a ética no trato com a coisa pública e o conseqüente aumento da cidadania ao ter o Estado como instrumento para a realização do interesse público.

Neste sentido a mudança de paradigma oriundo desde novo quadro com a acepção dos conceitos de moralidade, eficiência e eficácia em sua expectativa máxima voltada para o interesse público em um Estado de participação social, de sujeição do poder público a legalidade e da declaração e garantia de direitos fundamentais é o ponto de partida do presente estudo para que seja possível estabelecer o elo de ligação entre esses elementos da administração pública e o resultado das políticas de segurança pública existente no Estado do Rio de Janeiro.

A fundamentação teórica tem por base a análise de estudos desenvolvidos por Antony Giddens no tocante a confiança, Jürgen Habermas e a universalização, Immanuel Kant, notadamente o imperativo categórico da razão para o mundo moral e seu entendimento de coletividade e individualidade e por fim e não menos importante, Gilvan Hansen com a moral e a ética no cenário contemporâneo. Tais fundamentações alicerçam plenamente o ideal previsto com a edição da Emenda supracitada, inobstante as falhas políticas e alterações legislativas e interpretativas que maculam no plano técnico a administração pública burocrática e a gerencial.

Tal estudo tem por objetivo entender a manifestação desses elementos éticos e morais no desenvolvimento do serviço público após a emenda que consagrou o princípio da eficiência da administração pública e o de interesse público à segurança, consagrado constitucionalmente e a forma de repercussão, com bases em dados estatísticos, desses na estrutura organizacional das forças de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Neste sentido a importância do estudo remete a importância de instituições que se destinam à harmonizar os exercícios das liberdades e dos direitos individuais com os interesses gerais, para possibilitar a convivência social em níveis aceitáveis de convivência harmoniosa entre todos os membros da sociedade contemporânea.

Para tanto, o estudo dos controles internos institucionais sofre no presente trabalho o corte de estudo focado no sistema de segurança pública Estadual e a aplicação dos referenciais de confiança, universalização e eficiência e eficácia, além de almejar de maneira pretenciosa demonstrar que a eficiência e a eficácia podem alcançar o potencial máximo no desenvolvimento da atividade administrativa exercida por pessoas que inseridas no contexto social sofrem, usufruem e esperam um sistema de segurança pública eficiente e eficaz, não só no controle social que depende de inúmeros outros fatores e agentes políticos e sociais, mas no que o sistema de segurança se predispõem a ofertar e conforme sua previsão constitucional.

Para tanto, serão estudados os conceitos e o princípios de Direito Administrativo relacionados a moralidade, eficiência e eficácia na Administração Pública para que a partir de então em segundo momento possa ser estabelecida a relação desses com os conceitos éticos e morais apresentados e esperados para essa administração.

Passando a posteriori a análise de dados oficiais que consubstancie a relação em análise e também a definição dos controles internos existentes e a relação desse com os conceitos morais em estudo para o alcance finalístico da eficiência, eficácia dos resultados dos serviços públicos de segurança prestado, com a finalidade de atendimento ao interesse público.

1 A MORALIDADE, EFICIÊNCIA, EFICÁCIA e UNIVERSALISMO

Ao realizar um estudo sobre a licitação na Constituição de 1988 e ao abordar os efeitos da Emenda nº 19 / 83, Luis Fernando Bandeira de Melo Filho (BACHA,) fez uma descrição bem clara do conceito de eficiência na Administração ao discorrer que uma Administração eficiente é aquela que funciona com agilidade, tomando as decisões corretas no menor intervalo de tempo possível e com o dispêndio de mínima energia.

Essa é a busca finalística de toda prestação de serviço público e isso inclui o serviço fundamental de segurança pública que deve existir para garantir a convivência harmônica social de maneira a garantir a paz e produtividade social por meio de uso de mecanismos limitadores e condicionantes das liberdades individuais, tal entendimento está em concordância com o expresso por Caio Tácito.

No que se refere a segurança Diogo Figueiredo(MOREIRA NETO, 2014) discorre que:

O valor segurança, além de ser o mais antigo campo de atuação e a principal responsabilidade cometida ao Estado, é condição *sine qua non* para o atendimento dos demais valores sob a sua guarda. Neste sentido tanto o Estado como o Direito agem como instrumentos da segurança, considerada está sob dois aspectos fundamentais: da manutenção da ordem social e da manutenção da ordem jurídica. A manutenção da ordem social, entendida como um conceito concreto, referido às pessoas, aos bens e às suas instituições sociais originárias.

E termina com a definição de polícia de segurança como a atividade destinada a manter a ordem social, bens e instituições sociais em geral, como também manter a ordem jurídica, correlatas ao Estado e suas instituições juspolíticas.

Dentro deste entendimento os conceitos de moralidade, eficiência e eficácia estão interligados para ofertar o anseio finalístico social dessa atividade. Definir e comparar esses conceitos se torna relevante à medida que o estudo alça limites reais e palpáveis com definições e alcance claros na área da segurança pública estadual.

Buscar entender o diferencial da terminologia eficácia, efetividade e eficiência repercute na busca finalística do interesse público tutelado pelo Estado, sendo a eficácia o resultado final a alcançar, a efetividade representando a prática da eficácia com suas limitações e intempéries e a eficiência o alcance da melhor solução na busca do resultado final dentre outras muitas soluções possíveis. Logo, o que se almeja que através da melhor e mais eficiente medida se alcance a eficácia da prestação do serviço público segurança que tem por objeto final garantir direitos e a coexistência de indivíduos e instituições com interesses conflitantes por meio da eficiência aplicada e comparada na busca racional do melhor resultado do serviço público.

Antônio José Maristrello Porto e Guilherme Mello Graça ao desenvolverem o material referente a disciplina da Análise Econômica do Direito contribuem para que a concepção da microeconomia seja aplicada ao presente estudo, uma vez que essa teoria por ser desenvolvida por agentes econômicos permitem a comparação dos benefícios e custos das diferentes alternativas antes da tomada de decisão pela autoridade pública, seja do ponto de vista econômico ou mesmo do ponto de vista social e/ou cultural, com a possibilidade da aplicação de uma perspectiva de eficiência as normas legais e viabilizar o uso eficiente dos recursos.

Nesta dinâmica discorrem sobre o bem-estar social e a eficiência da seguinte maneira:

Não podemos ignorar que muitas noções de justiça e moral concorrem para promover a eficiência e o bem-estar social. Por exemplo, o princípio moral de que não se deve mentir ou enganar, não só promovem relações sociais cooperativas como diminui a necessidade de uma estrutura coerciva que consome recursos da sociedade. Existem, porém, noções de justiça e moralidade que não são eficientes.

Sobre esta última afirmação, importa estabelecer um paralelo com o entendimento de moral universal kantiana, pois de maneira contrária ao entendimento exposto, sob este prisma, a moralidade aplicada sob valores universais alcança sua eficiência máxima pois atinge a totalidade dos cidadãos no Estado Democrático de Direito e garante o bem estar social , neste ato representado pelo interesse público.

No direito econômico classificam que uma escolha eficiente é o mesmo que dizer que essa escolha maximiza uma medida de valor face a realidade de escassez de recursos. Citam o exemplo de escolhas que privilegiam opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Neste estudo, em busca de eleger um valor explícito utilizamos o valor segurança pública e assim buscar entender algumas opções que tenham por resultado a maximização desse valor.

Por tal, a importância do termo eficiência esta interrelacionado com a economia e designa uma regra de maximização de uma medida de valor que se trata da fórmula do bem estar social onde esta é a agregação do nível de utilidade (satisfação) aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social.

Digamos dessa forma que o nível de utilidade do valor segurança pública mais elevado seja os baixos índices criminais e os altos níveis de resolução de crimes por ventura ocorridos, sendo assim, a fórmula do bem-estar social seria: BES (BEM ESTAR SOCIAL) = utilidade da prevenção de crimes + utilidade da resolução de crimes.

Esta seria a fórmula com fator de bem-estar social com a satisfação do maior número de indivíduos com a visão utilitarista de igualdade distributiva. Consoante o critério econômico de Pareto que difere de Kaldor-Hicks onde para Pareto o critério de eficiência de um indivíduo não pode ser prejudicial aos demais é o mais adequado para aplicação no desenvolvimento em análise para o atendimento do interesse Público em foco.

Apesar do intercâmbio com a economia que *a priori* visa análises de cunho econômicos e não valorativos a semelhança com critérios universais disposto por Immanuel Kant e a dissociação de ética e moral, quando a ética (*ethos*) é aplicada a grupos internos com governantes comprometidos com os valores de determinada sociedade e a moral (*Mores*) atingem a todo o corpo social, diverso do entendimento Hegeliano (MÜLLER; WEBER, 2011) de moralidade e eticidade.

A concepção de bem viver que inclui o respeito aos Direitos e garantias Fundamentais e o exercício do Poder em plenitude, partilhados por uma coletividade, onde tais conceitos morais positivos, são partilhados por toda a sociedade e sendo aplicado a totalidade dos indivíduos gere efeitos positivos tais que repercutem em crescimento e desenvolvimento social, podem ser encontrados no artigo 37 da CRFB (BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003, 2003), onde explicita valores morais autorreferentes positivos a medida que aplicados e seguidos por todo o grupo social geram efeitos sociais positivos que expressam a democracia e o bem estar social

através da administração Pública, uma vez que desenvolvido por todos seus efeitos são benéficos para todos e não para apenas algum grupo distinto. Do contrário princípios autorreferentes negativos como matar, roubar, entre outros se aplicados socialmente inviabilizam a existência da sociedade.

Tais direcionamentos doutrinários partem de pensadores como Immanuel Kant com o estudo da ação moral do indivíduo e de Jurgen Habermas com visões universais e de soberania popular em suas éticas intersubjetivas dentro de concepções éticas e morais.

Kant em sua obra esclarece o valor moralidade, conforme abaixo transcrito:

A presente Fundamentação nada mais é, porém, do que a busca e fixação do princípio supremo da moralidade, o que constitui só por si no seu propósito uma tarefa completa e bem distinta de qualquer outra investigação moral.

Em seu estudo, em uma de suas proposições Kant relaciona a análise do dever com a moral, dever que muitas vezes anda em caminho oposto a vontade real do indivíduo, porém que em sendo cumprido atinge o valor moral não no propósito final mas na razão que o determina e esta ação independe das consequências externas.

Cabe ilustrar da obra de Kant uma passagem muito interessante que se lida isoladamente não conseguiria traduzir a completude de conceitos nela expresso, porém para o estudo traduz o de forma superficial, porém geral de moral.

Todo o chamado interesse moral consiste simplesmente no respeito pela lei. Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.

Nisto reside a ideia de imperativo categórico para Kant, logo, em tudo reside o entendimento de possibilidade de aplicação de um valor moral universal e não apenas a grupos específicos e a partir daí é possível basear o estudo em conceitos universais e que garantam a moralidade indistinta para todos os quais estão sob a normas, por ser uma vontade boa em si mesma superior a qualquer outro parâmetro ou norma.

O conceito de moral para Gilvan Hansen detém o seguinte conteúdo:

A moralidade é o elemento que baliza ou deve balizar a nossa conduta em sociedade, enquanto uma espécie de referencial racional a orientar as próprias concepções éticas vigentes. A partir de um horizonte de moralidade é que podemos pensar soluções coletivas e caminhos intersubjetivamente traçados no intuito de promover a qualidade da vida humana coadunada à preservação do planeta e das demais formas de vida nele existentes. O conhecimento, orientado por princípios e finalidades morais, no sentido de promover a dignidade humana e construir um mundo melhor e mais justo para todos, mediante o uso da ciência e da técnica, encontra significação social e relevância antropológica. Igualmente com o fundamento da moralidade é que podemos viabilizar convivência pacífica, solidária e produtiva de diversas comunidades éticas, coibindo eventuais excessos pela via política e principalmente pela via jurídica, já que no direito a moralidade ganha sua efetividade social e a sua força institucional. Não podemos nos esquecer, como ilustração ao argumento ora exposto, que a moralidade (e não a eticidade) se constitui em princípio constitucional no que tange à administração pública (CRFB/ 1988, Art. 37). E

Assim de forma bem sucinta fundamental apresentar a relação estabelecida por Gilvan Hansen ao abordar moralidade, onde está encontra o paralelo entre esses conceitos e o déficit de legitimidade democrática que ocorre quando não ocorre o consenso na positivação pelo direito (em geral estabelecido por grupos específicos), nisso reside a

importa dos valores universais e autorreferentes positivos para a análise do alcance finalístico da prestação do serviço público, pois o exercício pleno democrático é fator primordial para o desenvolvimento de todas as políticas públicas desenvolvimentistas.

Esta diversidade de entendimentos sobre a temática universalização, moralidade, eficiência e eficácia caminham e explicitam claramente a base ética filosófica do estudo, para corroborar neste estudo compete também apresentar a universalização das máximas dispostas por Habermas

Habermas menciona o nível pós convencional ou baseado em princípios, onde encerra que as decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios que todos os indivíduos concordam. Nesta linha de entendimento o valor não relativo, pois não se coloca disponível, como a segurança é entendido como fundamental em qualquer sociedade e independe de validação da maioria em razão da condição de existência social.

Para o autor o princípio da universalização compreende conforme o modelo “refleche equilibrium” de Rawls, a reconstrução das instituições da vida quotidiana, que estão na base da avaliação imparcial de conflitos e ações morais, além dos pressupostos universais de argumentação.

Em contraponto, o aniquilamento mútuo que Gilvan Hansen demonstra filosoficamente e lembra que outrora os usos da força é o fator primordial de resolução de conflitos na história da humanidade, que baseadas na força e na imposição de vontade de quem possuía maior poder militar era o que prevalecia os conflitos eram resolvidos pela eliminação da alteridade, que implica a eliminação da própria espécie humana.

Por óbvio, tal elemento em um Estado Democrático de Direito é impensável, contudo, a ocorrência de uma possibilidade de autotutela pelo enfraquecimento das bases sociais de resolução de conflitos não se distancia de padrões autorreferentes negativos da conduta humana outrora encerrada.

Confiabilidade

A principal definição de “confiança” no Oxford English Dictionary expressa por Giddens (ANTHONY GIDDENS, 1991) é descrita como: “crença ou crédito em alguma qualidade ou atributo de uma pessoa ou coisa, uma verdade, de uma afirmação”.

Como ponto de partida o esclarecimento é interessante, contudo, ao citar Hiklas Luhmann, Giddens descreve que a confiança deve ser compreendida especificamente em relação ao risco, onde resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões e a confiança pressupõe consciência das circunstâncias de risco.

Nesta lógica, não considerar alternativas é o mesmo que estar em um Estado de crença, enquanto o oposto ao reconhecer alternativa e tentar calcular os riscos reconhecidos, pressupõe a confiança. Nesta relação de confiança e não de crença a pessoa ou sistema assume parcialmente a responsabilidade pelo resultado e pode ser arrependido de ter depositado confiança em alguém ou algo dispõe Giddens.

Porém, interessante notar que o autor relaciona a confiança a um estado contínuo e passa a desenvolver uma gama de observações relacionadas onde a confiança está ligada a ausência no tempo e no espaço e neste a condição principal de requisitos para a confiança não é a falta de poder, mas a falta de informação plena (transparência da informação).

Assim a confiança não está vinculada ao risco, mas à contingência que credita credibilidade em face dos indivíduos ou à operações do sistema, que envolve a atribuição de “probidade” (honra) ou amor.

Outro ponto é a confiança que deriva da fé na credibilidade de uma pessoa ou sistema, ou seja, uma crença justificada, bem como, importante o caráter da confiança no tocante ao funcionamento adequado do sistema e sua operação enquanto tal. A partir de então o autor estabelece o conceito de confiança como:

crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probabilidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico).

E neste conceito os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso passam a reinar no lugar das cosmologias religiosas. Analisa nessa obra a relação do conhecimento do perigo através da consciência livre ou a inconsciência dos perigos que ocorre em situações onde não se pode calcular o risco na ação.

Logo para estabelecer a confiança e minimizar riscos e/ou perigos os quais se sujeita algumas atividades deve haver o equilíbrio entre confiança e o cálculo do risco, visto nessa hipótese como risco aceitável. Neste ponto o conceito de segurança se relaciona com uma situação onde o conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado, com o equilíbrio pleno entre confiança e risco aceitável.

A importância do tema confiança para o exercício da atividade de segurança pública supera os valores necessários para o estudo futuro do controle interno a medida que pelo risco das ações preventivas e mesmo investigativas empregadas a relação su- planta princípios de hierarquia e disciplina no caso das instituições militares e ao da equiparação ao Poder Judiciário no caso das policiais civis, posto que

a confiança é fator primordial para manter as ações diretas empregadas pelos agentes com exemplos superiores legítimos, assim como fundamenta o risco das ações empregadas no exercício de preservação da ordem pública.

Com isso, com base no estudo de Anthony Giddens suplantando o paradigma de que as ações somente podem ter sua efetividade e eficácia através de ações desenvolvidas por critérios hierárquicos sem considerar a variável confiança tanto para as relações institucionais internas quanto externas diminui o percentual de eficiência nas ações afetando a segurança pública, independente da roupagem externa institucional empregada, pois valores morais, valores institucionais, honra, ética somente permanecem a medida que existe a relação de confiança entre os agentes e estes e o sistema.

Aprofundar essa análise significa questionar se a maquiagem define a beleza ou apenas realça a beleza, porém quando a maquiagem é exagerada resta evidente a anormalidade daquela visão e o que deveria ser utilizado para realçar a base de medidas perfeitas que define conceitos de beleza de maneira universal passa a ser um fator de questionamento de sua necessidade.

O paralelo com tal característica tão feminina foi estabelecido para que de um plano diferente pudesse ser observado sem maiores aprofundamentos desejado da necessidade ou desnecessidade de alguns valores institucionais da segurança pública, com questionamentos seja pela forma de emprego ou mesmo pela adequação a realidade criminal vigente, seja pelo diferencial ideológico diverso que duas instituições que atuam no mesmo interesse público apresentam e produzem uma dissociação de interesse que não atende ao interesse social latente na prestação do serviço segurança.

Tal realidade através dos dados expressos são reforçados a medida que eclodem propostas de emendas constitucionais que tramitam insistentemente no Congresso Nacional que visam alterar toda a estética da segurança pública, intuindo na desmilitarização das forças armadas estaduais e o estabelecimento do ciclo completo/ único de polícia um novo resultado.

Desta feita para não fugir da proposta de estudo passemos a analisar o exercício de controle interno em vigor nas forças de Segurança Estadual do Rio de Janeiro para utilizar parâmetros que possam deliberar quanto a eficácia desse serviço público fundamental.

2 CONTROLE INTERNO

Na obra o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, Seabra(MIGUEL. SEABRA FAGUNDES, 1946) discorre sobre a sujeição das atividades da administração pública à ordem jurídica e sobre o controle político – jurídico dessa sujeição.

Dentro da Administração Pública já ocorre a subordinação à ordem jurídica, expresso tal conceito pelo Princípio da legalidade, disposto no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, contudo, a legitimidade do procedimento da administração ocorre quando sobre ela incide, ainda, a limitação da orientação e limitações impostas com o intuito de excluir o arbítrio pessoal no seio da administração pública.

Logo, o controle da administração pública pelo poder judiciário, também pode incorrer em excessos que como Paulo Otero ao ser citado por Seabra (MIGUEL. SEABRA FAGUNDES, 1946) apresenta como risco de estabelecimento de um “ governo de juízes” não eleitos, ou seja, representa risco ao Princípio Democrático de separação dos poderes e a possibilidade de engessamento dos

mecanismos de gestão através do controle dos atos discricionários praticados pelo Poder Executivo em sua conveniência e oportunidade.

Nesta direção mesmo que dentro da atuação discricionária e atendendo ao interesse público pujante a autoridade administrativa superior como discorre Seabra, poderá ter sua atitude responsabilizável através da inexecução dos atos por funcionários subalternos e / ou abstenção por esses das medidas executórias.

Nisso reside uma forma de controle interno, que poderia ser interpretada por alguns como subversiva dentro da lógica de um modelo de gestão burocrática prevista por Weber, calcada nos meios de execução e não no resultado eficiente, onde a hierarquia atinge valores maiores que os próprios preceitos constitucionais.

Uma vez que no Brasil o controle do ato político ou discricionário pelo poder judiciário, ainda, é objeto de grandes conflitos por considerar o risco sobre o sistema tripartido de poderes executivo, legislativo e judiciário em vigor. O mesmo não ocorre em algumas doutrinas estrangeiras, como a Francesa, que em seu sistema dual de jurisdição é perfeitamente aplicável o controle sobre os atos discricionários.

Todo o exposto decorre da necessidade brejeira de situar o leitor da importância da importância do entendimento da consequência negativa do excesso de controle sobre o ato administrativo discricionário e em contrapartida o retrocesso democrático que pode ocorrer quando tal controle é negligenciado. Sobre esse assunto Edson Alvisi, ao estabelecer a relação entre o grau de desenvolvimento da cidadania e a relação entre o Estado e a luta pelos direitos civis como instrumento de acesso à justiça através da discussão da soberania, da divisão de poderes e pela eficácia e efetividade da norma aplicada, faz estabelecer também o paralelo entre exercício de controle sobre o ato

administrativo discricionário e o grau de democracia experimentado em determinado país.

Para o estudo em análise o controle interno dos órgãos de segurança está mais próximo da autotutela exercida pela administração pública, ao poder disciplinar que incide sobre a conduta lesiva de seus agentes e dos controles éticos e morais que são impostos entre os agentes públicos reciprocamente.

Sobre o controle interno Odete Medauar (MEDAUAR ODETE, 2012) descreve que é:

o controle realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e suas entidades indiretas recebe vários nomes: controle administrativo, controle interorgânico, controle intra-administrativo. A função de controle sobre si própria apresenta-se inerente à atividade administrativa, havendo, inclusive, órgãos ou funcionários dotados dessa atribuição específica, por exemplo, supervisores, inspetores, corregedores. O controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, a observância dos preceitos da “boa administração”, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e oportunidade de medidas e decisões no atendimento ao interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas.”

Desta feita, a importância do controle interno, exercício pela própria administração pública tem o fim de alcançar a eficiência almejada através do atendimento do interesse público respectivo e inobstante outras formas de controle é a maneira inicial menos custosa aos cofres públicos, pois pode ser redirecionada sem que tenha surtido efeitos sociais.

2.1 O EXERCÍCIO DO CONTROLE INTERNO NA SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL

Conforme o conceito disposto por Odete Medaur, as forças Estaduais de Segurança do Estado do Rio de Janeiro e nesta oportunidade me detenho nas força militar estadual, através dos recursos administrativo que em geral é endereçado a autoridade que emanou o ato por meio da autoridade cujo servidor está diretamente subordinado, do autocontrole espontâneo ou através do recurso, o controle hierárquico exercido pelas Corregedorias ou outros setores hierarquicamente competentes, o controle de gestão especificamente observado quando da existência do controle de produtividade de processos disciplinares em âmbito correcional, as inspeções previstas na Instruções Regulamentares, fruto do modelo copiado do Exército Brasileiro e a supervisão de Oficial ou Graduado que tem por objetivo fiscalizar o serviço preventivo exercício por policiais militares são meios de controle interno exercido pela Polícia Militar Estadual.

Mas independentemente da existência dessas formas de controle poucos são os dados oficiais disponibilizados para a avaliação dos resultados como medidas de eficácia da prestação do serviço público, segurança pública, mas em contrapartida o foco no controle disciplinar dos agentes é bastante perceptível, conforme as notícias midiáticas como a dispostas abaixo:

Rio de Janeiro – O número de policiais expulsos da Polícia Militar (PM) do Rio mais do que dobrou nos últimos dois anos. Em 2010, foram excluídos 143 policiais, índice que chegou a 317 em 2011, um aumento de 143%.”(EBC,)

Neste sentido o foco com viés Weberiano (burocrático) de fiscalização ou exercício da autotutela é expressamente detido nos meios ou até nos agentes propriamente ditos, contudo, difícil

estabelecer um paralelo demonstrativo do resultado de eficiência do serviço finalístico de segurança através desses dados somente.

O trabalho encerra a busca pela prestação eficiente do serviço de segurança pública, notadamente como está encerrado os meios de avaliação dispensados para tanto. Muito se discute o aspecto comportamental e disciplinar dos agentes, sabido que o resultado do serviço de segurança pública é de difícil mensuração pois incide sobre essa avaliação variáveis de ordem urbanística, social, política, educacional e de acesso a serviços fundamentais que implicam na externalidade da violência urbana.

Nem tampouco busca o estudo se aprofundar nas razões que levam este órgão a direcionar seus resultados a demonstração do número de prisões de seus agentes, sem antes entender os quesitos que permitiram o acesso de agentes disciplinar ou moralmente inabilitados para a função com um continuado gasto público evitável, ou como está sendo estabelecida a relação de confiança apresentada anteriormente e fundamentada ideologicamente por Giddens que leva a quebra dos valores institucionais esperados a ponto de gerar gasto público com formação, material e que culmina na exclusão antes de ser atendida as expectativas financeiras esperadas para cada contratação. Dentro de uma lógica empresarial privada, essa forma de gestão é inviável a sustentabilidade econômica de qualquer empresa que vise lucro.

O controle interno também ocorre na polícia civil, que possui também uma corregedoria própria, inobstante a Corregedoria Geral Unificada que concorre em função com a Corregedoria Interna da Polícia Militar, Polícia Civil e Bombeiro Militar. Em pesquisa junto a portais de segurança pública foram encontrados dados com defasagem de alguns anos e portanto, a avaliação dos resultados de eficiência baseado nesses dados obrigatoriamente conterá lacunas que poderão ocasionar um déficit numérico de avaliação, tais como os índices de

violência dispostos pelo Instituto de Segurança Pública, que segue no capítulo subsequente juntamente com a avaliação sobre a relação de resultados através da comparação dos dados oficiais dispostos e o serviço de segurança pública voltado para o controle de mortes por embriagues no trânsito, também denominado Operação Lei Seca.

3 DADOS NA ATUAÇÃO DAS FORÇAS DE SEGURANÇA

O portal de segurança pública ISP, apresenta o sistema integrado de metas:

Criado em 2009, o Sistema de Metas e Acompanhamento de Resultados é um modelo de gestão por desempenho, desenvolvido pela Seseg, por meio da Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional (SSPIO). Tem como principal objetivo desencadear ações integradas de prevenção e controle qualificado do crime e estabelecer as metas para a redução da incidência dos Indicadores Estratégicos de Criminalidade. Assim, com a implantação do SIM, a Seseg pretende, também, aprimorar o processo de integração institucional das Polícias Civil e Militar.

A Seseg monitora os resultados de um sistema baseado em Indicadores Estratégicos de Criminalidade que permite a criação de metas previamente estabelecidas de acordo com delitos escolhidos. Os resultados são apurados mensalmente pelas Regiões Integradas de Segurança Pública (RISPs) e Áreas Integradas de Segurança Pública (AISPs). Os dados são transformados em pontos que variam de acordo com o alcance ou não da meta estabelecida para o mês vigente, em função de um peso atribuído a cada indicador estratégico de criminalidade. As RISPs e AISPs que obtiverem maior pontuação são premiadas.

Os dados dispostos nesse sistema atendem ao axioma de números de crimes ocorridos por períodos e localidades e o impacto almejado com a política implementada é a redução de crime e a preservação da vida.

Diogo Figueiredo conceitua segurança pública como setor fundamental da segurança interna voltada à manutenção da ordem pública, atividade que diz respeito à desejável situação de convivência pacífica e harmoniosa das pessoas. Ao analisar o alcance almejado pela Secretaria de Segurança Pública com a redução de crimes e preservação da vida como foco nodal, resta claro que a redução desses índices para garantir a convivência pacífica e harmoniosa das pessoas, utilizou de critérios palpáveis.

Inobstante a necessidade complementar do desenvolvimento de políticas públicas fomentadoras das condições em níveis de excelência na área urbanística, sanitária, educacional, de saúde, de políticas que desenvolvem o econômico social e individual o foco nos números de ocorrência de crimes permitiu uma maneira real de análise da eficiência do serviço segurança pública que é algo de complexa e difícil mensuração por envolver inúmeros fatores sociais.

Ocorre que se torna imperioso através desse critério observar se a atuação da preservação preventiva da ordem pública e a solução criminal judiciária obtiveram resultados expressivos para estabelecer a classificação de eficiência desse setor. Posto que a expressão máxima reside na liberdade de locomoção, aumento do fomento industrial, de emprego, do mercado de diversão que em último plano influenciado por todos esses fatores possibilitarão o agente final obter qualidade de vida suficiente que aumente sua participação social democrática.

Passemos aos dados do Instituto de Segurança Pública, baseado no objetivo de preservação da vida e redução criminal os índices em apreciação se relacionam exatamente com esses quesitos, importante mencionar a utilização da fórmula de Pareto para a identificação detalhada por índices diversos, onde vigora a igualdade distributiva.

Os dados expressos pelo ISP (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA,) demonstram um aumento do número de homicídios, dentro de toda lógica de valoração distributiva apresentada por Pareto e utilizada como Padrão , conforme os gráficos existentes no sítio do Instituto de Segurança Pública houve o aumento dos números de homicídios dolosos em cinco anos pelo menos e isso denota a falta ou diminuição da eficiência e eficácia do serviço prestado.

Do mesmo modo, os índices de solução de inquéritos policiais por letalidade violenta, conforme dados dispostos pelo ISP (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA) apresenta um déficit de resultados e uma média de elucidação em torno de 20% no segundo semestre de 2015, conforme dados apresentados pelo ISP.

Na contramão desses resultados as ações desenvolvidas pela Operação lei seca no Estado do Rio de Janeiro, que visa a redução dos números de acidente de trânsito alcança resultados favoráveis conforme fonte do jornal o Globo (GLOBO,) que expressa:

QUEDA NO NÚMERO DE MORTOS

Segundo dados do Dossiê de Trânsito 2016, do Instituto de Segurança Pública (ISP) e da Coordenadoria de Estatística e Acidentologia do Detran-RJ, a taxa de mortos em acidentes de trânsito no estado teve redução de 28%, de 2009 a 2015 (taxa por 100 mil habitantes). Além das fiscalizações, que contam diariamente com 250 agentes, as ações da Lei Seca reforçam a recomendação de não dirigir depois de beber. Desde 2009, mais de 1.800 palestras foram realizadas em escolas, universidades e empresas de todo o estado, contando com a participação de agentes cadeirantes - vítimas de acidentes de trânsito provocados por consumo de álcool.

As ações desse programa preventivo de segurança alcançam resultados eficientes e eficazes, à medida que os índices, comprovados por dados de redução do número de acidentes de trânsito denotam que atuação dos agentes através das metodologias aplicadas atendem a

razão de sua existência e através de uma atuação legitimada socialmente e que atende o interesse público em questão.

5 Resultados

Os resultados de todos os objetos de análise devem sofrer a aferição de confiabilidade interna, exercida entre os agentes nas suas relações de trabalho interpessoais e no sistema utilizado para o exercício de sua atuação.

Compete destacar que mesmo sendo um órgão de múltiplas categorias de servidores públicos , pois os agentes da operação Lei Seca, são policiais militares, bombeiros e policiais civis que atuam em conjunto , detêm no sistema perito de Giddens e não na relação puramente hierarquizada o seu resultado e executam o serviço público dentro de preceitos institucionais que independe da atuação correcional.

CONCLUSÃO

A eficácia da administração pública é o cerne primordial desde a reforma administrativa que se insere no quadro amplo de reforma Estatal brasileira advindo com a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998, que visa a eficiência e a ética no trato com a coisa pública e o conseqüente aumento da cidadania ao ter o Estado como instrumento para a realização do interesse público, tem sobre si inúmeras incidentes , contudo, dentre todas o valor confiança detêm especial relevância.

O estudo precisava delimitar um foco de análise e por tal sob a perspectiva do direito fundamental a segurança utilizou a análise de dados dessa área, porém, a aferição do exercício da democracia em

conjunto com a redução do número de processos judiciais em tramite, como exercício da justiça administrativa seja nos moldes de jurisdição uma ou dual pode ter como um dos inúmeros fatores de redução o maior exercício do controle interno da administração pública, para que não decorra o controle judicial, externo e ou do ombudsman e ainda, a aplicação de valores universais que por sua simples dinâmica atende aos referências positivos de atuação da administração pública.

Logo , dos dados observados o resultado eficiência do serviço público, bem como, o atendimento ao interesse público pode ter como foco valores de legalidade, transparência, eficiência que não são novos para a Administração Pública mas que se tiverem a incidência do fator confiança, tem sua aplicação potencializada e tende a aumentar o grau de eficiência da Administração.

A deliberação de eficiência é fazer de maneira menos custosa para os cofres públicos aquilo que a lei estabelece que determinado órgão realize, que por meio de descentralização o Estado necessita delegar a diversos órgãos, compostos por inúmeros agentes públicos que somente devem ter como foco o interesse público. Logo a relação de confiança se estabelece a medida que a crença em determinada forma de atuação se exterioriza e alcança o resultado social pretendido, fato que possibilita o exercício da aceção de segurança pública e o bem estar advindo de sua eficiência.

Assim de maneira bem resumida, Administração pública eficiente é aquela que faz o que se espera que se faça alcanando resultados esperados para determinado fim social, por meio da melhor metodologia disponível e aplicável, contudo, valores como a moralidade e a confiança, dentro da lógica autorreferente positiva, são os catalizadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTHONY GIDDENS. As Consequências da Modernidade. In: _____ . *tradução de Rual Fiker*. [S.l.]: Unesp, 1991. p. 32 – None. ISBN 85-7139-022-3.

BACHA, L. F.B. de Mello Filho. A licitação na Constituição de 1988. FGV, p. 6 – 6.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003.

EBC instituto. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/03/numero-de-policiais-expulsos-mais-que-dobrou-nos-ultimos-dois-anos-na-pm-do>>. Acesso em: 14/11/2017.

EDSON ALVISI NEVES; GLADYS SABINA RIBEIRO; MARIA DE FÁTIMA MOURA FERREIRA. Diálogos entre Direito e História: cidadania e justiçaç Niterói, RJ: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2009. cap. I.

GAZETA jornal. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/02/comando-da-pm-publica-nova-lista-de-punicoes-para-policiais-militares-1014027066.html>>. Acesso em: 14/11/2017.

GILVAN HANSEN. A resolução de conflitos no Estado democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana. p. 102 – None.

GLOBO, O. *redução de mortes de trânsito, operação lei seca*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/lei-seca-registra-queda-de-43-no-numero-de-motoristas-embriagados-21086548#ixzz4yYnMuRFg>>.

HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. in: Rebel gomes, sandra lúcia ; novais cordeiro, rosa inês; mendes da silva, ricardo perlingeiro. (orgs.). *incursões interdisciplinares: Direito e ciência da informação*. rio de janeiro: Beco do azougue, 2012, v. 1, p. 55-76.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *sistema de metas*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/>>. Acesso em: 14/11/2017.

JÜRGEN HABERMAS. TRADUÇÃO DE GUIDO A. DE ALME. *consciência moral e agir comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.

MEDAUARODETE. *Direito Administrativo Moderno*. In: _____. 16. ed. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2012. cap. 18, p. 414 – None. ISBN 978-85-203-4279-4.

MIGUEL. SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. In: _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1946. cap. 5, p. 135 – None.

MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. In: _____. 16^a. ed. rev. e atual. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. p. 342

MÜLLER, R.; WEBER, T. *A crítica de Hegel ao formalismo moral Kantiano*. 2011. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2872>>.

R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/em-5-anos-pm-do-rio-expulsa-quase-mil-policiais-o-equivalente-a-7-upps-20121014.html>>. Acesso em: 14/11/2017.

LIMITES DE RESPONSABILIDADE DOS OPERADORES DO DIREITO EM AMBIÊNCIA DIGITAL

Reinaldo Fernandes Retto

Advogado mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense

Resumo: O presente trabalho, à luz de viés técnico e análise da logística conceitual do meio digital, trata da inserção tecnológica nos meios de transmissão de informação na processualística judicial brasileira, como solução face à ao acúmulo e morosidade processuais advindos, entre outras, da introdução da CF88. Avalia parâmetros relativos aos atores da cadeia da informação e do tratamento desta nos meios institucionais presentes no judiciário, seus efeitos e dimensões, bem como aqueles relativos aos Princípios Processuais, uma vez inseridos em ambiência digital. Analisa introdutoriamente, a sucessão do universo analógico pelo digital e parâmetros entre ambos, bem como o preparo efetivo havido nessa sucessão. Trata de forma inquisitiva o relacionamento dos princípios basais dessa processualística, quanto aos recursos humanos existentes no RH bem como sua percepção da tecnologia envolvida nesse relacionamento. Conclui sobre constatações, projeções e possibilidades, riscos e limitações de forma a permitir reflexão sobre a utilização desse novo meio físico no trato da informação e sua irreversibilidade de aplicação, avaliando resultados colhidos da práxis efetiva, imposta ao estudo do judiciário brasileiro, face pesquisa quantitativa, coleta de dados estatísticos e entrevistas com operadores do Direito.

INTRODUÇÃO

O exponencial crescimento da judicialização em todas as áreas da sociedade brasileira observado após a promulgação da CF88, abalou de forma incontestável, ampla e geral, toda a estrutura existente no

judiciário brasileiro.

Os recursos alocados e disponíveis à infraestrutura administrativa, bem como aqueles afetos à gestão do acervo processual do país, deficiente em recursos antes da CF88, foram esmagados diante da constatação prática de sua inépcia e incapacidade reacional.

Assim, o que já era de difícil tratamento diante de uma ausência quase plena de qualidade e quantidade para suprir demandas pré-existentes, tornou-se o caos diante de um amontoado de novas inserções que passaram a chegar numa já combalida estrutura que tinha na ineficiência, sua maior qualidade.

Não obstante o consenso em todas as instâncias do Poder Judiciário de que sua situação beirava o desespero diante da falta de recursos, principalmente humanos para fazer face ao tratamento das informações existentes em todos o território nacional, não houve uma rápida percepção da dimensão do fenômeno de judicialização de todas as áreas sociais após a CF88 face à amplitude de direitos proporcionados por esta.

As relações com o meio ambiente, consumo, saúde e garantias individuais foram introduzidas no judiciário de forma assustadora, vez que áreas abençoadas pela possibilidade de inserção jurídica de seus questionamentos sociais, acabando por produzir absurdo impacto em todas as colunas de sustentação de um sistema incapaz de fruir o que já estava impactado.

Somente a área da saúde, respondeu por um aumento de mais de 1000 (mil) por cento de judicialização nos últimos sete anos. As demandas foram surgindo em velocidade assombrosamente incompatível com a capacidade de seu processamento, em todos os níveis da cadeia de tratamento, quer nos órgãos da Justiça Federal como naqueles de cada Estado da Federação.

Em curtíssimo tempo, o volume judicializado quebrou todas as piores previsões dos gestores daquele Poder, surgindo em consequên-

cia, outro problema, que acabou por piorar o já grave quadro de ausência de eficácia e eficiência.

Tanta pressão por uma solução rápida em resposta a esse denso e sistemático acúmulo de demandas nessa nova realidade, determinante das dimensões dessa nova “dinâmica de mercado” dos procedimentos administrativos do Direito no país, acabou por nortear ações em resposta.

Na busca de resposta por soluções de curto prazo, acabou o CNJ por assumir riscos de introdução de ferramentas tecnológicas de transporte da informação, que não tiveram o devido cuidado de aterse ao tempo devido de maturação, identificando a priori e principalmente a morosidade processual como a grande causa impactadora dos fluxos da informação.

Nesse caso e com duplo efeito, os atores dessa nova dimensão consumidora da estrutura organizacional da aplicação do Direito, passaram a ser penalizados pela insuficiência qualitativa e quantitativa do tratamento das demandas geradas, face à própria existência dessas demandas, que somadas à inépcia gestora desses fluxos de informação, foram literalmente envolvidas pela impossibilidade de obtenção de equação que resultasse em solução ao problema.

...Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se crescente aumento da litigiosidade no Brasil, fenômeno que surge em função do amplo rol de direitos proporcionados pela Nova Carta, quase como um corolário do processo de redemocratização e das décadas de direitos suprimidos da população. Enquanto em 1990, o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos², já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações. Esse crescimento observado durante o período de 2004 a 2009 é apresentado no Gráfico 1, que mostra a evolução recente da litigiosidade brasileira. (Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira – CNJ – jul. 2011.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0>

Como já referido anteriormente, o CNJ, abriu edital em convocação no meio acadêmico para a busca de solução eficaz para atendimento de solução para esse excesso de demanda não assistida no Judiciário.

A participação de três instituições no estudo do mesmo tema revelou-se bastante profícua, uma vez que cada universidade pôde realizar recortes metodológicos e se aprofundar em pontos específicos diante das múltiplas facetas do complexo problema da morosidade. Os relatórios, de forma sintética, identificaram os seguintes desafios que se colocam para o Judiciário: 1) uma trajetória de judicialização em que vários atores (governo, mídia e advocacia) fomentam o crescimento da litigiosidade; 2) uma conjuntura socioeconômica que colaborou para um crescimento vertiginoso de demandas ligadas ao sistema de crédito no Brasil e 3) um quadro de variados incentivos para a litigação e para a interposição de recursos, o que só reforça a morosidade e o congestionamento do sistema judicial, em um ciclo vicioso e em um contexto em que a cultura de conciliação ainda encontra pouco espaço. Diante desses desafios, conclui-se que, em face da crise da morosidade judicial, o Judiciário não pode agir mais reativamente ao aumento sistemático da litigância processual. Ações de caráter proativo, capitaneadas pelo Poder Judiciário, incluindo o CNJ, são necessárias para o efetivo combate do problema e passam pelo aperfeiçoamento da gestão judicial, pela legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, pela elaboração de políticas de redução e filtro das demandas judiciais e pela cooperação interinstitucional com órgãos da Administração Pública (no caso presente com INSS, Ministério da Previdência Social e Banco Central) e com instituições privadas ligadas ao maior número de litígios (Bancos, empresas de telefonia etc.) (Grifo nosso). (Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira – CNJ – jul. 2011

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>)

Diante das exposições descritas, entendeu-se que a adoção de tecnologia como arma para o enfrentamento do caos que se apresentava pelo exacerbado acúmulo de processos, imporia drástico recuo a esse acúmulo e decerto, retornaria o controle às mãos do judiciário.

Assim “romantizada” a questão, deu-se à promoção da preparação da estrutura administrativa no país, com vistas e para a introdução da sistemática digital como novo meio para a condução da informação no judiciário brasileiro. Cumpre ressaltar aqui uma breve análise, sob a técnica da questão.

Todo esforço, fruto da análise acadêmica imposta que pode ser identificada acima, reforçava a nítida identificação das causas da morosidade e em consequência, o apontamento claro e sistemático de provável solução.

Atacando-se as causas do acúmulo, em consequência, estar-se-ia atacando conseqüentemente, a morosidade do processamento da informação, tendo como resultados imediatos, a solução do problema.

Dessa forma, os esforços concentraram-se nas causas do crescimento acentuado da litigiosidade e conseqüente morosidade do sistema, claramente observados como “alvo a ser tratado” primariamente pelos gestores.

Ampliando a perspectiva dos resultados, o CNJ buscou identificar os fenômenos e processos presentes, dentro e fora do judiciário. Como fatores externos, relacionou principalmente e entre tantos outros de menor monta, àqueles oriundos à regulação administrativa e legislativa, (“...pois “criam ou restringem o exercício de direitos - zonas cinzentas regulatórias”), aos marcos institucionais, à questões socioeconômicas e às práticas de gestão empresarial.

Como fatores internos, aqueles oriundos de dentro do Poder, a todos aqueles relacionados aos impactos da judicialização dos conflitos (sic), bem como ao “gerenciamento do volume de processos”, “à falta

de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos e até à própria organização judiciária, finalizando na “conduta das partes em litígio”.

Alicerçou ainda que tais causas, internas ou externas, de natureza esporádica, sazonal ou permanente, poderiam interagir entre si, repercutindo uma sobre as outras ou vice e versa.

Nada, porém, foi prioritariamente discutido quanto ao público alvo de todas as etapas envolvidas, tampouco pesquisa se apresentou alicerçada como determinante de procedimentos preconizadores da adoção da tecnologia da informação no trato da condução da informação.

Àqueles que, na prática e de fato, cumpriam nesse contexto, estática ou dinamicamente, presença como componentes principais do sistema, não entraram na logística da solução, ficando de certa forma, como “contemplados” por eventuais decisões acerca do melhor funcionamento e resultados.

1 A exegese do meio físico

O estudo iniciado e aqui introduzido, trata do meio físico como um dos componentes principais do todo acima exposto, terá significativa importância no entendimento e consequente tratamento incisivo das circunstâncias avaliadas no presente trabalho, relativas ao tratamento digital da informação.

Nossa sociedade vivencia uma transformação conceitual sem precedentes em toda a história da raça humana e não menos importante que a constatação desse fato, impera o entendimento da ambiência onde tal transformação se opera.

As tecnologias da informação e comunicação (*TICs.*) não surgiram de pronto. Ao contrário, foram sendo construídas desde os alicerces, trazidas por Gutemberg e seu sistema mecânico de tipos móveis,

iniciando a revolução da transmissão da informação pela imprensa com suas inovações na esfera da produção em escala do papel, meio físico daquele momento destinado à transmissão do conhecimento, até aos conceitos de realidade virtual desnudada pela racionalização do intangível.

Mudar de algo que se toca e entende por analogia ao próprio corpo para algo que transcende à própria realidade da existência não é simples, muito menos de fácil entendimento e significa depender de forma expressiva de profundo conhecimento relativo à percepção da realidade.

Ao adotar o conhecimento advindo do uso de tecnologia absolutamente diferente daquela ambientada por décadas de uso cotidiano, espera-se que tal adoção reflita uma enorme quantidade de ensaios de testes e reflexões que irão determinar os caminhos que desviem de conflitos no mínimo certos de acontecerem, principalmente quando essa tecnologia utilize ambiência absolutamente diversa daquela original, como é a ambiência digital face à analógica.

O perfeito entendimento de suas características, natureza, possibilidades e limitações ultrapassa todas as prioridades existentes no universo anterior, restando configurada a simples percepção desse novo ambiente, razão *“sine qua non”* ao sucesso dessa substituição.

O não perfeito entendimento por sua vez, conduzirá, no mínimo, à uma enorme e desnecessária, senão infantil perda de tempo e recursos, malgrado não afete de forma irreversível à todos os atores em exercício laboral das duas ambiências.

2 O meio físico, a Jurisdição e a Segurança da Informação.

O complexo é simples na medida em que a complexidade seja conhecida e a simplicidade praticada.

Em estudos ambientais, a abordagem do meio físico imprescin-

de do pleno conhecimento e do perfeito domínio das principais características dos processos do meio físico.

(...para que seja feita a melhor avaliação possível dos processos atuantes no meio em questão). Neste contexto, devemos considerar o meio físico como "uma totalidade estruturada em equilíbrio dinâmico, com seus vários aspectos guardando relações de interdependência em termos causais, de gênese, evolução, constituição e organização" (Leite, Fornasari Filho & Bitar, 1990). ...Portanto, é necessário realizar uma abordagem integrada do meio físico, enfocando a dinâmica de cada uma de suas formas de interação, envolvendo desde fluxos energéticos atuantes no meio até seus componentes materiais. Para isso deve-se rever noções fundamentais relacionadas com à inserção do meio físico no contexto dos grandes ciclos terrestres (ciclo da água, do ar e das rochas) e suas interações (Bitar, Fornasari Filho & Vasconcelos, 1990).

É correto afirmar que o entendimento e percepção sobre determinado assunto, também é fundamentado na prática das experiências de uso desse conhecimento em relação à nossa vida, pois ao aprofundamos a necessidade do entendimento, aprofundamos o uso desse conhecimento e aprofundamos da mesma forma o resultado das experiências daí originadas e isso acaba num loop que permite cada vez mais o entendimento e em consequência maior experiência.

...Muitas das grandes diferenças existentes entre as epistemologias são imputáveis aos distintos modos com que se caracteriza o papel dos elementos empíricos no processo de conhecer". (Mills, 1971. P248). ...Neste contexto, devemos considerar o meio físico como "uma totalidade estruturada em equilíbrio dinâmico, com seus vários aspectos guardando relações de interdependência em termos causais, de gênese, evolução, constituição e organização" (Leite, Fornasari Filho & Bitar, 1990).

Apesar de todos os conceitos hoje aprofundados sobre a imaterialidade do universo digital, é certo que a premissa de seu pleno entendimento surge ao iniciarmos comparativo com o universo de onde

surgimos, por analogia, a tudo que cerca nossa existência.

O que muda são as relações de interação com esse meio, na medida em que passamos a transitar pela sua realidade. Assim, o que a tangibilidade afirma como real, uma vez transportada essa tangibilidade para um meio físico amorfo e inconsistente com qualquer tipo de tangibilidade, aquele conceito deixa de existir.

O tangível deixa de existir, cedendo lugar para seu correlato substituto naquela nova realidade. A adoção da tecnologia digital condutora a esse novo ambiente, dissolutivo da matéria analógica, conduz, nesse novo meio físico, outra dimensão da realidade, absolutamente diferente em forma e meio de condução de seu conteúdo e impera, senão o entendimento, no mínimo a percepção dessa realidade e seu alcance, para que se possa deslocar a vontade e a intenção da vontade como forma de conhecimento.

Assim, ao entender a introdução de tecnologia que desmaterializa a informação e a conduz por meio diverso daquele de amplo conhecimento e domínio, espera-se do agente que produziu a adoção dessa desmaterialização, no mínimo, o conhecimento pleno de toda a dinâmica de transmissão da informação, seus riscos e limitações e a percepção do alcance em todos os níveis do conhecimento dessa nova realidade como também condição “sine qua non” possa conduzir resultados ao menos equivalentes àqueles obtidos pela linha analógica de transmissão da informação.

Da mesma forma, impera ser de pleno domínio de todos os concernidos, o trato e relacionamento com a semântica relativa à tecnologia empregada, sob o risco de criar, como temos observado, perigosa dependência e possibilidade real de ver-se o operador da gestão do Direito, refém da informação, conteúdo e “timing” de RH estranho, vez que é assumido por operadores “extrajudiciários” do “Estado do Direito”, na condução dos resultados e interpretação do regramento imposto pelo governo, alocando os recursos relativos à condução desse

regramento, regulação e limitação da normativa jurídica, que poderão interferir nas garantias e liberdades fundamentais daqueles concernidos, como bem trazido por Simone Goyard-Fabre, em sua obra abaixo citada em referência.

A ausência do pleno domínio, pelo Estado juiz, de todos os contingenciamentos relativos ao emprego da tecnologia digital na transmissão da informação, expõe e impõe, respectivamente, falhas e restrições à normativa do equilíbrio entre separação de conceitos quanto aos entes “Estado do Direito” x “Estado de Direito”, relativos à síntese dos ideais da ordem e da liberdade, citados pela autora Simone Goyard-Fabre na obra “Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno – Martins Fontes – janeiro de 1999”.

Conclui-se, à luz de que a ausência do entendimento normativo, tanto conceitual quanto operacional de uma função tipicamente pertencente ao Poder Judiciário, imporá condição de esta será exercida pela aplicação (ou não aplicação) equivocada da Lei, subvertendo a solução dos conflitos entre as partes. Assim afetada, a jurisdição torna-se falha e passível de imposição e caminhos erráticos.

Da mesma forma e com a mesma intensidade, o não domínio do trato e uso tecnológicos além de temerário, impõe inconsequência quanto à segurança da informação, vez que transfere a tutela do conhecimento jurídico, delegada ao Estado do Direito, na prática, à meros técnicos que dominem e tenham o pleno conhecimento da semântica em comento.

Inadmissível em teoria, tal fato porém e ao arrepio da lógica relativa à segurança da informação, é facilmente constatado no dia a dia laboral concernente ao exercício do Direito.

Não se trata de ato falho, mas de erro de entendimento daquilo que se tem ausência de percepção. Em maio de 2014, portanto, oito anos após sua introdução no judiciário brasileiro, o Conselho Superior

da Justiça do Trabalho - CSJT em relatório de Proposta de Projeto – PP, informava logo no segundo parágrafo do texto:

...A **sucessiva demanda por novas funcionalidades** implicaria no lançamento de versões periódicas (releases) deste sistema. Entretanto, devido à aplicação **não possuir testes unitários e também testes de integração**, que deveriam ser executados automaticamente, para **identificar os impactos que foram gerados com as modificações ou com novas funcionalidades acrescentadas**, as versões têm sido mais esparsas. Além disso, a atual Administração do CSJT tem privilegiado a estabilização das versões em detrimento do lançamento de novas funcionalidades” – CSTJ – PP anexo B – PJe versão docx. (Grifo nosso).

Uma visão bem mais ampla quanto à questões da segurança da informação podem ser obtidas no sítio Internet do próprio guia index do próprio Processo Judicial eletrônico: A leitura induz o entendimento de que persistem, após 11 (onze) anos da entrada em vigor de legislação regulatória desse tipo de procedimento, contrapontos potencialmente fortes, se comparados ao que o próprio sítio Internet expõe:

“...O PJe, Processo Judicial Eletrônico, **é um sistema de tramitação de processos judiciais** cujo objetivo é atender às necessidades dos diversos segmentos do Poder Judiciário brasileiro (Justiça Militar da União e dos Estados, Justiça do Trabalho e Justiça Comum, Federal e Estadual).O projeto é resultado da união de requisitos definidos pela Justiça Federal com as revisões empreendidas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a fim de assegurar a possibilidade de utilização nos diversos segmentos. **É um software elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça** a partir da experiência e com a colaboração de diversos tribunais brasileiros. O objetivo principal do CNJ é manter um **sistema de processo judicial eletrônico** capaz de permitir a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes da relação processual diretamente no sistema, assim como o acompanhamento desse processo judicial, independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho. Além disso, o CNJ pretende convergir os esforços dos tribunais

brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário: resolver os conflitos.

Definiremos no oportuno, a inserção desses conceitos quanto ao entendimento da semântica tecnológica, relativas às diferenças entre um sistema e um software, restado esclarecido no sítio Internet do PJe como sendo ambos a definição do que é o PJe, observando-se, entretanto, que um sistema de dados tecnológicos não compreende tão somente a parte lógica relativa ao software, mas inclui, todo o conjunto físico ou hardware necessário ao conjunto.

A produção de equipamentos de certificação digital (token), como os usados na logística do Pje, agrega dois elementos distintos, a saber: O software, destinado ao seu gerenciamento, inclusive remoto e o hardware, que contém esse software.

Ao avaliar-se o conjunto da obra, é possível afirmar tratar-se de um sistema, nesse caso, de certificação digital. Entretanto, é possível adquirir-se apenas o software de gerenciamento, e não o sistema, e usá-lo em um notebook ou aparelho celular do tipo smartphone.

Avaliar corretamente as necessidades de implantação de um sistema do porte do PJe proposto pelo CNJ no país pressupõe dinâmicas envolvendo não somente os usuários, mas a capacitação de todos os grupos, de todas as comunidades envolvidas, as infraestruturas disponíveis, suas logísticas de fornecimentos diversos e plena análise das etapas subsequentes à adoção da tecnologia.

4 Recursos humanos do Judiciário.

A inserção no judiciário, de tecnologia digital complexa e carente de disponibilidade de recursos humanos capacitados nessa tec-

nologia, em ambiência dominada por forças políticas e disfunções morais, certamente não contribui para a facilitação e dinâmica de desenvolvimentos necessários à essa própria dinâmica.

Agregando-se ainda uma quase total ausência de infraestruturas tecnológicas, necessárias à base de uso e operação dessa tecnologia, cerceasse mais a possibilidade de sucesso.

Após cerca de 11 (onze) anos da adoção da instituição do Pje no judiciário, observa-se que tanto o RH operacional como o RH consumidor desse meio, tal sejam os dois principais grupos dos operadores do Direito no país, demonstram ainda não possuir a capacidade de aprender, quanto mais operar de forma eficaz e eficiente, nesse novo ambiente.

A produtividade não é compatível com termos de sucesso dessa adoção de caminho e diariamente problemas novos, quer relativos aos operadores, quer relativos aos sistemas, são reiteradamente relatados.

Ajustes operacionais são tentados, mas a percepção da tecnologia ainda parece distanciar-se da realidade prática. Palavras novas são da mesma forma, diária e sistematicamente introduzidas, como pudemos elencar aqui nesse introito de pesquisa, o que de certa forma contribui não para a minimização de problemas, mas apercebe-se que para aumento de um conteúdo destoante da realidade existente.

Dessa forma, nem é a quantidade de informação e recursos recebidos, ou a capacidade de absorve-los que importa em definitivo, mas sim a capacidade de autogestão desses recursos de informação, recursos e absorção que definirão o sucesso ou fracasso da missão.

Como citado anteriormente, a entrada de qualquer sistema analógico no mundo digital impõe mudanças drásticas nos relacionamentos da comunicação, tanto na cadeia formada pelas partes fornecedora e receptora, como principalmente na parte gestora desses relacionamentos.

Dessa forma, os gestores públicos componentes do RH operacional do judiciário, formatado nos modelos analógicos da comunicação do conhecimento, foram inseridos em novo ambiente, pertencente ao mundo digital, conseqüentemente, dotado de características peculiares inerentes ao trato tecnológico.

Esse novo ambiente, que passou a permear o trato da informação, pressupõe dotação de conhecimento inerente às suas características, por parte de seus operadores. No outro lado dessa ambiência, ainda relutando à entrada nesse universo, é verificada a presença de RH na administração judiciária, desprovido dessa qualidade condicionadora de eficácia e eficiência produtivas nesse universo de dotação tecnológica.

Os complicadores se acentuam com o passar do tempo, até porque é essa a característica resultante do emprego não assentado de tecnologia. Prova disso reside num exemplo recente, ocorrido há poucas semanas deste mês de novembro de 2017, onde um Desembargador da 10 Câmara Cível do Rio de Janeiro afirmou que aquela Câmara não dominava o Processo eletrônico, em suas palavras "... Cumpra-se já que não dominamos o processo eletrônico", (Grifo nosso - processo 0044786 71 2016 8 19 0000).

Em outro viés, é fato que somente a carreira de Analista Judiciário, estabelece parâmetros de nível superior para admissão, relacionado, entretanto, especificamente à atividade ou não, admitindo atividades ligadas ao planejamento, organização, coordenação, assessoramento, supervisão técnica, estudo, pesquisa e elaboração de laudos e pareceres, com a execução de tarefas consideradas de elevado grau de complexidade.

5 Responsabilidades na operação do Direito em ambiência digital

A implantação e utilização, embora com todas as ressalvas pre-

sentes neste trabalho, do Processo Judicial eletrônico no Brasil, apresenta-se com a força de uma realidade inquestionável quanto à dimensão que acabou por compreender.

Essa realidade, entretanto, não permite afiançar que será continuada na forma e estrutura hoje existente, mesmo que sob continuada expectativa de melhorias ao estado atual.

Além disso, as dimensões territoriais do Brasil, questiona e induz a sua introdução sistemática, do Oiapoque ao Chuí, e isso, verifica-se, é preocupante, principalmente se analisarmos com a devida importância que se faz necessária, as circunstâncias com que isso está ocorrendo.

Assim, verifica-se que significativo percentual dos operadores do Direito em atividade no país, não recebeu, em sua graduação, qualquer instrução de telemática ou engenharia de sistemas ou de dados, até porque isso ainda é tratado como tabu nos meios acadêmicos, acostumados à divisão de áreas de intensidade de visão lateral quando o assunto tergiversa as esferas de atribuições.

Assim, a um advogado recém-formado, espera-se não ser necessário o entendimento do que venha a ser IP, MAC ADDRESS, DNS, DNS REVERSO, PORTA DE ACESSO, GRUPO, FAT, ou mesmo um simples arriscar de identificação de camadas de comunicação. Da mesma forma, o presente trabalho identificou que o Ministério Público Federal desconhece protocolos mínimos de coerência quanto à operação das informações em ambiência digital.

Ao solicitar a quebra do sigilo de dados telemáticos de determinado IP em virtude da prática de crime utilizando a rede Internet, desconheceu a necessidade de informar, em conjunto ao IP agressor, a data/hora e porta de acesso ao IP utilizado.

A análise imposta pelo presente trabalho, identificou que para o MPF, bastava saber-seo IP agressor.

Ocorre que face ao esgotamento das classes IPV4, a grande

maioria das empresas de acesso à Internet utiliza tecnologia que compartilha IPs para dúzias de clientes ao mesmo tempo, distinguindo-os tão somente através do grupo data/hora e porta de acesso. A privacidade do crime face a esse desconhecimento, fica assim mantida e assegurada. Espera-se que isso seja atribuição de um engenheiro especializado em telecomunicações.

Entretanto, espera-se que o advogado saiba dominar com proficiência “*O processo eletrônico*”, até porque é isso que diz a Lei que o introduziu em nosso Judiciário. Contudo, as situações como aquela acima citada, de desconhecimento, por uma Câmara inteira de Justiça, dos “*trejeitos, costumes e ritos do Processo Eletrônico*” não param de surgir.

A grande massa desses operadores do Direito foi inserida no universo virtual sem opção. Esses concernidos não puderam e não podem, certamente, informar em suas iniciais, não dominar o PJe, e portanto, exigir o tradicional processo físico, até porque a evolução implica em pioneirismo, e esse certamente sempre paga o ônus e quase nunca participa no bônus da acelerada concorrência.

Ressalvas, entretanto, devem ser o objeto deste trabalho, ao delinear que as “*eventuais*” instabilidades do sistema/software/política PJe que, de forma contumaz apresenta inconsistências, indisponibilidades, erros, falhas e desconhecimentos até daqueles que o institucionalizaram, são reais e presentes no dia a dia. 42 (quarenta e duas) plataformas de sistemas existentes em uso desde sua gênese no país tornaram-no num dos sistemas mais dignos de ingresso nos anais de recordes de diversidade desse quesito. 91 (noventa e um) tribunais no país, amargando a grande maioria, a precária utilização do acesso à Rede Internet de baixa qualidade de serviços.

Essa enorme insegurança delimitada na prática, arrasa os nervos de qualquer operador do Direito, aumentando significativamente o nível de stress e conseqüente aumento de patologias e doenças nesses

operadores, independente de pertencerem a determinada linha do consumo desse serviço.

Ainda se alterou o indicador da responsabilidade desses operadores quanto ao quesito do rito empregado no PJe. A responsabilidade pessoal do advogado foi imposta em conjunto à órbita das obrigações inerentes à sua introdução, pois passou este a ter que assumir obrigações antes inerentes tão somente às partes, como a de comunicar ao cliente intimações recebidas por força do PJe aos seus clientes, além da responsabilidade recém adquirida de operar como Cartório, quanto à guarda de originais de peças e arquivo de documentos originais, vez que todos os documentos digitalizados e transmitidos pelo advogado “serão considerados originais para todos os efeitos legais” possuindo a mesma “força probante dos originais”, na forma abaixo:

“Lei nº 11.419 de 19 de Dezembro de 2006

Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências.

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1o Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2o A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3o Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2o deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4o (VETADO)

§ 5o Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6o Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça. (Grifo nosso)“.

O presente trabalho produziu material fruto de entrevistas com operadores do Direito Público e Privado, além de funcionários de cartórios, oficiais de justiça e peritos dos Juízos, aquilatando uma farta documentação que será permeada na continuidade do estudo, porém capaz de alicerçar que determinados profissionais, como por exemplo os peritos dos Juízos, não aceitam peças oriundas do PJe, solicitando às partes, a apresentação dos termos originais.

Isto posto, avalia em final que esses novos limites, somados ao todo acima, induz ao operador do Direito, motivos mais que suficientes de percepção dessa nova realidade, que apesar de todas as justificativas que possam ser elencadas, podem trazer responsabilidades civis e criminais antes inexistentes, mesmo não sendo obrigação daquele operador a guarda do documento por ele transmitido, porém a cautela caminha em sentido oposto a esse entendimento, o que acaba por impor ao operador, capacidade estrutural e instalações que façam face a essa nova responsabilidade.

CONCLUSÃO

A introdução das Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs no universo jurídico brasileiro, através do PJe pretendeu, como demonstrado no presente trabalho, impor maior celeridade e economia

no trato da informação jurídica e possibilitar maior conforto, eficácia e eficiência a todo o Judiciário.

Entretanto, identificamos que premissas básicas relativas à sua introdução, principalmente aquelas não afetas ao mundo do Direito e sim ao mundo da tecnologia, deixaram de ser observadas com o devido rigor de critérios.

A escolha de centros de estudos acadêmicos foi acertada, mas deveria, salvo melhor juízo não identificado neste trabalho, ter sido presente também no universo da práxis das empresas de tecnologia da informação, que possuem ritos à semelhança daqueles inerentes ao Judiciário.

Da mesma forma, figura como ausente nesse inter-relacionamento, a presença da sociedade concernida pelo estudo e diante dessa ausência, as rotinas que hoje residem sendo refeitas, certamente teriam encontrado o devido tratamento, o que se percebe não existir.

Além disso, a própria dinâmica da tecnologia, principalmente aquela afeta ao universo das TICs, assegura, quase que em plena totalidade, a existência de forte indício de que todo esse esforço deriva para configurar um sistema natimorto, pois já se avalia a existência de mecanismos que jogam o PJe no limbo da pré-história.

Contudo, é de se buscar introduzir novas grades de ensino na academia, com vistas a possibilitar ao estudante do Direito o devido respeito ao trato da tecnologia e sua inserção coerente e correta e no mesmo grau de valia estabelecido às matérias do saber jurídico.

Não nos é mais permitido romantizar que o único papel da justiça seja o de julgar e sumir com o papel, como bandeira a ser irresponsavelmente levantada no país.

Somente a partir do entendimento maior, de que é necessário à esse aluno a plena percepção dessa nova realidade, com todas as vantagens e possibilidades, riscos, limitações e responsabilidades bem

esclarecidos, entendidos e sedimentados, poder-se-á avançar no caminho de coexistência entre o saber e a técnica necessária ao saber.

REFERÊNCIAS

BITAR, O.Y., FORNASARI FILHO, N. & VASCONCELOS, M.M.T. Considerações básicas para a abordagem do meio físico em estudos de impacto ambiental. In: BITAR, O.Y. (Coord.). O meio físico em estudos de impacto ambiental. *Publicação Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT)*, São Paulo, boletim 56, cap.03, p.09-13, 1990.

QUINAUD PEDRON - Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Novo CPC, Fundamentos e sistematização, 2. ed. Forense, 2015. p. 173.

Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira – julho 2011. -

[http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.p df.](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf)

CNJ – JUSTIÇA EM NUMEROS - 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça

Brasília: CNJ, 2016. Anual. 404 f:il. I Poder Judiciário - estatística - Brasil. II Administração pública - estatística - Brasil.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais. Brasília: Ideal, 2007, p. 23.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política – São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Seção 3. Notas Programáticas para a Fundamentação de uma Ética do Discurso. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e Interesse – Tradução de Luiz

Repa - Editora Unesp, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.
Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

Goyard-Fabre, Simone. “Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno – Martins Fontes – janeiro de 1999.

ÉTICA, INDEPENDÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

MARINHO, Gisanne de Oliveira

*Mestranda em Justiça Administrativa pela
Universidade Federal Fluminense - UFF*

Resumo: Busca-se analisar a implicação da estrutura hierarquizada presente na Administração Pública na mitigação da independência e imparcialidade das autoridades administrativas no processo administrativo, bem como na impossibilidade do estabelecimento de uma ética discursiva nesse tipo de organização. Serão utilizados os conceitos de Ética do Discurso, de Jürgen Habermas, para fundamentar a necessidade de modificação das estruturas nas quais se gere hodiernamente o processo administrativo, que é desenvolvido de forma extrajudicial por agências administrativas que possuem por pilares o respeito ao princípio da legalidade *strictu sensu* e o poder disciplinar. Será comentado brevemente acerca das principais causas que interferem na independência e imparcialidade das autoridades na formação das decisões administrativas, não sendo esse o objetivo principal do estudo. Para alcançar o referido objetivo, utilizará de estudos bibliográficos, sobretudo, de obras que debatem o sistema jurisdicional administrativo, processo administrativo do Brasil, a teoria da Ética do Discurso e do Agir Comunicativo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Justiça Administrativa. Processo Administrativo. Teoria da Ética do Discurso. Teoria do Agir Comunicativo.

INTRODUÇÃO

Nesse texto tomaremos por base os conceitos de Jürgen Habermas sobre a Ética Discursiva para demonstrar a ineficácia da forma

com tem sido aplicado e desenvolvido o processo administrativo na atualidade. A teoria habbesiana tem sido uma das mais apresentadas como método para solucionar problemas éticos e morais de uma sociedade; e se fundamenta no desenvolvimento da discursividade entre os indivíduos, que através do diálogo tentam chegar a um consenso, mesmo havendo como ponto de partida discursos antagônicos.

Habermas é um dos grandes filósofos e estudiosos dos problemas éticos e morais existentes no ceio social. Sua abordagem da ética por meio de uma perspectiva racional do homem, torna sua teoria uma possível forma de apaziguar os problemas críticos advindos do agir humano em sociedade.

Ao descrever sua teoria, o autor elenca as características de um diálogo ideal, entre as quais está vedação à condutas coercitivas no discurso que impeçam o indivíduo de expor livremente sua opinião. Para fins de exemplificar, Habermas comenta que em uma rede hierarquizada há a presença dessa coação, pois o subordinado é compelido a seguir entendimento de seu superior, não podendo, dessa forma, exprimir suas próprias ideias.

O processo administrativo brasileiro desenvolve-se em uma estrutura extrajudicial hierarquizada, cujos integrantes submetem-se ao princípio da legalidade e ao poder disciplinar. Em razão disso, dentre outros motivos que serão pontuados mais adiante, as autoridades administrativas carecem de independência suficiente para exercer sua função decisória no processo administrativo, o que, conseqüentemente, interfere em sua imparcialidade.

Conforme se infere da teoria habermasiana, a independência e imparcialidade são elementos essenciais no discurso do indivíduo, para que este possa expor suas ideias, bem como se permitir influenciar por argumentos apresentados pelos outros envolvidos no diálogo.

Dessa forma, é preciso uma modificação nas estruturas do processo administrativo brasileiro, tanto em âmbito estrutural quanto procedimental, uma vez que nesse espaço de interação social a ética do discurso deve ser tida como regra para fins de torná-lo o mais ético possível, possibilitando, assim, a prolação de decisões mais precisas, justas e igualitárias.

1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro⁹³ se baseia no modelo norte-americano de jurisdição única, em que o judiciário é responsável por julgar tanto litígios de direito público, quanto de direito privado, no entanto, o sistema foi incorporado erroneamente, em razão de ser uma ex-colônia ibérica tentando englobar um sistema oriundo da *common law*.

A forma como se desenvolve o sistema norte-americano demonstra a valorização da resolução do conflito de forma extrajudicial, através de uma fase que ocorre em seara administrativa, onde confere-se ao interessado um contraditório prévio com as devidas garantias (*due process of law*), a ser analisado e julgado por autoridade administrativa especializada e independente, diminuindo, com isso, a ne-

⁹³ “O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada” (PIETRO, 2013, p. 816). Pode-se conceituar contencioso administrativo como “instituição caracterizada pelo exercício, por uma ordem jurisdicional administrativa, de jurisdição administrativa segundo meios processuais predominantemente específicos” (CORREIA, 2005, p. 34).

cessidade de revisão judicial⁹⁴ (*judicial review*).

Contudo, o sistema jurisdicional brasileiro não adotou integralmente o modelo norte-americano, pois as decisões administrativas, na prática, não mantêm intimidade com as garantias do devido processo legal. Isto decorre da ausência de um processo administrativo extrajudicial forte, com autoridades administrativas suficientemente independentes e/ou qualificadas para garantir o *due process of law* e a tutela efetiva dos direitos e garantias dos particulares⁹⁵.

Da mesma forma, o modelo brasileiro não possui compatibilidade com o sistema europeu-continental⁹⁶, uma vez que não há corte

⁹⁴ A produção de decisões administrativas mais precisas e consistentes diminui a demanda de intervenção do Judiciário, que se limita a revisar apenas quesitos relacionados a legalidade de, procedimento e possíveis decisões desarrazoadas das autoridades administrativas, tornando, dessa forma, dispensável a existência de uma corte especializada em direito público.

⁹⁵ Ricardo Perlingeiro comenta sobre o tema (2014, p. 81): “Como mencionado anteriormente, o controle jurisdicional dos atos das autoridades públicas no Brasil quando da proclamação da República, no final do séc. XIX, foi fortemente influenciado pelo modelo norte-americano de unidade da jurisdição perante o Judiciário. Contudo, observa-se que o direito brasileiro desconhece, até hoje, as nuances do *judicial review* e os efeitos, em um processo judicial, do *due process of law* aplicado na preparação de uma decisão administrativa. É tradição do sistema jurídico dos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, por exemplo, que a fase preparatória das decisões administrativas se dê mediante um prévio contraditório efetivo, em que as fases investigatória e decisória sejam conduzidas por agentes diversos e por instituições com relativa independência, quase-judicial. É essa a ideia que eles têm de devido processo legal na esfera administrativa não judicial. Em consequência, a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*) tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade. Nesse cenário, em que a expectativa para solução do conflito administrativo se encontra concentrada na fase não judicial, é coerente que não se invista tanto em uma estrutura judicial especializada, sendo suficiente um sistema judicial de jurisdição única.”

⁹⁶ No sistema jurisdicional dualista, utilizado por países da Europa continental, há uma estrutura judicial especializada para julgar casos de direito administrativo, e, diferentemente do modelo judicial norte-americano, a etapa da preparação das decisões administrativas não pressupõe um processo com as características e as garantias do *due process of law*, sendo suficiente um procedimento prévio em que o interessado é

especializada em direito administrativo para julgar os casos envolvendo a administração e particulares, sendo todos os casos julgados por uma corte genérica, competente para casos de direito público e privado.

Na verdade, o sistema brasileiro acaba reunindo característica de mais de um modelo jurisdicional, incorporando, também, as principais falhas do sistema uno e dualista, quais sejam: a ausência de uma corte especializada em direito administrativo (modelo norte-americano) e a ausência de autoridades administrativas independentes e/ou qualificadas em sede administrativa (modelo europeu), o que tem gerado conflito, causando, conseqüentemente, o aumento desproporcional de demandas no Judiciário⁹⁷.

Constata-se a presença de um quadro um tanto quanto esquizofrênico, em que há um Judiciário forte ao lado de uma Administração Pública enfraquecida (PERLINGEIRO, 2014, p. 80), dando causa a ocorrência de duas situações bem contrastantes e concomitantes de deferência administrativa e de controle judicial intenso

ouvido, mesmo que este seja conduzido de forma inquisitorial e por autoridades administrativas sem independência (GORDILLO, 1998).

⁹⁷ Essa deficiência da jurisdição administrativa tem dado causa a um aumento desproporcional de demandas envolvendo a Administração no Judiciário. O Judiciário está vivenciando um momento de crescimento desmedido do quantitativo de ações em trâmite, causado principalmente por um excesso de judicialização de demandas administrativas, que tem resultado em um congestionamento de cerca de 70% dos processos, isto porque a cada 100 novos casos iniciados no judiciário, apenas 30 são solucionados, segundo apurado pela AMB. Os dados indicam que a morosidade judicial é decorrente do crescente número de demandas no judiciário, dentre as quais quase 50% envolvem a Administração Pública. No entanto, os juizes não conseguem acompanhar a forma como vem aumentando este quantitativo, mesmo tendo ocorrido o aumento da estrutura judiciária nos últimos anos. E isso é sintoma de que algo não está funcionando bem. (PERLINGEIRO, 2012. p 14). Como resultado disso, em uma das últimas análises realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em relação ao quantitativo de processos em trâmite no Judiciário, constatou-se que o número de casos pendentes ultrapassa a marca de 100 milhões. (CARDOSO, 2015).

(PERLINGEIRO, 2017, p. 188)⁹⁸.

Em regra, em um Estado de Direito, o contencioso administrativo deveria ser confiado exclusivamente a uma jurisdição; no entanto, tem-se admitido que o conflito seja previamente submetido à própria Administração Pública, sem que isto signifique uma exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (FROMONT, 2006, p. 112-119), no qual há um processo administrativo⁹⁹, baseado no acusatório, em que deve ser possibilitado o contraditório e a ampla defesa, bem com conferido as garantias do devido processo legal aos interessados.

Seu início, em sede administrativa, dá-se, geralmente, por meio do questionamento de ato administrativo que possui a possibilidade de sua revisão. Em seguida, será dado as partes a possibilidade de juntar provas aos autos sobre seus direitos. Após, a autoridade administrativa analisará o apresentado e proferirá decisão. Por fim, em caso de decisão desfavorável, a parte poderá recorrer.

⁹⁸ Assim, em um extremo, temos um Judiciário com amplos poderes que limita a revisar a legalidade dos atos administrativos, o que gera um sensação de impunidade da Administração e de injustiça nos administrados; e em outro extremo, temos um Judiciário com amplos poderes, mas sem especialização, que julga casos envolvendo direito público, aplicando as normas de direito privado, fato que pode ocasionar em uma inefetividade da tutela jurisdicional, já que não se analisa o interesse público da forma adequada.

⁹⁹ Maria Sylvia Z. Di Pietro (2004, p. 529-530) dá quatro sentidos diferentes a expressão processo administrativo, quais sejam: i. conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração; ii. sinônimo de processo disciplinar; iii. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo; e iv. série de atos preparatórios de uma decisão final da administração, que não envolvam necessariamente o deslinde de um conflito. Em suma, Processo Administrativo é o meio utilizado pela Administração Pública para ordenar as questões vividas no âmbito de suas relações, quer sejam internas ou externas, sendo de fundamental importância tanto para a Administração Pública, que registra seus atos e a eles dá publicidade, quanto para o cidadão, que tem assegurado um mecanismo ora de peticionar àquela entidade, ora de responder por um fato ou ato jurídico que contra si foi cometido (PORFÍRIO FILHO, 2010).

Nesse sentido, poderão ser propostos pedido de reconsideração e/ou recurso administrativo, versando sobre quesitos de legalidade e/ou mérito. O primeiro será apresentado a mesma autoridade que proferiu a decisão inicial, que pode reconsiderar o decidido; o segundo é encaminhado à autoridade superior hierarquicamente vinculada à autoridade que decidiu o conflito.

No processo administrativo brasileiro há a concentração da figura do acusador e do julgador na mesma autoridade administrativa responsável por proferir a decisão inicial, o que não poderia ocorrer. Verifica-se então, uma falha do sistema.

Desta decisão, cabe o pedido de reconsideração e o recurso administrativo, em que o recurso administrativo é julgado por autoridade superior diretamente relacionada àquela que proferiu a decisão inicial, sendo esta mais uma falha, pois interfere na imparcialidade e independência do primeiro funcionário, que pode se sentir compelido a aplicar a lei conforme entendimento de autoridade superior por temer possíveis represálias.

Assim, tais situações comprovam que o processo administrativo vigente é incapaz de fornecer um efetivo devido processo legal, o que implica na dificuldade da capacidade de defesa dos direitos e garantias dos administrados.

Com isto, diversas questões acabam sendo direcionadas ao Judiciário em decorrência de especialização, treinamento e/ou prerrogativas necessárias ao funcionário público responsável pelo ato decisório para exercer seu ofício com imparcialidade e a devida independência, o que gera falta de confiança dos particulares nas decisões administrativas, fazendo-os recorrer ao judiciário em busca de uma tutela efetiva de seus direitos.

2 DAS CAUSAS QUE PREJUDICAM A IMPARCIALIDADE DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

O direito à tutela judicial efetiva consiste em uma das bases sobre as quais se sustenta o Estado de Direito, reconhecido, inclusive, pelos arts. 8.1¹⁰⁰ e 25¹⁰¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos, que entende este como sendo o direito a um tribunal competente, independente e imparcial, o qual respeite as garantias do devido processo legal procedimental para determinação dos direitos individuais.

Como é sabido, o sistema jurisdicional brasileiro está embasado no sistema de jurisdição una estado-unidense, cuja a forma como se desenvolve demonstra a valorização da resolução do conflito de forma extrajudicial, através de uma fase que ocorre em seara administrativa, a ser analisado e julgado por autoridade administrativa especializada e independente.

Com isso, é possível a produção de decisões administrativas consistentes e mais precisas, fato que diminui a necessidade de intervenção do Judiciário, que se limita a revisar apenas decisões desarrazoadas das autoridades administrativas, tornando, dessa forma, dis-

¹⁰⁰ Art. 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, scal ou de qualquer outra natureza.

¹⁰¹ Art. 25.1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções o ciais. Art. 25.2 Os Estados Partes comprometem-se: (a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; (b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; (c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

pensável a existência de uma corte judicial especializada em direito público.

No entanto, nota-se que o Brasil não adotou integralmente o modelo norte-americano, isto porque carece de um processo administrativo extrajudicial forte e gerido por autoridades especializadas e independentes, o que compromete a confiabilidade nas decisões proferidas.

Ricardo Perlingeiro (2017, p. 26-29), classifica as funções administrativas em primárias e secundárias. As primárias envolvem atribuições executivas típicas da Administração Pública; e as secundárias relacionam-se a atribuições destinadas à solução de contenciosos administrativos, também denominadas funções administrativas jurisdicionais.

A presença de autoridades independentes¹⁰² e imparciais é essencial no desenvolvimento de ambas as funções, para que elas possam ser capazes de aplicar e/ou interpretar o direito conforme seu entendimento acerca do caso concreto, de forma a poder defender os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos de forma justa e efetiva¹⁰³.

¹⁰² Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ser independente, significa ser autônomo em todas as ordens de seu desempenho jurisdicional, dotado das faculdades para resolver, sem ingerência de outros órgãos do Estado ou de qualquer outra instância, as lides que lhe sejam submetidas. Essa autonomia deve existir tanto na norma que governa o desempenho judicial formal (Constituição e lei secundária), como na realidade na qual atua o julgador. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, São José, 22 de novembro de 2005. Voto em separado do Juiz Sergio García Ramírez na referida sentença; §9)

¹⁰³ Sobre o assunto, Ricardo Perlingeiro (2017), comenta que o princípio da legalidade administrativa ainda é confundido com a legalidade em sentido estrito, por meio da qual a Administração não pode fazer nada a mais do que aquilo previsto em lei. Sendo assim, as autoridades administrativas acabam por não exercer um autocontrole da juridicidade constitucional e convencional de suas atuações, isto porque se sentem, em

No entanto, a forma como o sistema jurisdicional administrativo brasileiro está estruturado impede que as autoridades tenham um poder decisório totalmente independente, o que consequentemente compromete a imparcialidade desses agentes. Isto ocorre por diversos motivos, dentre os quais pode-se destacar: (i) o fato das autoridades administrativas responsáveis por proferir decisão de mérito ocuparem seu posicionamento, na maioria das vezes, em razão de indicação política; e (ii) julgamento dos recursos por autoridade diretamente relacionada aquela que decidiu inicialmente o conflito, (iii) a autoridade se sentir compelida a aplicar a lei conforme entendimento de superior por temer possíveis represálias.

Isso é algo grave, pois uma vez tendo sua imparcialidade e independência funcional mitigada, há o aumento do contingente de decisões viciadas, já que a autoridade tenderá a decidir de acordo com julgamentos já pré-definidos pelos seus superiores ou de acordo com o interesse político do momento¹⁰⁴.

Um funcionário público com atribuições decisórias não deve, no exercício de suas atividades, orientar-se por alguma motivação que não seja unicamente a decorrente da sua convicção técnica, o que, de fato, não impede que o campo da sua atuação decisória seja delimitado por regras claras de competência administrativa de modo a evitar a quebra da unidade da função administrativa (PERLINGEIRO, 2017, p. 193-195).

verdade, impedidas de proteger direitos fundamentais que desafiem a interpretação gramatical de leis, com base no princípio citado.

¹⁰⁴ Nesse diapasão, é notório que a forte relação de subordinação entre Administração Pública e Governo, de onde decorrem as indicações meramente políticas para os cargos decisórios, bem como o a mentalidade dos funcionários no sentido de zelar cegamente pela subordinação hierárquica e pela legalidade estrita, faz com que os funcionários se neguem a desafiar a interpretação literal da lei, temendo incidir em desvio de conduta.

Logo, além de capacitação, é preciso que as autoridades possuam a independência necessária para tomada de decisões dentro dos limites da sua competência administrativa, isto porque sua falta significa sério comprometimento da imparcialidade objetiva, e, conseqüentemente a um descrédito generalizado do processo administrativo extrajudicial perante a sociedade.

3 A IMPARCIALIDADE E A ÉTICA DO DISCURSIVA

Para Jürgen Habermas, herdeiro do pensamento tradicional de Immanuel Kant¹⁰⁵, a ética está baseada na argumentação moral, a qual chamou de ética do discurso¹⁰⁶, e a solução de questões práticas pode ser fruto de fundamentações racionais, em uma relação análoga às fundamentações da verdade dos enunciados teóricos sobre as questões de fato (HABERMAS, 2003).

Em seu livro *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Habermas fala sobre a Teoria da Ética do Discurso, que tem por base o Agir Comunicativo. Na referida obra, o autor se mostra favorável ao pragmatismo e a adoção da hermenêutica, uma vez que defende o desenvolvimento de um conhecimento mediatizado pela linguagem e relacionado com o agir humano, analisando-os juntamente com a prática e a comunicação nas atividades cotidianas, pois essas possuem caráter

¹⁰⁵ A filosofia moral de Kant representa um marco no pensamento ético ocidental, sendo desde então, ponto de partida para novas tentativas de elucidar os fundamentos do agir humano. Para esse pensador, a moral se concentra nos motivos que levaram a ação, e não nas suas conseqüências, quando estamos falando de atos morais ou imorais. Para ele uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou realiza, isto porque mesmo que essa ação não consiga concretizar suas intenções, ainda continuará a ter valor em razão dos motivos que a impulsionaram.

¹⁰⁶ O princípio ético-discursivo parte do pressuposto de que é possível chegar a um acordo racional sobre questões normativas, que deve ser feito por todos os atingidos, dentro de um discurso prático.

cooperativo e intersubjetivo.

Com base nisso, Habermas propõe uma divisão da Ciência Social, tomando como critério a forma como é construído o conhecimento, em Ciência Social Reconstitutiva, na qual o homem se coloca na posição de observador; e a Ciência Social Compreensiva, em que o homem se coloca na posição de participante durante o estudo do objeto.

Nesse diapasão, diversas foram as críticas ao modelo da Ciência Social Compreensiva, alegando que esta não geraria um conhecimento imparcial, já que há a participação do observador no que se pretende estudar. Contudo, Habermas refuta essas críticas alegando que a participação do pesquisador no estudo não gera grandes implicações, pois esse ramo da Ciência Social busca a verdade real, não abstrata e que não precisa ser universal, pois deve se enquadrar nas circunstâncias que a envolvem, configurando o que ele chama de “imparcialidade negociada.”

Para explicar a imparcialidade negociada, ele recorre a conceitos de Piaget e Kolberg sobre negociação argumentativa, em que se alega que a aprendizagem construtiva envolve três elementos: (i) um saber geral produto de um processo de aprendizagem; (ii) o aprendizado como solução de um problema no qual o sujeito que aprendeu esteve efetivamente envolvido; e (iii) o processo de aprendizagem no qual incidiu os valores dos envolvidos no processo.

Ao final do processo, o aprendizado será o resultado da passagem de uma interpretação antiga “A” para uma interpretação nova “B”, sendo esta última a solução do problema; de forma que o sujeito seja capaz de explicar, a luz de B, o porquê de A estar errada, utilizando razões e fundamentações para que uma outra pessoa consiga entender. Isso é chamado de negociação argumentativa.

Em seu livro, ao falar especificamente sobre a Ética do Discurso, Habermas ressalta que esta precisa ser performativa, ou seja, é necessário que a pessoa participe do discurso, falando ou opinando sobre algo.

Nesse ponto do tema, afloraram críticas acerca dos sentimentos pessoais dos envolvidos no discurso. Questionou-se se esses sentimentos, integrantes da base da moral de cada um, não dariam causa a desvios em razão de serem muito íntimos e pessoais. Mas o autor entende que as emoções não são suficientes para viciar um discurso, visto que elas não são “tão pessoais”, pois surgem associadas a uma situação específica, sendo então “relativamente impessoais”. Para exemplificar, Habermas comenta sobre a raiva e a indignação, demonstrando que as pessoas desenvolvem esses sentimentos em razão de algo exterior que as atingiu.

A Ética Discursiva, como já mencionado, é baseada na Teoria do Agir Comunicativo, através da qual se entende que são comunicativas todas as interações sociais nas quais as pessoas envolvidas se propõem a acordar sobre algo. Nesse processo, os interlocutores estão dispostos não só a abrir mão de seus planos de ação, que antes justificavam sua antiga forma de interação social; como também a se permitir influenciar pelos argumentos e razões dos demais envolvidos.

Sendo assim, a ética discursiva está baseada na relação estabelecida entre os indivíduos, que agem comunicativamente enquanto seres racionais e sociais, sendo o homem o elemento-chave dessa formação, que deve buscar construir relações discursivas, não sendo possível que a fundamentação racional de uma norma se dê monologicamente. Nesse sentido, o princípio ético-discursivo posiciona-se a favor da busca por um acordo sobre questões normativas realizado de forma racional, no qual todos que serão possivelmente atingidos devem participar para que ocorra a correta validação da norma

(HABERMAS, 2003, p.86).

Nos diálogos entre os homens, todos devem ter o mesmo poder de fala, sendo tanto o ouvinte, quanto o falante, responsáveis por suas atitudes e seus argumentos. O indivíduo ocupante da posição de falante, utilizará do poder da palavra para motivar ou persuadir racionalmente um ouvinte a aceitar seus argumentos como válidos. Dentro do discurso, ainda, é preciso observar a forma como se comunicam os participantes e se esta comunicação está colaborando para a formação de consensos justos, democráticos e éticos, ou não.

Contudo, para que seja possível um sujeito adotar o plano de ação de outrem, ou até mesmo para que ele seja capaz de apresentar suas próprias razões, é preciso que não existam forças exteriores que o obrigue a adotar determinado entendimento. Em outras palavras, não pode haver coerção social sobre o indivíduo.

Esse tipo de coerção está presente, por exemplo, em uma rede hierarquizada, em que existem os subordinados e os superiores que os comandam. Trata-se de uma situação desfavorável para o Agir Comunicativo, isto porque já existem objetivos/opiniões/razões pré-fixados para serem aplicados pelos outros; e, em uma interlocução ética, é preciso que os participantes sejam capazes de expor suas razões, pois é nesse ponto que se encontra a força motivadora do discurso.

Por fim, Habermas elenca três elementos caracterizadores de um discurso ideal, sendo eles: (i) todo sujeito deve ser capaz de falar e participar do diálogo; (ii) todos devem poder problematizar, introduzir uma asserção ou de manifestar uma atitude, desejo ou necessidade; e (iii) ninguém pode ser impedido de falar devido a uma força interna ou externa ao discurso, com base nas características anteriores.

Dado o conceito de Ética Discursiva de Habermas, é notório que esta não está presente no processo administrativo gerido hodiernamente no Brasil, isto porque as autoridades administrativas estão submetidas a uma rede hierarquizada, da qual temem represálias se decidirem de forma divergente da já praticada pela instituição, o que interfere diretamente na imparcialidade destas.

Ademais, existem outros motivos mitigadores da independência das autoridades administrativas, como: (i) o fato de ocuparem seu posto em razão de interesse político, (ii) não possuírem prerrogativas suficientes e (iii) falta de qualificação no assunto. Os citados fatores acabam, conseqüentemente, interferindo na imparcialidade na hora de decidirem o conflito.

Com isso, atualmente temos um sistema jurisdicional administrativo composto, em sua maioria, por autoridades administrativas que se sentem incapazes de proteger os direitos e garantias fundamentais dos particulares, uma vez que não se sentem independentes para interpretar e aplicar a norma de acordo com o seu entendimento do caso concreto, pois se veem compelidos a utilizar decisões previamente estabelecidas por seus superiores, estando em total descompasso com a teoria da Ética Discursiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a teoria da ética do discurso se concretiza de forma ideal por meio da Teoria do Agir Comunicativo, a qual procura demonstrar que o mundo da linguagem e da comunicação consiste na forma ideal para que se estabeleça um agir comunicativo entre os indivíduos.

Conforme ensina Habermas, para que haja uma Ética Discursiva, é preciso que ocorra comunicação entre os envolvidos, em que

todos vão poder expor suas opiniões e serão ouvidos, com espoco de, ao final, acordar sobre algo. Para tanto, os sujeitos envolvidos no diálogo devem ser capazes de expor suas opiniões livremente, uma vez que havendo uma coação social sobre o indivíduo, isso poderá viciar o seu discurso, prejudicando sua imparcialidade, e, conseqüentemente, a Ética do Discurso.

Isso comprova a ausência da Ética do Discurso na forma como atualmente o processo administrativo brasileiro tem sido aplicado e desenvolvido, pois as autoridades administrativas carecem de independência suficiente para exercer seus ofícios, o que prejudica diretamente a imparcialidade destas, interferindo, portanto, no estabelecimento de uma Ética Discursiva.

A presença de uma rede hierarquizada da qual essas autoridades fazem parte, bem como a ausência de prerrogativas e de capacitação dessas, são fatores que interferem no Agir Comunicativo entre as partes envolvidas no processo administrativo. Isto porque a autoridade não possui liberdade para interpretar e aplicar a norma de forma diferente daquela pré-estabelecida por seus superiores, o que as deixam incapacitadas de defender os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

Sendo assim, é patente a impossibilidade da existência de um Agir Comunicativo com a estrutura processual administrativa atualmente praticada no Brasil, sendo necessário algumas modificações em suas estruturas com fulcro de fortalecer as autoridades administrativas e, assim, possibilitá-las o exercício da Ética Discursiva nos seus trabalhos.

REFERÊNCIAS

ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. 2014. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502210>.

Acesso em: 17.11.2016.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Uso da Justiça e o Litígio no Brasil. 2015. Disponível

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. Max Limonad, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 10. ed. Res. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MEDAUAR, Odete; PELLEGRINE, Ada; PERLINGEIRO, Ricardo. O Código Modelo de Processos Administrativos (judicial e extrajudicial) para Ibero-América. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286225 . Acesso em: 30.10.2016..

PEREIRA, Tenira de Castro. O Processo administrativo e as garantias dos direitos individuais. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 103. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=418> > Acesso em: 01/09/2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. 2012. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196803>.

Acesso em: 10.11.2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. 2017.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2919991>. Acesso em: 03 de setembro de 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas da saúde?. 2015. Disponível

em:<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601822>.

Acesso em: 10.11.2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PORFÍRIO FILHO, Antônio. O processo administrativo. 2010. Artigo encontra-se disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4463>. Acesso em: 01/09/2017.

RISSI, João Paulo. Os imperativos kantianos: sobre a finalidade categórica e a hipotética. In: Anais do seminário dos estudantes de pós-graduação em filosofia da UFSCar, 2014, 10a edição. Disponível em: <<http://www.ufscar.br/~sempgfil/wp-content/uploads/2012/05/20-Jo%C3%A3o-Paulo-Rissi.pdf>>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

SOUZA, Rafael Soares. Justiça Administrativa: O Sistema Brasileiro. São Paulo. USP. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). 2014.

Disponível em: <

www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../Rafael_Soares_Souza_dissertacao.pdf>. Acesso em: 30.10.2016

O DESALINHO DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOB A ANÁLISE HABERMASIANA: apontamentos sobre a cobrança da comissão de corretagem efetuada na compra de imóvel no estande do próprio empreendimento

CAMILA BRAGA CORREA

Mestranda em PPGJA, camilabragacorrea@gmail.com

Resumo: O presente artigo se propõe a verificar a tese argumentativa e decisiva adotado pelos tribunais diante da cobrança da comissão de corretagem quando o contrato de compra do imóvel é firmando no estande do próprio empreendimento. Para a análise do objeto deste estudo examinou-se a demanda sob a vertente jurídica dentro do diploma civil e consumerista, sendo que quanto ao discurso argumentativo a fundamentar as decisões foram analisadas dentro da visão habermasiana, para assim verificar a tensão existente entre a validade do direito com a faticidade. O corte metodológico foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, com revisão da legislação, da doutrina e da jurisprudência aplicável ao caso. Concluiu-se que o desequilíbrio contratual favorece as construtoras e incorporadoras que auferem vantagem indevida que é facilitada pela importância da aquisição da casa própria, sem que esta decisão corresponda com a melhor a ser preferida.

Palavras-chave: Análise habermasiana; Comissão de corretagem; Contrato de adesão; Cobrança abusiva; Desequilíbrio contratual.

INTRODUÇÃO

O assunto a ser analisado mostra-se bastante atual e tem importância significativa, haja vista o procedimento crescente de construções

imobiliárias e de sua aquisição para a realização do sonho da casa própria (mediante financiamentos, na maioria das vezes), tornou recorrente a análise, pelo poder judiciário, da cobrança de comissão de corretagem diante da forma e modo como veio a ser efetivada.

Ao buscarem pelos imóveis que ainda estão em construção, os consumidores atraídos pela publicidade acerca da facilitação da aquisição deste imóvel junto aos empreendedores, se dirigem até o seu estande e lá por não terem conhecimento daquilo que realmente deve ser pago acabam por arcar com o que não é devido. A ilegalidade mais corriqueira e que tem acarretado enorme prejuízo aos consumidores é a cobrança da comissão de corretagem, geralmente, realizada no ato da celebração do contrato de compra e venda, sendo que, na maioria das vezes, tal pagamento sequer é mencionado, ou então a cláusula que contempla referida cobrança não tem o destaque necessário de forma a caracterizar uma cobrança dissimulada, ou ainda o contrato é entregue muito tempo depois da pactuação do negócio, de modo a tornar menos atento o consumidor e a tornar mais dificultoso o entendimento sobre as reais informações do negócio.

Diante desse contexto, num primeiro momento serão observadas as características do contrato de corretagem em si. Logo, passa-se a tratar da caracterização da relação de consumo, analisando, especificamente, o contrato de adesão e as cláusulas abusivas, bem como da necessidade de serem prestadas informações claras e precisas, no intuito de afastar eventuais engodos a que a teoria da aparência pode ensejar, de modo a devolver ao fornecedor a responsabilidade do risco do negócio, sem que o consumidor seja alvo de venda casada. Posteriormente, cuida-se da discussão acerca do tema dentro dos tribunais pátrios, com foco numa interpretação constitucionalizada do tema e, por fim analisa-se todo o contexto decisivo sobre o objeto de estudo dentro de uma visão habermasiana.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia bibliográfica, com vistas à revisão da literatura descritiva, com consulta à legislação, doutrina e jurisprudência atinente ao tema em análise.

Tem-se assim que o objeto deste trabalho científico voltará à análise do tema diante dos casos que se desenrolam sem aviso prévio e inserção da cobrança nos documentos de negociação, haja vista que a discussão sobre tal assunto paira no reconhecimento ou não da legalidade da cobrança, sendo que a análise decisória será contextualizada dentro da perspectiva habermasiana da tensão entre a faticidade e a validade do entendimento proferido pelos tribunais.

1. SOBRE O CONTRATO DE CORRETAGEM EM SI

O contrato de corretagem encontra-se previsto nos artigos 722 a 729 do Código Civil, sendo que no artigo 722 está a sua definição; no artigo 723 tem-se a fixação das obrigações gerais do intermediário ou corretor; nos artigos 724 a 727 tem-se a expressão da comissão e quando ela é devida; sendo que no artigo 728 está prevista a sua divisão quando mais de um intermediário influir na mediação.

A definição doutrinária fica por conta de ANTUNES JUNIOR (2003, p. 1)¹⁰⁷ e DINIZ (2002, p. 391)¹⁰⁸, sendo que da análise conceitual

¹⁰⁷ Para Antunes Junior o contrato de corretagem “é contrato pelo qual uma pessoa, sem que haja contrato de mandato, compromete-se a uma obrigação de fazer: de obter um ou mais negócios, para outra pessoa, conforme as instruções passadas anteriormente, mediante o pagamento de uma remuneração”.

¹⁰⁸ Maria Helena Diniz conceitua contrato de corretagem ou mediação como “a convenção pela qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, imprescindível para que haja imparcialidade na intermediação, se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, ou a fornecer-lhes as informações necessárias para a celebração do contrato”

emerge a necessidade de restar caracterizada a aproximação efetivada entre o terceiro, o corretor e aquele que o contratou, de modo que a conclusão do negócio firmado entre as partes tenha como causa precípua a atividade do corretor. Significa dizer que o objeto do contrato de corretagem é o resultado do serviço prestado, ou seja, a sua concretização, e, não somente, o serviço prestado.

Mas não para por aí, haja vista que para o desempenho desta atividade se faz necessário que o corretor não tenha vínculo contratual (seja por contrato de prestação de serviço seja por mandato) com a outra parte interessada no pacto. Para ser mais claro, o corretor deve ser profissional ou pessoa que se reveste de imparcialidade, de tal modo que seu interesse não deve se alinhar aos interesses de nenhuma das partes, o que é defendido por COLTRO (2007, p. 78-79)¹⁰⁹.

Lado outro, embora a lei seja expressa ao estabelecer o direito à remuneração do corretor, quanto ao fato de quem deva assumir o encargo atinente ao pagamento desta remuneração ela é silente, sendo que o acerto de tal ônus veio a ser regulado pelo mercado em si, vindo de forma usual recair sob o comitente.

¹⁰⁹ “No concernente ao *mandato*, que já teve a autoridade de João Monteiro a sustentar a mediação como filiada a ele, enquanto o mandatário recebe de outrem poderes para praticar, em seu nome, atos ou administrar interesses (CC/2002, art. 1.288), caracterizando-se, pois, “... pelo acordo das partes para uma delas possa agir em nome e por conta da outra, na prática de atos jurídicos”, na corretagem atua o intermediário com independência e em nome próprio. Como lançado pelo Professor M. Pozzi, “é perfeitamente livre de fazer aquilo que crê oportuno para concluir o negócio e conserva uma posição autônoma respeitante aos futuros contratantes quando o negócio seja definido por sua intervenção”. Ao definir a corretagem, aliás, o art. 722 do novo Código expressamente exclui a possibilidade de o corretor estar ligado ao comitente por prestação de serviços. Da mesma forma que em relação à prestação de serviços, o art. 722 afasta a possibilidade de o corretor estar ligado ao comitente por relação de mandato.” (COLTRO, 2007, p. 78-79)

[...] se somente uma das partes encarregou o corretor de procurar o negócio determinado, esta será incumbida de pagar a referida remuneração. No nosso direito, quem paga a comissão é quem procura os serviços do corretor, como, por exemplo, nos contratos de compra e venda, o vendedor é quem terá a referida incumbência. A solução adotada, parece ser a mais lógica, visto que aquele que contrata o corretor, é quem deve remunerá-lo pelo serviço prestado, visto que o terceiro não estabelece nenhuma relação jurídica com este. (ANTUNES JUNIOR, 2003, p. 1)

Assim é que a corretagem é atividade que pode ser exercida por pessoa natural ou jurídica. Para tal atividade vir a ser inserida como relação de consumo, leva-se menos em conta se veio a ser desempenhada por profissional liberal ou por uma empresa, haja vista que o elemento distintivo de tal operação enquadra-se na corretagem exercida como bem de capital, ou seja, se desenvolvida pelo corretor com finalidade empresarial, caracterizando-o como prestador de serviços.

2 DA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Para a caracterização da relação consumerista não basta que a relação jurídica seja firmada tendo de um lado o fornecedor, uma vez que para tanto se faz necessário que no outro extremo desta relação figure o consumidor e este se caracterize como tomador do serviço, ou seja, como destinatário final¹¹⁰.

¹¹⁰ A respeito da interpretação da expressão “destinatário final” é possível identificar três correntes doutrinárias: (i) a maximalista - exige que o consumidor seja apenas destinatário fático do produto, isto é, que o retire do mercado de consumo; (ii) a finalista - para quem destinatário final seria aquele que concomitantemente retira o produto ou serviço da cadeia de produção e igualmente não o revende, não faz uso profissional ou o utiliza como insumo; (iii) e a finalista mitigada - entende que além do exame dos destinatários fático e econômico, deve ser analisada a vulnerabilidade, critério-chave para a incidência ou não do diploma consumerista.

Dentro do tema objeto deste estudo, tem-se que a dinâmica dos eventos diante do negócio firmado entre o consumidor e a construtora passa pelos seguintes estágios: (i) a construtora desenvolve a atividade construtiva (empreendimento) com interesse fim de comercializar suas unidades; (ii) a construtora, por sua vez, não tem interesse em comercializar diretamente com os possíveis clientes e, para tanto, contrata alguma imobiliária capaz de viabilizar o negócio em nome dela; (iii) a construtora disponibiliza um espaço físico para esses representantes (corretores) dentro do próprio empreendimento e monta estrutura capaz de receber os potenciais compradores e (iv) esses representantes (corretores) cumprem a missão pactuada com a construtora e obviamente esperam por sua devida recompensa por parte desta última.

Amiúde, dentro do corte atinente ao tema em análise, tem-se que o fator determinante para a incidência do Código Consumerista não se assenta no objeto envolvido, mas sim nas partes contratantes. Isso porque, de um lado está o consumidor que adquire o imóvel para nele fixar sua residência e do outro está o fornecedor, na qualidade de construtora colocando no mercado e oferecendo as unidades habitacionais (casas ou apartamentos), o que atrai a essência do Código Consumerista ante a identificação e necessidade de proteção a ser volvida à parte hipossuficiente.

A hipossuficiência que reveste o consumidor no caso em questão é ao mesmo tempo econômica e técnica, sendo que esta se caracteriza diante do monopólio do fornecedor sobre as informações e procedimentos adotados na edificação e comercialização das unidades habitacionais e aquela é intuitiva por se estar, na maioria das vezes, diante de pessoa física que pretende adquirir um imóvel de uma empresa de grande porte.

Dentro dessa vertente, a condição do adquirente que compra para si ou para sua família unidade autônoma, com fim de moradia, tem

conferida a característica de destinatário fático (já que retira o bem imóvel da cadeia de produção) e também econômico (faz uso do bem para si próprio ou para sua família) de tal contratação, o que o reveste da condição de consumidor e a ele se aplica o Código Consumerista.

Quanto ao contrato de incorporação imobiliária, em que o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como consumidor, dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC. Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre estes. Ao contrato aplica-se, então, em regra, às normas do Código de Defesa do Consumidor. Isto é importante em face da multiplicação do mercado imobiliário deste tipo de contrato e o perigo de má utilização do instituto, o qual trabalha necessariamente com a figura da promessa de venda, tendo em vista a venda antecipada. No caso existe lei especial, a Lei 4.591/64 e suas modificações, mas as regras de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor terão aplicação para regular o novo equilíbrio e boa-fé obrigatórios aos contratos de consumo, pois como ensina o Superior Tribunal de Justiça, aqui haverá diálogo das fontes. (MARQUES, 2003, p. 367)

Nessa ordem de ideias, em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei 4.591/1964, tem-se neste estudo que o Código Consumerista mostra-se aplicável por força da observância aos princípios gerais do direito que almejam a justiça contratual; buscam a equivalência das prestações; fundam na boa-fé objetiva ao mesmo tempo em que vedam o locupletamento ilícito. Ademais disto, o diálogo das fontes, ao coordenar os microsistemas jurídicos visa à construção de soluções mais adequadas para relações como a aqui analisada.

2.1 SOBRE O CONTRATO DE ADESAO E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A forma massiva e industrializada de comercializar das sociedades capitalistas acabou por gerar e utilizar, de forma alargada, o contrato de adesão, em que as cláusulas são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor, não havendo que se falar em autonomia da vontade, eis que ao consumidor só cabe aquiescência aos termos contratuais. O contrato de adesão¹¹¹ está previsto no caput do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

A ausência de oportunidade para o amplo conhecimento dos termos do contrato e de modificação das cláusulas impostas no pacto desencadearam a ampla inclusão de cláusulas abusivas nos instrumentos a serem firmados pelos consumidores, sendo que o pagamento da comissão de corretagem é assunto que se insere neste tema.

Quem usualmente paga a comissão é o comitente, na corretagem de índole civil. Cláusula contratual que disponha diferentemente deve ser livremente aceita pelo terceiro, sob pena de ser considerada ineficaz, o que ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão, notadamente por aquisição de imóvel, em que o vendedor, na generalidade dos casos, tenta transferir tal ônus ao adquirente. A comissão, como regra geral, constitui obrigação a cargo de quem contratou a corretagem. (VENOSA, 2009, p. 567)

¹¹¹ O contrato de adesão para Carlos Alberto Bittar é considerado “o contrato que, nascido por força do dirigismo econômico e da concentração de capitais em grandes empresas, em especial nos campos de seguros, financiamento bancários, vendas de imóveis, de bem duráveis e outro, tem a participação volitiva do consumidor reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso, em modelos estandardizados, com cláusulas dispostas pelos fornecedores ou resultantes de regulamentação administrativa, ou da sua combinação” (BITTAR, 2011, p. 57)

Ressalta-se que a aplicação do ordenamento jurídico vigente não coaduna com a aplicação isolada do princípio do *pacta sunt servanda*, mas ao contrário disto o relativiza, observando o princípio da boa-fé objetiva, a função social do contrato, de forma a promover um equilíbrio dos direitos fundamentais, especialmente nas relações consumeristas.

É lição elementar de que os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) não são aplicáveis ao direito do consumidor como são observados no direito civil. A autonomia da vontade não deve ser invocada para oprimir o contratante mais fraco ou legitimar a injustiça do contrato. A alegação de segurança jurídica, decorrente do necessário cumprimento do contrato, já foi superada há séculos, na medida em que a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, que tem origem no direito medieval, prevê a alteração contratual desde que modificada a base fática que motivou a formação do negócio jurídico. Logo, o contrato somente deve ser cumprido conforme pactuado se o mesmo for justo, equilibrado, proveitoso para ambas as partes, sempre se afastando da ideia de instrumento de opressão, de vantagens excessivas e de iniquidades. (SANTANA, 2014, p. 146)

No que tange à liberdade de contratação a sistemática do Código de Defesa do Consumidor determina que a interpretação dos contratos entre fornecedor e consumidor seja feita com fundamento na premissa de que, se não for nula, a liberdade contratual é muito reduzida.

Ademais disto, diante da possibilidade de serem produzidas cláusulas contratuais abusivas, o Código Consumerista prevê a nulidade das obrigações ante (i) a desvantagem exagerada (por ofensa aos princípios fundamentais deste diploma legal); (ii) a onerosidade excessiva para o consumidor (por violação ao princípio da equivalência contratual) e (iii) incompatibilidade com a boa-fé ou a equidade (sendo esta cláusula geral que deva ser observada em todo e qualquer contrato de consumo).

Por cláusulas contratuais abusivas, MARQUES (2006, p. 697) leciona que a atual tendência é “conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial, ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto repreender uma situação maliciosa ou não subjetiva”. No mesmo sentido adverte Bruno Miragem (2010, p. 231):

este vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no CDC é que resulta o caráter abusivo de determinadas condutas do fornecedor e, da mesma forma, cláusulas abusivas que – observada a desigualdade fática entre os sujeitos contratuais – coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor.

Diante da ocorrência da cláusula abusiva, tem-se, por imposição legal a nulidade de pleno direito (nulidade absoluta), que significa negar qualquer efeito jurídico à disposição contratual. Isso porque, a sanção imposta à cláusula abusiva ao determinar pela sua nulidade, faz emergir o fato de ela ter nascido nula, melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre.

Deste modo, eventual cláusula contratual que aponte para o reconhecimento da contratação e reconhecimento atinente ao encargo do pagamento da comissão de corretagem merece ter por reconhecida a sua nulidade, eis que o Código Consumerista proíbe que ao consumidor sejam impostas cláusulas consideradas abusivas, que o coloque em situação de desvantagem perante o fornecedor contratante. A abusividade decorre da afronta ao princípio da boa-fé objetiva, norma fundamental que permeia as relações firmadas entre consumidores e fornecedores.

2.2. INFORMACAO CLARA E PRECISA E A VENDA CASADA

Tendo por conta que o consumidor não tem a obrigação de conhecer, de forma detida, todos os procedimentos dos negócios jurí-

dicos que venha a efetuar, a cláusula limitativa de direito deve ser elaborada de forma a respeitar os parâmetros traçados no Código Consumerista, ou seja, permitindo ao consumidor a imediata e fácil compreensão do quanto disposto, sendo, ainda, redigida em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não poderia ser inferior ao corpo doze. Tudo isso tem por intuito a facilitação da compreensão do consumidor, conforme dispõem o artigo 54, caput, §§ 3º e 4º.

Ademais, há que se observar o modo como a oferta e a informação são veiculados, pois o dever de informar deve ser preciso e incontestante para que as partes não se vinculem a objeto e fatos diversos do negócio que pretendem firmar. Ocorre que, a prática tem apontado que ao tratar da aquisição de imóveis, o consumidor não recebe informações claras e adequadas sobre as condições e as cláusulas do contrato de compra e venda. Em regra, as construtoras/incorporadoras não têm prestado informações qualificadas ao consumidor que acaba por celebrar um contrato em condições desconhecidas, obscuras e abusivas.

É de se observar que no cotidiano deste ramo, ao consumidor não é dada oportunidade de examinar todo o contrato relativo à aquisição do imóvel, menos ainda de compreender o seu conteúdo, quiçá de avaliar as vantagens e desvantagens que o levem a concluir o negócio mediante uma decisão consciente. Isso sem contar que nos contratos de compra e venda de imóveis e/ou nas ofertas de tais bens sequer existem informações de que o pagamento da comissão de corretagem deva recair sobre o consumidor.

O consumidor que adquire um imóvel no mercado deve saber, de forma inequívoca, o valor que se obrigará a pagar pelo imóvel pretendido. É direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre o preço do produto. Constata-se que o fornecedor (construtora ou incorporadora) gasta consideráveis somas

em publicidade para atrair clientes, produzindo anúncios (ofertas) para televisão, rádio, *internet*, *folders*, remunerando e incentivando corretores a realizar o maior número de negócios possíveis, mas não faz os mesmos gastos e não toma o devido cuidado quando se trata de informar adequadamente o consumidor sobre o conteúdo contratual. (SANTANA, 2014, p. 150)

A bem da verdade, a prática empresarial tem mostrado que o vendedor do imóvel fixa um preço no momento da negociação, sendo que no momento do registro o valor do bem é lançado a menor, em decorrência do pagamento da comissão de corretagem, sendo que, na maioria das vezes, somente neste momento é que o consumidor toma conhecimento deste pagamento, o que implicaria na configuração da prática ilegal da venda casa. Isso porque, ao consumidor não foi dada a escolha do corretor; não pode negociar o preço a ser pago; bem como não pode ele se valer da intermediação de profissional de sua confiança para a realização do negócio, cabendo tão somente a anuência de uma contratação impositiva de profissional vinculado à outra parte da relação negocial, configurando assim a violação prevista no artigo 39 do Código Consumerista.

Frente às questões aqui analisadas, tem-se que em decorrência da vulnerabilidade do consumidor, dentre as regras protetivas no campo contratual, destaca-se a determinação de que o consumidor não está obrigado ao cumprimento do contrato se o conteúdo do instrumento não lhe foi submetido para o prévio conhecimento ou se os pactos dificultarem a compreensão de seu sentido e alcance em razão da sua imprópria redação. Acrescenta-se aqui a regra que determina que as cláusulas estipuladas na contratação sejam interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, conforme os artigos 46 e 47 da legislação consumerista.

2.3. A TEORIA DA APARENCIA E O RISCO DO NEGÓCIO

Não bastassem as violações legais acima apontadas atinentes ao contrato objeto deste estudo, merece destacar o fato de os corretores, na maioria dos casos, estarem nos estandes, lojas, pontos de vendas ou feiras ofertando imóveis de determinada incorporadora/construtora trajando uniforme desta empresa, o que aos olhos do consumidor pode vir a personificar o princípio da aparência, levando-os a crer que referidos corretores tratam de empregados da própria construtora, e, portanto que estariam contratando diretamente tal empresa.

Ao cuidar do princípio da transparência, as razões que norteiam e embasam tal princípio, podem ser enumeradas da seguinte forma:

1 - para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; 2 - para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; 3 - para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica. A boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança que devem inspirar as declarações de vontade e os comportamentos exigem a proteção legal dos interesses jurisformizados em razão da crença em uma situação aparente, que tomam todos como verdadeira. (GOMES, 1967, p. 96)

Nesse viés, a contratação compulsória de serviço de corretagem ao consumidor põe em evidência a assimetria da informação prestada ao consumidor dentro de um mercado que utiliza técnicas agressivas de marketing, haja vista que atualmente, “a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes desnecessária” (MARQUES, 2011, p. 329)

Merece destaque aqui, o fato de não poder todo e qualquer custo ser repassado ao consumidor, pois há que se observar o custo da atividade desenvolvida pelo fornecedor para a formação do preço do seu produto. Assim sendo, quando da fixação do valor do imóvel, os custos operacionais também são considerados, haja vista que o mai-

or interesse do fornecedor é efetivar a venda do bem, o que acaba por atrair para ele os custos da venda e riscos do negócio, já que trata de serviço típico da própria atividade de venda de imóvel.

Assim, o ônus de arcar com o suposto serviço de corretagem deve ser do incorporador, seja por caracterizar elemento intrínseco e essencial da sua atividade comercial, seja por atentar contra os princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, ressalvadas as hipóteses de real concordância do adquirente com estes encargos (por tê-lo efetivamente utilizado). Além disso, e mais importante que qualquer outra questão, deve ser dado o direito do adquirente optar por adquirir o imóvel diretamente da incorporadora, sem qualquer intermediador, mormente em função da proibição de venda casada trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, na qual proíbe que o fornecedor impinja outro serviço ou produto para que seja efetivada a contratação. (LIMA, 2014, p. 195-196)

Deste modo, mostra-se descabida a alegação de que a comissão de corretagem é uma modalidade de custo que de uma forma ou outra ao onerar o negócio integraria o preço do imóvel, sendo fatalmente repassado para o consumidor, mesmo que de forma indireta. Isso porque, a decisão de incorrer em tais custos foi produzida unilateralmente pelo fornecedor (construtora), que prefere assim agir mesmo tendo a opção da venda direta, sem a intermediação.

Ao ser a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem atribuição do fornecedor, este será muito mais criterioso ao efetuar a contratação de corretores, pois ao não incorrer em custos que sabidamente não irá pagar a construtora deixa de se empenhar na negociação do preço junto ao consumidor, estabilizando um preço e deixando de avaliar, dentre outros aspectos, o comportamento do mercado em tempos de recessão econômica em que a oferta de crédito imobiliário é reduzida o que demandaria uma diminuição da margem de lucro para evitar estoque elevado de imóveis à venda.

É de se destacar que os custos do negócio podem ser transferidos ao consumidor desde que contidos no preço do bem, de tal forma que o repasse de qualquer valor que a construtora opta por não incluir no preço do imóvel, independentemente do motivo, tem-se por inválido.

Diante da não inclusão do valor da comissão de corretagem no preço do imóvel ofertado no mercado tem-se, para o fornecedor, ao mesmo tempo, um aumento no faturamento e a obtenção indevida de vantagem tributária já que transfere ao consumidor o ônus do pagamento desta operação.

O fornecedor poderia incluir o valor da comissão de corretagem no preço do imóvel ofertado no mercado. Entretanto, o valor da comissão de corretagem não integra o preço do imóvel pela simples razão de que representaria um acréscimo no faturamento do fornecedor e, conseqüentemente, haveria repercussão no valor devido a título de tributação de sua atividade. O fornecedor obtém indevida vantagem tributária e transfere ao consumidor o ônus financeiro da operação. Nesse caso, não só o Estado-fisco é vítima da operação ilícita, mas também o consumidor que tem prejuízo em razão da impossibilidade do parcelamento do valor da comissão de corretagem no mesmo prazo da compra do imóvel, vez que este valor é pago geralmente no ato da contratação. (SANTANA, 2014, p. 152)

Dentro deste ponto de vista, merece pôr em relevo que se por um lado a comissão de corretagem não compõe o fluxo financeiro da incorporadora, já que geralmente não está incluída no preço do bem a ser adquirido pelo consumidor, por outro lado a manifestação de discordância ou recusa do consumidor ao pagamento da comissão de corretagem desemboca na não assinatura do contrato, ou seja, a relação contratual não vem a se efetivar.

3. ANÁLISE DO TEMA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS

A prática abusiva cometida pelas construtoras e incorporadoras tem agregado às relações negociais um ranço que tem sido combatido por todas as esferas do poder judiciário¹¹² e órgãos de proteção ao consumidor. Mesmo assim, a gana pelo lucro fácil tem feito com que as construtoras e incorporadoras desrespeitem cada vez mais consumidores com uma engenharia negocial quando da aquisição do imóvel, capaz de ludibriar e confundir até os mais atentos, ao lançar mão de manobras dissimuladas, ambíguas e abusivas.

Em decorrência da reiterada prática abusiva cometida com a cobrança da comissão de corretagem, desde longa data (há mais de quatro décadas) os tribunais vêm se debruçando sob o objeto deste estudo, sendo que ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 64.123/RS¹¹³, com voto da lavra do Ministro Oswaldo Trigueiro, restou sedimentado o entendimento de que não se

¹¹² Interessante se faz, neste momento, apontar a cronologia de atos e decisões sobre o assunto haja vista que: (i) em 2011 veio a ser firmado TAC entre o MP/SP e construtoras isentando o consumidor de pagar a comissão de corretagem; (ii) em fevereiro/2016 o STJ suspendeu as ações que discutiam a validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem; (iii) em abril/2106 representantes do Ministério da Justiça, da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), da Comissão Nacional dos Defensores Públicos do Consumidor e da Associação Brasileira dos Procons assinaram acordo em que firmam compromissos para o aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadoras de imóveis, loteadores e consumidores; (iv) em maio/2016 foi realizada sessão pública onde advogados; Idec; Brasilcon; ABMH; IPDON; Crecil; Abrainc; SindusCon-SP; Sinduscon-RN; Sinduscon de Florianópolis; Secovi-SP; Abrami; Fenaci dentre outros puderam fazer a sustentação oral de seus argumentos diante julgamento do caso em análise em demanda repetitiva, sendo que neste ato restou proferida decisão que reconhecia a legalidade da cobrança da comissão de corretagem, nos moldes da decisão já apontada.

¹¹³ “CORRETAGEM CIVIL. SALVO CONVENÇÃO, A COMISSAO DO CORRETOR E DEVIDA PELO COMITENTE. RECURSO PROVIDO. (RE 64123, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Primeira Turma, julgado em 10/06/1968, DJ 27-09-1968 PP-03832 EMENT VOL-00740-02 PP-00836”

mostra razoável tampouco amparado em norma jurídica a determinação de remuneração do corretor ao comprador do imóvel, haja vista não ter sido por ele celebrado qualquer tipo de contrato profissional com o suposto intermediador.

Contemporaneamente, por conta do aquecimento do mercado imobiliário e da continuidade da prática abusiva da cobrança de comissão de corretagem, tal questão veio a ser bastante revisitada nos tribunais pátrios¹¹⁴, sendo que a controvérsia das decisões acabou por conduzir ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, o julgamento do REsp 1.599.511/SP¹¹⁵ que sedimentou o entendimento da validade da cobrança, desde que condicionada à prestação de informação clara e transparente a seu respeito.

¹¹⁴ Nesse sentido temos os seguintes julgados: Apelação Cível n. 0022125-34.2008.8.19.0209. Relator: Des. Luiz Fernando de Carvalho. Rio de Janeiro. RJ. 26 de janeiro de 2011 e Apelação Cível n. 0064057-25.2000.8.19.0001. Relator: Des. Lindolpho Morais Marinho. Rio de Janeiro. RJ. 05 de agosto de 2008

¹¹⁵ “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1599511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016)”

Diante do posicionamento contundente do STF, da relativização que emana da decisão do STJ e das decisões proferidas pelos tribunais que não ratificam a adotada pelos tribunais superiores, necessário se faz analisar a cobrança da comissão de corretagem sob uma vertente que seja ao mesmo tempo processualista e constitucionalista, eis que esta é a linguagem e a interpretação condizente com o atual ordenamento jurídico. Assim é que, havendo desalinho com a conduta ansiada nas relações materiais, quais sejam fático-jurídicas, instaura-se a ocorrência potencialmente danosa que alberga e clama pelo restabelecimento da relação firmada, com observância dos deveres anexos ou laterais de proteção, informação e cuidado.

4. ANÁLISE HABERMASIANA DA DECISÃO PROFERIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O OBJETO DESTE ESTUDO

Para a análise aqui proposta, tem-se como pressuposto que a nova roupagem que se pretende empregar àquilo que costumeiramente já se tinha por regulamentado advém das distorções interpretativas da norma legal, sob o argumento que ao não ser tal norma impositiva, mas permissiva, tem nela ínsita a possibilidade de negociações no que diz respeito à cobrança da comissão de corretagem, de tal modo o pagamento feito pelo consumidor sob tal título não o torna abusivo e contrário à lei.

O ato é assim pensado e efetivado: passa-se a cobrar do consumidor uma comissão que até então era paga pelo vendedor e, espera-se que o poder judiciário venha a reconhecer a legitimidade desta cobrança, sob um enfoque permissivo da regra. Subjuga-se, para tanto, todos os parâmetros de eticidade, sociabilidade, boa-fé, cooperação e operabilidade, ínsitos ao ordenamento jurídico pátrio e, após a cobrança massiva de encargos que não deviam ter sido cobrados alega-se que

a devolução destes valores acabaria por fragilizar o mercado e, até mesmo, a comprometer a saúde financeira destas empresas.

Dentro do enfoque do que o próprio mercado configurou acerca da cobrança da comissão da corretagem; daquilo que se encontra positivado; dos argumentos trazidos para justificar a cobrança e para legalizá-la na seara jurídica é que se mostra necessária a análise crítica do ato da fala em relação ao seu significado e a sua validade, já que este pode ser inverídico, incorreto ou inautêntico. O suporte deste entendimento é assentado em HABERMAS (1990, p. 81), pois só é possível entender um ato de fala quando se entende também as razões que o justificam, ou seja, quando se conhece as razões que o falante pode se valer para justificar a sua validade. Assim, para verificar a aceitação dos argumentos trazidos deve-se analisá-los diante sob seguintes aspectos: (i) da verdade na relação entre significado e um estado de coisas no mundo; (ii) da correção normativa existente na relação entre significado e legitimidade da interação e (iii) sinceridade na relação entre significado e interação.

Ao mesmo tempo, necessário se faz analisar como tem sido procedida tal cobrança para verificar a configuração da compreensão do consumidor pela aceitação do pagamento da comissão de corretagem, bem como se, aos olhos deste consumidor e diante do serviço que lhe é prestado haveria a caracterização do serviço de corretagem. Referidas análises conduzem à percepção, criada por Habermas, da distinção entre a cognição válida e a inválida, que “sempre traz consigo o perigo de criar distinções que realmente se convertem em critérios de poder e privilégio” (WHITE, 1995, p. 130).

Ademais disto, para a compreensão das interpretações não se pode ficar adstrito a meros significados e definições, haja vista que para a validação do argumento deve estar contextualizado o conflito entre teorias, teorias e prática, além das teorias e dados estruturados

sob significados não problematizados e que sejam capazes de conduzir as experiências comunicativas ao consenso do melhor argumento partindo de um processo intersubjetivo, uma vez que “não há experiências não interpretadas, a que se tem um acesso apenas privado e que se esquivem à apreciação ou à correção pública” (HABERMAS, 2004, p. 233), para assim diante da verificação do cumprimento ou não das pretensões de validade ter o entendimento do quanto disposto no texto.

É de se ressaltar que diante das relações complexas estabelecidas pela sociedade moderna, as questões intersubjetivas não devem se basear em uma compreensão singular, individual ou particular, devem, sim, dar lugar a uma compreensão que seja conquistada discursivamente com a avaliação dos pressupostos de validade das declarações, constatações, argumentos e afirmações, aliada à análise social e subjetiva, uma vez que só se pode “compreender uma sentença quando se sabe como se pode reconhecer que suas condições de verdade estão satisfeitas” (HABERMAS, 2002, p. 100).

Amiúde, para que se alcance uma regulamentação intersubjetivamente obrigatória diante do paradoxo da faticidade (aqui estabelecida na cobrança da comissão de corretagem feita quando a aquisição do imóvel é realizada no próprio estando do empreendimento) e da validade (do dispositivo legal donde parte o argumento permissionista para tanto frente a regulamentação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor) há que se encontrar o mecanismo de estabilização desta tensão na integração social em que os cidadãos (e não os sujeitos privados) após a análise das proposições dos envolvidos, cheguem a um consenso, livremente alcançado pela força do melhor argumento.¹¹⁶

¹¹⁶ Diante da diferença entre faticidade e validade que Habermas introduz as primeiras linhas de uma teoria do discurso: “se a validade social de uma norma depende também, a longo prazo, de ser aceita como válida no círculo daqueles a que é endereçada; e se

A ferramenta propulsora para se alcançar o consenso é o discurso “porque representa um procedimento que assegura inclusão de todos os envolvidos e a consideração equitativa de todos os interesses aludidos” (HABERMAS, 2002, p. 65), de tal modo que a relação de complementariedade dos discursos de justificação (do legislativo) e discursos de aplicação (do judiciário), diante de um procedimento imune a desigualdades, repressões, violência e arbitrabilidades, faz emergir um entendimento válido para todos os concernidos e em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Há que se levar em conta, ainda dentro da teoria do discurso de Habermas, o paradigma “procedimentalista”¹¹⁷, uma vez que entre o princípio da segurança jurídica (ao garantir a estabilização das expectativas sociais do comportamento) e a validade da pretensão ideal de

esse reconhecimento por sua vez se apoia na expectativa de que a correspondente pretensão de validade pode ser resgatada com razões; então, entre a “existência” de normas da ação, por um lado, e a esperada possibilidade de fundamentação das correspondentes proposições deonticas, por outro lado, subsiste uma conexão para a qual não há nenhum paralelismo no lado ôntico. Certamente, há uma relação interna entre a existência de estados-de-coisas e a verdade das correspondentes proposições assertóricas, mas não entre a existência de estados de coisas e a expectativa de um determinado círculo de pessoas de que essas proposições possam ser fundamentadas. Essa circunstância pode explicar por que a questão quanto às condições da validade dos juízos morais por que a questão quanto às condições da validade dos juízos morais sugere imediatamente a passagem para uma lógica dos Discursos práticos, ao passo que a questão pelas condições de validade de juízos empíricos exige considerações gnoseológicas e epistemológicas que são num primeiro momento independentes de uma lógica dos Discursos teóricos. (HABERMAS, 1989, p. 83).

¹¹⁷ Referido paradigma está baseado em uma teoria discursiva. Para Habermas “a teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos)”. (HABERMAS, 2004, p. 242)

se tomar decisões jurídicas corretas reside a tensão entre a faticidade e a validade do direito aplicado pelo ordenamento jurídico. Dessa tensão advém ao ordenamento jurídico a exigência em examinar os interesses despendidos em questões e decisões conflitantes; de garantir a consistência dos pressupostos alinhavados em suas decisões e a sua aceitabilidade.

Deste modo, para que uma decisão tenha uma fundamentação imbuída de consistência e racionalidade, exige-se o respeito ao princípio da segurança jurídica, de tal modo a levar em conta o emaranhado de leis; precedentes jurisprudenciais e tradições do direito consuetudinário inconsistentes; sendo que os fundamentos devem levar em conta o direito contingente a situações concretas, sem se socorrer a mera repetição de decisões já proferidas.

Respeitado os parâmetros até aqui traçados, chega-se à decisão correta quando se decide pela adequação de uma norma válida ao caso concreto, sendo que a adequação da norma válida constitui o juízo dos discursos de aplicação¹¹⁸, ou seja, não se trata de negar a validade das normas não adequadas à situação, mas sim de afirmar que as não adequadas são aplicáveis, todavia, para a solução do caso concreto mostram-se inapropriada, inadequada ou importuna diante dos efeitos colaterais que possam causar.

Ao se trazer para o processo tanto o pano de fundo das pretensões, como os critérios de orientação e consequências, o solipismo jurídico perde lugar, já que o direito adequado à situação concreta não

¹¹⁸ Para Habermas: “Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estado de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes. (HABERMAS, 1997, p. 270-1).

pode ser dito por um juiz sozinho. Nessa concepção o modelo de práxis de fundamentação baseada na venda nos olhos da Justiça não é suficiente¹¹⁹, pois a busca da verdade deve ser efetuada de forma cooperativa e ter como anseio uma única decisão correta com encaixe de coerência espacial e temporal.

Nessa mesma linha, o subjetivismo e o relativismo não podem servir para afastar os critérios de validade das normas que se encontram fixados em parâmetros universais. Ao contrário disto, para se promover a reconstrução racional do direito vigente mantendo a coerência da ordem jurídica em sua totalidade as decisões proferidas devem se adequar a cada caso como se fosse particular a ele.

Nessa ordem de ideias, imperioso se faz analisar os argumentos que se lança mão para se efetuar a cobrança da comissão de corretagem quando o imóvel é adquirido no próprio estande do empreendimento sob as perspectivas do mundo objetivo, do mundo social e do mundo subjetivo, respectivamente, diante daquilo que pode ser visto por verídico, correto e autêntico¹²⁰.

Já tendo sido enfrentadas as previsões legais e o posicionamento da doutrina e da jurisprudência diante do caso em análise, sobreleva

¹¹⁹ A teoria discursiva do direito, para Habermas, exige que em sua fundamentação: “Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer reciprocamente na competição pelo melhor argumento.” (HABERMAS, 2004, p. 298).

¹²⁰ Para que se tenha a argumentação discursiva racional, Habermas elenca suas exigências dentro dos “pressupostos pragmáticos”, sendo eles: “(a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão” (HABERMAS, 1989, p. 82)

destacar que a nova teoria contratual impõe que a paridade nas relações de consumo seja regulamentada de forma específica e deixe de ser presumida para assegurar a ordem jurídica-social, o que dá ao contrato contornos que vão além da manifestação da vontade das partes, em função do interesse social, que gera efeitos na sociedade como um todo. (PADILHA, 2003, p. 93). Deste modo então, o fornecedor ao aviltar o diploma consumerista ante a quebra da fidúcia negocial e impor ao consumidor prejuízos, coloca o acerto da situação em análise nas decisões judiciais que deviam se atentar para o fato de que

[...] não há igualdade das partes na relação de consumo, mas efetiva dominação do fornecedor (construtora ou incorporadora) quanto a imposição das condições negociais. Exige-se um padrão de honestidade, lealdade, transparência e probidade das partes, circunstância que conduz à conclusão de que é abusiva a cláusula que transfere ao consumidor a obrigação de pagamento de comissão de corretagem, porquanto não há um correspondente serviço que lhe fora prestado. (SANTANA, 2014, p. 159)

Frente a esta situação, há de se realçar que a aquisição da casa própria é almejado pela maioria das famílias brasileiras (tanto que encontra positivado na Constituição Federal o direito à moradia), sendo que em alguns casos esta uma conquista decorre do esforço comum de várias pessoas ou de gerações, o que torna o prejuízo para o consumidor ainda mais grave do ponto de vista econômico, enquanto que do ponto de vista emocional a prática ilegal da cobrança torna-se mais fácil de ser realizada.

Infelizmente, há uma verdadeira exploração do brasileiro comum, que sonha com a sua casa própria. O sonho se transforma em pesadelo na realidade. Infelizmente, a piorar a situação, muitos desses contratos, abusivos na essência, são subsidiados por bancos com capital público, dando a falsa sensação aos adquirentes, de que são negócios justos e seguros. Triste realidade vive o País. (TARTUCE, 2014, p. 178.)

Assim é que, diante da magnitude do desejo replicado por toda nação somada ao esforço de cada família para a concretização da aquisição da casa própria é que as violações aos direitos consumeristas perpetradas sistematicamente ao se valerem da livre-iniciativa, da autonomia da vontade e da segurança jurídica não devem encontrar terreno fértil para sua prática, de tal modo que o acerto de tal conduta cabe em massivo entendimento jurisprudencial encontrado nos juízos de piso e tribunais que reconhecem a ilegalidade de tal cobrança e determinam a devolução do valor pago a título de comissão de corretagem quando a aquisição do imóvel é feita no próprio estande de vendas.

CONCLUSÃO

Os estudos realizados demonstraram que ante a pronta manifestação do consumidor que se dirige até o estande do empreendimento para nele adquirir um imóvel, acrescida ao fato de não ser possível deixar de assimilar a relação de prestação de serviço existente entre o fornecedor do imóvel (incorporadora) a ser adquirido e por aquele com quem o consumidor faz contato (corretor), não há que se falar na consolidação da essencial característica do contrato de comissão, o que afasta qualquer validade contratual que se queira empregar à eventual manifestação de vontade empregada em cláusula contratual abusiva.

Diante de todo o exposto, seja sob o prisma do que prevê a própria legislação, seja sob o entendimento doutrinário, seja sob o posicionamento jurisprudencial percebeu-se que a imposição do pagamento ao consumidor da Comissão de Corretagem, não pode ser transferida ao consumidor seja por expressa previsão contratual seja por informação feita no ato da formalização do negócio jurídico. E, os argumentos para tanto não são poucos, haja vista que tal cobrança fere

de morte o princípio da boa-fé objetiva, já que afasta a concretização da igualdade e do equilíbrio necessários à justiça contratual. Tal argumento ainda é sustentado pelo fato de que mesmo expressa em cláusula contratual, cuida de cláusula abusiva, passível de nulidade, por acarretar vantagem exagerada a favor do fornecedor; sem contar que a sua oferta, mediante venda casada, configura prática abusiva. Ademais, a prévia informação da cobrança, por si só não reveste de legitimidade tal ato.

Dentro da vertente processualista, não há que se legitimar a decisão proferida pelos tribunais superiores diante da participação dos concernidos (principalmente quanto ao julgamento do REsp 1.599.511/SP), eis que o conteúdo decisório não foi edificado considerando-se as diversas abordagens trazidas para o caso, menos ainda foi capaz de trazer pacificação para o conflito social já que a solução entregue tende a autorizar a manutenção da cobrança diante de critérios que quando não são subjetivos são diametralmente opostos ao que preceitua o ordenamento jurídico e a regulação dada para tal fato pelo próprio mercado em si.

Visto desta forma, admitir a legalidade da cobrança da comissão de corretagem quando o consumidor dirige até o estande do empreendimento e lá adquire um imóvel (mesmo que não tenha ele optado pela intermediação; não tenha escolhido o corretor e não tenha negociado o preço), mediante o uso de cláusula contratual, ainda que os valores do bem e da comissão tenham sido dissociado no negócio firmado, implica em inversão lógica de valores e prioridades consagrados no ordenamento jurídico pátrio com a mitigação de vetores importantes para o desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

ANTUNES JUNIOR, Antonio Carlos. Contrato de Corretagem no Novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, Ano 7, n 64, abr. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3901/contrato-de-corretagem-no-novo-codigo-civil>. Acesso em 29/10/2017.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de defesa do consumidor*. ed., rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 64123. Relator: TRIGUEIRO, Oswaldo, Publicado no DJ de 27-09-1968 p. 836. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2864123%2ENUME%2E+OU+64123%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8sacpry> Acesso em 29/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1599511/SP. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso, Publicado no DJ de 06-09-2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1599511&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 29/10/2017

COLTO, Antônio Carlos Mathias. A corretagem no Novo Código Civil. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 2, p. 75-96, jan./mar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 3, 2002.

GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1967.

HABERMAS, Jurgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, 111p. [Kommunikatives Handeln um destranzendentalisierte Vernunft. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001].

_____, *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, 236p. [Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983].

_____, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997, v. I, 354p. [Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994].

_____, *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____, *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, 330p. [Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999].

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. O ônus de pagamento do serviço de corretagem e do serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati) nos contratos de compra e venda de unidades autônomas na planta. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, ano 23, n. 93, maio-junho 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. ISSN 1678-2593. João Pessoa, ano 2, n 3,

jul/dez. 2003. Disponível em
<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primaface/article/view/4424>.
Acessado em 20/09/2017.

SANTANA, Héctor Valverde. *Pagamento de comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor*. Revista de Direito do consumidor. ISSN 1415-7705, ano 23, vol. 91, jan.-fev., 2014.

TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da teoria do diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, ano 23, n. 93, maio-junho 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 9ª ed. São Paulo: atlas, vol. 3, 2009.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 130.

ANÁLISE DA ÉTICA ARBITRAL SOB UM VIÉS DISCURSIVO

Marcella da Costa Moreira de Paiva

*Pós-Graduada no MBA Executivo em Direito Empresarial na FGV Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF
marcellacmpaiva@hotmail.com*

Giselle Areias Neves Braga

*Advogada na área de Direito Empresarial Mestranda no Programa de Justiça Administrativa na UFF
e-mail: giselleareias@hotmail.com*

Resumo: No cenário atual, é forçoso buscar uma retomada da ética e da moralidade nas mais variadas instituições, públicas ou privadas, no Brasil. No que tange à arbitragem, há uma flagrante dificuldade em se estabelecer um conjunto de valores e concepções de bem viver das partes, dos prepostos, dos árbitros e das câmaras arbitrais, em razão da diversidade de agentes. Em sede da arbitragem internacional, tal situação se torna ainda mais complexa em face do multiculturalismo. Seria o ideal a elaboração de um código de ética para os participantes, sejam esses peritos, advogados, partes ou árbitros? É comum instituições arbitrais possuírem suas codificações éticas internas, às quais os participantes do arbitramento institucional aderem ao optar pela câmara. Adicionalmente, há soft laws no Direito Internacional que preveem determinadas regras de condutas, como as guias da International Bar Association sobre representação das partes, conflitos de interesse, etc. Nesse passo, pretende-se analisar a teoria discursiva de Jürgen Habermas como uma forma de trazer um rigor ético para o instituto arbitral, seja na modalidade ad hoc ou institucional.

Palavras-chaves: arbitragem, ética, Jürgen Habermas, teoria discursiva.

INTRODUÇÃO

Muitas vezes, no Brasil e nas arbitragens estrangeiras e internacionais, os procedimentos arbitrais são vistos e utilizados como formas de burlar a lei. Adicionalmente, criadas câmaras arbitrais como verdadeiras justiças de cavalheiros, em que os advogados das partes e os árbitros variam entre si nos processos.

A arbitragem deve ser vista como harmonização dos planos individuais de ação. Entretanto, tem sido dominada pela lógica do sistema de mercado. E a solução para essa questão e para a ética na arbitragem é vislumbrada, basicamente, como a elaboração de códigos de conduta, da regulamentação para a profissão de árbitros, etc. É bastante restrito ao ideário positivista, crendo, em sua maioria, na normatização como recurso para lidar com a questão apresentada.

Partimos nesse artigo da hipótese de que os códigos de ética são a salvação para esse aspecto da arbitragem, essa suposição será analisada por meio da perspectiva da teoria da ética discursiva de Jürgen Habermas. Nesse passo, optou-se por, em primeiro momento, trabalhar de forma geral a ética na arbitragem, analisando a perspectiva nacional e internacional. Em seguida, aborda-se essa questão mediante a ética discursiva desenvolvida por Jürgen Habermas.

1 ÉTICA NA ARBITRAGEM

1.1. Considerações gerais

A arbitragem consiste em um meio extrajudicial e consensual de resolução de conflitos, em que as partes, mediante uma convenção de arbitragem que materializa o acordo de vontade das partes, submetem a um ou mais árbitros, sob regras procedimentais, local, língua e lei escolhidos, um conflito eventual ou já existente.

Na convenção de arbitragem, sob a modalidade de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, e no termo de arbitragem, faz-se necessário um reconhecimento intersubjetivo para chegar a um consenso sobre os aspectos do procedimento arbitral.

A ética da arbitragem não envolve apenas os árbitros, deve ser seguida por todos os envolvidos na arbitragem, pelas partes, pelos patronos, peritos, testemunhas e eventuais terceiros que participem do processo arbitral. Essa deve ser prezada no ordenamento jurídico e arbitragens internos e na esfera internacional.

Diante do exposto, o tema da ética da arbitragem é extremamente amplo e, desse modo, seria de extrema dificuldade o tratamento exaustivo dessa. Nesse passo, pretende-se nos próximos subtópicos trazer uma perspectiva da ética no procedimento arbitral nacional e internacional.

Os deveres éticos são efetivos, eficazes e mais abrangentes do que os legais. Por vezes os deveres éticos se confundem com o legal, mas ambos são dotados de efetividade. Sendo os deveres éticos mais abrangentes do que os legais, mas tão efetivo quanto estes.

Na arbitragem nacional, a abordagem sobre a conduta dos envolvidos se dá, primordialmente, pela Lei n. 9.707 de 1996 e pelo Código de Processo Civil. É comum ainda que algumas câmaras arbitrais possuam normas éticas para os participantes do procedimento, como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM- CCBC) e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Há ainda diretivas do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) que possui códigos de ética para as instituições de mediação e arbitragem e para os árbitros, mas não se tratam de normas cogentes.

Na arbitragem internacional, é muito forte a presença de *soft*

laws de entidades e de códigos de ética de instituições arbitrais. Tratam-se de normas desprovidas de caráter obrigatório. Conforme André Calvacanti Abbud, são:

conjunto de atos não obrigatórios como diretrizes, protocolos, guias, *standards*, práticas, códigos de conduta e recomendações, elaborados por órgãos não estatais como associações profissionais, câmaras de comércio, instituições arbitrais e organismos supranacionais, destinados a regular questões atinentes ao processo arbitral, se e na medida em que as partes e o árbitros queiram. (ABBUD, 2017, p. 5).

Uma das principais disposições a respeito são os guias da *International Bar Association* – sobre conflito de interesses e provas – que são *soft laws* desenvolvidas por especialistas da área ligados ao IBA, uma associação privada internacional de juristas. Outra importante normativa ética se trata da Convenção da ONU sobre Transparência da Arbitragem sobre Contrato de Investimento (no original: *Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*), a qual faz parte das convenções voltadas para o combate à corrupção, no entanto, é limitada para uma arbitragem específica. Ressalta-se que pode ser utilizada como base para outros ramos do direito, principalmente, por se consistir em um tratado internacional. Possui ainda mais relevância quando a arbitragem versar sobre a Administração Pública, pois o contrato de investimento é um contrato entre um particular- investidor e o ente estatal para prover os meios econômicos para a realização de um determinado empreendimento.

1.2. Árbitro

O árbitro, como é cediço, se trata de um terceiro eleito pelas partes, mediante um rol de uma câmara ou de forma livre, para atuar como o juiz de fato e de direito¹²¹ de um dado conflito. Para o

¹²¹ Essa expressão é controversa, mas é a utilizada pelo artigo 18 da Lei n. 9.307 de 1996. Discute-se sobre o que legislador pretendia com tal questão, a maioria da doutri-

exercício dessa função, são imprescindíveis o cumprimento dos deveres de clareza, de revelação, de discricção, de independência, de imparcialidade e dever de confiança com as partes.

A sentença precisa ser clara bem redigida, para as partes a quem a destinaram, em linguagem não rebuscada e não a erudição própria dos trabalhos acadêmicos, que nada significa para as partes e para a comunidade. Cabe ao o árbitro, desse modo, decidir controvérsias concretas reais e não tese acadêmica de Direito. A decisão do árbitro como a do juiz é ato de autoridade a de julgar a controvérsia, como fundamento na justiça conferida pelas partes, ou no caso do juiz pela lei. O argumento da análise das provas e dos fundamentos adotados são mais importantes do que a inovação de doutrinas.

O julgador decide caso concreto, baseado no seu prudente critério na análise das provas e nos argumentos das partes. A doutrina e a jurisprudência podem ser úteis e, por vezes, necessárias para demonstrar a pertinência da conclusão a que chegou o árbitro e que devem refletir tendências acolhidas pela comunidade sobre a matéria controvertida. Sendo ato da autoridade privada constituída pelas partes, a sentença arbitral, resulta de um processo de decisão que retrata ou deve retratar as expectativas da comunidade. Para apurá-las é que se impõe ao julgador a pesquisa da doutrina dominante, da jurisprudência, das manifestações da sociedade civil este do conjunto de fatos em que se insere a controvérsia.

O Judiciário vive da obediência das partes e a arbitragem da confiança. Essa distinção, consagrada na lei de arbitragem brasileira, ao dizer que pode ser árbitro quem possua confiança das partes (art. 13 da

na entende que corresponde a dizer que o árbitro possui competência para decidir o conflito, não devendo ser o Judiciário envolvido, exceto nos casos que fogem da jurisdição do tribunal arbitral ou que esse não tenha poderes para a realização de determinado ato, como a condução coercitiva de testemunhas.

Lei 9.307/1996), revela a necessidade de preservação dessa confiança não apenas quando da nomeação, mas durante todo o processo arbitral e mesmo depois do seu término.

O juiz prescinde dessa confiança, mas está adstrito a observar o que a lei dispõe sobre os interesses envolvidos na controvérsia. O juiz não pode decidir *contra legem*, mas pode identificar normas legais que se ajustam à solução da controvérsia com base em princípios que lhe permitem decidir com segurança e com justiça. Pode o julgador deixar de aplicar uma norma legal determinada e adotar outra que lhe permite atender o que considera justo.

A jurisdição do árbitro é limitada à vontade das partes. Seu dever de decidir está vinculado a essa vontade expressa na convenção arbitral, não lhe sendo possível extrapolar. O árbitro não decide para a comunidade. Sua decisão restringe-se às partes e não tem repercussão pública, até pela confidencialidade que envolve o processo arbitral.

Se a confiança é o pressuposto da atuação do árbitro, tem ele o dever de preservá-la não só quando da sua nomeação, mas durante todo o curso do processo e mesmo depois de seu término, como já referido. Daí o dever legal de revelação de qualquer ato ou fato que possa afetar essa confiança. Todavia, não basta o árbitro afirmar que o fato revelado não afeta sua independência e imparcialidade, pois não são apenas esses requisitos que estão em jogo e sim o da confiança. Se, apesar de não interferir com a independência e a imparcialidade do árbitro, o fato gerar insegurança à parte, é aconselhável, nesse caso, retirar-se ele do caso, por falta de pressuposto fundamental de sua atuação.

O dever de revelação tem o propósito de informar as partes fato que pode interferir com a confiança nele depositada, não obstante sua declaração de imparcialidade e de independência. A aparência, nesse caso, prevalece sobre a substância ao influir no requisito da confiança

no árbitro, afetada pela imagem projetada pelo comportamento do árbitro durante o curso, ou mesmo após o término do procedimento arbitral. É o que pode ocorrer com a demonstração de grande familiaridade entre o árbitro e a parte contrária ou seu advogado denotado certa intimidade entre ambos. Embora não constitua ato que interfira com a independência e imparcialidade do árbitro, nem impedimento legal, fica a imagem negativa de que essa familiaridade possa ser indício de tendência favorável ao adversário. Se o advogado é capaz de compreender o fato e reconhecer o comportamento isento do árbitro, a parte pode sentir-se insegura, o que aconselha a observância de certa formalidade na condução do processo, sobretudo nas audiências.

Mesmo após o término do processo, tem o árbitro o dever de preservar a confiança, evitando comportamento que induza suspeitas, como o de não aceitar receber procuração de uma das partes para representá-la em outro processo, ou para lhe prestar assessoria ou outro serviço jurídico. Não há impedimento legal algum no ato, nem caracteriza suspeição, mesmo porque o processo em que o árbitro atuou já terminou. Contudo, fica no ar a ideia de envolvimento anterior ou de recompensa pela atuação na arbitragem, enfim, nebulosidade a pairar sobre o comportamento do árbitro a ser evitada.

A esse dever dos árbitros corresponde ao das partes de informar eventuais fatos, circunstâncias e pessoas, direta ou indiretamente, a elas vinculadas ou relacionadas, para que possam eles aferir se devem ou não aceitar a indicação para atuar. Não tem os árbitros o dever de pesquisar relacionamentos das partes ou a composição societária da empresa envolvida, ou ainda, eventuais vínculos societários e contratuais relacionados ou não com a controvérsia a ser decidida. É delas esse dever de informação. Se se omitem, não podem disso se prevalecer para arguir, quando lhes convier, o eventual impedimento ou suspeição do árbitro.

Não basta a simples alegação de falta confiança no árbitro, como motivo para afastar ou impedir a sua atuação. Há que ser séria e fundada em fato concreto que a justifique. As partes devem observar padrões éticos de comportamento, não lhes sendo lícito arguir impedimentos fundados em fatos não informados ao árbitro. Nesse caso, não se trata de mera aparência, mas de substância, sendo dever da parte esclarecer com fundamentos sérios, os fatos que possam afetar a confiança no árbitro.

1.3. Os advogados e a ética

No início da relação entre o árbitro e as partes, existe a fase da indicação ou nomeação do primeiro e, juridicamente, essa escolha se presume ser da parte. Entretanto, na prática, é delegada aos advogados que as assistem. Nos escritórios de advocacia, onde há departamentos especializados em arbitragem, em especial no Hemisfério Norte, são entrevistados potenciais árbitros diante dos advogados das partes que poderiam designá-los.

A atividade descrita acima é sensível do ponto de vista ético, pois pode conduzir certos candidatos a fazer assertivas ou apreciações sobre a matéria que será discutida na arbitragem. E que poderão, mais tarde, criar um conflito com os fatos reais que aparecem e que implicará que um árbitro independente tomasse uma posição contrária a que exprimiu.

Podem surgir outros problemas já no curso da arbitragem como a tentativa de comunicar-se diretamente com o árbitro na ausência da parte contrária ou de influenciá-lo mediante a promessa de futuras indicações, ou benefícios quaisquer que estejam no poder da parte conceder. Advogados e árbitros nessa relação também incluem o dever de lealdade dos advogados face ao seu cliente e o dever de boa-fé na conduta do caso.

A lealdade para seu cliente obriga o advogado a proceder a um exame da prova, para certificar-se de que aquela que é proposta pelo cliente não venha a violar as qualidades importantes relativas à licitude, autenticidade e utilidade. A visão equivocada que a defesa de alguém pode ser fruto ou resultar numa ênfase na criação de obstáculos para o andamento do processo, pois o tempo favoreceria o cliente, entra em choque com o dever de boa-fé que o advogado deve ter no procedimento arbitral.

A posição do advogado perante a atividade do Poder Judiciário decorre da consagração de um princípio jurídico do Direito brasileiro que deve se estender também a arbitragem. Dispõe o artigo 133 da Constituição Federal, o patrono é responsável pela administração da justiça, devendo cooperar com a gestão de conflitos, seja no Poder Judiciário ou nos meios alternativos de resolução de conflitos.

Essa responsabilidade implica o dever de evitar tudo o que obstete a celeridade na solução da demanda. Esse dever de natureza ética, já penetrou a esfera das normas positivas de alguma forma nas regras deontológicas da profissão. A ética engloba também a obrigação do representante da parte de conduzir o caso de maneira cortês e educada.

Como os advogados, os peritos devem obediência dupla às regras de comportamento prescritas pela sua profissão e as de arbitragem.

O comportamento correto em face dessas duas ordens de preceitos comportamentais, além de ser um dever que pode acarretar sanções no âmbito da arbitragem, repercute a médio e longo prazo na reputação do profissional.

1.5 Arbitragem nacional

Nesse tópico, será analisada a ética no âmbito da arbitragem nacional brasileira, assim, a abordagem possui enfoque na Lei n. 9.307

de 1996, que possui alguns dispositivos a respeito.

Primeiramente, deve-se destacar que a arbitragem deve ser compreendida como nacional quando a sentença arbitral for proferida no território nacional. A estrangeira, por seu turno, se dá quando for prolatada fora desse âmbito territorial, e não deve ser confundida com a internacional, que não é conceituada na Lei Marco Maciel. Essa é tratada na Lei Modelo da UNCITRAL.

O Código de Processo Civil complementa esse tema, com os regramentos sobre os casos de impedimento e suspeição do árbitro. Ademais, há os códigos de ética promovidos por instituições arbitrais e associações, como o Código de Ética para Instituições de Mediação e Arbitragem do CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem). Contudo, estão limitados há *soft laws* – regramentos sem caráter cogente – e a legislações nacionais, elaborados sem a participação, de forma geral, de árbitros, advogados atuantes em arbitragens e partes.

Nesse ano, houve o SEC 9412, conhecido como caso Abengoa, em que Superior Tribunal de Justiça decidiu pela não homologação de uma sentença arbitral proferida nos Estados Unidos por descumprimento da ordem pública nacional, tendo em vista que houvera uma violação a uma norma ética. Entendeu-se, diferentemente da corte arbitral e dos tribunais estadunidenses, que a imparcialidade e a independência de um dos árbitros se encontrara afetada pelo fato de ser sócio sênior do escritório de advocacia que atuara em uma perícia para uma das partes, havendo dessa forma o desrespeito ao devido processo legal e à isonomia. Salienta-se que não se trata de matéria de mérito, como alegada por uma das partes, e sim processual, devendo ser verificada no ato da homologação de sentença.

1.6 Arbitragem Internacional

Em relação a arbitragem internacional ocorrerá quando, em razão de algum elemento de conexão, desenvolver-se além das fronteiras dos países, seja com base no objeto da lide, nas partes, na pessoa dos árbitros ou na sede do juízo arbitral.

Faz-se necessário esclarecer que a lei de arbitragem brasileira não conceituou o que seria arbitragem internacional, mas restou estabelecido, em seu artigo 34¹²², o critério adotado para diferenciar a arbitragem nacional da internacional, qual seja, o critério geográfico, ou seja, se o Tribunal Arbitral tiver sede no país, a sentença arbitral será nacional, concretizando uma arbitragem interna, mesmo que, por ventura, estejam envolvidas partes sediadas no exterior, houver incidência de leis estrangeiras ou mesmo objeto conectado a país diverso.

Nesse sentido, a arbitragem no âmbito internacional, as partes têm a liberdade de escolher o árbitro ou o critério para sua designação, as regras de direito a serem aplicadas, o idioma a ser utilizado, além do local em que o julgamento será proferido. Diante do que foi verificado, é possível concluir que a arbitragem internacional possui assento na autonomia da vontade das partes, bem como na nacional, uma vez que estas possuem liberdade para traçar as regras para que eventual conflito futuro seja dirimido.

Todavia, é importante esclarecer e destacar que a arbitragem internacional não está totalmente desvinculada da ordem jurídica nacional. Por certo, as normas adotadas pelas partes não devem se chocar com as disposições da ordem pública internacional ou interna. A exemplo disso, no Brasil, por exemplo, não terá eficácia a decisão que

¹²² Art. 34 – “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

ofender a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública.

Ao que se refere às normas éticas, algumas instituições arbitrais, como a Câmara de Comércio Internacional, possuem diretrizes para as partes, árbitros, advogados e demais participantes do procedimento arbitral. Possuem um grande valor em âmbito internacional, sendo constantemente adotadas como base para arbitragens, inclusive, fora dessa câmara arbitral.

Contanto, os guias, nessa direção, mais relevantes nacional e internacionalmente consiste nos elaborados pela *International Bar Association* – sobre conflito de interesses e provas. Nesses há previsão de tabelas de condutas dos árbitros que devem ser comunicadas ou que impedem que um determinado indivíduo possa ser árbitro e de questões que afetam a ética.

Outra codificação que deve ser destacada é Convenção da ONU sobre Transparência da Arbitragem sobre Contrato de Investimento (no original: *Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*), que trata de normas a serem aplicadas nas arbitragens sobre contratos de investimento entre Estados e particulares. Essa vem sendo usada como base, mesmo em procedimentos arbitrais de outros ramos.

Como explicitado, a ética na arbitragem, na esfera internacional, é bem similar à nacional, principalmente, quanto às práticas. Adicionalmente, é demasiadamente limitada a códigos, formulados com pouca ou nenhuma participação dos integrantes de um procedimento arbitral.

2 ÉTICA DISCURSIVA

Jürgen Habermas consiste em um filósofo e sociólogo alemão

com extensa contribuição a diversas instituições e institutos modernos, bem como para compreensões nessas áreas. O autor abandonou o paradigma da filosofia da consciência, e adotou uma perspectiva linguístico-pragmática, que influenciou fortemente a sua teoria.

No presente trabalho, busca-se abordar pontos da teoria ética discursiva do autor, que é de considerável complexidade, ao passo que se relaciona com outros conceitos apresentados na construção da teoria crítica da sociedade e, inclusive, da teoria da ação comunicativa. Portanto, serão apresentados, neste capítulo, algumas dessas conceituações sem adentrar nas especificidades.

2.1 Ética x moral

Passando a tratar dos conceitos de ética e de moral, cumpre destacar que, etimologicamente, as palavras moral (*mores*) e ética (*ethos*) possuem basicamente o mesmo significado. Ética consiste em uma palavra de origem grega, *ethos*, que representa um conjunto de costumes, valores, convicções, expectativas de uma polis, portanto, estava intimamente ligada à política na Grécia Antiga. Moral, por sua vez, que é a palavra latina utilizada no período da Idade Média que significava um conjunto de valores, de costumes, de convicções do local. Dessa forma, as duas expressões, em sua origem, estavam fortemente intrincadas ao local e à política.

Antes da modernidade, as compreensões de ética e de moral estavam muito intrincadas com a identidade do indivíduo, com a política e com aspectos religiosos. Com o processo de modernidade, houve uma desvinculação de ambas de da religião, ingressando em um período de pluralismo de compreensões de ética e moral, como niilismo ético, objetivismo e subjetivismo ético, ética intersubjetivas.

Na tradição niilista, havia uma completa negação da existência de

questões de caráter ético ou moral, um ceticismo sobre ética e moral. No objetivismo ético, por seu turno, as normas éticas já estavam postas, seja por determinação genética, social ou religiosa. No subjetivismo, como sugerido pela própria nomenclatura, havia uma forte subjetividade na determinação de como se dava a verificação de uma norma ética. O utilitarismo, o intuicionismo e o emotivismo são tradições filosóficas que se inserem no subjetivismo, relegando ao nível de utilidade ou de felicidade, ou a emoções e intuições a averiguação sobre a validade deôntica. Interessa-nos aqui uma compreensão intersubjetiva em especial que inaugura a ética discursiva, que será, gradativamente, explicitada e analisada no presente trabalho.

Ao longo desse processo, criaram-se correntes sobre as concepções de ética e de moral. Uma dessas se baseia nos conceitos de eticidade (*sittlichkeit*) e de moralidade (*moralitat*) de Georg Wilhelm Friedrich Hegel. A primeira, para o filósofo, está nos valores e concepções de uma coletividade, no âmbito familiar, da sociedade civil e do Estado, sendo esse a realização da substância ética, que engloba as ideias de bem comum e de interesse coletivo. A moralidade, em contrapartida, se refere a questões das relações privadas, devendo ser entendidas como relações privadas as relações pessoais. Estava mais atrelada a aspectos internos.

A segunda tradição a ser abordada aqui é a de Immanuel Kant, que compreende a ética como valores compartilhados por uma sociedade. A moralidade, por seu turno, está calcada em uma construção racional, em um exame mediante o imperativo categórico, para verificar a possibilidade de universalização da ação, se é boa para todos (KANT, GMS AK 416).

Por ética, no presente trabalho, deve ser compreendida como “conjunto de valores e concepções de bem viver partilhados por uma coletividade” (HANSEN, 2012, p. 69), se afiliando mais a perspectiva kan-

tiana e habermasiana. Dessa forma, existem diversas éticas compartilhadas cada uma dessas por um determinado grupo. Para que seja comum a uma comunidade jurídica, deve-se passar por um procedimento discursivo, que será tratado no próximo subtópico.

A moralidade, por seu turno, está calcada em princípios racionais e normas que são compartilhados por uma sociedade. Consiste em um princípio autorreferente positivo, de modo que se pode verificar se uma atitude pode ser universalizada a partir do momento que gera um bem-estar, um benefício para todos. Na teoria habermasiana, somente há um princípio moral, que é o princípio da universalização, que é dotado de intersubjetividade e universalidade, viabilizando uma moralidade plural.

2.2 **Ética do discurso**

Nesse subtópico, dedica-se mais ao estudo da teoria ética discursiva de Jürgen Habermas, explicitando termos essenciais para a discussão que será travada no terceiro tópico, voltado para a avaliação do Código de Ética como uma proposta de solução para a ética na arbitragem.

A teoria discursiva não se pauta no individualismo, mas na intersubjetividade. A construção ocorre com base na compreensão de que o ser humano é um ser social, e age mediante relações intersubjetivas, mediadas pela linguagem. Assim, realiza a sua vontade, autonomia e liberdade a partir da linguagem.

Habermas inicia o “Notas Programáticas para a Fundamentação de uma Ética do Discurso” tratando de Alasdair McIntyre, que trabalha Aristóteles e parte de uma ética comunitarista. Os autores comunitaristas abordam a ética e a moral como próprias de uma comunidade, normalmente, defendidos por antropólogos e sociólogos. O problema

nessa concepção é que a ética é colocada como valor absoluto, sendo colocada uma cultura em superposição às demais. Verifica-se a absolutização da ética de uma comunidade, caindo no mito do bom selvagem.

Esse risco deve ser considerado no momento da elaboração de códigos de ética por associações e pelas próprias câmaras arbitrais e, principalmente, quando os parlamentos decidem criar algo nesse sentido. Muito provavelmente resultam na produção de um conjunto de normas éticas, sem a participação das pessoas afetadas, sem validade e sem legitimidade.

A pretensão de validade de uma norma possui uma interdependência entre o mundo social e a linguagem, necessitando de um reconhecimento intersubjetivos pelos concernidos – os sujeitos capazes de fala e de ação que podem ser afetados pelos possíveis efeitos e consequências da proposição regulativa (HABERMAS, 1983). Por ato de fala ou proposição regulativa, se compreende normas sociais, de conduta, etc, e se dão no âmbito do direito, da ética e da política. Portanto, se manifestam sobre o mundo social e devem possuir uma pretensão de justiça, assim, sua fundamentação deve ocorrer em um discurso prático, mediante o princípio-ponte da universalização.

Devemos explicitar, a partir desse momento, em que consiste o discurso prático. Primeiramente, deve-se realçar que não cabe a adoção de uma atitude objetivante na situação de participante de um discurso, ou seja, não se deve tratar o outro como objeto. Em comunicação pautada em uma atitude nesse sentido, coloca-se, de forma proposital, o interlocutor como inferior ou se colocando como inferior para se isentar de eventuais consequências do ato de fala.

Com a relação assimétrica, na atitude objetivante, não se pode argumentar, tendo em vista que devem se reconhecer como iguais, sob

pena de adotar uma racionalidade instrumental ou estratégica. Não há uma racionalidade comunicativa, não há uma relação ético-moral, que só se pode se dar em uma atitude performativa e em uma relação simétrica.

A argumentação requer que as partes estejam em condições ideais de fala, que se reconheçam como simétricos. Por meio de uma racionalidade instrumental ou estratégica⁶, volta-se para a realização de uma determinada finalidade, distinta do entendimento mútuo. Em contrapartida, o agir comunicativo busca gerar uma harmonização dos diferentes planos de ação individuais por meio da linguagem.

O discurso, seja esse teórico ou prático, deve ocorrer em situações ideais de fala e conforme os procedimentos. A negação dos pressupostos normativos para a participação em um discurso resulta em contradição performativa, pois aquele que refuta tais regras o faz no âmbito de um discurso e, ao fazê-lo, se pauta em pretensões de validade da comunicação linguística. Essa base nas pretensões de validade da argumentação decorre de forma implícita e quase imperceptível, acontece com a inserção em um discurso, seja teórico ou prático.

Em um discurso, devem ser obedecidos três tipos de pressupostos argumentativos: os lógicos, os procedurais e os procedimentais. Na primeira categoria, são três: a vedação à contradição; a necessidade de aplicação da proposição sempre que estiverem presentes os mesmos aspectos e o uso da expressão sempre no mesmo sentido (HABERMAS, 1983). Os procedurais são apenas dois: o falante deve acreditar no que expressa e o ataque a uma questão que não faz parte do discurso deve ser explicada. Por último, há os procedimentais, que são as regras do Discurso:

- (3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos. (3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção. b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no

Discurso. c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades. (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2). (HABERMAS, 1983, p. 112)

Destarte, não há vedação a participação em Discursos, podendo qualquer participante levantar proposições, se manifestar, contestar asserções, sem estar sob coerção – fora ou dentro do Discurso.

Em um Discurso, deve prosperar aquele argumento considerado o melhor pelos integrantes, não envolvendo outros aspectos exteriores. Envolve a apresentação de razões, de modo que aquele que possua os melhores argumentos para os concernidos logre êxito. Os participantes, assim, devem buscar o agir comunicativo, atuando de forma reflexiva, com base a realizar a gestão dos conflitos quanto a proposições normativas e de forma consensual (HABERMAS, 1983, p. 87).

Sobre a ética do Discurso, Jürgen Habermas faz a seguinte afirmação:

De acordo com a ética do Discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.” (HABERMAS, 1983, p. 86).

Faz-se necessária a presença de dois princípios para que uma norma tenha pretensão de validade: o princípio da universalização (U) e o princípio do Discurso (D). No que tange ao princípio da universalização (U), se refere a um processo de verificação de validade de uma proposição normativa, mas não se resume a esse aspecto. Permite acordos em discursos práticos, não se limitando a perspectiva monológica corroborada por diversos teóricos cognitivistas. Em adição, se trata de uma regra de argumentação, devendo obedecer aos mesmos pressupostos que as demais proposições.

Ressalta-se que a teoria discursiva habermasiana não cai no tri-

lema de Münchhausen, tendo em vista que não pauta um pressuposto lógico-formal em outro (ROUANET, 1989, p. 35). A fundamentação se dá uma pragmática-linguística e busca uma forma de validar o próprio princípio de validação. Desse modo, o princípio da universalização se pauta nos mesmos pressupostos necessários de toda argumentação e de toda comunicação linguística.

Pelo princípio do discurso, uma norma pode ser apurada com a apuração dos afetados em sua capacidade como participantes de um discurso prático, com a aceitação desses, a norma possui validade. Cumpre destacar que uma norma ética deve ser constantemente testada, tendo em vista que as sociedades são dinâmicas e, conseqüentemente, os conjuntos de valores e de compreensões de bem viver podem se alterar com essas modificações.

Dessa forma, cria um processo da fundamentação da escolha e da validade de normas, verificando se essas são igualmente boa para todos. Por conseguinte, para uma norma social ser compreendida, consensualmente, como ética, deve ser levada para um discurso prático, em situações ideias de fala, com a participação dos concernidos. A ética discursiva consiste em um procedimento racional, consensual e intersubjetivo para a verificação da validade de normas que possuem tal caráter.

2.3 Legitimidade das normas éticas

As regras normativas e institucionais são baseadas nas expectativas. Essas normas e expectativas devem ser justificáveis, se necessário, o questionamento é essencial para a sustentação dessa sistemática. É pela possibilidade de justificação que se encontra a base para a credibilidade e confiança, que, por sua vez, sustentam as relações humanas. As normas são legítimas na medida em que podem ser questionadas e justificadas.

Possuímos expectativas ético-morais em todas as relações, sendo o direito garantidor dessas expectativas como positivador dessas garantias. O problema está quando a racionalidade estratégica se sobrepõe a racionalidade comunicativa em uma relação interpessoal. As racionalidades se complementam ao que se refere ao conjunto de expectativas, o pano de fundo deve ser com base em uma racionalidade comunicativa.

De forma a alcançar o consenso, os participantes de um discurso devem atuar simetricamente voltados para o entendimento mútuo, com obediência à verdade proposicional, à sinceridade objetiva e à correção normativa. Isto é, a proposição levantada pelos atuantes deve ser verdadeira, pela lisura do conteúdo, pela manifestação correta e pela base em normas morais e sociais.

Com intuito de ser legítima, uma norma deve passar pela aceitação racional dos envolvidos, mediante um procedimento discursivo com obediência aos pressupostos lógicos, procedurais e processuais. Assim, há um reconhecimento intersubjetivo da validade dessa.

Do ponto de vista de uma norma integrante de um ordenamento jurídico, deve haver uma participação dos possíveis afetados por seus efeitos e consequências no processo legislativo, de forma discursiva. Por conseguinte, o déficit de legitimidade ocorre se dá pela ausência de submissão de proposições regulativas a um discurso prático ou pela impossibilidade de questionamento dessas.

3 CÓDIGO DE ÉTICA: UMA SOLUÇÃO?

3.1 Código de ética: considerações iniciais

Os sistemas do dinheiro e do poder afetam a integração social, pela substituição gradativa dos modos de reprodução comunicativa por sua lógica própria. A arbitragem, pautada na consensualidade e na

comunicatividade, se apresenta também perturbada por essas questões, sendo possível verificar em diversos casos seu uso para desviar da lei ou como uma verdadeira justiça de cavalheiros (*gentlemen's justice*).

Como meio de resolução de conflitos, deveria restabelecer a proteção e a estabilização de expectativas. O Direito, por sua vez, seus institutos e suas instituições são aliados na tarefa de gestão de conflitos e de prevenir a dominação da prática comunicativa por sistemas, sejam esses econômicos, políticos ou de outras áreas.

Para a harmonização dos planos individuais, é essencial a formação de discursos práticos, que foram explanados em momento anterior. Ou seja, é primordial levar as proposições éticas para um debate, donde todos os participantes possam comentá-las, livres de coerção e argumentar sobre essa, saindo desse uma proposição normativa válida e legítima.

Com relação a gestão de conflitos, há três possibilidades de situações: os casos em que não cabem acordos, aqueles que cabem acordos e os casos em que há a possibilidade de atingimento de um consenso. Em situações de violência e inviabilidade de estabelecimento de um discurso, não há como desenvolver um acordo e, conseqüentemente, de um consenso. Como, normalmente não há a viabilidade de um procedimento arbitral, que exige, ao menos, um acordo quantos aos termos do processo, não será abordado aqui. Faz-se imprescindível na arbitragem, no mínimo, algum resquício de solidariedade entre os participantes, devem se reconhecer como imputáveis, como partes dotadas de autonomia, liberdade e vontade, e de ausência de coerção. No Direito brasileiro e no Direito Internacional, exige-se um acordo de vontades entre os participantes para a elaboração da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, sendo essa vontade livre de vícios.

Quanto aos acordos, são possíveis em casos em que os interesses não são generalizáveis e em que haja um equilíbrio de poder entre os contraentes, configurando assim dois requisitos (HABERMAS, 1980, pp. 142-143). Em sede de uma arbitragem, essa é a situação mais comum, tendo em vista que envolve partes com paridade de armas – no procedimento - e requer um balanceamento entre as partes – receio quanto à arbitragem em contratos de adesão e de consumo. Todavia, as partes adotam, em sua maioria, um agir estratégico quanto a algumas questões, atuando voltadas para a consecução de seus interesses particulares. Deve-se atentar para não se realizar pseudo-acordos no momento da convenção de arbitragem ou do termo, que se dão quando tais pressupostos não estão presentes, e inviabilizam uma coordenação dos planos de ação, isto é, a gestão de conflitos.

Há, por fim, aqueles casos em que se pode atingir um consenso, que requer a existência de interesses generalizáveis, um discurso prático com participantes com uma atuação voltada para o entendimento mútuo. Sob o ponto de vista ético, o aconselhável seria visualizar essa questão como um interesse generalizável e que mereceria uma atuação comunicativa das partes, podendo-se atingir, por conseguinte, um consenso ao menos sobre essas proposições regulativas de valores e compreensões de bem viver.

Uma norma ética – como qualquer outra proposição de caráter normativo, para ser dotada de validade e legitimidade, deve ser submetida a um procedimento formalista com a participação dos possíveis concernidos de seus efeitos e consequências, com respeito à sinceridade objetiva, verdade proposicional e correção normativa, a um discurso prático, para que seja debatida. Assim, esse discurso não deve ser uma mera conversa, deve ter a obediência aos princípios da universalização e do discurso.

Os Códigos de Ética, como visto anteriormente, não seguem um

processo nessa direção. Em sua maioria, são elaborados por um determinado grupo de pessoas que não necessariamente englobam os possíveis concernidos. No caso de códigos de condutas elaborados por árbitros de uma câmara arbitral, com a efetiva participação e discussão das normas por esses, a situação é distinta.

Nota-se, dessa forma, que os códigos de ética existem não devem ser vistos propriamente como códigos de “ética”. Ao máximo podem esses ser entendidos como codificações de regras, tendo em consideração o exposto sobre a validade e a legitimidade de normas desse caráter. Uma opção seria visualizá-los como um direcionamento, possibilitando que os participantes de uma arbitragem – partes, advogados e árbitros – partam dessas regras para elaborarem normas próprias para o procedimento e, quiçá, para a execução do contrato e da sentença arbitral.

É inviável a elaboração de regras éticas para todos os procedimentos arbitrais de forma geral, tendo em vista que para possuir validade e legitimidade depende da participação de todos os possíveis concernidos, o que é de extrema complexidade na arbitragem. Há uma grande dificuldade em determinar os possíveis participantes de um procedimento arbitral, assim seria mais interessante a discussão dessas normas em uma audiência prévia ao início do processo arbitral ou, até mesmo, no momento da celebração do termo de arbitragem.

3.2 Proposta

Como é cediço, a arbitragem possui duas modalidades, a institucional e a *ad hoc*. A primeira se refere àquela em que as partes escolhem em submeter o conflito a uma instituição arbitral, dotada de regulamentos procedimentais próprios, de rol de árbitros, de tabela de honorários, dentre outras questões. Normalmente, no momento que os

contraentes aderem uma câmara arbitral, optam por diversos aspectos, como os já mencionados. No caso da arbitragem *ad hoc*, as partes optam por árbitros e demais regras, podendo se utilizar de regulamentos de determinadas câmaras ou *soft laws*, como a Lei Modelo da UNCITRAL, sem se vincular a uma determinada instituição arbitral.

Na esfera da arbitragem institucional, pode-se pensar em um código de ética para os árbitros, pois as câmaras arbitrais possuem um rol desses profissionais e pode estimular a criação de uma codificação nos moldes da teoria discursiva e, portanto, válidos. Em adição, possuem legitimidade, tendo em vista que são submetidos, mediante um discurso prático, aos indivíduos que podem ser afetados pelas consequências e efeitos daquela regra.

No que tange às partes e aos advogados, o ideal seria a elaboração dessas regras éticas no termo de arbitragem ou a realização de uma audiência com a participação do tribunal arbitral para a discussão dessas normas éticas. A principal desvantagem, nessa proposta, seria o custo da realização de mais uma reunião dos árbitros. Em contrapartida, haveria uma segurança jurídica maior, tendo em vista que as partes e os demais envolvidos estariam atrelados a esse acordo quanto a tais normas. Ademais, evitaria nulidades da sentença arbitral por desconformidades quanto à compreensões de valores e de bem viver.

O maior sucesso, mediante a perspectiva discursiva, de um código de ética seria quanto aos árbitros de uma determinada instituição de árbitros, podendo ser realizada uma reunião com todos os integrantes do rol, seja presencial ou virtualmente, para que possam trazer proposições regulativas e argumentos contra ou a favor dessas.

Ao que concerne à arbitragem *ad hoc*, a elaboração de um código de ética se torna mais complexa, tendo em vista a impossibilidade de todos os possíveis concernidos dos efeitos e das consequências.

Uma possibilidade de estabelecer um conjunto de regras éticas legítimas e válidas, na perspectiva habermasiana, seria uma audiência inicial para se estabelecer um consenso ou um acordo sobre essas normas, na mesma direção do abordado anteriormente. Essa questão preveniria eventuais anulações de sentenças arbitrais e facilitaria procedimentos de homologação de sentença arbitral, pois os envolvidos, no momento da discussão de tais regras, devem considerar a ordem pública e os bons costumes dos países donde se darão a execução do laudo arbitral.

CONCLUSÃO

A arbitragem envolve a solução de interesses inconciliáveis, por meio de um procedimento cujos aspectos são decididos pelas partes por meio de acordo de vontades, assim, forma-se uma convenção de arbitragem e, posteriormente, um termo arbitral. Implica, ao menos, a celebração de acordos, tendo em vista que para alcançar um consenso é necessário interesses generalizáveis e uma atuação comunicativa.

Ao que se refere à ética na arbitragem, é extremamente restrito, em âmbito nacional e internacional, a códigos de conduta de associações e câmaras arbitrais e a legislações.

Os Códigos de Ética, em suma maioria, se tratam de normas consideradas éticas por um determinado grupo que o elaborou e raramente consulta-se posteriormente aos demais concernidos sobre sua concordância. Ou seja, não se verifica um debate sobre aquelas normas eleitas para a câmara arbitral. Nesse passo, acabam expressando um verdadeiro comunitarismo ético. Em adição, não se tratam de normas válidas e legítimas, mediante uma visão habermasiana, pois são elaboradas sem a participação de todos afetados por essas regras e com efetivo debate sobre essas.

As elaborações de códigos de ética não devem ser vistas como a única solução viável para a ética da arbitragem, bem como a criação de leis prevendo normas de conduta para árbitros, partes e advogados. É evidente que podem ser usados como uma base para discussão dos envolvidos sobre normas desse caráter, mas deve haver a realização de procedimento formalista nos moldes de um discurso prático – com respeito a regras em sua similitude – de modo a poder serem denominadas efetivamente de normas éticas. Não seguindo os princípios da universalização e do discurso, se referem a meras regras de conduta, desprovidas de validade e de legitimidade.

Nesse sentido, propomos, no presente artigo, ainda que de forma inicial uma mudança nesse positivismo exacerbado que se pode verificar no caso em questão. Uma alternativa a mera elaboração de um código e denominá-lo de ética pode ser a realização de uma reunião inicial, posterior à celebração do termo de arbitragem ou no momento de pactuação desse, para a discussão de proposições normativas éticas para as partes, advogados, árbitros e para o procedimento arbitral. Deve ser considerada a ordem pública e os bons costumes do local em que será a execução da sentença arbitral, sob pena de essa ser nula ou não ser homologada.

No tocante aos árbitros de uma dada câmara arbitral, a elaboração de um código de ética pode ser válida. Entretanto, para que tenha de uma pretensão de validez, é imprescindível o assentimento de todos os árbitros pertencentes ao rol, sem nenhuma coerção interna ou externa, em um discurso.

BIBLIOGRAFIA

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio

R. Muniz. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1989

HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação do capitalismo tardio. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. I Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jürgen. Para a reconstrução do materialismo histórico. Brasília: Editora Brasiliense, 1983

HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. *In: Incurções interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação*. Sandra Lúcia Rebel Gomes, Rosa Inês de Novais Cordeiro, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (org.). Rio de Janeiro: Beco do Azougue: Pensamento Brasileiro, 2012

HANSEN, Gilvan Luiz. Kant: razão, liberdade e moralidade. *In: HANSEN, Gilvan Luiz; CENCI, Elve Miguel (Org.). Racionalidade, modernidade e universidade*. Prefácio de Aquiles Côrtes Guimarães. Londrina: Edições CEFIL/EDUEL, 2000.

REDFERN Alan, HUNTER, J. Martin. H. *International Arbitration*. Oxford University Press, 2009

A TANATOPOLÍTICA NAS COMUNIDADES CARIOCAS E A SELETIVIDADE DO DIREITO À VIDA

Anna Carolina Cunha Pinto

Aluna de Mestrado do PPGSD/UFF

annacarolinapinto@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho versa sobre o desdobramento extremo da noção de biopolítica, isto é, da gestão da vida, a tanatopolítica. Tal conceito abarca a ideia foucaultiana da detenção, pelo soberano, do direito à vida e morte dos seus súditos que o permite fazê-los viver e deixar morrer. Através da filosofia política, especialmente de Michel Foucault e Giorgio Agamben, pretende-se refletir sobre a sistemática morte de indivíduos cujo perfil guarda forte identificação entre si, como se verificará através de dados compulsados do Instituto de Segurança Pública (ISP) e organizações de direitos humanos. Desse modo, busca-se demonstrar a flexibilização de direitos fundamentais de segmento específico da população periférica que deságua na seletividade do direito à vida.

Palavras chave: biopolítica. tanatopolítica. seletividade do direito à vida.

INTRODUÇÃO

As periferias fluminenses são, hodiernamente, palco do que já é denominado por militantes e pesquisadores de direitos humanos como extermínio da juventude negra. A morte sistemática de indivíduos que guardam entre si expressivas semelhanças em seu perfil é motivo de alerta e já vem sendo denunciada por instituições internacionalmente

reconhecidas como a Anistia Internacional e a Human Right Watches em seus recentes relatórios.

Apesar do silêncio diante de fatos tão graves, o próprio Estado brasileiro reconhece não só a existência de mortes recorrentes de indivíduos cuja similaridade no que tange à condição econômica, local de residência, idade e cor da pele, como consigna em dados oficiais extraídos de suas bases que seus agentes, destacadamente a Polícia Militar, são responsáveis por parte dessas mortes.

Nesse contexto, urgem variadas discussões e controvérsias acerca de temáticas relacionadas à segurança pública, especialmente, quando da análise do uso – desmedido- do instituto dos autos de resistência cuja nomenclatura fora, recentemente, substituída sem que, com isso, o mesmo fosse alterado ou até mesmo esvaziado. Agora intitulada como lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial ou homicídio decorrente de oposição à ação policial, o histórico instituto é uma fundamental ferramenta no que se compreende como a gestão da vida e da morte.

Por ora, com base na noção foucaultiana de que o Estado tem a faculdade de fazer viver e deixar morrer, é preciso destacar que no tocante às mortes em discussão nesse trabalho, resta evidenciada a escolha estatal de quem é o inimigo a ser combatido, eliminado conforme, mais adiante, será aprofundado. Cumpre, desde já, ter a clareza de que tais mortes não ocorrem por mera coincidência ou por, exclusivamente, culpa da vítima. Reforça tal posicionamento o fato de que o perfil dos fisicamente eliminados é, também, o perfil mais comum nos presídios brasileiros. Com simplicidade, elucida o juiz e professor de direito CASARA (2017, p.55):

Em outras palavras, para aqueles que não interessam à sociedade neoliberal, por não produzirem, não prestarem serviços, não consumirem ou resistirem à racionalidade neoliberal, reserva-se

a resposta penal (e a prisão persiste como resposta penal preferencial aos desvios) ou a eliminação física – o Brasil, por exemplo, é o país em que os policiais mais matam e mais morrem em razão da função que exercem.

Como dito acima, incabível a crença de que todos que tem suas vidas ceifadas pela via do auto de resistência sejam, sem exceção, criminosos. Ainda que fossem: sob a égide de uma Constituição que assegura aos cidadãos direitos e garantias fundamentais como forma de limitar, inclusive, a ação estatal é inadmissível que a morte seja a solução adotada regularmente para cessar conflitos entre a polícia e suspeitos. A recorrência do uso do instituto em tela surpreende não só pela negação do direito à vida direcionada a um segmento específico da população, mas por ocorrer em um país que não adota a pena de morte e que consigna, em sede constitucional, garantias processuais para todos que, por sua natureza, são incompatíveis com tal prática.

Nesse sentido, cumpre ressaltar, como defendido por MINAYO e SOUZA (2003) que a polícia passa a ser também compreendida como um agente produtor de violência, em que pese o seu papel constitucional de manutenção da ordem pública. Insta, por oportuno frisar, como já pontuado por Rubens Casara em trecho da obra *Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis* supracitadas que a polícia brasileira é a que mais mata e que mais morre. Trata-se de informação presente na 10ª. Edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2016, traz informações relevantes nesse deslinde. Em 2015, das 3320 mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil, 645 delas foram praticadas no estado do Rio de Janeiro. No mesmo ano, 26 policiais morreram no país em serviço e 72 foram assassinados, em situação de confronto, fora dele. O anuário elucida que:

Nesta “guerra de todos contra todos”, um fator chama a atenção. Tanto as vítimas policiais quanto as vítimas da sociedade, regra geral, possuem a mesma origem. No caso dos policiais, são os

praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes), e, no caso das vítimas da sociedade, a grande maioria é oriunda das periferias. A questão que se coloca, a partir desta constatação é: por que os “sem camisa” estão matando os “descamisados”, e vice-versa? (2016, p.28)

A omissão estatal na garantia de direitos e a opção de controlar os excluídos através das forças de segurança resultam, ainda de acordo com o referido Anuário, em verdadeiro incentivo para os confrontos que vitimizam tanto a população quanto seus policiais. No caso dos policias, temos “vítimas dúplices, visto que quando confrontado, o Estado não raras vezes culpa o policial, seja por ter agido ou ter morrido” (2016, p. 29).

Brevemente traçado o panorama da situação das inúmeras mortes havidas nas periferias, seja de civis ou militares, é possível afirmar que a mesma se caracteriza, na prática, como a gestão da morte de alguns indivíduos pelo Estado. Tal gestão configura-se como o desdobramento da noção de biopolítica, denominada tanatopolítica, presente nas contribuições de Michel Foucault e Giorgio Agamben para a filosofia política. Em relação ao pensamento deste último, ainda se evidencia nessa política de extermínio, uma velada convivência com um estado de exceção direcionado para segmentos específicos da população como o que aqui abordamos.

1. FAZER VIVER E DEIXAR MORRER: da bio à tanatopolítica

Em *O Nascimento da Biopolítica* Foucault define biopolítica como a arte de governar. Mas governar o quê? De qual maneira? Quando a vida humana passa a ser o centro da atenção política, não mais como *zoé* e sim como *bíos*¹²³, isto é, como mera vida nua verifica-se uma im-

¹²³ Importante frisar que os gregos utilizavam as palavras *zoé* e *bios* para expressar o que chamamos de vida. Para eles a *zoé* consistia no simples fato de viver, comum a

portante mudança de paradigma através do que Michel Foucault denomina estatização do biológico. Passa-se, dessa maneira, a operar uma gestão calculista da vida marcada pela subjugação dos corpos e o controle populacional.

A assunção da vida pelo poder, apregoada pelo mesmo na obra intitulada *Em Defesa da Sociedade* é compreendida como um dos fenômenos fundamentais do século XIX e pode ser compreendida através da análise da teoria clássica da soberania. Foucault conduz-nos, então, à ideia de que nesse bojo teórico tinha-se por atributos fundamentais do soberano o direito de vida e de morte de seus súditos. Por isso, Foucault afirma que “o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto” (2010, p.202). Acerca da faculdade de fazer viver e deixar morrer, Germana do Nascimento (2010, p.12), em sua dissertação de mestrado, elucida:

O ‘fazer viver’ e o ‘deixar morrer’ são representativos de um modelo político, mais precisamente, do modelo político contemporâneo. Por via da interpretação de Michel Foucault, **a esse modelo denominamos biopolítica**. O ‘fazer viver’ e o ‘deixar morrer’ são reelaborações na história das concepções políticas no exercício do poder soberano quando enunciado que lhe correspondia traduzia uma voz em nome da qual **o matar em seu respeito era lícito e o viver consentido com reservas; por isso, diferentemente dos moldes da biopolítica, o ‘fazer morrer’ e o ‘deixar viver’ era a centralidade em torno do qual o governo soberano se constituía**. Na era biopolítica a intenção primeira não é

todos os seres vivos e, por sua vez, a bios expressava uma forma de viver própria de um indivíduo ou grupo. A simples vida natural, no entanto, apenas é considerada no mundo clássico, na polis, quando analisada sob o prisma de mera vida reprodutiva. Foucault, tendo por base a noção aristotélica de que o homem é um animal político, sintetiza o processo pelo qual a vida natural é incluída nos mecanismos e cálculos do Estado e a política alcança o status de biopolítica em *Vontade de saber*: “Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente” (FOUCAULT, 2008, p.127)

assegurar o poder de morte sobre outrem, contrário a isso, o poder girará em torno da vida, aliás, de sua fabricação, propriamente. (grifos meus)

Seguindo o esforço de Nascimento, o professor da Universidad Castilla La- Mancha, Salvador Cayuella Sánchez (2008, p.34-35) em artigo denominado *¿Biopolítica o Tanatopolítica? Una defensa de la discontinuidad histórica* compreende que o termo biopolítica, à luz da filosofia foucaultiana:

vendría a designar el ejercicio de un poder coextensivo con la vida: esto es, lo que hace entrar a la vida humana, como concepto político, en el cálculo del gobierno, una tecnología compuesta tanto por el «dispositivo disciplinario» como por los «mecanismos de seguridad». Al tiempo, el término «biopoder», o mejor, «biopoderes» designaría el conjunto de técnicas orientadas a multiplicar, controlar y alargar la vida.

Nessa toada, em que percebemos a vida despojada de sua existência política, sendo tomada pelo Estado através dessa nova governamentalidade como mera vida biológica, cumpre analisar a importante contribuição de Giorgio Agamben através da figura paradigmática do *homo sacer*. Trata-se de indivíduo cuja vida é submetida a um processo de perda de humanidade perante os demais e o Estado, situando-se no cruzamento entre insuscetibilidade e matabilidade, ou seja, fora tanto da esfera divina quanto do direito humano.

Para essas pessoas cuja vida é pura *bios*, isto é, uma vida nua e despojada de direitos intrínsecos a todo e qualquer homem, como o direito à vida, o estado de exceção, outro importante conceito agambeniano, dá-se de modo permanente. É nessa esteira que urge a noção de tanatopolítica, desdobramento extremo do conceito de biopolítica, tendo em vista a faculdade do de fazer viver e deixar morrer, exercida de modo que sempre tende mais à morte, segundo Foucault. Temos, assim, em *homo sacer* a demonstração de que o Estado tem competên-

cia, através da soberania, para determinar quem são seus inimigos e os modos através dos quais se dará o combate aos mesmos.

Necessário sucinto aprofundamento do que Agamben compreende por *homo sacer*. O filósofo retoma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana era incluída no ordenamento exclusivamente com fito de impor a sua exclusão, isto é, a sua absoluta matabilidade. O enquadramento nesta categoria considerava a condenação pela prática de determinado delito e, em virtude disto, assegurava que, caso encontrado e morto o autor deste ato, não caberia a quem lhe tirou a vida qualquer punição pelo homicídio praticado, ademais, a sua relação com o sagrado também é modificada. Restava, assim, o indivíduo excluído da esfera humana e também divina, como dito outrora. Para melhor compreensão dessa vida matável, AGAMBEN propõe que:

Observemos agora a vida do *homo sacer*, ou aquelas, em muitos aspectos similares do bandido (...). Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua *gens*, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disto, visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o banuiu. Ele é pura *zoé*, mas a sua *zoé* é capturada como tal no bando soberano e deve a cada momento ajustar contas com este, encontrar o modo de esquivá-lo ou de enganá-lo. Neste sentido, como o sabem os exilados e os banidos, nenhuma vida é mais política do que a sua. (2002, p.189)

Em “*Homo Sacer*” Agamben esclarece que sua pesquisa concerne precisamente no ponto oculto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder. Tem-se assim que a

produção de um corpo biopolítico é contribuição original do poder soberano, sendo assim, ao colocar a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua - a protagonista da obra que analisamos por ora, isto é, é a vida matável e insacrificável do *homo sacer*. O filósofo vai além: entende que a caracterização da política moderna não se dá apenas pela vida considerada objeto dos cálculos e previsões estatais, tampouco pela inclusão da *zoé* na *pólis*. O que é decisivo é a noção de que, lado a lado, nesse processo através do qual a exceção se torna a regra:

O espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé* direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (2002, p.16).

O homem como vivente abandona a condição de objeto para alcançar a de sujeito do poder político, não havendo mais dúvida de que o que está em jogo é a vida nua do cidadão - o novo corpo biopolítico da humanidade.

Outro conceito de Agamben que podemos relacionar com o presente estudo é o de estado de exceção. Para o autor, o mesmo consiste na instauração de uma guerra civil, que serve de argumento para a suspensão de direitos daqueles rotulados como inimigos. Neste sentido:

A instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político [...] o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea (2004, p.13)

A peculiaridade do estado de exceção é versar sobre a suspensão da ordem jurídica vigente:

É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permaneça em vigor (AGAMBEN, 2004, p.49).

A criação voluntária de um estado de emergência permanente, ainda que não declarado no sentido técnico, tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive entre aqueles que se denominam democráticos. O estado de exceção sagrou-se um paradigma de governo na atualidade, deslocando uma técnica provisória e excepcional para a condição de técnica de governo, gerando um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

Para Schmitt é imprescindível que a relação com a ordem jurídica seja assegurada, posto que o estado de exceção difere da anarquia e do caos, já que ainda existe uma ordem, ainda que não seja jurídica, em sua aplicação. Contudo, o próprio Agamben destaca que o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei.

Notável o significado biopolítico do estado de exceção no pensamento de Giorgio Agamben. Com fito de ilustrar a estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão, ele cita o *Military Order* dos Estados Unidos, de 13/11/2001. Esta que autorizou detenções indefinidas e processos perante as comissões militares para os não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades de cunho terrorista. Esta ação resulta na produção de seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis a partir da anulação do estatuto jurídico do indivíduo. É importante considerar que o estado

de exceção, diferentemente do direito de guerra, não é um direito especial e sim a suspensão da ordem jurídica mesma.

2 QUEM SE DEIXA MORRER? A TANATOPOLÍTICA NAS COMUNIDADES CARIOCAS E A SELETIVIDADE DO DIREITO À VIDA

Trazendo estes conceitos para a atualidade temos a personificação do *homo sacer* contemporâneo em inúmeros indivíduos; na realidade brasileira resta evidenciada em dados, os quais se demonstrarão neste subcapítulo, a coerente equiparação de homens negros, pobres e periféricos à obscura figura romana em discussão. Fundamental ressaltar, porém, que hoje em dia os *homo sacer* sequer precisam cometer delitos para alcançar essa condição: se a definição de criminoso é fruto de uma construção pautada pela seletividade, a escolha de quem pode se tornar o inimigo público de uma época também o será, ou seja, basta que a sociedade estabeleça que determinado grupo representa uma ameaça para sua segurança que isso, por si só, já tornará seus membros matáveis e sua eliminação ou aprisionamento justificáveis a qualquer custo.¹²⁴

¹²⁴ ZAFFARONI (2014, pp.13-16) afirma que nas últimas décadas o que se tem presenciado é uma expansão do poder punitivo, tendo a figura do inimigo ganhado destaque. Ele reforça a ideia de que essas emergências justificadoras de estados de exceção não são recentes e tem se convertido em exceção perpétua, principalmente na legislação latino-americana. Ressalta ainda que os Estados não são capazes de realizar reformas estruturais e a comunicação de massa, ao invés de informar, investe numa propaganda que nada mais faz do que aprofundar preconceitos, e que, na nossa opinião, permite verdadeiramente discursos de ódio. Explica ainda que a questão da construção do inimigo, é verdadeiramente de caráter político e que tem-se duas frentes possíveis: a dos direitos humanos de um lado e, do outro, a da repressão ao inimigo

Exemplo claro disto é que apesar das mudanças empreendidas recentemente, como na nomenclatura, conforme visto na introdução, ainda convivemos com o instituto dos autos de resistência ou, conforme as novas nomenclaturas, "lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial" ou "homicídio decorrente de oposição à ação policial. Trata-se, ainda que nomeado de outra forma, da mesma prática instituída na ditadura – período no qual também havia a eliminação dos indivíduos que estivessem em desacordo com os interesses do governo, dentre outras mazelas, como os inúmeros casos de tortura que também maculam a história recente de nosso país. Os autos de resistência ainda hoje consistem em verdadeira política direcionada as classes e grupos sociais excluídas com o intuito de garantir o controle social e a segurança de outra parcela da população. Essa prática autoriza que policiais eliminem suspeitos em situações que, ao seu juízo, pareçam-lhes ameaçadoras, constando tais homicídios em estatística diferenciada e, via de regra, restando impune o policial ainda que duvidosas as circunstâncias da morte.

Como dito na parte introdutória desse trabalho, a adoção de nova nomenclatura não acarretou em esvaziamento ou desuso dessa ferramenta de manutenção do permanente estado de exceção empreendido em face dos mais pobres. Prova disto é que apenas em 2016 o Estado do Rio de Janeiro registrou 925 homicídios provenientes de oposição à intervenção policial, sendo 463 deles registrados no município do Rio de Janeiro.

O perfil das vítimas, fundamental para a compreensão da equiparação pretendida neste trabalho, segundo dados do Instituto de

que, nas palavras do autor: "arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio" (2014, p. 17).

Segurança Pública (ISP)¹²⁵, consiste em: 97% homens, 0,4% mulheres e 2,4% não fora informado o gênero; 47,6% de pardos, 29,8% de negros, 12,1% de brancos e 10,5% não fora informada a cor; 42,2% entre 18 a 29 anos, 11,7% entre 12 a 17 anos, 8% entre 30 a 59 anos e 38,2% não fora informada a idade. O 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública aponta que o índice brasileiro de mortos decorrentes de intervenção policial é de 1,6 para cada 100 mil habitantes. Em Honduras, país mais violento do mundo, o índice é de 1,2 para cada 100 mil habitantes.

No mesmo período, 147 policiais foram mortos no Estado do Rio de Janeiro. O mesmo anuário informa ainda que: “entre 2009 e 2015 são 2.572 policiais mortos, número que não encontra similar em nenhum outro país do mundo (...) o número de policiais mortos no Brasil em um ano é o mesmo que as mortes de policiais na Inglaterra em 98 anos.” (2016, p.28). Novamente, importante lembrar que, como visto na introdução do presente, os mortos sejam pela polícia ou da polícia compartilham entre si origens próximas e realidades financeiras também.

A dura realidade verificada no cotidiano das periferias do Rio de Janeiro é atestada não só nos dados do ISP, mas também em relatórios de organizações de defesa de direitos humanos reconhecidas internacionalmente como a Anistia Internacional. No recente e contundente relatório *Você matou meu filho!: Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*, a instituição afirma que:

As políticas de segurança pública no Brasil são marcadas por operações policiais repressivas nas favelas e áreas marginalizadas. A “guerra às drogas” para combater o comércio de drogas ilícitas, especialmente nas favelas, e a ausência de regras claras para o uso de veículos blindados e de armas pesadas em áreas

¹²⁵Disponível

em:

<<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>>.

Acesso em: 28/10/2017

urbanas densamente povoadas elevam o risco de morte da população local. A Polícia tem justificado, recorrentemente, o uso da força letal contra as pessoas alegando suspeitas de envolvimento das vítimas com grupos criminosos. (2015, p.5)

Ideia reforçada por Átila Roque em artigo escrito para a Carta Capital, quando o mesmo atuava como diretor executivo da Anistia Internacional no Brasil, ao declarar que:

São 56 mil homicídios no Brasil por ano. Desse total, 30 mil tinham idade entre 15 e 29 anos. É razoável lidar com esta naturalidade com o homicídio em massa de jovens? E por quê? **Não nos enganemos. Os que morrem são em sua maioria negros, são pobres, são invisíveis.** Não pensamos que, por trás do número de um milhão de mortos, há um milhão de mães, de familiares, de vidas roubadas, histórias interrompidas. Tornamos tudo isso invisível.¹²⁶ (grifos meus)

A Anistia Internacional vem denunciando a prática sistemática de extermínio pela polícia da juventude negra, cujo direito a vida em muito dista de ser considerado, na prática, um direito fundamental dessas pessoas. No relatório *O Estado dos Direitos Humanos no mundo*, edição 2016-2017, ao trazer pontualmente questões que aviltam os referidos direitos no Brasil a organização é taxativa ao afirmar que: “jovens negros, principalmente os que moram em favelas e periferias, foram desproporcionalmente afetados pela violência por parte de policiais” (2017, p. 82).

É preciso considerar dados como os fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹²⁷ que evidenciam maior vulnerabilidade da juventude negra: um jovem negro tem, em geral, 2,5 mais chances de ser morto do que um jovem branco. Essa média pode vari-

¹²⁶Disponível em: <<https://anistia.org.br/tragedia-de-ferguson-e-rotina-brasil/>> Acesso em 28/10/2017

¹²⁷ Disponível em: <<https://anistia.org.br/imprensa/na-midia/indiferenca-e-racismo/>> Acesso em 28/10/2017

ar, especialmente em estados do Nordeste, a exemplo de Alagoas, Pernambuco e Paraíba, entre 8 e 13 vezes mais. Nesse contexto, cumpre ressaltar que os estereótipos negativos associados especificamente à juventude negra, pobre e periférica contribuem para a banalização e a naturalização da violência.

A *Human Rights Watch*, por sua vez, alerta para existência de provas substanciais e críveis de que muitas das pessoas mortas em supostos confrontos com policiais foram, na realidade, vítimas de execuções extrajudiciais no relatório *O bom policial tem medo – os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, lançado em 2016. A entidade aponta ainda para o alarmante fato de que até 2007, promotores de justiça haviam denunciado menos de 1 por cento de todos casos de homicídios cometidos pela polícia no ano de 2005. Nesse sentido, em *Indignos de Vida*, o delegado Orlando Zaccone traz os seguintes dados com base em números fornecidos pela Anistia Internacional:

Nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o planeta, foram executadas 676 pessoas, sem contabilizar as penas capitais infligidas na China, que se nega a fornecer os dados. No mesmo período, somente os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando número 42,16 % maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente. **Mas de que forma estamos a legitimar e conviver com essas cifras, no marco de um Estado de Direito, se temos a pena de morte proibida (em regra) pela Constituição Federal Brasileira?** (ZACCONE, 2015, p. 21 – grifo meu)

Para Agamben, o objetivo de exercer o controle e o governo das populações visando a manutenção da ordem, através do estado de exceção como técnica de governo, é que este permite modificações de acordo com a necessidade do momento. Se uma categoria social é considerada um problema para a segurança pública, já que comumente

associada à autoria dos mais diversos delitos, vale o uso da técnica permanente naturalizada de exceção e combate ao inimigo eleito: o jovem negro e pobre. Temos nele a etiqueta do inimigo a ser docilizado, ou até o extremo: aniquilado, despersonalizado, coisificado, despidido de humanidade, temos na juventude negra, periférica e pobre, em conflito - ou não - com a lei, a figura do nosso *homo sacer contemporâneo*.

CONCLUSÃO

O reconhecimento dos direitos do homem pode ser compreendido como verdadeira base das constituições democráticas, eis que em sua ausência não há que se falar em democracia. Esses direitos são considerados naturais, mas, apesar disto, não foram concedidos de uma só vez aos indivíduos, como pontua BOBBIO (2004) em “A Era dos Direitos”. Para este autor atualmente é necessário não mais a justificação destes e sim “pôr as condições para uma realização mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados” (2004, p.23). Cremos que a posição de Bobbio é perfeitamente adequada ao atual momento brasileiro, no qual muitos direitos foram, historicamente, concedidos ao povo, mas que, por distintas razões, carecem de efetividade. Destacamos, porém, que a carência levantada por Norberto Bobbio é seletiva como demonstrado no decorrer deste trabalho no que tange ao direito à vida sendo direcionada para quem se considera indigno de viver, tal qual ocorria com o *homo sacer*.

A questão suscitada por Bobbio é imprescindível se analisarmos, no contexto delineado através do presente trabalho, a flagrante seletividade do direito à vida. O direito que é assegurado constitucionalmente para todos é violado pelos agentes do próprio Estado e tal prática é avalizada pelo mesmo. O Estado, ciente das estatísticas e conhecedor de sua população, é conivente com os números assustadores de mortes dos mais vulneráveis. Ausentes quaisquer medidas com fito

de efetivamente reduzir tais índices além, é claro, do próprio desinteresse na apuração do ocorrido resta evidenciada a conivência estatal com tais mortes. À luz da filosofia foucaultiana e agambeniana brevemente analisada, podemos afirmar que o Estado não só deixa morrer, como escolhe quem morre. Desse modo, a condição de *homo sacer* atribuída aos que prioritariamente superlotam os presídios brasileiros e que também são prioritariamente as vítimas de homicídios praticados também pelos agentes do Estado, resta comprovada tendo em vista a vida despojada de direitos ou existência política.

Mediante o silêncio que aponta para o consentimento da população brasileira com tais escolhas, oportuna reflexão de BAUMAN (2004, p.108) sobre o legado do Holocausto:

“[...] demonstrar a futilidade da lei pela execução sumária de suspeitos, aprisionar sem julgamento nem prazo de soltura, espalhar o terror que aleatória e casualmente infligia tormentos aos montes – foi amplamente comprovado que tudo isso serve à causa da sobrevivência e é, portanto, ‘racional’”.

É preciso compreender que essa prática desumaniza não só os indivíduos cujas vidas são ceifadas e tornam-se mero número, eis ausente, em muitos casos, a adequada responsabilização de quem lhes tira a vida de forma vil. A sociedade que consigna essa prática também se desumaniza nesse permanente estado de exceção que elege, em variadas frentes, aqueles que serão os *homo sacer* de nossa época.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. (2004) *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo.

_____. (2002) *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua 1*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG.

ANISTIA INTERNACIONAL (2017) *Anistia Internacional – Informe 2016/ 2017 – O estado dos direitos humanos no mundo*. Tradução: Verve Traduções. Londres: Anistia Internacional

ANISTIA INTERNACIONAL (2015). *Você matou meu filho!: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional.

Anuário Brasileiro de Segurança de Segurança Pública 2016. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/> Acesso em 28.10.2017.

ARENDDT, Hannah (1999) *Eichmann em Jerusalém*, Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. - São Paulo: Companhia das Letras.

BAUMAN, Zygmunt. (2004) *Amor Líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar.

BOBBIO, Norberto (2004). *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

CASARA, Rubens R. R. (2017). *Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

FOUCAULT, Michel. (2010). *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

_____(2008). *O Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

_____(2008) *Segurança, Território e População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

HUMAN RIGHTS WATCH (2016). *O bom policial tem medo. Os custos da violência policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Human Rights Watch.

MINAYO MCS, SOUZA, ER, organizadoras (2003). *Missão investigar: entre o ideal e a realidade de ser policial*. Rio de Janeiro: Editora Garamond.

NASCIMENTO, G. S. *Nas sombras da contemporaneidade: da biopolítica à tanatopolítica*. 2012. 106f. Dissertação (Mestrado) – CHCF, Programa de Pós Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE.

SÁNCHEZ. S.C. (2008) ¿Biopolítica o tanatopolítica? Una defensa de la discontinuidad histórica. Daimón. Revista de Filosofía, nº43, p.33-49.

SCHMITT, Carl. (2006) *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey.

THOMPSON, Augusto. (1998). *Quem são os Criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris

ZACCONE, Orlando (2015). *Indignos da vida: a desconstrução do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Renvan.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2014) *O Inimigo no Direito Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan.