

VOLUME Nº 01 – AGOSTO 2017

DIREITO E JUSTIÇA



FACULDADE
VALE DO CRICARÉ

REVISTA DE DIREITO

Revista Eletronica

Edição: 0001/2017

ISSN:2527-2187

ARTIGOS PUBLICADOS

- 1) ALIENAÇÃO PARENTAL: A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO DE EVITAR A SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. (Lorena Novais Farage; Jorge Eduardo Lima Cerqueira; Jacó Batista Mota)03
- 2) A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA ENTREGA (“SURRENDER”) DE BRASILEIRO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. (Juliana Barros Oliveira Otto; Samuel Davi Garcia Mendonça; Vinicius Ribeiro Cazelli) 10
- 3) A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DO ANO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM. (Christiane de Andrade Gomes; Carlos Manoel Batista; Roberto Fanti de Resende). 15
- 4) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA OBRIGAÇÃO. O ELEMENTO VIRTUAL E A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DUALISTA E ECLÉTICA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. (Roberto Fanti de Resende; Carlos Manoel Batista; Christiane de Andrade Gomes). 18
- 5) ABORTO E ANENCEFALIA, CONFLITO COM DIREITO FUNDAMENTAL. (Aline Pinheiro Lima Camargo; Samuel Davi Garcia Mendonça, Juliano Oliveira Almeida)22
- 6) JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, CRIATIVIDADE JURISDICIONAL E A NECESSIDADE DE REINVENÇÃO DE SUAS PRÁTICAS. (Jorge Eduardo de Lima Siqueira; Lorena Novais Farage; Jacó Batista da Mota)27
- 7) RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA RELEVANCIA PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL. (Jorge Eduardo de Lima Siqueira; Jacó Batista da Mota; Lorena Novais Farage;).....35
- 8) PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. (Carlos Manoel Batista; Roberto Fanti de Resende; Christiane de Andrade Gomes)41
- 9) O FATO ILÍCITO E O ESTADO DE NECESSIDADE NOS CONTORNOS DO DIREITO PENAL PÁTRIO. (Juliano Oliveira Almeida)45
- 10) A GUERRA DE CANUDOS: UMA IDEOLOGIA EM PARTICULAR, OU UMA OUTRA CORRENTE DE IDEIAS? (Samuel Davi Garcia Mendonça; Aline Pinheiro de Lima Camargo; Juliano Oliveira Almeida)49
- 11) A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: paradigmas e desafios. (Samuel Davi Garcia Mendonça; Vinicius Ribeiro Cazelli; Juliana Barros Oliveira Otto)55
- 12) GÊNERO, CIDADANIA E PODER EM PERSPECTIVA HISTÓRICA: A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DA MULHER NEGRA. (Rosana Júlia Binda, Jakeline Martins Silva Rocha)63

ALIENAÇÃO PARENTAL: A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO DE EVITAR A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Lorena Novais Farage¹; Jorge Eduardo Lima Cerqueira²; Jacó Batista Mota³

1 Professora na Faculdade Vale do Cricaré e na Faculdade Pitágoras Linhares, 2 Professor na Faculdade Vale do Cricaré, 3 Professor da Faculdade Vale do Cricaré

(lorenafarage@hotmail.com; jorgeeduardo16@globocom.com; Jacó.mota@hotmail.com)

Resumo – O desenvolvimento da família durante a evolução da sociedade resultou em modificações de seus conceitos, bem como nas relações entre seus membros, mais especialmente no que se refere à guarda dos filhos em casos de dissolução de casamento ou dissolução da união estável na modalidade litigiosa. Os conflitos entre os casais acarretam consequências negativas sobre os filhos, chegando ao ponto, em alguns casos, de afetar também a relação genitor/filho. Em situações tais, podem surgir atitudes, conscientes ou não, de um dos ex-cônjuges para provocar o afastamento dos filhos em relação ao outro genitor, provocando a Síndrome da Alienação Parental (SAP), cujos efeitos incluem problemas imediatos e também tardios de ordem psicológica e comportamental nos filhos. Neste contexto, o presente trabalho teve como foco principal de discussão a Alienação Parental e como a mediação mostra-se capaz de evitar a Síndrome de Alienação Parental, a qual consiste em um processo de programação da criança ou adolescente para odiar o outro genitor, mediante campanha de desmoralização.

Palavras-chave: Família, dissolução do vínculo conjugal, alienação parental, mediação familiar, síndrome da alienação parental.

I. INTRODUÇÃO

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) e o instituto da Mediação Familiar, são temas bastante atuais no nosso cenário jurídico. A mediação familiar, se trata de um meio de resolução de conflito na seara familiar. Quanto à Síndrome da Alienação Parental, trata-se de uma matéria relativamente recente, e ainda não muito difundida na sociedade.

Maria Berenice Dias (2010) afirma que na separação de um casal, o fim da relação não é aceito da mesma forma pelos cônjuges. Na maioria das vezes aquele que foi surpreendido com a separação passa a nutrir sentimentos de abandono e rejeição. Em geral sente-se traído e com um grande desejo de vingança. Além disso, se o fim da relação conjugal não foi devidamente compreendido, o cônjuge que não aceitou a separação

pode passar a promover uma campanha de destruição e desmoralização daquele que considera culpado pela ruptura do vínculo. Aponta ainda que, atualmente os pais são muito mais participativos e desejam cada vez mais estarem próximos dos filhos. Mesmo depois de uma eventual separação, o convívio direto com os filhos é buscado. Os pais modernos não se contentam apenas com as visitas esporádicas e previamente determinadas, nem com papel o mero de provedor financeiro. No entanto, essa intenção de manter o vínculo com os filhos pode ser prejudicada pelo cônjuge que se sentiu traído com o fim da relação.

O processo de manipulação psicológica desencadeado por um dos cônjuges foi denominado de Síndrome da Alienação Parental (SAP) pelo psiquiatra americano Richard Gardner em 1985. Segundo Gardner (2017) a SAP é "um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor."

Em 26 de agosto de 2010, entrou em vigor no Brasil a esperada Lei 12.318, que passou a dispor sobre a alienação parental. A nova norma trouxe o conceito de alienação parental, um rol exemplificativo de atos que podem ser considerados como tal, medidas no combate ao problema e punições ao alienador, dentre outros tópicos.

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE FAMÍLIA, DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A família se faz a entidade mais importante dentre todas, é na família que serão inseridos os princípios norteadores, estes, que serão os responsáveis pela

¹ Lorena Novais Farage – Professora da Faculdade Vale do Cricaré, Mestre em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogada. lorenafarage@hotmail.com

² Jorge Eduardo de Lima Siqueira – Professor de Direito Civil da Faculdade Vale do Cricaré, Pós-Graduado em Direito Civil, Processo Civil e Advocacia Trabalhista. Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado. jorgeeduardolima7@gmail.com

³ Jacó Batista da Mota – Professor da Faculdade Vale do Cricaré, Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado. jaco.mota@hotmail.com

formação do caráter de cada indivíduo, assim definindo a forma de agir diante das adversidades, contribui para a formação da percepção de cada um, é na família que se adquire o senso de julgamento entre o que é certo e o que é errado.

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. (LACAN apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Conforme entendimento de Alves (2010), são inúmeras as influências do ambiente social para a formação da personalidade do ser humano. Sem dúvidas, a família é a mais importante de todas. É ela que proporciona recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida. É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo incondicional, fonte de sua própria felicidade.

A convivência familiar encontra-se garantida como dever da família, da sociedade e do Estado e está prevista no artigo 227 da Constituição Federal, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19, ratificando o compromisso do Brasil com a Doutrina da Proteção Integral, assegurando à infância brasileira a condição de sujeitos de direitos e de prioridade absoluta.

Para Bandeira (1996) et al.

[...] uma criança é considerada em situação de risco quando seu desenvolvimento não ocorre de acordo com o esperado para sua faixa etária de acordo com os parâmetros de sua cultura. Podendo este ser de aspecto físico (doenças genéticas ou adquiridas, prematuridade, problemas de nutrição, entre outros), social (exposição à ambiente violento, drogas) ou psicológico (efeitos de abuso, negligência ou exploração).

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, faz referência a apenas três tipos de família, chamadas de famílias constitucionais, sendo elas, aquelas constituídas através do casamento, da união estável e a família monoparental. Contudo, ao decorrer da história, e conforme a sociedade foi sofrendo mudança e evoluções, bem como a mudança dos costumes, atualmente temos outras espécies de famílias, que não são constitucionalizadas, mas são definidas por doutrinas, tais como, a família pluriparental, anaparental, eudemonista e família unipessoal.

A família casamentária é aquela formada por pessoas de sexo diferentes ou de mesmo sexo e construída através de um casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis. A família formada pela união estável é aquela formada por pessoas de sexo diferentes ou de mesmo sexo, que não tenham impedimento para casar, construída através da convivência pública contínua duradoura com intuito de constituição de família. A família monoparental é aquela formada por um pai ou mãe e sua prole (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A família pluriparental, é um tipo de entidade familiar bastante presente nos cenários da nossa sociedade hoje, e também bastante simples de ser compreendida, tratase da família formada por casais, podendo um ou ambos trazerem consigo seus filhos de relacionamentos passados, dessa maneira se cria a figura do padrasto e da madrasta, uma vez unidos, passam a fazer parte de um único núcleo familiar, daí se tira a nomenclatura mosaico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A família anaparental não possui consanguinidade em linha reta, e sim em linha colateral, por exemplo uma família de dois irmãos, ou uma família de um tio e seus sobrinhos. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Eudemonista, é uma família onde a única coisa que une seus membros, é a afetividade e solidariedade recíproca entre si, nela todos buscam sua realização pessoal e a felicidade sem que deixem de preocupar-se uns com os outros, por exemplo, amigos que moram em um mesmo lar, como se realmente existisse consanguinidade, e por essa razão o direito brasileiro os considera como uma entidade familiar (DINIZ, 2013). Ainda conforme a autora, cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se define a personalidade do indivíduo. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo das relações interpessoais: o afeto entre os indivíduos organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade, ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.

Família unipessoal é a composta por apenas uma pessoa. O STJ lhe conferiu à proteção do bem de família, como se infere da Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Euclides de Oliveira (2009) destaca que a proteção dada pela referida Súmula se dá em resguardo ao direito constitucional de moradia.

Os casais geralmente unem-se para ter uma vida em comum, buscando entre si o sentimento de respeito, companheirismo, carinho e afeto para uma adequada

convivência com o intuito de serem prósperos e constituírem uma família. Contudo, alguns casais, por situações de múltipla diversidade, acabam rompendo o relacionamento, ocorrendo então à ruptura dessa entidade familiar, momento em que a surge uma verdadeira batalha judicial pela guarda dos filhos, onde muitas vezes o principal objetivo não são os filhos, mas sim o ataque ao ex-companheiro (TARTUCE, 2014). O bem-estar dos filhos depende do bem-estar dos pais e da participação destes no desenvolvimento emocional daqueles. Nesse contexto, Winnicott (1993) demonstra a relevância que o convívio familiar possui sob o prisma psicológico de cada indivíduo, em especial para seu desenvolvimento emocional, com a seguinte percepção:

A família é algo que pede por um estudo mais detalhado. Como psicanalista, estudando detalhadamente o desenvolvimento emocional, aprendi que cabe ao indivíduo empreender a longa jornada que leva do estado de indistinção com a mãe ao estado de ser um indivíduo separado, relacionado à mãe, e ao pai e à mãe enquanto conjunto. Daí o caminho segue pelo território conhecido como família, que tem no pai e na mãe suas principais características estruturais. A família tem seu próprio crescimento, e a pequena criança experimenta mudanças que advêm da gradual expansão e das tribulações familiares.

Tanto no âmbito clínico quanto no forense, estudos demonstram que os conflitos vividos pelos pais antes e durante o processo de dissolução de um casamento causam problemas de ajustamento nos filhos, sendo que o relacionamento dos pais no período pós-divórcio constitui o fator mais crítico no funcionamento da família (SCHABEL, 2005).

Uma indagação constante após o fim do casamento é como ficam os filhos?

Enquanto os pais convivem juntos pertencendo a um único núcleo familiar, a guarda é exercida por ambos, o problema surge a partir do momento em que o casal inicia uma ruptura conjugal. Nesse momento é onde normalmente se inicia uma disputa para definir como ficará distribuída a guarda dos filhos.

O Código Privado traz disposições importantes, nos arts. 1.583 e 1.584. Tais artigos foram profundamente modificados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor em 16 de agosto de 2008, ou seja, sessenta dias depois de sua publicação. Sucessivamente, houve nova alteração por meio da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

A guarda dos filhos poderá ser unilateral ou compartilhada, onde compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Vale ressaltar que ao determinar-se a guarda dos filhos menores deve-se sempre pautar-se pelo melhor interesse da criança ou do adolescente.

Segundo Cruz (2014) a guarda compartilhada surge, por um lado, como consequência do novo papel da mulher no século XX e, por outro, como um instrumento que busca dar efetividade a esse novo olhar sobre a pessoa humana e a família. Dessa forma, a criança e o adolescente têm prioridade absoluta no nosso ordenamento jurídico, garantindo-lhes, sempre, o que melhor contribuir para a sua formação.

Ainda segundo Cruz (2014), é justamente para resguardar esse direito - o do melhor interesse do menor que se aplica, a teoria tridimensional do Direito: norma, valor e fato. É na situação concreta que se reconhecerá o que é melhor para a criança e esse adolescente. Portanto, subjetivamente e não objetivamente. Uma norma, sozinha, não dá conta da complexidade das relações humanas. E não pode ser diferente com a família, onde formamos valores e nos tornamos cidadãos de fato.

III. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental não se confundem, sendo a primeira a campanha denegritória feita pelo alienador com intuito de afastar os filhos do alienado, e a segunda consiste nos problemas comportamentais, emocionais e em toda desordem psicológica que surge na criança após o afastamento e a desmoralização do genitor alienado, os quais serão tratados no terceiro capítulo do trabalho (MORAES, 2002).

De acordo com Rosa (2008) a síndrome tem acometido crianças e adolescentes cujos pais tenham se envolvido em forte litígio decorrente da necessidade de intervenção judicial para estabelecer o sistema de atribuição de sua guarda, com os correlatos direitos e deveres daí decorrentes.

Frequentemente, nas disputas de custódia, principalmente quando não existe adoção consensual do sistema de guarda compartilhada, essa síndrome se faz presente, marcando o rompimento do vínculo familiar e afetivo entre o filho, vítima da captação dolosa de vontade do alienador, e o seu outro genitor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

O que muitos pais não sabem, é que a ocorrência dessa prática, pode trazer danos um tanto quanto graves à criança e ao adolescente, e que muitas vezes esses traumas são irreversíveis e altamente danosos à criança.

A síndrome, uma vez instalada no menor, faz com que, quando adulto, este sofra de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o pai alienado. Agravando ainda mais o problema, o genitor alienador passa a ser o único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento (FONSECA, 2006).

Os efeitos da síndrome podem se manifestar às perdas importantes como: morte de pais, familiares próximos e amigos. Como decorrência, o sujeito afetado passa a revelar sintomas diversos: em momentos apresenta-se como portador de doenças psicossomáticas, ora mostrase ansioso, deprimido, nervoso e, principalmente, agressivo. Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio. É importante apontar que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome (FONSECA, 2006). Por essas razões, praticar a alienação parental em criança é considerado, pelos estudiosos do tema, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física. Em grande parte dos casos, a alienação parental não afeta apenas o genitor alienado, mas também todos aqueles que o cercam: familiares, amigos, serviços, etc., privando a criança do necessário e salutar convívio com todo um núcleo familiar e afetivo do qual faz parte (FONSECA, 2006).

IV. MEDIAÇÃO

Dentro de qualquer relação entre pessoas, irão existir muitos conflitos, isso ocorre pelo motivo de que cada indivíduo tem sua forma específica e única de enxergar o mundo e as coisas que nele acontecem, isso se chama subjetividade. O que vai definir o desfecho dos conflitos, é a maneira como os sujeitos irão interagir entre si, ou seja, pode-se dizer que a melhor forma de resolver algum conflito é uma boa comunicação, chegando a um denominador comum.

Então surge a mediação, funcionando como um meio facilitador, para que a comunicação seja mais efetiva entre as partes de um determinado conflito, com a condução de uma terceira pessoa, consegue-se chegar a um consenso adotado pelas partes.

Para Nazareth (2004) a mediação é um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo. Para a autora, o objetivo é facilitar o diálogo, colaborar com as pessoas e ajudá-las a comunicar suas necessidades, esclarecendo seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um, tendo sempre em vista as implicações de cada tomada de decisão a curto, médio e longo prazo.

A mediação familiar, no entanto, necessita de espaço e tempo próprios. Não é uma terapia familiar, pois não se é analisado a subjetividade, e sim concentra seus esforços no restabelecimento da comunicação entre as partes. Nesse sentido entende-se que a escuta é imprescindível, sendo preferível que a mediação

familiar seja levada a efeito por uma equipe interdisciplinar, formada por profissionais não só da área do direito mas também de outras disciplinas como a psicologia, a assistência social, entre outras.

A mediação familiar representa um eficaz meio consensual de composição de conflitos (familiares), em que o mediador - terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes para estruturação do diálogo - auxilia os mediados na consecução de um acordo que seja reciprocamente satisfatório para ambos, viabilizando com isso a comunicação e responsabilizando-os pela formação de uma nova relação baseada na compreensão mútua. (PINHEIRO, 2008).

Para que se torne possível a aplicabilidade da mediação familiar, deve ser observado alguns princípios norteadores deste instituto, Viegas (2011) confere que a mediação baseia-se em princípios que variam de país para país. Contudo, há consenso sobre alguns.

O Princípio da liberdade das partes, que consiste em dizer que as partes envolvidas no litígio devem ser livres para resolvê-lo através da mediação, não podem ser ameaçadas ou coagidas, as partes devem estar cientes do significado deste meio de comunicação e de que não são obrigadas a aceitar qualquer acordo que não julgue eficaz.

O Princípio da não-competitividade, na mediação todos os envolvidos devem ganhar, isto é, através do diálogo, deve-se alcançar uma solução que satisfaça a todos. Não se incentiva a competição, e sim a cooperação. Diferente do que ocorre no Poder Judiciário, onde o conflito é tido como uma disputa em que uma parte ganha, enquanto a outra perde.

O Princípio do poder de decisão das partes, indica que no procedimento da mediação o poder de decisão cabe às partes e não ao mediador, este apenas facilitará a comunicação entre os envolvidos, não podendo decidir qual seria a melhor resolução para o litígio.

O Princípio da participação de terceiro imparcial, nos informa que as partes envolvidas no processo devem ser tratadas com igualdade pelo mediador.

O Princípio da competência, onde o mediador deve estar apto para desempenhar suas tarefas, possuindo, dentre outras características, a prudência e o cuidado, garantindo que o processo e o resultado sejam de qualidade atingindo sua finalidade.

O Princípio da informalidade do processo demonstra que na mediação não há ritos rígidos que devem ser seguidos; o processo não apresenta apenas uma única forma de ser conduzido.

Por fim, pelo Princípio da confidencialidade no processo, o mediador está proibido de revelar a outrem o que está sendo discutido na mediação. Todas as etapas do procedimento são sigilosas; sendo que o mediador deve atuar como protetor do procedimento, assegurando a integridade e a lisura.

Dani e Dorneles (2012) entendem que nos casos onde há a prática da alienação parental, geralmente, nota-se que esta começa em situações onde as famílias se encontram em disputas judiciais. Tais disputas podem ser entendidas como o divórcio de um casal, onde as partes, muitas vezes, não conseguem distinguir as funções parentais das conjugais. Isso torna o relacionamento, tanto entre o casal que está em processo de divórcio tanto para os que já estão divorciados, uma competição para se definir com quem fica a guarda dos filhos. Isto é, quando um dos cônjuges não admite a separação, faz de tudo para prejudicar o outro, utilizando os filhos, mesmo que de forma inconsciente. Diante dessas situações, é que se faz importante uma proposta inovadora e eficaz para que haja a resolução desses conflitos. Entra aqui a possibilidade da mediação no Direito de Família. Ela é uma técnica de resolução de conflitos que vem sendo utilizada como uma alternativa para levar as partes a uma solução consensual para fim de evitar a prática da alienação parental bem como a instauração as SAP.

Na mediação familiar algumas definições já se apresentam: nos casos de divórcio a mediação geralmente é feita com o casal, porém, pode ser ampliada também a todo grupo familiar. O acordo dependerá tanto da habilidade do mediador como do interesse das partes em evitar a conduta litigiosa. O mediador deve contar com ajuda de outro profissional de outra área de atuação que será o comediador. Deve-se buscar o consenso, visando sempre o que é melhor para toda a família, bem como o melhor interesse do menor (MAZZONI, 2013).

O uso da mediação familiar no momento certo, pode trazer uma série de benefícios para o grupo familiar, e principalmente para a criança ou o adolescente. Se o tema em questão for remetido a um âmbito mais humanístico, poderá se constatar, que na realidade a mediação familiar servirá para proteger os sujeitos envolvidos, de si próprio e resguardar a sua integridade. Pois a matéria aqui tratada é uma família, que até antes do divórcio tiveram muitos momentos bons, de alegria, felicidade, e amor dentro de seu lar, foi construída uma história, é um vínculo muito forte que de repente foi rompido.

Assim, em se tratando de SAP se faz relevante que seja exposta a necessidade de cada um, a busca de soluções em família, cujos diálogos não são oferecidos pelo sistema judiciário, uma vez que seu foco é chegar à uma decisão, em nome da família, além do fato de que em audiência não se tem a oportunidade de expor os sentimentos, de um filho dizer aos pais como se sente dentro da presente situação, por exemplo (BOTELHO; BRENDLER 2014).

É justamente para proteger e resguardar esse histórico, que existe a mediação familiar, na tentativa de evitar que o fim do matrimônio apague todos os traços positivos vividos por aquela família, restando apenas a confusão e turbulência trazida por uma nova realidade familiar.

Um dos benefícios que a mediação familiar traz para as partes, é a proteção de suas vidas privadas. Se sabe, que no Direito de Família os processos correm em segredo de justiça, entretanto, ainda haverá testemunhas a serem ouvidas, peritos, advogados e o promotor de justiça. Em uma mediação familiar que envolve questões como a guarda e visitas deve-se sempre ter como prioridade o bem estar dos filhos, e sempre buscar como resultado uma boa convivência com ambos os pais (MAZZONI, 2013).

Quando analisados os casos de aplicabilidade da mediação para a resolução de conflitos familiares, fica constatado, que esta age de maneira efetiva e eficaz. Segundo Andrade (2009) em uma das reuniões realizadas pelo IBDFAM-PE, ocorrida no último dia 19 de novembro, foi apresentada interessante experiência em mediação familiar, promovida pelo GAJOP - Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares em convênio com a Prefeitura do Recife e denominada de "Justiça Cidadã". Através deste projeto, que funciona nos núcleos de assistência judiciária do Município localizados em bairros populares, a mediação familiar se torna uma realidade palpável, com média de êxito de 70% dos casos solucionados sem a necessidade da interferência do Judiciário.

Conforme observado, nota-se que a maioria dos casos de incidência da alienação parental surge quando há uma ruptura conjugal litigiosa. Portanto é fundamental a utilização da técnica de mediação familiar nesses casos, com o intuito de proteger o núcleo familiar, principalmente o melhor interesse do menor. Se essa política for adotada, poderá se evitar em muito os casos de instauração as Síndrome da Alienação Parental na criança e adolescente alienado, trazendo benefícios não só para o menor, mas para toda a família, consequentemente atingindo de forma positiva toda a sociedade.

V. CONCLUSÃO

Não resta dúvida que é mais benéfico trabalhar a prevenção da SAP através da mediação familiar, do que esperar que haja a prática da alienação parental, pra só então tentar sanar os traumas advindos dela, traumas esses, que na sua maioria são irreversíveis, colocando a integridade dos sujeitos envolvidos em risco.

De fato, evitar um problema é muito mais benéfico do que tentar resolvê-lo após o seu surgimento, ainda mais se tratando do problema em questão, onde envolvem riscos à integridade física, moral e psíquica de pessoas, dentre essas pessoas as mais afetadas ainda são crianças e adolescentes.

A mediação familiar quando utilizada como mecanismo inibidor, funciona muito bem. Percebe-se que a maior possibilidade de ocorrer a prática da alienação é quando há uma ruptura conjugal litigiosa, então é exatamente nesses casos onde devem estar voltadas

as atenções, para que haja a tentativa da mediação familiar como meio de inibir a Síndrome.

Portanto, a mediação familiar, serve para que o casal entenda que o fim do vínculo matrimonial, significa apenas que eles não são mais marido e mulher, mas não significa que vão deixar de ser pai e mãe de seus filhos. Então a mediação oferece condições para que os conflitos de interesse da família sejam resolvidos, sem que as partes precisem passar por um processo judicial desgastante, expondo suas personalidades e problemas um tanto quanto íntimos.

Com isso, pode-se dizer que, todas as medidas que forem tomadas nesse aspecto, sejam primeiro pensando do melhor interesse do menor, visando sempre resguardar seus direitos, assim como a sua saúde física e mental, garantindo que a criança e o adolescente tenham a oportunidade de seguir seu trilhado natural da vida, se desenvolvendo, crescendo e evoluindo de forma saudável lhe permitindo ser um adulto munido de suas capacidades plenas, com condições de se ter uma vida digna e livre de qualquer tipo de trauma relativo a sua infância.

VII. REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: um crime sem punição, in Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**, 2ª Ed., São Paulo, 2010.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em:

<<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 17 de março de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2014. BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069**, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: Acesso em: 17 de março de 2017.

BANDEIRA, D., KOLLER, S. H., HUTZ, C.; FORSTER, L. **Desenvolvimento psico-social e profissionalização: uma experiência com adolescentes de risco**. Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, v. 9, jan., 1996.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: CURIA, Luiz Roberto (Org.). **Vade Mecum Saraiva**. 14. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional/** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2014. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família/ Maria Helena Diniz – 28. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de. **Agora é Súmula: bem de família abrange imóvel de pessoa solteira**. Revista

Boletim do Direito Imobiliário. São Paulo, ano XXIX, nº 11, abril de 2009, p. 35.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil v. 5: direito de família. 9.ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

WINNICOTT, D. W. **A família e o desenvolvimento individual**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p 59-60

SCHABEL, Corinna. **Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação**. Psicol. teor. prat., São Paulo, v. 7, n. 1, jun. 2005. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100002. Acesso em: 19 março de 2017.

CRUZ, Maria Luíza Póvoa. **Guarda compartilhada e interesse do menor**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/984/Guarda+compartilhada+e+interesse+do+menor>>. Acesso em: 19 de março de 2017.

DIVÓRCIO e separações conjugais. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/psiquiatria/divorcio-eseparacoes-conjugais>. Acesso em: 19 março de 2017. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Síndrome da alienação parental. Aspectos materiais e processuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 27-30, 22 dez. 2010. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/18089/sindromeda-alienacao-parental>. Acesso em: 19 março de 2017

ROSA, Felipe Niemezewski. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/felipe_niemezewski.pdf. Acesso em: 19 março de 2017.

MORAES, Luiz Felipe Rodrigues. **Alienação Parental**. Ponta Grossa: Faculdade Estadual de Ponta Grossa/PR. Setor de Ciências Jurídicas. Departamento de direito das Relações Sociais. 2002. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf. Acesso em 19 de março de 2017

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>.

Acesso em 19 de março de 2017

Nazareth, E. R. **Mediação: uma proposta para um novo tempo. III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica**. São Paulo, p.120-122, 1999.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Importância da mediação e da Psicanálise**. Disponível

em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/716/A+Importancia+da+media%C3%A7%C3%A3o+e+da+Psican%C3%A1lise>>.

Acesso em: 19 de março de 2017

PINHEIRO, Dávila Teresa de Galiza Fernandes. **Mediação Familiar: Uma alternativa viável à resolução Pacífica dos Conflitos Familiares**. Disponível em:

<<https://www.ibdfam.org.br/artigos/446/IBDFAM+ACA>>

VOLUME Nº 01 – AGOSTO 2017

D%3%A0+Resolu%3%A7%C3%A3o+Pac
%3A+Uma+Alternativa+Vi%3%A1vel+
%3ADfica+dos+Conflitos+Familiares.> Acesso em
19 de março de 2017
DANI, Grasiela Cristine Celich. DORNELES, Tatiana
Poltoši. **A mediação familiar como forma de
resolução de conflitos em casos de alienação
parental.** Disponível em: <[http://www.ambito-
juridico.com.br/site/index.php?
n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11195](http://www.ambito-
juridico.com.br/site/index.php?
n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11195)>.
Acesso em: 19 de março de 2017
MAZZONI, Henata Mariana De Oliveira. 2013. **Revista
eletrônica do curso de direito UFSM: o papel do
mediador na identificação e combate à síndrome de
alienação parental.** Disponível em:
<

1>. Acesso em: 19 de março de 2017 ANDRADE,
Gustavo Henrique Baptista. **Sobre a mediação
familiar.** Disponível em:
<[https://www.ibdfam.org.br/artigos/515/Sobre+a+medi
a+%3%A7%C3%A3o+familiar](https://www.ibdfam.org.br/artigos/515/Sobre+a+medi
a+%3%A7%C3%A3o+familiar)>. Acesso em: 19 de
março de 2017
BOTELHO, Margarete; BRENDLER, Karina
Meneghetti. **A mediação como enfrentamento aos
conflitos no âmbito Familiar, com enfoque na
alienação parental.**
Disponível em:
<[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediac
ao_e_jr/article/view/10888/1417](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediac
ao_e_jr/article/view/10888/1417)>. Acesso em: 19 de
Março de 2017

VIII. COPYRIGHT

Direitos autorais: Os autores são os únicos
responsáveis pelo material incluído no artigo

A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA ENTREGA (“SURRENDER”) DE BRASILEIRO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Juliana Barros Oliveira Otto⁴; Samuel Davi Garcia Mendonça⁵;
Vinicius Ribeiro Cazelli⁶

(julianaotto15@hotmail.com; samueldavigm@hotmail.com; vinicius.cazelli@hotmail.com)

Resumo: Este trabalho possui a finalidade definir a compatibilidade do instituto da entrega de brasileiro ao Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma, com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a aparente antinomia existente entre a referida disposição e a Constituição Federal, que veda a extradição de brasileiros natos e, em regra, a de brasileiros naturalizados. Portanto, será realizado o estudo do Tribunal Penal Internacional e do instituto da extradição, definindo-se, por derradeiro, a solução para o impasse proposto.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional, entrega (“surrender”), extradição.

I – INTRODUÇÃO

O Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional e ao qual o Brasil aderiu, dispõe sobre a obrigatoriedade de os Estados, quando solicitados, procederem à entrega (“surrender”) de indivíduos para julgamento perante a mencionada Corte Internacional.

Exsurge, portanto, uma aparente inconstitucionalidade entre referida disposição com a ordem constitucional brasileira, que expressamente veda a extradição de brasileiros natos e, em regra, a de brasileiros naturalizados.

Destarte, revela-se a importância de abordar o tema e apresentar uma solução ao impasse proposto, dada a extrema relevância do Tribunal Penal Internacional na repressão dos crimes cometidos em violação a direitos humanos e que acabam por afrontar a comunidade internacional por inteiro, bem como a importância de resguardar as normas internas, especialmente as constitucionais, que exercem a função de orientar e pautar a atuação estatal em quaisquer planos.

Este trabalho possui, portanto, o escopo de definir a compatibilidade do instituto da entrega de brasileiro ao Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma, com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, será realizado, em primeiro plano, o estudo do Tribunal Penal Internacional, analisando-se os precedentes históricos e circunstâncias que

ensejaram a sua criação, a sua competência material, ou seja, quais delitos são passíveis de julgamento perante a citada Corte Internacional, bem como o instituto da entrega.

Posteriormente, o instituto da extradição será objeto de análise, abordando-se o procedimento e requisitos para que seja decretada, as hipóteses em que pode ocorrer, apontando-se, ainda, as diferenças existentes entre a extradição de brasileiro nato e naturalizado.

Por derradeiro, discorrer-se-á a respeito da possibilidade de entrega de brasileiro ao Tribunal Penal Internacional, com a indicação das diferenças existentes entre o referido instituto e a extradição, mencionando-se ainda, o caráter supranacional das normas contidas no Estatuto de Roma.

II – O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em primeiro plano, vale perquirir o contexto histórico que ensejou a criação do Tribunal Penal Internacional, ou seja, os motivos pelos quais a comunidade internacional concluiu que seria pertinente a instituição desta Corte.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante das graves violações a direitos humanos perpetradas durante o conflito, foram instituídos Tribunais Penais Militares a fim de punir as atrocidades cometidas pela Alemanha Nazista e pelo Japão Imperial. Tais Cortes ficaram conhecidas como “Tribunal de Nuremberg” e “Tribunal de Tóquio”.

Cabe mencionar, outrossim, as Cortes instituídas na década de 90 (noventa) para julgamento do genocídio ocorrido em Ruanda, que resultou na morte de mais de um milhão de pessoas, em sua maioria da etnia *tutsi*, bem como dos delitos ocorridos na ex-Iugoslávia, cometidos contra minorias não sérvias.

Não obstante louvável a iniciativa de instituição dos referidos Tribunais, tendo em vista a inquestionável necessidade que a comunidade internacional detinha de dar uma resposta às graves violações de direitos humanos supra relatadas, os julgamentos realizados foram alvos de críticas.

⁴ Juliana Barros Oliveira Otto. Professora da Faculdade Vale do Cricaré. Pós Graduada em Direito Civil.

⁵ Samuel Davi Garcia Mendonça. Professor da Faculdade Vale do Cricaré. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional.

⁶ Vinicius Ribeiro Cazelli. Professor da Faculdade Vale do Cricaré. Pós Graduado em Direito Penal e Processual Penal.

Não se pode olvidar que tais Cortes consistiram em verdadeiros tribunais de exceção ou *ad hoc*, ou seja, foram instituídos após o acontecimento de determinado fato e com a única e exclusiva finalidade de julgá-los. Ora, tal circunstância contraria a máxima prevista no ordenamento jurídico de diversos países, qual seja, a de que todo acusado possui o direito de conhecer, previamente, o juízo competente para o seu julgamento, conhecida entre nós como princípio do juiz natural (Constituição Federal, artigo 5º, XXXVII e LIII).

Ademais, os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio foram criados pelas nações vencedoras da Segunda Guerra Mundial, ao passo em que as Cortes de Ruanda e ex-Iugoslávia foram criadas por resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, *i.e.*, a decisão a respeito da instituição das Cortes em questão concentrou-se nas mãos de grupo seleto de países, gerando críticas a respeito de sua legitimidade como Tribunais Internacionais⁷.

Diante deste panorama, a comunidade internacional concluiu que seria pertinente a instituição de um Tribunal Penal Internacional permanente e competente para o julgamento dos mais gravosos delitos cometidos em afronta a direitos humanos que afetam a comunidade internacional no seu conjunto.

Destarte, o Tribunal Penal Internacional foi criado no ano de 1998, por meio do Estatuto de Roma, tendo iniciado as suas atividades em 2003. Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, trata-se de “organização internacional com personalidade jurídica de Direito das Gentes própria, e, nesse sentido, não é órgão da ONU nem de qualquer outra organização internacional”⁸.

Ressalte-se que o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, que foi aprovado Poder Legislativo brasileiro através do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002, estando, pois, sujeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, juntamente com outros mais de 120 (cento e vinte) países.

Nos termos do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia, na Holanda, é competente para o julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (artigo 5º do referido diploma normativo).

Em apertada síntese e, de acordo com o previsto no próprio Estatuto de Roma, o crime de genocídio consiste em ato praticado com a “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (artigo 6º), ao passo em que os crimes

contra a humanidade dizem respeito a atos cometidos “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil” (artigo 7º), havendo previsão, no referido tratado, de rol exemplificativo de condutas caracterizadoras destes delitos.

Por seu turno, os crimes de guerra, no entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli, consistem nos atos “praticados durante conflitos armados não justificáveis por necessidades militares”⁹, ou seja, trata-se de condutas que extrapolem tais necessidades, revelando-se exageradas e impertinentes. Ressalte-se que também há previsão de rol exemplificativo de ações ensejadoras deste crime no Estatuto de Roma, sendo possível, outrossim, a sua configuração em sede de conflitos não internacionais (artigo 8º).

Por derradeiro, a definição do crime de agressão encontra-se no art. 8º, §§ 1º e 2º, do acordo de emenda ao Estatuto de Roma firmado em 2010. Segundo definição legal, “uma pessoa comete um ‘crime de agressão’ quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão que por suas características, gravidade e escala constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas” (art. 8, § 1º). Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, “ainda nos termos do acordo de emenda, por ‘ato de agressão’ se entenderá o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou qualquer outra forma de incompatibilidade com a Carta das Nações Unidas”¹⁰.

No que toca à competência do Tribunal Penal Internacional, vale destacar, ainda, que a referida Corte procede ao julgamento apenas e tão somente de indivíduos, ou seja, pessoas naturais, maiores de 18 anos, não sendo competente para a responsabilização de Estados e organismos internacionais (artigos 1º e 26 do Estatuto de Roma).

Não se pode olvidar, outrossim, que o Tribunal Penal Internacional atua de forma complementar e subsidiária aos Estados, ou seja, “só poderá atuar quando esgotados os recursos judiciais internos dos Estados, ou quando tais recursos não existem ou não funcionam de acordo com as normas internacionais”¹¹. Neste sentido, o Estatuto de Roma prevê, em seu artigo 17, a atuação da Corte em questão apenas nas hipóteses em que o processo encontra-se paralisado, pendente de decisão ou tenha sido instaurado com o manifesto propósito de subtrair o indivíduo à responsabilidade criminal; de demora injustificada no processamento que se revele incompatível com a intenção de responsabilização; e de ausência de condução independente ou imparcial, também

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 7ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Página 528.

⁹ MAZZUOLI, Op. Cit., página 1058.

¹⁰ MAZZUOLI, Op. Cit., página 1062.

¹¹ PORTELA, Op. Cit., página 532.

incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

O Estatuto de Roma prevê, ainda, a possibilidade de detenção e entrega (“surrender”) de determinado indivíduo ao Tribunal Penal Internacional (artigo 89). Surge, neste pormenor, uma aparente antinomia entre esta disposição e a ordem jurídica brasileira, considerando que a nossa Constituição Federal veda, como regra, a extradição de brasileiros, instituto este a ser aprofundado no capítulo seguinte.

III – EXTRADIÇÃO

A extradição consiste, nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes, no “ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo a outro Estado que é competente para julgá-lo ou puni-lo em virtude de crime praticado pelo mesmo em seu território”¹².

A extradição pode ser ativa, quando solicitada pelo Brasil a outro Estado estrangeiro, e passiva, oportunidade em que um Estado estrangeiro solicita ao Brasil a extradição de indivíduo que encontra-se neste país.

Ressalte-se que o procedimento de extradição passiva possui uma fase administrativa, uma fase judicial e uma outra fase, administrativa.

Na primeira fase, administrativa, ocorre o requerimento por via diplomática ou, quando previsto em tratado, diretamente ao Ministério da Justiça que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade, encaminhará o pedido ao Supremo Tribunal Federal (artigos 80 e 81 da Lei n.º 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro).

Por sua vez, a fase judicial ocorre perante o Supremo Tribunal Federal, que realizará um “controle de legalidade extrínseco”¹³, *i.e.*, verificará se o Estado requerente atendeu aos requisitos necessários à extradição, sem, contudo, imiscuir-se na análise do mérito do litígio penal que deu causa ao pleito extradicional, vigorando, segundo Marcelo Novelino, um “sistema de contenciosidade limitada”¹⁴.

O primeiro requisito a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à existência de um tratado internacional ou promessa de reciprocidade de tratamento entre o Brasil e o Estado estrangeiro (artigo 76 da Lei n.º 6.815/80). Neste pormenor, saliente-se que a referida Corte Constitucional decidiu, recentemente, acerca da possibilidade de extradição ainda que o tratado de extradição seja pactuado em

momento posterior ao crime cometido no país estrangeiro¹⁵.

Por seu turno, dispõe o artigo 77, III, da Lei n.º 6.815/80 que “não se concederá a extradição quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando”, ou seja, a competência da autoridade estrangeira há de ser exclusiva. Entrementes, a teor da lição de Bernardo Gonçalves Fernandes, “a exigência desse requisito não deve ser absoluta (...). Assim sendo, se o mesmo tiver sendo processado por crime praticado no Brasil, a extradição ainda pode ser deferida pelo STF, só que ficará condicionada a conclusão do processo a que responde o extraditando no Brasil (...)”¹⁶.

É imprescindível, outrossim, a existência de sentença condenatória ou decisão que tenha decretado a prisão do extraditando emanada da autoridade competente do Estado requerente (artigo 78, II, do Estatuto do Estrangeiro), bem como a verificação do princípio da dupla punibilidade ou tipicidade, *i.e.*, o fato criminoso que enseja o pedido de extradição deve ser crime também no Brasil (art. 77, II, do mencionado diploma legal).

No tocante ao pressuposto da dupla punibilidade ou tipicidade, vale destacar que o *nomen juris* é irrelevante na sua análise, “o que importa é que aquela conduta seja punida no país de origem e aqui, sendo de menor importância as diferenças terminológicas. Porém, se for crime no Estado requerente da extradição e apenas contravenção penal no Brasil ou mesmo fato atípico, não será possível a concessão da extradição”¹⁷. Ressalte-se que o Supremo já decidiu, ainda em relação a este pormenor, pela impossibilidade da extradição de indivíduo que à época do cometimento do delito era menor de 18 anos, inviabilizando, à luz da legislação brasileira, a configuração de crime¹⁸, bem como que não seria cabível a extradição de estrangeiro que praticou crime de terrorismo no Estado requerente, considerando que tal delito não se encontrava definido no ordenamento jurídico brasileiro¹⁹.

Ademais, é indispensável que não tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva ou executória segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente, a não sujeição do extraditando a julgamento perante tribunal ou juízo de exceção, a ausência de caráter político na infração criminal atribuída ao indivíduo, bem como que a lei brasileira não imponha ao respectivo delito a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano (artigo 77, IV, VI, VII e VIII, da Lei 6.815/80).

¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Página 753.

¹³ FERNANDES, Op. Cit., página 755.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. Página 512.

¹⁵ Prisão Preventiva para Extradição n.º 769, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/02/2016.

¹⁶ FERNANDES, Op. Cit., página 758.

¹⁷ FERNANDES, Op. Cit., página 760.

¹⁸ Pedido de Extradição n.º 1135, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 01/10/2009.

¹⁹ Prisão Preventiva para Extradição n.º 730, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/12/2014.

A par dos requisitos antes mencionados, o Estatuto do Estrangeiro determina que não deve ser materializada a extradição sem que o Estado solicitante assuma os compromissos de “não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena” (artigo 91).

Destarte, realizada a análise dos pressupostos pelo Supremo Tribunal Federal, repita-se, sem adentrar ao mérito da *quaestio juris*, este pode julgar improcedente o pedido, encerrando o procedimento e inviabilizando a extradição, ou prolatar decisão favorável ao pleito extraditório.

Inicia-se, neste momento, a terceira fase do procedimento de extradição, de natureza administrativa e de competência do Presidente da República.

A teor do anteriormente sustentado, na hipótese de a Corte Suprema não acolher o pedido de extradição, esta decisão, segundo a melhor doutrina, vincula o Presidente da República, restando impossibilitada a extradição²⁰. Noutro giro, caso o Supremo Tribunal Federal decida pela procedência da pretensão extraditória, a teor do entendimento da maioria de seus membros, o Presidente da República não ficaria vinculado a esta decisão, podendo optar por negar a extradição, ainda que diante da presença dos pressupostos legais e de decisão favorável da citada Corte, tendo em vista que tal ato consiste em manifestação de soberania, ou seja, possui natureza política e, portanto, discricionária. Foi justamente o que se verificou no célebre caso do pedido de extradição formulado pela República Italiana em face de Cesare Battisti²¹.

Por derradeiro, vale destacar que a Constituição Federal determina que o brasileiro nato jamais será extraditado, ao passo em que o brasileiro naturalizado pode sofrer extradição apenas e tão somente por crime comum praticado antes da aquisição da nacionalidade brasileira e/ou pelo comprovado envolvimento no delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, antes ou após a naturalização (art. 5º, LI), consubstanciando em uma das mais relevantes diferenças de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados.

IV – A POSSIBILIDADE DE ENTREGA (“SURRENDER”) DE BRASILEIRO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A teor das considerações tecidas em linhas anteriores, é possível visualizar significantes diferenças entre os institutos da extradição e da entrega ao Tribunal Penal Internacional.

Em primeiro plano, cabe salientar que a extradição consiste na entrega do indivíduo a um Estado estrangeiro, tratando-se de ato de cooperação jurídica internacional, sendo, inclusive, desta forma classificada na Lei n.º 13.445/2017, que institui a Lei de Migração e entrará em vigor no mês de novembro do corrente ano, revogando o atual Estatuto do Estrangeiro.

Por seu turno, a entrega do indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, é um “instituto jurídico *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas”²², distinguindo-se, de forma contundente, da extradição.

Nessa esteira, o próprio Estatuto de Roma diferencia os termos, dispondo, em seu artigo 102, que “Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”, e “Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Por conseguinte, constata-se a inexistência de qualquer antinomia entre a possibilidade de entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional e a vedação constitucional de extradição de nacionais.

Ademais, ensina a melhor doutrina que as normas do Estatuto de Roma são dotadas de supraconstitucionalidade, considerando tratar-se de um tratado especial de natureza centrífuga. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, “Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou o Estado (e a relação jurídica subjacente) do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para levá-los à autoridade da justiça universal”²³.

Com efeito, tal supraconstitucionalidade também pode ser justificada pela natureza cogente das normas previstas no Estatuto de Roma, *i.e.*, considerando que o Tribunal Penal Internacional foi instituído para julgar os delitos mais graves cometidos em atentado aos direitos humanos, e que, portanto, assumem feições internacionais, atingindo a comunidade internacional como um todo, as suas normas tornam-se impositivas, obrigatórias.

²⁰ FERNANDES, Op. Cit., página 757.

²¹ Pedido de Extradição n.º 1085.

²² MAZZUOLI, Op. Cit., página 1066.

²³ MAZZUOLI, Op. Cit., páginas 1048-1049.

A este respeito, asseveram Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli que “Não seria possível (e tampouco jurídico) entender que um instrumento internacional como o Estatuto de Roma, que deu vida ao Tribunal Penal Internacional, devesse se submeter às regras constitucionais dos seus respectivos Estados-partes. Quando um Estado assume compromissos mútuos em convenções internacionais de caráter centrífugo, ele aforrestringe sua soberania em prol da proteção da humanidade como um todo (essa ideia tem fundamento jurídico no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que coloca as convenções internacionais em situação de primazia frente ao direito interno). Esse interesse global é sempre (por natureza) supraconstitucional, por se compor de valores que não se submetem a qualquer ato ou decisão estatal. Aliás, no momento em que um Estado subscreve um tratado desse tipo, está abrindo mão de sua soberania em prol da proteção (universal) da humanidade”²⁴.

Não se pode olvidar, ainda, que o § 4º do art. 5º da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, estabelece que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, disposição esta que legitima e incorpora no ordenamento jurídico pátrio todas as normas estabelecidas no Estatuto de Roma.

V – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade no que toca à possibilidade de entrega (“surrender”) de brasileiro para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional.

De fato, existem substanciais diferenças entre os institutos da entrega e da extradição, não consistindo a vedação constitucional de extradição de brasileiros natos e naturalizados, fora das hipóteses previstas, em argumento hábil a fundamentar a impossibilidade de entrega de nacionais à Corte Internacional em tela.

Ademais, as normas do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, são dotadas de supraconstitucionalidade considerando a natureza e as finalidades do tratado internacional em questão, consubstanciando regras e princípios cogentes, de observância e aplicação obrigatória pelos Estados, independentemente das disposições legais constantes em seu direito interno.

Por conseguinte, diante da eventual existência de um julgamento em curso perante o Tribunal Penal Internacional, que vise apurar e atribuir a um brasileiro a responsabilidade pelo cometimento de qualquer dos delitos de competência da citada Corte Internacional, revela-se perfeitamente possível a sua entrega

(“surrender”), nos termos previstos no Estatuto de Roma.

VI – REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 de julho de 2017.
- BRASIL. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 07 de julho de 2017.
- BRASIL. **Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em 07 de julho de 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Extradicação n.º 1085**. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 16/12/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Extradicação n.º 1135**. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 01/10/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Prisão Preventiva para Extradicação n.º 730**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/12/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Prisão Preventiva para Extradicação n.º 769**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/02/2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Mazzuoli. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Mazzuoli. Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado

Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Páginas 152- 153.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DO ANO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Christiane de Andrade Gomes²⁵, Carlos Manoel Batista²⁶, Roberto Fanti de Resende²⁷

Resumo: – O trabalho em questão faz uma abordagem a respeito da teoria geral dos direitos fundamentais, assim como elabora uma linha histórica, abordando o surgimento dos direitos e garantias fundamentais do homem. Consta no trabalho uma análise evolutiva dos direitos humanos, seguido, da inserção destes direitos como fruto da evolução política-mundial no texto constitucional brasileiro. Tenta-se mostrar a importância da positivação dos direitos humanos nos textos internacionais, da mesma forma sua inserção no plano interno. Concluindo que sem mecanismos eficazes para proteção dos direitos fundamentais o ser humano torna-se vulnerável às opressões. Sem uma legislação moderna e elementos materiais que garantam a execução dos direitos essenciais muita injustiça será cometida pensando que se está realizando justiça através da aplicação de leis que não reproduzem o momento atual.

Palavras-chave: direitos humanos; garantias; evolução; constituição.

I – INTRODUÇÃO

Em análise à evolução da história da humanidade percebe-se que o homem sempre viveu em grupos para melhor organizar sua vida, através de normas e costumes que se transformaram em direitos posteriormente. A Magna Carta, outorgada por João sem Terra, no ano de 1215, é vista como a influência inicial mais significativa do processo histórico que conduziu à regra de lei constitucional dos dias de hoje, sendo um dos marcos documentais acerca dos Direitos Humanos.

Grandes mudanças ocorridas em prol da humanidade tiveram início no século XVIII, a partir da Declaração de Virgínia, seguido da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. É constituído o primeiro registro dos direitos humanos, proclamados pelos revolucionários franceses como a Liberdade, a igualdade e a fraternidade. Em relação aos direitos humanos, o jurista Dalmo Dallari (2004, pg.14) diz que estes direitos:

“[...] são uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana” e que “são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa

humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

Alexandre de Moraes (2003, pg.20), constitucionalista, trata os direitos humanos como “uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da pessoa humana”. Os direitos humanos existem para que as garantias mínimas sejam tuteladas para a vida, para a dignidade e liberdade do ser humano em sociedade, para que desta forma ele possa viver em uma sociedade equilibrada. A expressão direitos humanos é utilizada em algumas ocasiões como direitos elementares ou direitos essenciais, contudo essas expressões se referem aos direitos fundamentais do homem.

II - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos estão consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil no título que trata dos princípios fundamentais, no título sobre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 225, sobre o meio ambiente e demais artigos que abordam matéria dos direitos humanos fundamentais. Nesses dispositivos encontra-se toda a evolução internacional dos direitos humanos. O artigo 5º da respectiva Constituição trata das garantias e direitos fundamentais que cada cidadão dispõe, como o direito à vida, a liberdade, à dignidade, sendo um dos artigos mais importantes contidos na Constituição Federal de 1988, que passou a ser chamada de cidadã por ser uma Constituição mais democrática, que ampliou os direitos dos indivíduos, permitindo sua proteção em várias situações.

O artigo 5º da Constituição Federal:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Dentro do artigo 5º da CF, existem ainda diversos princípios relacionados aos direitos e garantias

²⁵ Mestranda em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professora do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

²⁶ Mestre em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

²⁷ Mestrando em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professora do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré

fundamentais, sendo um dos mais relevantes o princípio da igualdade.

III - AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO

A presente Constituição Federal assegura vários direitos fundamentais. Em seu artigo 1º a Constituição da República consagra o princípio da cidadania em seu inciso II, a dignidade da pessoa humana em seu inciso III e os valores sociais do trabalho no seu inciso IV. De acordo com Dalmo Dallari (2004, pg. 13), a cidadania

“[...]expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo[...].”

Pode-se citar além dos direitos citados no artigo 1º, outros direitos, tais como o direito, a privacidade, a igualdade, a liberdade (e aqui encontra-se uma série de direitos como a liberdade de expressão, a locomoção, a religião, a segurança pessoal, entre outras) à informação, à representação coletiva, à associação, a propriedade e seu uso social, à cultura, à educação, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao asilo, ao devido processo legal, à presunção de inocência, entre outros. O constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, pg.15) classifica os direitos fundamentais em individuais, coletivos, de grupos e difusos.

Os direitos individuais têm como sujeito ativo o homem, ser este que quando verificar que teve a supressão, ou melhor, quando houver perturbação de seu direito por autoridade pública, ou outra que atue em lugar da pública, poderá impetrar habeas corpus previsto no artigo 5º LXVII da CF/88) quando verificar que há impedimento no seu direito de ir e vir, impetrar habeas data, quando houver necessidade de retificação de conforme o artigo 5º, LXXII, a, b CF/88). Este sujeito poderá ainda solicitar a medida da segurança, previsto no artigo 5º, LXIX CF/88, quando a perturbação de seu direito líquido e certo não for de matéria do habeas corpus nem do habeas data.

Já os direitos coletivos, são aqueles que envolvem a coletividade como um todo, como por exemplo uma sociedade. Por essa circunstância, quando há a turbação de algum direito fundamental cabe ao Ministério Público promover a ação pertinente, uma vez que esse órgão é o responsável pela defesa dos interesses da coletividade. Assim, o Ministério Público poderá promover ação civil pública para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses conforme artigo 129, III, não sendo vedado à interposição desse remédio por outras pessoas segundo o §1º do mesmo artigo.

A atual constituição inovou ao permitir a proposição de mandado de segurança coletivo, conforme o artigo 5º, LXX CF/88, por partido político com representação no Congresso Nacional ou por qualquer organização não-governamental constituída há mais de um ano. Os

direitos de grupos (artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor) são direitos individuais “homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor). Finalmente, os direitos difusos são aqueles conforme o Código de Defesa do Consumidor traz, em sendo “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” de acordo com o artigo 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor.

O mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI CF/88, é uma modalidade recente no direito constitucional. Este remédio constitucional será proposto sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos fundamentais.

Entretanto, o mandado de injunção não tem sido utilizado e na verdade não haveria necessidade de sua existência, uma vez que o legislador constitucional assegurou a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Então, a autoridade pública não poderia se escusar de cumprir com a tutela dos direitos humanos assegurados, pois estes não mais possuem caráter de normas programáticas.

Sendo assim, quando não existir o cumprimento público de um direito essencial, o cidadão pode e deve usar dos direitos-garantias, como o habeas corpus ou data, mandado de segurança, ação popular ou civil pública, na medida que houver a supressão de um direito elementar ao homem. Não podendo esquecer do direito-garantia, ou dos remédios constitucionais acerca da ação popular, no artigo 5º LXXIII da CF de 1988, a qual poderá ser proposta por qualquer cidadão nacional, no uso de sua cidadania plena, para defesa do meio ambiente contra ato lesivo da autoridade pública.

IV - DIREITOS HUMANOS E DIREITOS POLÍTICOS

Existia anteriormente uma conexão entre os direitos humanos com os direitos políticos, isso porque os direitos políticos fizeram parte da primeira geração de direitos, contudo, essa visão política dos direitos humanos e sua correlação com a democracia, encontra-se ultrapassada, ao menos no mundo ocidental.

É fato que em alguns países que vivem sob regimes autocrático, totalitários, alguns em guerra civil, os mecanismos que venham assegurar a eficácia dos direitos humanos ainda não estão consolidados. Entretanto, apesar a experiência democrática em alguns países seja ainda recente, como é o caso do nosso país, as instituições do Estado Democrático e de Direito estão fortemente consolidadas.

A democracia não pode ser imposta a uma sociedade, ela deve ser o resultado de suas aspirações, de sua

indignação com o sistema em que vivem. Por tudo isso, existe hoje uma superação da identidade exclusiva com os direitos políticos, não só por causa do progresso político-institucional, mas também pelo surgimento de outros direitos fundamentais que necessitam ser tutelados.

V – CONCLUSÃO

De acordo com a história da humanidade percebe-se que sem direito não há sociedade, sem sociedade não há direito e sem respeito aos preceitos fundamentais do homem não há condições básicas para o crescimento, o desenvolvimento e a proteção do ser. Em razão do que foi abordado sobre direitos humanos ficou claro que sua tutela é indispensável para a promoção da justiça e paz social.

Assim, a evolução da humanidade é acelerada e por essa razão a elaboração de leis, bem como a incorporação de novos direitos humanos de segunda geração deve ocorrer o quanto antes porque desta maneira afastaremos as injustiças sociais, promovendo o avanço.

Podemos visualizar que a Constituição Brasileira de 1988 apresenta um texto rígido, contudo, aberto para as inovações dos direitos humanos.

A evolução dos direitos humanos apresentado em gerações de direitos estão consolidados na Carta Magna brasileira, porém, os novos direitos sociais que estão surgindo deverão ser em breve positivados no nosso sistema legal, visto que sua supressão poderá causar discriminação, cerceamento do direito de liberdade e igualdade assim como impedimento ao desenvolvimento integral.

VI – REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 28. ed.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos e cidadania. 2. ed.** São Paulo: Moderna, 2004.

Declaração Universal dos Direito Humanos - ONU, 1948.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais. 7. ed.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAIS, **Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 5. ed.** São Paulo: Atlas, 2003

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA OBRIGAÇÃO. O ELEMENTO VIRTUAL E A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DUALISTA E ECLÉTICA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Roberto Fanti de Resende²⁸, Carlos Manoel Batista²⁹, Christiane de Andrade Gomes³⁰

Resumo: O ramo do direito das obrigações apresenta grande importância dentro do direito civil, tendo em vista que as relações pessoais de ordem patrimonial sempre fizeram parte das relações sociais entre os povos e foram responsáveis pelo desenvolvimento e aprimoramento da sociedade, no que diz respeito ao suprimento das necessidades humanas. A compreensão dos elementos que compõem a obrigação é de suma importância para o aprimoramento das relações obrigacionais, especialmente o estudo do vínculo jurídico, responsável por satisfazer as partes e manter o crédito dado pela sociedade às relações obrigacionais

Palavras-chave: obrigação; elementos; vínculo; dualista; eclética

I - INTRODUÇÃO

O direito das obrigações, desde os primórdios do direito romano, passando, já na nossa sociedade, pelo código civil de 1916, até o advento do código de 2002 e sua aplicação até os dias atuais, mostrou-se mutante, regulando as relações jurídicas obrigacionais de maneira a trazer, especialmente para o credor, segurança na relação jurídica. Entendendo os elementos que fazem parte da relação obrigacional, chegamos ao terceiro elemento, o vínculo jurídico.

O estudo pretende analisar de forma detida o elemento virtual, discorrendo sobre as teorias que o explicam, quais sejam, teoria monista, dualista e eclética (ou mista), fazendo um estudo comparativo entre a teoria dualista e a teoria eclética, buscando embasamento teórico doutrinário para a aplicação de uma ou de outra. Para tanto, o estudo se desenvolve através da apresentação dos diversos posicionamentos doutrinários atuais, expondo de maneira didática o tema proposto, contribuindo para a construção da discussão e comparação entre as teorias que explicam o vínculo jurídico.

Muito mais que definir qual a melhor teoria para explicar o vínculo jurídico, o estudo objetiva contribuir para a evolução de tão importante tema, que é a vinculação entre credor e devedor. E principalmente os mecanismos que impelem o devedor a adimplir a obrigação e satisfazer o credor, bem como o aparato jurídico que liga o patrimônio do devedor à relação obrigacional, de forma que, caso o devedor não cumpra espontaneamente a obrigação, ela não ficará frustrada, pois o direito buscará em seu patrimônio essa satisfação para o credor. Sem esquecer da

relevância introduzida pela constituição federal ao direito das obrigações, confirmada no código civil de 2002, que positivou os princípios da função social da propriedade, da boa fé objetiva e da função social do contrato, explicitando o escopo do legislador em dar maior importância social às relações jurídicas obrigacionais.

II. A RELAÇÃO OBRIGACIONAL SEUS ELEMENTOS

As relações obrigacionais são relações entre as pessoas, que se reúnem, espontaneamente ou não, em torno de uma prestação, essa revestida de patrimonialidade. O direito das obrigações reúne um conjunto de normas regentes das relações jurídicas patrimoniais que surgem entre as pessoas, sendo negócio jurídico em que deve constar os requisitos de validade previstos no artigo 104 do código civil, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, somando-se ainda, no caso específico do direito das obrigações, em relação ao objetos, a questão da patrimonialidade (GALIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 57).

Temos então que as obrigações são formadas de três elementos, o elemento subjetivo, ou pessoal, o elemento objetivo ou material e o vínculo jurídico que liga os dois e leva as partes ao cumprimento da obrigação.

O elemento subjetivo é formado pelas pessoas, sujeito ativo e passivo, sendo o sujeito ativo o credor e o sujeito passivo o devedor. O elemento objetivo ou material, forma-se a partir da prestação. Na verdade, pode-se dizer que a prestação é a ação positiva ou negativa que se espera do devedor em favor do credor (DINIZ, 2014. p.49).

É pacífico na doutrina que o objeto material da obrigação reside praticamente sobre a conduta que se espera das partes, sendo essa conduta aquilo que vai satisfazer o credor, nesse sentido:

“É importante perceber que há uma diferença entre o objeto da obrigação – determinada conduta humana, como dissemos – e o objeto da prestação; é certo que, em muitos casos, a prestação devida significa a entrega de determinado bem ou quantia de dinheiro, por exemplo, mas é errôneo afirmar que esse bem ou essa quantia são objetos da relação

²⁸ Prof. Especialista e Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

²⁹ Mestre em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

³⁰ Mestranda em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professora do Curso de Direito.

obrigacional.”(MOTTA, 2013)

Essa ação é o objeto imediato da obrigação, sendo a materialização dessa ação a coisa a ser prestada, que é objeto imediato da prestação e objeto mediato da obrigação.

Acerca de um requisito próprio de validade, além dos requisitos de validade previstos no código civil, alguns doutrinadores, como Galiano e Pamplona Filho(2014, p.57), entendem que a prestação deve sempre ter caráter patrimonial, do contrário, essa relação não seria tratada pelo direito das obrigações. Conforme Motta(2013): “o argumento principal dessa corrente doutrinária é o de que, ocorrendo o inadimplemento da obrigação, o credor terá direito a buscar no patrimônio do devedor relapso o equivalente pecuniário à prestação combinada, bem como eventual reparação por prejuízos causados.”

Monteiro e Maluf(2015, p. 36) asseveram que o objeto da prestação deve ser economicamente apreciável, destacando que é a característica que mais controvérsia suscita, destacando que: “o objeto deve ser realmente suscetível de avaliação pecuniária; se ele não representa um valor, deixa de interessar ao mundo jurídico.”(MONTEIRO; MALUF, 2015, p.36). Por sua vez, Melo(2014, p. 6) ressalta que “se a obrigação não tiver valor econômico, ou não puder ser valorada ainda que por arbitramento, não interessa ao direito das obrigações.”

Para Motta(2013) porém, a patrimonialidade não integraria o objeto material, filiando-se ao que pensa Rosenvald e Farias(2012, p. 78 e s. apud MOTTA, 2013), os quais acreditam que a apreciação econômica da relação jurídica está ligada à responsabilidade do devedor (a *haftung* da cátedra de Alois Brinz), não sendo adequado identificar o objeto através de uma característica que não seja de sua essência, ou seja, a vinculação do patrimônio do inadimplente.

Por fim, temos o elemento virtual, também chamado por alguns autores de elemento ideal, elemento imaterial ou espiritual. Nos ligamos ao primeiro termo, porque melhor explica, desde seu título, o elemento em si. O vínculo jurídico, aquele que liga o elemento subjetivo ao elemento objetivo e os mantém ligados até a satisfação do credor e a liberação das partes da relação jurídica obrigacional.

De outro ponto temo que o vínculo jurídico é o elo que liga o sujeito ativo ao passivo, conferindo àquele o direito de exigir desse o adimplemento da obrigação, inicialmente de forma espontânea, mas também a possibilidade de buscar a satisfação junto ao judiciário, executando os bens do devedor que não cumprir livremente a prestação (MELO, 2014, p. 15).

Numa concepção clássica, segundo Diniz(2007, p. 38, apud ANDRADE, 2011) o vínculo jurídico é tido como “o dever primário do sujeito passivo de satisfazer a prestação e o correlato direito do credor de exigir judicialmente o seu cumprimento, investindo contra o patrimônio do devedor, visto que o mesmo fato gerador

do débito produz a responsabilidade”.

III - TEORIAS SOBRE O VÍNCULO JURÍDICO

No direito temos basicamente três teorias que explicam o terceiro elemento da obrigação: teoria monista, teoria dualista e teoria eclética ou mista. Alguns autores não expõem de maneira clara acerca das teorias que explicam o terceiro elemento, limitando-se apenas em conceituá-lo, como fizeram Galiano e Pamplona Filho(2014) e Melo(2014). Outros não dividem sua explanação acerca do tema em teorias, mas acabam descrevendo pelo menos duas delas no estudo do tema.

A teoria monista, segundo Maria Helena Diniz(2014, p.52):

“[...]vislumbra na obrigação uma só relação jurídica vinculando credor e devedor, cujo objeto é a prestação. Na obrigação há o dever de prestar do devedor e o direito de exigir do credor; porém, o direito de exigir está inserido no dever de prestar; assim, o direito do credor insatisfeito de exigir execução do patrimônio do devedor não integra a essência da obrigação[...]”

Esse direito seria, para a teoria monista, questão essencialmente processual. Ou seja, o ato do devedor em cumprir a obrigação de forma voluntária ou sua execução forçada – em caso de inadimplemento – não fazem diferença para essa teoria. Isso fez com que essa teoria fosse duramente criticada pela doutrina majoritária.

A teoria monista é a mais antiga, podendo-se dizer tradicional e prevalecente até o século XIX. Conforme Monteiro e Maluf(2015, p. 38), “vislumbra na obrigação o dever de prestar, por parte do devedor, e o direito de exigir, por parte do credor. Nesse binômio esgota-se o *abstractum* da obrigação, em todas as suas modalidades”.

A teoria dualista, enxerga no vínculo jurídico dois elementos, o débito e a responsabilidade, ideia introduzida inicialmente por Alois Von Brinz (MOTTA, 2013). A professora Maria Helena Diniz(2014, p. 52), ensina que:

“a teoria dualista contem dois vínculos: um atinente ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor(*debitum*), e o outro relativo à autorização, dada pela lei ao credor que não foi satisfeito, de acionar o devedor alcançando seu patrimônio(*obligatio*), que responderá pelo inadimplemento da prestação.”

Para essa teoria, o terceiro elemento da obrigação é formado de dois vínculos – dever(*debitum*) e responsabilidade(*obligatio*), podendo-se dizer que o primeiro seria o vínculo pessoal e o segundo um vínculo patrimonial. Do devedor é esperado que cumpra a obrigação, em um comportamento positivo

ou negativo. Esse comportamento está ligado à vontade do credor, que espera ser satisfeito e tem, no segundo vínculo, a garantia de que sua vontade será satisfeita (VENOSA, 2016, p. 20, 21).

Em sua forma clássica, os defensores dessa teoria entendiam que esses dois elementos (debitum e obligatio), estariam reunidos na pessoa do devedor, porém dando mais importância à responsabilidade (obligatio), esquecendo-se de que o adimplemento da obrigação é a regra e o seu descumprimento, a exceção. Modernamente, os adeptos da teoria dualista defendem a existência dos dois elementos na pessoa do devedor, porém admitem que pode haver a exceção a esse fato:

“Por outro lado, a bipartição do vínculo em débito e responsabilidade, existente na relação obrigacional, fica bem clara nos casos de exceção à regra geral: há situações em que excepcionalmente, ora falta um, ora falta outro elemento. Nas obrigações naturais, ..., existe o débito, mas o credor não está legitimado a exigir seu cumprimento. Aqui há débito, mas não há responsabilidade. No contrato de fiança, ao contrário, alguém, o fiador, responsabiliza-se pelo débito de terceiro. Nesse caso, há responsabilidade, mas não há débito.” (VENOSA, 2016, p. 21)

Ao apresentar a teoria dualista, Monteiro (2015, p. 39), também admitiu a exceção à regra, destacando que “ambos os elementos estão reunidos ou concentrados na mesma pessoa: o sujeito passivo deve e também responde pelo cumprimento da obrigação. Todavia, em certos casos, eles se desmembram, passando a coexistir em pessoas diferentes...”. Reconhece, no entanto, que a concepção dualista não perdurou, recebendo reprovação de grande parte da doutrina.

Sem discorrer sobre uma terceira construção teórica, mas já renunciando sua admissão, Venosa (2016, p. 21) admite não poder dar preponderância a um ou outro elemento, “embora, à primeira vista, ressalte o elemento débito”.

No direito brasileiro, o conceito introduzido pela teoria dualista se manteve intacto por algum tempo. Contudo, com a evolução social do direito civil, especialmente no âmbito do direito das obrigações, as relações jurídicas evoluíram, agregando características nobres, como a função social da propriedade e do contrato, bem como a boa fé objetiva. Isso levou a uma reanálise do conceito introduzido por Brinz, que foi inserido em outros contextos.

Os civilistas entenderam que o vínculo que liga o credor e o devedor, completando a relação jurídica obrigacional, apesar de fazer parte de ramo do direito privado, traz reflexos para a sociedade, já que os sujeitos da relação jurídica estão inseridos nessa sociedade. Então, uma relação jurídica em que as partes têm ciência da abrangência de sua participação, bem como das consequências em caso de descumprimento do acordado, tende a refletir

positivamente na sociedade. Essa consciência deve surgir porque o cumprimento dos deveres obrigacionais deve ser um dever moral de conduta. Conduta essa que recebe valor jurídico ao passo que representa a lealdade nas obrigações voluntárias (contrato), incentivada pelo princípio da boa-fé objetiva (LOBO, 2007, p. 81-100 apud ANDRADE, 2011).

Chegamos então ao que os doutrinadores admitem ser a terceira teoria que explica o vínculo jurídico, a teoria eclética ou mista. Para essa teoria, segundo Diniz (2014, p. 53), “os dois elementos - debitum e obligatio - são essenciais”, e complementa:

“Na obrigação reúnem-se e se completam, constituindo uma unidade, o dever primário do sujeito passivo de satisfazer a prestação e o correlato direito do credor de exigir judicialmente o seu cumprimento, investindo contra o patrimônio do devedor, visto que o mesmo fato gerador do débito produz a responsabilidade.” (MONTEIRO; MALUF, op. cit, p. 25-7 apud DINIZ, p. 54).

As ideias da terceira teoria tem sido as mais aceitas pelos civilistas na atualidade, especialmente à luz do Código Civil de 2002, o qual demonstra-se preocupado constantemente com o aspecto cultural e moral das relações jurídicas. Quando a teoria eclética coloca no mesmo patamar os elementos que compõem o vínculo, reconhecendo-lhes importância e significação, faz coexistir em grau de importância valores humanos, ideais e espirituais (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 41).

IV - CONCLUSÃO

Durante a aplicação do Código Civil de 1916, especialmente próximo à sua modificação, as relações obrigacionais se fragilizaram. A autonomia da vontade, sem a possibilidade de intervenção estatal no campo do direito das obrigações, fez com que o descrédito em relações bem sucedidas ganhasse força. Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988, com forte apelo social, refletiu esse apelo no campo do direito civil, imprimindo princípios que resgataram a credibilidade nas relações obrigacionais. Esse resgate da credibilidade veio coroado no Código Civil de 2002, com a positivação dos princípios da função social da propriedade e da boa fé objetiva, passando pela função social do contrato, dando ao Estado a possibilidade de intervir nas relações obrigacionais em prol do bem comum.

Todas essas modificações influenciaram o estudo e a construção teórica do direito das obrigações, especialmente da estruturada das obrigações e os elementos que a integram.

Em relação ao terceiro elemento, vimos que a teoria monista já encontrava-se ultrapassada desde antes do código civil de 1916. A dúvida pairava ainda acerca da aplicação da teoria dualista e da nova teoria eclética ou

mista, em desenvolvimento, às relações jurídicas obrigacionais na atualidade. Os contornos iniciais da teoria dualista muito se assemelham com a teoria eclética, porém com a construção de ideias acerca do alcance do vínculo sobre as partes que compõem a obrigação, especialmente sobre o posicionamento do devedor no cumprimento da obrigação, verifica-se uma evolução teórica da teoria eclética em relação à teoria dualista, abrindo espaço para a discussão do impacto que o inadimplemento da obrigação pode produzir, tanto para o credor, quanto para a sociedade como um todo, parecendo-nos, então, a teoria eclética, uma evolução social da teoria dualista e a mais acertada dentro do Código Civil de 2002.

V - REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Repensando o vínculo jurídico obrigacional: uma reflexão diante da inadimplência voluntária e do conceito de responsabilização social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9118. Acesso em mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações**. 29. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

GALIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações**. 15. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: obrigações e responsabilidade civil, volume 2**. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações**. 40. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTTA, Thiago de Lucena. Elementos da relação obrigacional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3515, 14 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23715>. Acesso em: mar. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, volume 2**. 16. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2016.

ABORTO E ANENCEFALIA, CONFLITO COM DIREITO FUNDAMENTAL

Aline Pinheiro Lima Camargo³¹; Samuel Davi Garcia Mendonça³²

Juliano Oliveira Almeida³³

Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré

profalinelimacamargo@gmail.com

Resumo - O presente trabalho teve o condão de apresentar uma visão perceptiva dos conflitos entre as normas de proteção à vida prevista na Carta Magna do ano de 1988, a inviolabilidade à vida, e o princípio fundamental da República do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana. O objetivo foi lançar luzes sobre o entendimento da Corte Suprema do país que se posicionou favorável à continuação da dignidade da pessoa humana mulher, contrapondo a inviolabilidade da vida do feto anencefálico. Neste contexto jurídico, a metodologia utilizada foi à pesquisa Bibliográfica para uma melhor compreensão. A análise e interpretação dos resultados foram feitas de forma qualitativa, utilizando a estatística descritiva que Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) nº 54 em que o tema era a descriminalização do aborto da mãe gestante que decide interromper a gestação de feto com anencefalia no território brasileiro.

Nesse entendimento, a corrente majoritária dos estudiosos sobre o tema entendem o aborto como a interrupção da gravidez, que tem como consequência a destruição do produto da concepção que consiste na eliminação da vida intrauterina. Entretanto, o Código Penal Brasileiro dispõe que em casos de estupro, perigo eminente à vida da gestante ou anencefalia, o aborto não é considerado crime. No entanto, a organização Mundial da Saúde (OMS) publicou que a situação delicada, considerando que aborto é uma questão social e necessita de atenção.

Para a escritora Carolina Alves de Souza Lima (2015), o encéfalo é parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, que abrange o cérebro e o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano, na visão da escritora à complexidade de seu desenvolvimento embriológico, não é incomum seu desenvolvimento anormal na espécie humana.

No entanto, a escritora revela que apesar de todos os avanços da ciência médica e da tecnologia ainda não há recursos médicos para reverter os casos de anencefalia.

mostrou o seguinte resultado: A corte suprema do país garantiu à mulher gestante de feto com anencefalia no Brasil, o direito de escolher entre o aborto, e ou nascimento do feto.

Palavras-chave: Aborto. Anencefálico. Gestante. Brasil.³⁴³⁵

I. INTRODUÇÃO

Este artigo científico propõe analisar os aspectos jurídicos sobre o princípio fundamental previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil do ano 1988, sob a égide da inviolabilidade do direito à vida em colisão com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2012, quando julgou a

A Constituição da República Federativa de 1988 expressa que o direito à vida foi contemplado no elenco do artigo 5º, caput, na condição mesmo a teor do texto constitucional de direito inviolável. O direito a vida encontrou proteção constitucional adicional, mediante a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, sintonia textual com o sistema internacional (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Adicional) e regional (interamericano) de proteção dos direitos humanos.

Sobretudo, o Superior Tribunal Federal (STF) no Plenário por maioria julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

II. ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA.

Carlos Renato Oliveira Mendes (2013) arguiu na sua dissertação de mestrado que inicialmente, cumpre destacar, que para enfrentar tema de tal monta é necessário que se faça a conceituação de alguns termos, que embora de conhecimento de significativa parte da sociedade, carecem de definição técnica para

³¹ Aline Pinheiro Lima Camargo1 e e-mail Advogada Pós-graduação em Docência no Ensino Superior e Processo Penal Mestranda em Ciência, Tecnologia e Educação e-mail: profalinelimacamargo@gmail.com.

³² Samuel Davi Garcia Mendonça_Professor Mestre Coordenador do Curso de Direito Faculdade Vale do Cricaré

³³ Juliano Oliveira Almeida3 Advogado Professor da Faculdade Vale do Cricaré Pós-Graduado em docência no Ensino Superior e Ciências.

o adequado enquadramento jurídico a ser feito a posteriori.

Trouxe à baila a definição de Bioética, no entendimento que é um neologismo oriundo das palavras gregas bios (vida) e ethos (relativo à ética). Assim, a bioética é um estudo que compreende diversas disciplinas tais como a medicina, a filosofia e, especialmente, o direito. Quanto a esta última, é relevante a referência ao chamado biodireito que é justamente o ramo do Direito Público que estuda as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos relacionados ao corpo e à dignidade da pessoa humana para uma melhor compreensão.

Nesse sentimento, a escritora Carolina Alves de Souza Lima (2015) revela em seu livro Aborto e Anencefalia que o encéfalo é parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano, devido à complexidade de seu desenvolvimento embriológico, não é incomum seu desenvolvimento anormal na espécie humana. As malformações do sistema nervoso central, centro propulsor e coordenador de todas as manifestações vitais, quais sejam, as intelectivas, as sensitivas e as vegetativas, geram inúmeras doenças. Anencefalia configura uma das malformações do encéfalo.

Destaca-se que anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, preservar o tronco encefálico, ou parte dele mantém as funções vitais, tais como o sistema nervoso respiratório e o cardíaco. Segunda a escritora é também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sucção e de deglutição. As reações são exclusivamente reflexas e, assim, típicas de estado vegetativo.

Neste caso, a anencefalia pode ser diagnosticada no início da gestação por meio dos exames pré-natais, particularmente pelos exames de ultrassonografia, este pode ser feito com absoluta certeza, entre o período da vigésima semana à vigésima segunda semana, por meio dos atuais aparelhos de ultrassonografia. Por isso, o argumento de que poderia haver erro de diagnóstico é muito pouco provável, diante dos avanços na área da medicina fetal.

Entretanto, apesar de todos os avanços da ciência médica e da tecnologia a ela relacionada, ainda não há recursos médicos para reverter determinados quadros clínicos, como nos casos de anencefalia. Nestes, a medicina não possui nenhum produto procedimento ou tratamento que possa reverter tal situação.

O anencéfalo está fadado a uma vida vegetativa por breve período de tempo até a morte. Essa realidade completamente nova faz surgir nova realidade jurídica, na qual se discute a colisão de bens constitucionalmente tutelados de um lado, há o direito da gestante à saúde física, psíquica e social e o direito

à liberdade de escolha, quando a continuar ou não a gestação e, de outro, há o direito à vida intrauterina do anencéfalo. A solução jurídica dessa colisão de direitos encontra respostas na interpretação da Constituição de 1988, por meio de análises dos princípios constitucionais de interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais, assim como no Direito Penal e nos Fundamentais e princípios da bioética.

Nesse prisma, a bioética, pode ser compreendida como um ramo da filosofia ética que busca encontrar as respostas da ética tradicional para os problemas contemporâneos surgidos em virtude dos novos descobrimentos das ciências médicas e biológicas e das tecnologias a elas aliadas e que interferem na vida humana.

Nesta linha, o princípio fundamental da bioética é o respeito ao ser humano e à sua dignidade. Apesar de existir uma compreensão atual por parte de todos que seja digna a pessoa humana. Nesta proposição, a dignidade pertence à condição humana e, por isso deve ser respeitada e protegida.

Na visão médica, o doutor Gustavo Nader Marta residente do Centro de oncologia do Hospital Sírio-Libanês, São Paulo, entende que a saúde é um direito fundamental do homem, e possui eficácia imediata e auto-aplicável, é considerando um dever do Estado, obrigando o poder público na efetivação desse direito por meio de prestações positivas essencialmente necessárias para a proteção da vida humana.

Em contrapartida, o Diploma legal no Brasil expressa que o aborto é tipificado pelo Código Penal como crime contra a vida, todavia o artigo 128 do Código Penal, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 em abril de 2012, vigia no sentido de não existir punição em dois casos, a saber: quando não há outro meio para salvar a vida da mãe e, ainda, quando a gravidez resulta de estupro.

III. DIREITO À VIDA EM COLISÃO ADPF 54 (STF).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à vida foi expressamente contemplado no elenco do artigo 5º, caput, na condição mesmo a teor do texto constitucional de direito inviolável. Além da proteção genérica já referida, a vida encontrou proteção constitucional adicional, mediante a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, letra a), guardando, portanto, sintonia textual com o sistema internacional (Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e Protocolo Adicional) e regional (interamericano) de proteção dos direitos humanos.

Para o Ministro Marco Aurélio a ADPF 54 não se discute a descriminalização do aborto, não discute o direito à vida, já que existe uma clara distinção entre este e a antecipação de parto no caso de anencefalia.

Frisou o Ministro que “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível”.

Afirmou que a anencefalia, que pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, é doença congênita letal, para a qual não há cura e tampouco possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior. “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”.

Nesse sentido, entende o relator da ADPF 54 que não há que se falar em direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas, principalmente quando do outro lado estão em jogo os direitos da mulher. Dados apresentados na audiência pública demonstrou que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família.

IV. METODOLOGIA

Em relação ao enquadramento metodológico, essa pesquisa sobre a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 em que descriminaliza o aborto da mãe gestante que decide interromper a gestação de feto com anencefalia, confrontando com as normas de proteção à vida prevista na Carta Magna do ano de 1988, e o princípio fundamental da República do Brasil, apresenta-se dentro do método qualitativo ao tipo de pesquisa bibliográfica. A coleta de dados foi por meio de pesquisa em livros, internet, dissertações e publicações.

V. ANÁLISE DOS VOTOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente. O relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ministro Marco Aurélio, votou, pela possibilidade legal de interromper gravidez de feto anencéfalo. O ministro considerou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal que criminaliza a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

“A incolumidade física do feto anencéfalo, que, sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”, afirmou o ministro, ao sustentar a descriminalização da prática.

Para ele, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Em voto longo e baseado nas informações colhidas durante quatro dias de audiência pública realizada pelo STF para debater o tema, o ministro Marco Aurélio concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Para ele, obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo”, deixando-a desprovida do mínimo essencial de autodeterminação, o que se assemelha à tortura.

Segundo o Ministro, “cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”, afirmou, acrescentando estar em jogo a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres, direitos fundamentais que devem ser respeitados. Na interpretação do ministro, ao Estado cabe o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente antes e depois da decisão, independente de qual seja ela, o que hoje é perfeitamente viável no Brasil.

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ministro Marco Aurélio, também defendendo a exclusão da interrupção ou antecipação do parto de feto anencéfalo do rol dos crimes contra a vida, conforme previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal (CP). Por isso, julgou procedente a ação, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Logo após o voto da ministra, votou no mesmo sentido o ministro Joaquim Barbosa, ao pedir a juntada, com algumas modificações, do voto por ele elaborado sobre esta matéria na análise do Habeas Corpus (HC) 84025.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux foi o quarto a votar na sessão Plenária a favor da possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. “Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal”, disse.

A questão estava sendo debatida na Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) ajuizada em 2004

pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O objetivo da entidade é que seja declarada inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de criminalizar a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

Com base em inúmeros estudos e dados científicos, o ministro Luiz Fux afirmou ser possível chegar a “três conclusões lastimáveis” sobre a gestação de anencéfalos: que a expectativa de vida deles fora do útero é absolutamente efêmera, que o diagnóstico de anencefalia pode ser feito com razoável índice de precisão e que as perspectivas de cura da deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias de hoje.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha se uniu aos votos dos ministros que a antecederam, pela procedência do pedido feito na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que teve o julgamento iniciado na tarde desta quarta-feira (11), pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Em seu voto, a ministra manifestou-se favorável quanto à possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

Segundo a ministra, todos tanto as contribuições dadas durante a audiência pública realizada sobre o tema, bem como os ministros da Corte estão preocupados com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, “com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida”. Ela avaliou que essa situação reflete o momento democrático brasileiro, “de pluralidade e de respeito absoluto pelas opiniões contrárias, o qual precisa ser dito exatamente na perspectiva constitucional”.

Pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, o ministro Ricardo Lewandowski divergiu do relator, ministro Marco Aurélio, e votou pela improcedência do pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) de que o STF fixe entendimento para que a antecipação terapêutica de feto anencefálico não configure crime. Com sua manifestação, o julgamento conta com cinco votos pela procedência da ADPF e um contra, até o momento.

O ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal (STF), votou favoravelmente à possibilidade de a mulher interromper a gravidez de um feto anencefálico sem ser criminalizada. “Levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde a tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir. O martírio é voluntário”, disse.

O ministro Gilmar Mendes foi o sétimo a votar pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, em análise pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Ele considerou a interrupção da gravidez de feto anencefálico

como hipótese de aborto, mas entende que essa situação está compreendida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que a gestação de feto anencefálico é perigosa à saúde da gestante.

No entanto, o ministro ressaltou ser indispensável que as autoridades competentes regulamentem de forma adequada, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia a fim de “conferir segurança ao diagnóstico dessa espécie”. Enquanto pendente de regulamentação, disse o ministro, “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras”.

Oitavo ministro a se pronunciar pela possibilidade da interrupção, por desejo da mãe, do parto em caso de gestação de feto anencefálico, o decano do Supremo Tribunal Federal, foi o ministro Celso de Mello, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

“Julgo integralmente procedente a ação, para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia, dando interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, para que, sem redução de texto, seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes (para todos) e efeito vinculante, de qualquer outra interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico”.

Último a votar, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, manifestou-se pela total improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que discute a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos. O ministro frisou a “diferença abissal” entre este caso e a discussão sobre o uso de células tronco embrionárias em pesquisas. De acordo com o ministro, no caso dos embriões não havia processo vital ao contrário do feto anencefálico, o qual, em seu entendimento, é portador de vida e, portanto, tem de ter seus direitos tutelados.

“O anencefálico morre, e ele só pode morrer porque está vivo”, assinalou. O ministro lembrou, ainda, que a questão dos anencéfalos tem de ser tratada com “cautela redobrada”, diante da imprecisão do conceito, das dificuldades do diagnóstico e dos dissensos em torno da matéria.

Do ponto de vista jurídico, o presidente do STF afirmou que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, “abstráida toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou

extrauterina”. Nesse sentido, o aborto do feto anencéfalo é “conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica”. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “são limitados pela existência das leis”, e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica.

Os apelos para a liberdade e autonomia pessoais são “de todo inócuos” e “atentam contra a própria ideia de um mundo diverso e plural”. A discriminação que reduz o feto “à condição de lixo”, a seu ver, “em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo”. Todos esses casos retratam, de acordo com o voto, “a absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros”.

VI. CONCLUSÃO

O presente trabalho conclui que há muito o que discutir sobre a matéria, observa-se neste momento que objetivo foi lançar luzes sobre o entendimento da Corte Suprema do país que se posicionou favorável ao aborto do feto anencefálico.

Pressupõe a Corte Suprema do nosso país que é inadmissível que à vida de um feto portador de anencefalia tenha chances de sobreviver, e por essa razão imputa-se a descriminalização do crime de aborto no caso de anencefalia, observa-se que o diagnóstico é realizado por meio do exame de ultrassonografia computadorizado, e que após este diagnóstico a mãe terá o direito de escolha entre interromper a vida humana, ou não.

Nesse pensamento, nota-se a inversão de valores éticos e morais em relação à tutela jurisdicional sobre a proteção à dignidade da pessoa humana imputa-se a mãe, no entanto, suprimindo a inviolabilidade do direito à vida, do feto, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 em que a descriminalizou a interrupção da gestação de feto com anencefalia no território brasileiro.

Concluo que a sociedade contemporânea tem muita pressa na solução dos problemas, mas, o tema abordado está a quem do nosso tempo, percebe-se que o sofrimento psicológico da mãe, a fragilidade do diagnóstico e a certeza da morte do feto, conduzem aos ensinamentos que Jesus Cristo deixou na terra, o amor pela vida.

VII. REFERÊNCIAS

- _____. Constituição (1988). **Constituição da República**. Senado Federal. Brasília. 1988. Disponível Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 19 de março de 2017.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Curitiba: Juruá, 2015 págs. 83, 84, 85.
- HEBERMAS. Jurgen. et al. **Artigo Científico. Revista de Direito da Universidade de Brasília. UNB. V. 1 Nº 2. Pág. 186. 2014. Disponível: file:///C:/Users/Vin%C3%ADcius/Documents/Download/s/78-209-2-PB.pdf**. Acesso em: 19 de março de 2017.
- MARTA. Gustavo Nader. et al. Revista da Associação. Médica Brasileira. Scielo. Artigo Científico. **Aborto de Fetos anencefálicos**. ISSN 0104-4230. São Paulo. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302010000500005&script=sci_arttext. 19 de março de 2017.
- MENDES. Carlos Renato Oliveira. Dissertação. Universidade Federal da Bahia. **Discurso a Cerca do Aborto de Anencéfalos No Julgamento Pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 em Face da Supremacia do Direito à Vida no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Ano 2013 págs. 16 e 17. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/11394/1/RENATO%20MENDES%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>.> Acesso em: 19/03/2017.
- STF. Superior Tribunal Federal. Notícias do STF. **Direito à Vida**. Brasília. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>>. Acesso em: 19 de março de 2017.
- STF. Superior Tribunal Federal. Notícias do STF. Votos dos Ministros. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez**. Brasília. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. 19 de março de 2017.
- TORRES. José Henrique Rodrigues. **Aborto e Constituição**. São Paulo: Estúdio. 2015.
- VILELA. Wilza Vieira. Et al. **Aborto, Saúde e Cidadania**. São Paulo: Afiliada. 2011.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, CRIATIVIDADE JURISDICIONAL E A NECESSIDADE DE REINVENÇÃO DE SUAS PRÁTICAS

Jorge Eduardo de Lima Siqueira³⁶; Lorena Novais Farage³⁷; Jacó Batista da Mota³⁸

Faculdade Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré

(jorgeeduardolima7@gmail.com; lorenafarage@hotmail.com; jaco.mota@hotmail.com)

Resumo - O presente trabalho teve como escopo enaltecer posturas já adotadas por juristas que atuam no âmbito dos juizados especiais cíveis para efetivação de seus princípios, que visam maior acesso à justiça e celeridade na resolução de demandas judiciais de menor complexidade. Com base no sucesso dessas ações, novas podem ser reproduzidas e aperfeiçoadas para o alcance da finalidade a que se destina a atuação dos juizados de pequenas causas. O fundamento dessa proposição parte das ideias de acesso à justiça concebidas e escritas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, bem como dos ensinamentos práticos da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça. Ao final é feita proposta de ação que pode contribuir no alcance da finalidades precípuas dos juizados de pequenas causas.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis. Efetivação de Princípios. Boas Práticas. Acesso à Justiça. Razoável Duração dos Processos.

I. INTRODUÇÃO

A efetivação do pleno acesso à justiça para a concretização de direitos e a duração de processos judiciais por tempo razoável tem sido um dos grandes desafios do Poder Judiciário e demais juristas. Essa preocupação ganhou força em escala internacional com o lançamento da obra “Acesso à Justiça”, frutos dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (RIBEIRO, 2012). No livro o direito de acesso à justiça é visto sob nova ótica, especialmente no que se refere à sua natureza de direito fundamental, sustentação feita pelos autores da obra sustentada na premissa de que, não tendo pleno acesso à justiça, a pessoa humana não, por via reflexa, não consegue alcançar a reparação ou efetivação de direitos violados ou não respeitados. Isso equivale a dizer que, sem acesso à justiça não é possível satisfazer direitos.

No Brasil, esses primados foram positivados através de diversas leis. Destaque para a criação dos juizados especiais, através da Lei nº 9.099/95; a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que trouxe a reforma do Poder Judiciário; e, mais recentemente, através da construção e aprovação do Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, construído, dentre outros, à luz do princípio da razoável duração do processo, como bem destacou o Ministro Luiz Fux na exposição de motivos do código (ANGHER, 2016).

A presença desses diplomas normativos no Direito brasileiro atestam a preocupação dos juristas em garantir o livre acesso do cidadão aos órgãos jurisdicionais para defesa e materialização de seus direitos. Assim, estimulados pelo pensamento de Cappelletti e Garth, surgem diversos diplomas normativos que visam aperfeiçoar esse acesso, e o que melhor refletiu esses ideais foi a criação dos juizados de pequenas causas (RIBEIRO, 2012).

A construção deste trabalho inicia tratando de alguns aspectos da visão de Mauro Cappelletti e Bryan Garth sobre o acesso à justiça. Parte em seguida para demonstração dos princípios que regem os juizados especiais cíveis, buscando demonstrar que se compatibilizam com os ideais defendidos pelos autores e, por via reflexa, alcançar em menor tempo possível a solução de conflitos e a efetivação de direitos.

Após a construção teórica supramencionada, passa-se à apresentação de atitudes adotadas por juízes e servidores do Judiciário no sentido de trazer ao plano concreto as disposições legais e os principais fundamentos da lei dos juizados, posturas proativas e favoráveis à sociedade, principalmente aos que dependem do Poder Judiciário para alcançar direitos ou resolver conflitos.

Ao final, estes autores trazem os ensinamentos vividos pela Ministra Nancy Andrighi, apresentando ideia

³⁶ Jorge Eduardo de Lima Siqueira – Professor de Direito Civil da Faculdade Vale do Cricaré, Pós-Graduado em Direito Civil, Processo Civil e Advocacia Trabalhista. Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado. jorgeeduardolima7@gmail.com.

³⁷ Lorena Novais Farage – Professora da Faculdade Vale do Cricaré, Mestre em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogada. lorenafarage@hotmail.com.

³⁸ Jacó Batista da Mota – Professor da Faculdade Vale do Cricaré, Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado. jaco.mota@hotmail.com.

aplicável com os mesmos objetivos e concluindo, por exemplos vivos, que é a real e tangível a possibilidade de efetivação da justiça em tempo razoável, primordialmente no âmbito dos juizados de pequenas causas, exigindo-se entretanto, conhecimento, criatividade e proatividade.

II. O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A Constituição de 1988 traz em seu bojo, especialmente no artigo 5º, um elevado rol de direitos que intitula fundamentais à concretização de sua regra-matriz: a dignidade da pessoa humana. Confere igual importância aos direitos fundamentais o alcance de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, que consiste em “promover o bem de todos” (BRASIL, 2017).

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República estão elencados o direito de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Eis o teor dos dispositivos, respectivamente: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, não se pode olvidar que no Direito brasileiro o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros e aos residentes no país (BRASIL, 2017).

O Ministro Luiz Fux deixa claro na exposição de motivos do código de processo civil de 2015 que não basta a resposta do Judiciário às necessidades jurídicas das pessoas, esse socorro deve se dar em tempo razoável, “afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça” (FUX, NEVES, 2015).

Além da importância da distribuição de justiça em menor tempo, importa destacar, nas palavras de Cappelletti e Garth, o valor do pleno acesso ao Poder Judiciário: “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos” (2002).

Vê-se, portanto, inoidável a importância de que o Estado e o Poder Judiciário busquem meios efetivos de conferir às pessoas a proximidade necessária com

os órgãos jurisdicionais. É nesse cenário que se desenvolve a exposição e defesa de ideias dos autores em destaque, o que passamos demonstrar em apertada síntese.

III. PROPOSTAS DE CAPPELLETI E GARTH DE REFORMAS LEGISLATIVAS PARA O PLENO ACESSO À JUSTIÇA

Em sua obra “Acesso à Justiça”, os autores italianos apresentam diversas propostas de reforma na legislação interna dos países democráticos para o alcance do direito fundamental de pleno acesso à jurisdição (CAPPELLETTI, GARTH, 2002).

Suas propostas se assentam em basicamente quatro alicerces: 1) promoção do acesso popular aos órgãos de jurisdição; 2) atos e estruturas que permitam a equalização das partes envolvidas em litígios processuais; 3) mudança do estilo de árbitros e conciliadores de pequenas causas; e 4) simplificação do direito aplicado aos casos judicializados.

No primeiro ponto, os autores defendem que o acesso pleno à justiça se efetivará com a diminuição dos custos e dos prazos processuais (RIBEIRO, 2012). Equivale a dizer que os países devem buscar diminuir, tanto quanto possível, as despesas suportadas pelas partes para que tenham resposta judicial aos seus problemas. Da mesma forma, o Estado-juiz deve buscar meios de concluir os processos com julgamento e satisfação do direito concedido no menor tempo possível. Uma terceira sugestão e não menos importante, é a de que haja funcionamento de tribunais e fóruns em horários noturnos e/ou aos sábados, permitindo que a população de baixa renda – que normalmente trabalha durante todo o dia, de segunda a sábado – tenham acesso ao judiciário nas horas em que não estão trabalhando, constituindo o funcionamento dos órgãos judiciais apenas em horários normais de expediente, também, uma barreira ao acesso, ainda que não se considere tão grande.

Caminhando para a segunda proposta, os juristas italianos invocam a ideia de que os atos e estruturas judiciais devem promover a equalização das partes envolvidas em litígios processuais. E os autores apontam mecanismos e caminhos que podem auxiliar nessa construção. Neste ponto sugerem “a transformação dos julgadores em atores mais ativos, que possam suprir e auxiliar os litigantes que não contem com assistência profissional e também tornar sua atuação menos formal” (RIBEIRO, 2012).

Acreditando que a mudança no modo de tomada de decisões pode aproximar a população do Poder Judiciário, Cappelletti e Garth (2002) sugerem alteração no estilo dos árbitros, conciliadores e

mediadores de pequenas causas. Partem da ideia de que, para que se alcance a composição entre as partes, é necessário que o mediador, árbitro ou conciliador lhes transmita a sensação de proximidade, sem superioridade. Os juristas acreditam que as tentativas de conciliação nas causas de menor complexidade tendem a ser mais produtivas e eficazes se o agente mediador for um particular – “alguém do povo” –, que permita às partes trata-lo e sentir-se como seu igual, estimulando a sinceridade, a honestidade e a informalidade. Partem da concepção de que as partes tendem a se sentir mais à vontade para manifestar seus anseios quando conduzidos por alguém que não faz parte do alto escalão estatal.

Por fim, propõem os autores italianos a simplificação das normas aplicáveis às demandas judiciais de gravidade reduzida. Neste ponto explanam: “uma das ideias propostas por muitos reformadores de pequenas causas é a de que se permita aos árbitros tomar decisões na ‘justiça’ mais do que na letra fria da lei. (...) É realmente adequado tentar evitar que os tribunais ‘populares’ se tornem órgãos nos quais as regras técnicas, mais que a ‘justiça’, seja o centro dos debates. A dispensa de formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade de decisão do tribunal. Antes de mais nada, as pessoas devem ser capazes de planejar seu comportamento de acordo com os dispositivos legais e invocar a lei, se trazidos ao tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002). Mais à frente, exporemos aqui reflexão similar proposta pela Ministra Fátima Nancy Andrichi.

Como será demonstrado, o espírito das propostas dos autores italianos está presente no texto legal que deu criação aos juzados especiais cíveis, inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 9.099/95, cujas características, aliadas aos ideais de acesso à justiça com menor dilatação temporal, passaremos a abordar.

IV. PRINCÍPIOS DOS JUZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 criou os juzados especiais cíveis e criminais, destinados ao julgamento das causas de menor complexidade. Antes de apontar seus princípios e regras de competência, deixamos claro que este artigo cuidará de questões voltadas especificamente aos juzados especiais cíveis.

Pois bem, o artigo 3º da lei dos juzados especiais estabelece a competência para julgamento dos feitos de natureza civil de menor complexidade, assim considerados: “I - as causas cujo valor não exceda a

quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo” (BRASIL, 2017), além de competir-lhe o julgamento de execução de seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais que não ultrapassem o valor equivalente a quarenta vezes o salário mínimo nacional.

Por sua vez, o artigo 2º da respectiva lei, traz seus princípios fundamentais, a saber: da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, e da primazia da conciliação.

Em artigo intitulado “Os princípios norteadores do juzado especial cível como busca por uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz”, os advogados Tauã Lima Verdan Rangel e Karinne Machado Albino, e os à época graduandos, Liliam Dilem Silva e Pamela Pacheco Brito, dissertam sobre a importância dos preceitos fundamentais destacados no artigo 2º da Lei nº 9.099/95 para o alcance de uma resposta judicial mais célere e útil (ALBINO, BRITO, RANGEL, SILVA, 2014).

Sobre o princípio da oralidade os autores registram que o mesmo se realiza pelo contato do juiz com as partes, sem intermediários. Apontam como exemplo a realização de audiências nas quais o magistrado tenta a qualquer tempo conciliar as partes, com vistas a pôr termo às lides. Sendo infrutíferas as tentativas, no mesmo ato, recebe a defesa do réu, colhe as provas orais e profere sentença, julgando a questão (ALBINO, BRITO, RANGEL, SILVA, 2014). E apontam a finalidade primordial do preceito da oralidade: “esse contato do juiz diretamente com as partes visa uma resposta mais rápida, onde as partes de frente e na presença do Magistrado acreditam ter a possibilidade de contribuir para o deslinde da demanda”.

Acerca do princípio da simplicidade, ensinam os advogados: “o princípio da simplicidade significa dizer, que dentro da lei, na prática dos atos processuais, pode haver dispensa de alguns requisitos que se julga formal sempre que a ausência não prejudicar as partes nem terceiros interessados. O processo deve ser simples no seu trâmite, sem ser revestido de toda formalidade do processo comum. Busca-se a simplificação do procedimento nos juzados especiais, com a supressão de regras arcaicas e complicadas que acabam dificultando o entendimento das partes, visto que em alguns casos elas podem demandar em juízo sem a assistência do advogado. Dessa forma tem que ser simples de modo que qualquer cidadão possa praticar os atos processuais” (ALBINO, BRITO, RANGEL, SILVA, 2014). Mais adiante ver-se-á caracterizados, exemplos de atitudes e ideias

concretizadas que refletem o pensamento dos autores, especialmente no que se refere a esse fundamento principiológico.

O princípio da informalidade indica que, por cuidar de demandas de menor complexidade, o juízes, servidores judiciais e advogados não podem – nem devem – estar apegados a formalidades, devendo primar pela prática de atos processuais com o menor número de procedimentos possíveis, não descuidando de direitos fundamentais e processuais mínimos. Em suma, a forma não deve servir de entrave à rápida solução do litígio, desprestigiando o direito perseguido.

Fruto também da aplicação dos princípios anteriores, a economia processual indica dupla redução: dos atos e formalidades, abreviando a solução do litígio, bem como pela mitigação de custos para o Estado e para as partes. Em interessante citação, registram os autores acima destacados: “O princípio da economia processual tem no processo especialíssimo dos Juizados Cíveis uma outra conotação, relacionada com a gratuidade do acesso ao primeiro grau de jurisdição, em que fica isento o demandante do pagamento de custas, e com facultatividade de assistência das partes por advogado, que dizem, à evidência, com o barateamento de custos aos litigantes fundamentado na economia de despesas, que, com a de tempo e a de atos (a economia no processo, enfim), constitui uma das maiores preocupações e conquistas do Direito Processual Civil moderno” (ALBINO, BRITO, RANGEL, SILVA, *apud* FILHO, Demócrito Reinaldo, *apud* TUCCI, Rogério Lauria, 2014)

Último dos preceitos citados pelo artigo 2º da Lei dos Juizados Especiais, a conciliação visa não só a rápida solução das questões postas em juízo, mas principalmente o restabelecimento de relações humanas, promovendo a paz social e trazendo satisfação às partes envolvidas. Neste ponto, a conciliação mostra-se, muitas vezes, mais efetiva que a solução obtida mediante decisão judicial, pois esta normalmente favorece a um – que se satisfaz –, em detrimento do outro – que permanece insatisfeito, no mais das vezes conservando o atrito entre as partes.

Vê-se, portanto, que os princípios que regem os juizados de pequenas causas refletem as proposições de Mauro Cappelletti e Bryan Garth destacadas neste artigo e que passamos a refletir.

Quanto ao acesso do povo aos órgãos da jurisdição, verificamos sua presença na disposição do artigo 9º da Lei nº 9.099/95, que permite o acesso das partes aos juizados sem assistência de advogado, nas causas de valor igual ou inferior a vinte salários mínimos, portanto reduzindo os custos de acesso da população ao judiciário, além de dispensar as partes de pagamento

de taxas judiciais enquanto atuam na primeira instância.

No que tange aos atos e estruturas que permitam a equalização das partes envolvidas em litígios processuais, a lei torna efetiva essa proposta ao permitir a atuação de conciliadores e juízes leigos, o que facilita a realização de acordos entre partes litigantes, restabelecendo relações e pacificando conflitos, resultados que, muitas vezes, uma decisão judicial impositiva não consegue alcançar.

Através dos princípios da simplicidade e informalidade a lei das pequenas causas abre ensejo à prática judicial do que Mauro e Bryan propõem como “simplificação do direito aplicado aos casos judicializados” (2002) e estes preceitos abrem ensejo à criatividade jurisdicional, na busca e efetivação de direitos em menor tempo possível.

Com base nesses preceitos que sugerem e permite uma atuação com criatividade e variação de formas, empregando tecnologia em favor da efetividade principiológica e jurídica dos juizados de pequenas causas, passamos a apresentar algumas ideias já aplicadas e que obtiveram resultados positivos em várias partes do Brasil.

V. AÇÕES POSITIVAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Um dos grandes desafios de se inovar para o alcance dos primados fundamentais de acesso à justiça e celeridade processual, está em o fazer sem transgredir outros direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, capitulados no art. 5º, LIV e LV, da Constituição brasileira, respectivamente (BRASIL, 2017). Mas alguns bons exemplos dão a demonstração de sua possibilidade e eficácia. Vejamos:

PRÁTICA POSITIVA 1:

A Corregedoria Geral de Justiça de Roraima implantou, no âmbito dos juizados especiais cíveis, o sistema de intimação de partes via aplicativo *whatsapp*. A inovação consiste no registro dos telefones das partes envolvidas no processo e as mesmas são intimadas dos atos processuais via celular. Para conferir maior segurança, os telefones usados para envio das intimações são exclusivos para esta finalidade. Cabe esclarecer que as intimações somente são feitas por este meio nos processos em que as partes não tem advogado, uma vez que nestes casos os patronos são notificados por meio de intimação eletrônica. Através do anexo 1 apresentamos modelo demonstrativo disponibilizado

pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

A Corregedora, Desembargadora Tânia Vasconcelos defendeu a legalidade e apresentou as benesses do procedimento: “conseguimos com a ferramenta reduzir custos, uma vez que não é necessária a intimação pessoal por oficial de justiça. Não há necessidade de impressão de documento, participação de demais servidores lotados nas unidades de protocolo, central de mandados, além de reduzir o tempo de contato com a parte. Quase que imediatamente após o envio, a parte é intimada” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA, 2016).

Fazemos aqui o registro de caso isolado, mas efetivo, ocorrido em Presidente Médice, Estado de Rondônia. A Autora havia vencido a ação judicial, porém o cartório do juizado local não conseguia intimá-la através de seu endereço. Assim, o juiz João Valério Silva Neto proferiu o seguinte despacho: “não sendo apresentados embargos [recursos], intime-se a autora pelo meio menos oneroso e rápido (e-mail, telefone, WhatsApp...)” (VENTURA, 2015). A Autora foi encontrada e intimada através do aplicativo de celular.

PRÁTICA POSITIVA 2:

O Segundo Juizado Especial Cível de Cuiabá/MT, criou um sistema destinado ao pedido de confecção de alvarás, que se realiza através de correspondência eletrônica (*e-mail*). Com a iniciativa, os advogados e as partes desacompanhadas de advogados – nas causas inferiores a 20 salários mínimos –, podem informar através do *e-mail* que seu processo já está em fase de liberação de alvará, solicitando à serventia que providencie sua confecção, o que otimiza o procedimento e facilita o pleito das partes, que não precisam se deslocar até o fórum para tanto.

Com esse procedimento verifica-se a clara efetivação dos princípios que regem os juizados, como destaca Emerson Luiz Pereira Cajango, juiz de direito que coordenava à época a vara respectiva: “com certeza a implantação do atendimento eletrônico contribuirá muito para a efetiva aplicação do princípio da celeridade processual” (CARGNELUTTI, 2016).

Nesse ponto, vale mencionar a inovação trazida pelo código de processo civil de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016 e deve ser aplicado subsidiariamente aos processos em curso nos juizados especiais cíveis. O novo código traz como requisito da petição inicial a indicação do endereço eletrônico das partes (FUX, NEVES, 2015). A exigência demonstra clara intenção do legislador em aperfeiçoar a utilização de métodos virtuais que contribuam para a celeridade e economia processuais.

Assim, se necessária a indicação de endereço eletrônico para possibilitar sua utilização em processos civis em geral, que tratam de questões mais complexas e aos quais não se aplicam o princípio da simplicidade, maior razão há para utilização de e-mail como ferramenta útil nos juizados de pequenas causas, vez que orientados pela simplicidade e dedicados ao julgamento de causas de baixa complexidade.

PRÁTICA POSITIVA 3:

Um acordo foi obtido na 1ª Vara do Trabalho do Gama, Distrito Federal, através do aplicativo *whatsapp*.

A juíza Tamara Gil Kemp criou um grupo no aplicativo cujo nome indicava o número do processo. No grupo acrescentou os números de telefone dos advogados das partes envolvidas no processo. De um lado os interesses da cobradora de ônibus, Lilia Alves de Oliveira, e de outro a empresa de ônibus empregadora, Cootarde.

Através do aplicativo as partes estabeleceram diálogo, pondo suas considerações e propostas, enquanto a juíza realizava a intermediação.

Depois de algumas horas de debates via telefone, as partes chegaram a um acordo, que foi homologado no dia seguinte, em audiência realizada com a presença da juíza, das partes e seus advogados. A audiência homologatória durou cerca de dez minutos. A trabalhadora deixou a vara do trabalho já com direito satisfeito, recebendo o valor acordado.

Comentando o sucesso da inovação a juíza do caso enalteceu seus pontos positivos: “a maior vantagem é a rapidez, porque a Justiça é muito burocrática. Além disso, não fica aquele clima pesado de uma audiência, e as partes podem pensar antes de escrever. Não precisa ser algo imediato” (MODZELESKI, 2015). Na mesma entrevista, destacou que alguns juízes usam o aplicativo *skype* para atender advogados, afastando a necessidade de que precisem deixar seus escritórios para comparecerem pessoalmente às sedes do Judiciário. Ressaltou inclusive que o *Facebook* pode ser igualmente utilizado pelos agentes que atuam no processo, especialmente para produção provas.

A juíza fez discurso estimulando a prática em outros órgãos jurisdicionais, citando os juizados especiais e os feitos judiciais das relações de consumo. Mas fez uma ressalva: “Eu só não concordaria se fosse feito no juizado criminal. É imprescindível a presença da vítima ou órgão acusado e do réu”. (MODZELESKI, 2015)

Por sua vez, a advogada da cobradora enalteceu sua importância para a trabalhadora: “quando ajuizamos

uma ação, o desgaste para resolvê-la [...] é grande, e o que a parte quer é a solução do problema o mais rápido e satisfatório possível. Se pudermos conciliar rapidez com aplicação do direito, melhor”. (MODZELESKI, 2015)

Insofismável que o caso ora relatado se deu na seara trabalhista, o que não se desvia da teleologia deste artigo, uma vez que serve igualmente de exemplo prático digno de menção e igualmente aplicável no âmbito dos juizados. Existe brocardo jurídico que ensina: “quem pode o mais, pode o menos”. Ora, se aplicável à justiça do trabalho de forma válida, maior razão há para reconhecimento de sua validade e eficácia nos juizados especiais cíveis.

Inolvidável que há quem entenda que a utilização de alguns desses métodos revela-se insegura e até ilegal, como registrou o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil do Mato Grosso, Maurício Aude, fazendo referência a intimações através do aplicativo *whatsapp*: “além de não encontrar o devido respaldo legal, não goza de segurança jurídica necessária para o ato” (CARGNELUTTI, 2016). Porém, não se pode, por motivos tais, abandonar ou desistir de práticas que inovam e promovem a concretização de direitos fundamentais dos brasileiros, máxime os da razoável duração dos processos e acesso à justiça, por excesso de formalismo ou apego a métodos antigos e que já podem ser substituídos por outros mais econômicos e céleres.

VI. NOVAS PROPOSTAS E IDEIAS – JORNADA JURÍDICA DE PRÁTICAS PARA JUIZADOS CÉLERES E EFETIVOS

Iniciamos este capítulo com base em algumas passagens da palestra “Conciliação e o Novo Código de Processo Civil” da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi. A apresentação deu abertura ao seminário organizado pelo próprio tribunal: “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, em agosto de 2015, destinado à discussão e exposição das principais mudanças e valores trazidos pelo código de processo civil de 2015, que entraria em vigor em março de 2016.

A Ministra inaugura seu discurso afirmando que o “juiz não pode envelhecer”, porque, para ela, o envelhecimento do juiz indica conformismo com o que está posto e acabado, ensejando uma postura de inércia – desumana e egoística – diante dos problemas sociais que se avolumam nos fóruns e tribunais (ANDRIGHI, 2015).

Durante a ministração, a palestrante narrou que suas afirmações decorrem de sua atuação diária com os processos que são submetidos a seu julgamento em sede recursal, vindos de colégios recursais de todo o

país. Com base nessa vivência afirma categoricamente que os juízes dos juizados especiais cíveis têm se desgarrado de sua competência, abarrotando seus gabinetes com demandas complexas e afastando de si as demandas mais simples, de pacificação social, de compras, prestações de serviços, transporte e outros. Critica a postura de advogados e juízes ao elaborarem petições e decisões muito extensas, chegando a dizer que “uma petição inicial nos JECs não podem exceder a 3 ou 4 laudas e com muito esforço” (ANDRIGHI, 2015). E finaliza suas constatações reafirmando que essas posturas, quando aceitas pelo juiz ou até adotadas por ele, frustra a competência e a simplicidade dos juizados especiais, “eis uma das causas pelas quais o sistema dos JEC não é o sucesso que deveria”.

O Conselho Nacional de Justiça chega à mesma constatação ao lançar em 2015 o Projeto “Redescobrimo os Juizados Especiais”. Sustenta em matéria publicada em seu portal virtual que “muitas das principais diretrizes dos Juizados Especiais foram sendo abandonadas, transformadas. Os critérios que devem orientar um processo que ali tramita – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – foram se perdendo ao longo do tempo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Com convicção Nancy Andrichi afirma que os colégios recursais – segunda instância dos juizados de pequenas causas – deveriam ser absolutamente informais, porém o que se tem visto, “lamentavelmente”, é a “burocratização dos juizados”. Neste ponto, chega a sugerir: “as sessões [de julgamento] poderiam ser feitas por sistema virtual, ou até mesmo por *skype*”.

E parecendo incorporar a última das propostas de Cappelletti e Garth – simplificação do direito aplicado aos casos judicializados – a ministra encerrou seu pronunciamento com essas palavras: “os julgamentos nos juizados especiais devem dar à sentença um toque de altruísmo e caridade, aplicando a lei de uma forma humanizada. Esse é o juizado especial!” (ANDRIGHI, 2015).

Fundados nesses ensinamentos e estudos ora apresentados, ousamos propor uma ideia, além das já aqui esboçadas.

Consiste na realização de fóruns, seminários, ou jornadas para o trato de questões ligadas aos juizados locais, com a participação ativa dos juízes e advogados da cidade ou região, destinados ao estabelecimento conjunto, mediante debates e aprovação de enunciados que possam indicar a postura que será adotada por todos os profissionais

envolvidos dali em diante no âmbito dos juizados locais, para melhor consecução de seus objetivos.

Como fruto dessa realização ter-se-ia uma espécie de tratado de cooperação, construído e firmado pelas partes envolvidas em um sistema que, vivido na sua essência e iluminado pelos primados da boa-fé e cooperação, traria benefícios não só aos profissionais do direito que militem na região, mas especial e primordialmente, a todos os que necessitassem se socorrer dos juizados especiais cíveis. Eis a proposta destes autores.

VII. CONCLUSÃO

Extrai-se das ações criativas relatadas neste escrito, que elas se sustentam basicamente nos princípios da simplicidade, informalidade e da economia processual, tendo por finalidade acelerar a tramitação dos processos de pequenas causas locais, teleologia aplicada do sistema dos juizados especiais.

A importância de tais comportamentos se verifica pelo aumento crescente do número de processos que tramitam no âmbito dos juizados especiais, como bem relatado pela Ministra Nancy Andrichi. Nesse diapasão, os estudos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, adotados pelos ensinamentos pragmáticos da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, trazem luz a um sistema que não pode perder a sua essência, sob pena de graves prejuízos aos jurisdicionados e seus direitos.

É imprescindível, portanto, que os servidores, juizes e advogados militantes nas varas de pequenas causas reflitam a necessidade desse processo de reinvenção das práticas processuais neste âmbito. Isto muito mais sob o aspecto pragmático que teórico, ou há que se perder totalmente a finalidade dos juizados de pequenas causas, passados pouco mais de 20 anos de sua criação.

Não faltam bons exemplos e ideias, mas talvez uma dose a mais de estímulo, proatividade e preocupação sincera em fazer com que o Poder Judiciário e Advocacia cumpram o relevante papel social de defender e conferir direitos, máxime os direitos fundamentais de acesso à justiça e razoável duração do processo, ambos reflexos pela regramatrix constitucional: a dignidade da pessoa humana.

Eis a necessidade de ações inovadoras, que não deixem que os juizados de pequenas causas percam sua essência e indispensável finalidade: julgar as causas de menor complexidade em menor tempo possível e pacificar pequenos conflitos de forma econômica e útil.

VIII. REFERÊNCIAS

ANGOTTI, J.A. **Metodologia do ensino de Ciências**. São Paulo: Ática, 1992.

ALBINO, K. M.; BRITO, P. P.; RANGEL, T. L. V.; SILVA, L. D. **Os Princípios Norteadores do Juizado Especial Cível como Busca por uma Prestação Jurisdicional mais Rápida e Eficaz**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29026/os-principios-norteadores-do-juizado-especial-civel-como-busca-por-uma-prestacao-jurisdicional-mais-rapida-e-eficaz>> acesso em: 24 mar. 2017. 2014.

ANDRIGHI, F. N. **O Novo CPC e os Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4oFiQyTKUaA>> acesso em: 24 mar. 2017.

ANGHER, A. J. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 23.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 9.099/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017, Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 mar. 2017, Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. **Juizados Especiais Passam a Intimar Partes por Meio do Aplicativo Whatsapp**. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias-em-destaque/821-juizados-especiais-passam-a-intimar-partes-por-meio-do-aplicativo-whatsapp>> acesso em 24 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Redescobrimos os Juizados Especiais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimos-os-juizados-especiais>> acesso em 24 mar. 2017.

CAPPELLETTI, M.; Garth, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARGNELUTTI, V. **Juizado Permite Solicitação de Alvará via E-mail**. Disponível em: <https://tjmt.jus.br/Noticias/46651#.WNThW2_yvIU> acesso em 24 mar. 2017. 2016.

FUX, L.; NEVES, D. A. A. **Novo CPC Comparado**. 1.ed. São Paulo: Método, 2015.

MODZELSKI, A. **Juíza do Distrito Federal Agiliza Negociação via Whatsapp e Audiência Demora 10 Minutos**. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/12/17/juiza-do-df>>

agiliza-negociacao-via-whatsapp-e-audiencia-demora-10-minutos.htm> acesso em 24 mar. 2017. 2015.

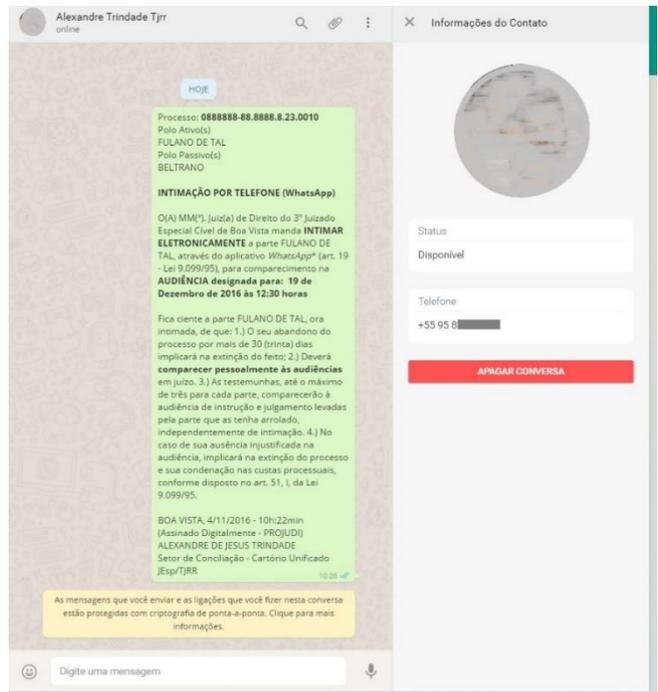
RIBEIRO, R. dos S. **A obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryan Garth e o Cenário Jurídico Brasileiro**. Direito. ISSN 1127-8579, 2012.

VENTURA, F. **Juízes estão usando WhatsApp para intimar réus e mediar negociações**. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/justica-no-whatsapp/>> acesso em 24 mar. 2017. 2015.

IX. COPYRIGHT

Direitos autorais: Os autores são os únicos responsáveis pelo material incluído no artigo.

X. ANEXO 1



RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA RELEVANCIA PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Jorge Eduardo de Lima Siqueira⁴¹; Jacó Batista da Mota⁴²; Lorena Novais Farage⁴³;
Faculdade Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré.
(jorgeeduardolima7@gmail.com; Jaco.mota@hotmail.com, lorenafarage@hotmail.com)

Resumo - Este trabalho tem por objetivo a análise econômica jurídica e sociológica da falência. A importância deste estudo consiste no fato de ressaltar o desenvolvimento regional, buscando esclarecer pontos importantes do ponto de vista econômico da recuperação judicial, relatando os motivos ensejadores da sua criação, essencial à manutenção de empresas, justamente por serem fontes geradoras de trabalho, circulação de bens e serviços, bem como também, entes arrecadadores de tributos, constituindo imprescindível fonte de receita para os Estados e levando grandes benefícios a sociedade em geral. A realização do presente trabalho se deu por meio de estudos doutrinários, análise de dados estatísticos e da comparação entre a Lei de 11.101/2005 e os institutos revogados pela mesma, refletindo os malefícios e benefícios trazidos pela lei à sociedade. Os resultados obtidos esclarecem a questão da eficiência e eficácia do novo diploma legislativo, no atual cenário econômico para empresas que se encontram em crise econômico-financeira.

Palavras-chave: *Empresarial. Recuperação Judicial. Desenvolvimento Regional.*

I – INTRODUÇÃO.

Este trabalho teve como objeto de estudo a Lei de Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, que trata a recuperação judicial, extrajudicial e o instituto da falência do empresário individual e da sociedade empresaria, com ênfase no instituto da recuperação judicial. Tal Instituto revela-se de suma importância para os exercentes de atividades econômicas encampadas por esta lei, que apresenta soluções de superação de crise econômico-financeira pela qual a empresa venha a passar, dando aos exercentes de atividades empresarias a possibilidade de propor um plano de recuperação da empresa, com a devida anuência de seus credores.

Antes da entrada em vigor da “nova” Lei de recuperação de empresa, as empresas que se

encontrassem em situação de crise econômico-financeira deviam socorrer-se na antiga Lei de Falências (Antiga Lei de Falência, Decreto-Lei nº 7661/1945).

O referido instituto substituiu o instituto da Concordata pela Recuperação Judicial, o que acabou por conferir maior flexibilidade para as empresas que passam por dificuldades financeiras negociarem dívidas com seus credores.

Nesta esteira, os credores passaram a participar de maneira mais efetiva no procedimento, uma vez que o plano de recuperação judicial apresentada pelo devedor, deverá ser analisado e aprovado em até seis meses, sob pena de decretação da falência.

A atual Lei de recuperação judicial busca viabilizar a recuperação financeira do devedor o que permite a manutenção dos postos de trabalho, arrecadação de tributos e a produção e circulação, de bens produtos e serviços, gerando riquezas para a região onde se situa.

Por este aspecto, observa-se que o cunho da nova Lei, é eminentemente protecionista, no sentido de proporcionar-lhe cumprir sua função social, estimulando a atividade econômica, e consequentemente preservando os valores constitucionais do trabalho e da livre iniciativa.

Neste sentido, fica clara a discrepância da atual lei com a lei que regulamentava a falta de saúde financeira dos exercentes de atividade econômica, pois anteriormente os pedidos de falência, em sua quase totalidade, apesar de não ter o objetivo de decretar a quebra da empresa a princípio, traduzia-se em verdadeira ação de cobrança, ou seja, processo moroso de execução de dívidas pelos credores das empresas, pelo fato de ter o credor que se sujeitas a burocracia judicial e seus inúmeros recursos protelatórios, etc. Assim, não há mais que se falar em concordata, pois restam banidos de nosso ordenamento, tendo sua matéria sido regulada inteiramente pela Lei 11.101/05, tendo em vista a globalização do comércio, que trouxe novos conflitos sociais, prescindindo de um instrumento que

⁴¹ Jorge Eduardo de Lima Siqueira – Professor de Direito Civil da Faculdade Vale do Cricaré, Pós-Graduado em Direito Civil, Processo Civil e Advocacia Trabalhista. Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado. jorgeeduardolima7@gmail.com

⁴² Jacó Batista da Mota – Professor da Faculdade Vale do Cricaré, Mestrando em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogado.

⁴³ Lorena Novais Farage – Professora da Faculdade Vale do Cricaré, Mestre em Desenvolvimento Regional, Educação e Gestão Social. Advogada.

fosse capaz de atender os anseios sociais e o desenvolvimento da sociedade, ao passo que, pelo simples fato do crescimento do número de desempregados, haveria uma maior procura por benefícios assistenciais como o seguro desemprego, obrigaria também o Estado a criar novas políticas públicas, entretanto como reforçamos, tendo queda na arrecadação.

Em decorrência destes fatos econômicos deve-se haver um despertar não só dos que exercem a atividade econômica com empresarialidade, mas da sociedade como um todo.

Por tudo, antes de cogitar a decretação de falência de uma empresa, há fatores externos que devem ser sopesados e somados para que a decisão a ser tomada seja equilibrada e possa efetivar o bem comum.

II - CONCEITOS FUNDAMENTAIS E BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Antes de adentrarmos o estudo propriamente dito do instituto da recuperação judicial, convém traçar alguns conceitos básicos, para facilitar sua compreensão, tais como o que é considerado empresa, para o Direito Empresarial, conceito de empresário, sua caracterização e impedimentos, bem como o que vem a ser estabelecimento, patrimônio e ente coletivo/PJ.

Como é cediço de todos os atuantes e não atuantes na ceara empresarial, que o comércio não é uma atividade recente, passando ao longo do tempo por diversas transformações, dentre elas, a necessidade de se estabelecer regras uniformes no tocante a atividade comercial/empresarial, imagine a seguinte situação, antes invenção do cambio, como deveria ser penoso estabelecer o valor correto na compra venda e revenda de mercadorias, outra situação seria o fato de se comparar a atividade comercial à atividade desenvolvida a exemplo no fundo de quintão. Pensando nisso, a sociedade medieval, cuja história remonta as origens do direito empresarial, avançou no sentido de criar critérios objetivos, capaz de distinguir comerciante de não comerciante, como forma de proteger e resolver os conflitos decorrentes de tal atividade, assim, surge as corporações de ofício, como entidades que regulamentavam a atividade empresarial à época.

Ocorre que para ser considerado empresário/barra comerciante, o explorador da atividade econômica deveria ostentar a qualidade de membro, assim tinham uma série de vantagens, tais como acesso as rotas de comercio, ser julgado por seus pares, etc.

Todavia, mais tarde, com a decadência do sistema feudal, as corporações de ofício foram perdendo força, e povo em geral, clamava a seus sobreanos que aplicassem a eles as mesmas regras usadas na justiça privada instituídas pelas corporações, neste cenário já

por volta do século XVI, pautados pelos ideais da revolução francesa, insculpidas no lema igualdade, liberdade e fraternidade, foi editado o Código Comercial Frances, o qual adotou uma nova teoria para identificar e diferenciar o que seria atividade comercial e civil, neste período, cumpre ressaltar que já não se leva em consideração para a caracterização de comerciante critérios subjetivos, tal como o simples fato de aderir a uma corporação, com a entrada em vigor do Códex Frances, adotou-se a teoria dos atos de comercio, por tal, teoria, somente seria considerado empresário quem exercesse atividades que se encontravam preestabelecidas em uma lista, assim se sua atividade não estava disciplinada em lei, ela seria considerada atividade civil e não comercial.

Todavia tal sistema inviabilizava a adoção de um critério científico capaz de distinguir quais atividades seriam consideradas comerciais e não comerciais. Apesar de vigorar pôr muito tempo e influenciar a codificação comercial de vários países, inclusive o Brasil, esta forma de pensar e agir foram substituídas gradualmente, em nosso ordenamento, pela teoria da empresa, criada na Itália por volta de 1942 pelo italiano Cesare Vivante, por tal teoria a princípio qualquer atividade econômica poderia ser considerada atividade empresarial, esta teoria foi a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a edição do Código Civil de 2002, lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Em seu artigo 966, na parte que trata do direito de empresa, traz o conceito de empresário, como quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços. A doutrina veio, para esclarecer, tal conceito, ao passo que explica que quando a lei se refere a todo aquele, faz menção, que pode ser empresário, tanto pessoa física quanto Jurídica, já profissionalmente se refere a exercer a atividade com habitualidade, fazendo da mesma um meio de sustento próprio, não seria por mesmo que alguém se daria o trabalho de produzir algo para terceiros se não pelo fato de auferir lucro, o que caracteriza outro elemento do conceito de empresário, que vem a ser o exercício da atividade econômica, que em última análise, visa obtenção de lucros decorrentes da operação.

Quanto a organização da atividade para a produção e ou circulação de bens ou serviços, vemos que será necessário ao empresário para o desenvolvimento da atividade econômica, a organização dos fatores de produção, tais como, mão de obra, insumos, capital e tecnologia.

Assim, caso a pessoa se enquadre nos preceitos contidos no artigo 966 do CC/02, será considerado para todos os efeitos empresário, ainda que não seja registrado na junta comercial, que e o órgão responsável pela execução dos registros empresariais. om caracterizado o empresário, passemos ao conceito de empresa, e neste aspecto podemos conceituar segundo a doutrina especializada,

a empresa, como sendo a própria atividade desenvolvida, ou seja, atividade abstrata, assim ao nos reportarmos a uma empresa de transporte público urbano, deveríamos entender que empresa neste caso seria o exercício de prestar serviços de transporte público urbano, e não enxergamos empresa como sujeito de direitos e deveres, pois o sujeito de direito ao qual se destinam as normas empresariais, são o empresário individual e a sociedade empresaria.

Ainda em relação a estes conceitos, ressalte-se a figura do estabelecimento, que segundo o código civil, não se refere exclusivamente ao local onde a atividade se desenvolve, informando em seu artigo 1.142 que estabelecimento é todo complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, do qual o ponto comercial faz parte, organizados finalisticamente pelo empresário individual ou sociedade empresaria, para o exercício da empresa, assim também cumpre ressaltar que patrimônio, seriam os bens que compõe o estabelecimento, ou seja, uma parcela, uma fração do estabelecimento.

Superado tais entendimentos, convém falar que nem, sempre a resolução dos problemas na será empresarial, se deram com a mesma tranquilidade de hoje.

A legislação na antiguidade, por exemplo, aduzia e a sociedade praticava a execução das dívidas do comerciante, de forma cruel, onde cada credor ficava com uma parte do corpo do devedor, ou tinha-o como escravo.

Avançamos um pouco, entretanto ainda havia muitos problemas decorrentes do exercício da atividade empresarial, pois em 1945, foi promulgada a Lei de Falências, Decreto-Lei nº 7.661/45 posteriormente revogada pela Lei 11.101/05.

Entretanto a antiga lei de Lei de falências, que trazia em seu busto os institutos da concordata preventiva, suspensiva e a falência do empresário, considerando falido, o comerciante que sem justo motivo, deixasse de saldar suas obrigações, incerta em título que legitimasse a ação executiva concursal, vigorou no direito brasileiro por longo tempo, vigendo e regulando o instituto da concordata e da falência do comerciante por um período de 60 anos, com o cunho de evitar a liquidação de empresas.

III - INOVAÇÕES NA LEGISLAÇÃO CONCURSAL.

A antiga Lei de falências vigeu por muito tempo, e diante de sua ineficácia sistemática, revelou-se necessário de criação de um novo diploma que tratasse da matéria, ensejando, então, a criação da nova Lei de “recuperação” de empresas, buscando de fato a recuperação da empresa e seu fim pela simples satisfação de seus credores, pois, a concordata não satisfazia os interesses do governo, dos trabalhadores, dos empresários e nem tão pouco os interesses dos credores.

Assim, criaram-se novos institutos tais como a recuperação judicial, que é nosso tema de estudo, bem como a recuperação extrajudicial, que depende da concordância da maioria de seus credores, segundo dicção dos artigos 162 a 163 e 165 da Lei 11.101/05. Nestes termos operou-se pelo novo sistema, a transferência do risco econômico do empresário também à seus credores, pois, o sucesso do plano recuperação judicial, também depende destes.

IV RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Sem sombra de duvidas, outro avanço que revolucionou as relações econômicas, dos empresarios que não raro enfrentam situação de crise econômico financeira, foi o instituto da recuperação judicial, criado pela Lei 11.101/05, criado com o intuito de amparar as empresas em situação de crise econômico-financeira e também viabilizar o recebimento de créditos, pelos interessados como os credores e investidores, propiciando também a manutenção dos postos de trabalhos e a própria coletividade.

Neste sentido é o artigo 47 da Lei 11.101/2005 que se refere a este instituto como tendo: “Art. 47. A recuperação judicial por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Entretanto, para que tal objetivo se torne possível, se faz necessária a valoração da viabilidade de se continuar as atividades da empresa que se encontra em crise financeira, assim, para se propor judicialmente plano para sua superação, deverá o interessado ter uma equipe multiprofissional, composta por advogados, contadores, administradores, conforme ensina o professor Fabio Ulhoa Coelho, na obra “Manual de Direito Comercial” a respeito dos meios de recuperação da empresa, relatando que: (...) Os administradores da sociedade empresaria interessada em pleitear o beneficio em juízo devem analisar, juntos com o advogado e demais profissionais que os assessoram no caso, se entre os meios indicados há um ou mais que possam mostrar-se eficazes no reerguimento da atividade econômica. (...). Ocorre que, nem toda empresa poderá ter acesso a recuperação judicial neste sentido é o entendimento do eminente Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Fábio Ulhoa Coelho em seu livro “Manual de Direito Comercial”, afirmando que: (...) Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimento no negocio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. (...). Apesar de se conviver com a ideia de que nem todas as atividades empresariais em crise terão acesso ao instituto da recuperação, conforme

previsão expressa na Lei 11.101/05 em seu artigo segundo aduzindo que: Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Ainda assim, a recuperação judicial alcança um gama de outras atividades empresariais que são fundamental para o desenvolvimento de qualquer sociedade, além de ser menos gravosa que a falência, tendo em vista o procedimento falimentar ser mais duro e rigoroso, pois na falência há simplesmente a arrecadação e liquidação dos bens do devedor com o fim de satisfazer o crédito dos credores, sem nenhuma preocupação com a manutenção dos empregos dos trabalhadores, circulação de bens, produtos, serviços e arrecadação de tributos, dentre outras situações.

Todavia, o acesso a recuperação judicial não pode ser feito de qualquer maneira, assim para que seja viável, temos que respeitar como critérios de admissibilidade para deferimento e processamento da recuperação judicial, dentre outros, a determinação do artigo 48 da Lei 11.101/2005 dispondo que: “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.”

Desta forma, os empresários individuais e as sociedades empresárias que não são elencadas no artigo 2º da atual Lei de recuperação de empresas e que preencham os requisitos do artigo 48 dessa mesma lei, poderão requerer a recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou a falência.

Ademais, fora os requisitos supracitados, o pedido de recuperação judicial deve ser instruído com os documentos necessários e para seu deferimento, se faz necessário também a apresentação do plano de recuperação, e que este plano seja apresentado no prazo Máximo de 60 dias conforme previsto no artigo 53 da Lei 11.101/2005.

Outro requisito não menos importante, é que haja a aprovação na assembleia de credores, sendo também necessário o fiel cumprimento pelo empresário das

obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Para que seja aceitável, o plano recuperação judicial deve conter os devidos instrumentos necessários para a efetiva superação da situação de crise econômico-financeira da empresa, de certo que se não houver tais instrumentos no plano de recuperação apresentado ele somente serviria para procrastinar o pagamento dos credores, gerando enorme insatisfação e insegurança também para os trabalhadores.

Ademais quando da elaboração do plano, devese descrevê-lo de forma clara e com ampla visibilidade, uma vez que nos termos do artigo 56 da Lei 11;101/05 poderá haver objeção por parte dos credores, neste caso: “Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleiageral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1º A data designada para a realização da assembleia geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. (...) § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.”

E no caso de rejeição do plano nos termos do artigo supracitado, acarretará a decretação da falência da empresa devedora.

Por isso, considerando o sucesso do plano, deverá ser feito um estudo com base na viabilidade econômico-financeira da empresa, diagnosticando-se a situação de crise e a avaliação das perspectivas de mercado e negócio, somente assim, será então possível a elaboração de um plano de recuperação consistente, de forma que não seja passível de rejeição. Outrossim, com a recuperação judicial aumentam as chances de satisfação dos créditos, e a continuidade dos postos de trabalho.

A de se ressaltar que, no ajuizamento de ações de recuperação judicial ou falência de empresas, a partir do deferimento de seu processamento ou da decretação da falência, deverá ser afastado seu gestor e nomeado administrador judicial, devendo ser pessoa dotada de idoneidade, preferencialmente, um administrador de empresas, mas poderá também ser um economista, advogado, contador ou ainda outra pessoa jurídica especializada, tudo isto de acordo com o exposto no artigo 21 da Lei de recuperação de empresas, Lei 11.101/2005, neste caso depreende-se, que a escolha do profissional esta intimamente ligada a familiaridade que tal profissional tem com a área, para que possa exercer sua função com maior destreza.

Entre os órgãos necessários ao desenvolvimento da Recuperação judicial ou Falências, descritos na lei de falências, um órgão que se faz muito importante neste processo é a assembleia geral de credores que será presidida pelo administrador judicial, é um órgão, incumbido das mais importantes deliberações no que

tange às iniciativas tomadas na busca da recuperação judicial da empresa em crise.

A assembleia geral de credores tem suas atribuições previstas no artigo 35 da Lei 11.101/2005, aduzindo que para a: “a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado e pelo devedor; b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) (VETADO); d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4o do art. 52 desta Lei; e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.”

Sendo nomeado gestor judicial, será atribuído ao mesmo, todas as normas legais previstas sobre deveres, impedimentos e remuneração que são legalmente atribuídas ao administrador judicial.

Outrossim, os credores que fazem parte da assembleia-geral de credores, poderão constituir um comitê de credores, este que também é um órgão específico da recuperação judicial insculpidos no artigo 26 da Lei 11.101/05.

Por todo exposto, depreende-se que o instituto da recuperação é um fator importante no âmbito do desenvolvimento regional, na medida em que visa dar uma sobrevida a empresa, propiciando a continuidade na geração de riquezas. No Estado do Espírito Santo especificamente na Grande Vitória, segundo dados que comparam o ano de 2014 e 2015 da 13ª Vara Cível de Vitória, houve um aumento de 40% dos pedidos de recuperação judicial, em 2015, dentre os setores afetados por esse fenômeno, estão a Construção Civil, comércio exterior e Logística.

Sobre o tema, em entrevista realizada no dia 14/03/2016 na TV Gazeta, o economista Orlando Caliman chamou a atenção para o alto índice registrado e disse que o número pode ser ainda maior em 2016.

Relata o economista que “Nesse início de 2016, a situação piorou. A gente pode observar o grande número de lojas que estão fechando e empresas que pediram recuperação judicial esse ano. Algumas dessas são de dimensões razoáveis, o que causa um impacto direto na economia”.

Mesmo com os impactos iniciais do fenômeno ocorrido no Espírito Santo, o pedido de recuperação judicial atenua impactos negativos, pois, consegue-se prolongar o funcionamento da empresa, dando esperança, para que os empresários, cumpram assim com função social da empresa, na produção de bens serviços arrecadação de tributos e manutenção dos postos de empregos, enfim gerando lucros.

Segundo dados extraídos do portal G1 TV Gazeta, “em 2015, empresas ligadas à construção civil foram as que mais entraram com o pedido de Recuperação judicial na Justiça. Já em 2016, o impacto se estendeu ao comércio e aos serviços”.

Segundo o economista Orlando Caliman, “Há um efeito em cadeia. Se a indústria reduz a atividade econômica, também reduz as compras da própria indústria, o que afeta o serviço”.

Em que pese os problemas financeiros suportados pelo setor econômico, se não fosse a existência do instituto da Recuperação judicial, os prejuízos seriam bem maiores. Neste sentido o que se revela realmente preocupante é os dados levantados pela Junta Comercial do Espírito Santo (JUCEES) onde diz que “cresceu em ritmo acelerado o fechamento de empresas no estado. Enquanto em 2016, nos dois primeiros meses do ano, 795 empresas foram encerradas, no mesmo período de 2015, esse número era 51,4% menor, ou seja, foram 525 fechamentos.

Assim pela análise do gráfico 1, podemos ver que em relação ao mesmo período de 2015, em 2016 foram encerradas 270 empresas, a mais.

Segundo o economista e professor Orlando Caliman, “A situação econômica desfavorável no país e a instabilidade política que se agravou no final de 2014 também refletiram no número menor de empresas abertas no Espírito Santo”.

Pois, “enquanto em 2014, em janeiro e fevereiro, foram 1.317 empresas constituídas, em 2015, o número caiu para 1.239 no primeiro bimestre do ano. Em 2016, o ritmo mais uma vez desacelerou e o número caiu para 1.151 empresas abertas”

Neste caso não precisa ser doutor para constatar que o instituto da recuperação judicial é mais tranquilo, mais favorável, pois fornece oxigênio às empresas que estão sem ar.

Assim, vemos que houve uma diminuição significativa no número de empresas que iniciaram suas atividades sujeitas à registro na Junta Comercial, neste sentido conforme gráfico acima, houve uma queda no número de registro de empresas de aproximadamente 11%, comparando o ano de 2014 em relação ao mesmo período de 2016.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Foi levantado na elaboração do presente trabalho, no que tange à legislação concursal em vigor, Lei 11.101/05, apontamentos da recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e falência de empresas, que viabiliza a recuperação de empresas possibilitando, de maneira flexível, a superação da situação de crise econômico-financeira de empresas viáveis. Entretanto, o processo de recuperação judicial é custoso, pois há o envolvimento de diversos agentes, para que se comprove e possibilite a viabilidade da continuidade da empresa em crise.

Também se faz necessário frisar que a Lei de recuperação de empresas prevê que, mesmo concedida à recuperação judicial, não sendo cumprido o que foi exposto no plano de recuperação, em qualquer de suas formas, haverá a decretação da falência do empresário ou da sociedade empresária.

É perfeitamente possível afirmar que o estudo da legislação concursal, Lei de recuperação de empresas, foi de grande valor educacional, pois foi possível constatar como uma empresa pode se recuperar de eventual situação de crise econômico-financeira por meio da ação de recuperação judicial.

Diante de todo o estudo realizado, ficou constatado que de fato, a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, no que tange a recuperação judicial, proporciona e esta proporcionando às empresas que enfrentam situação de crise econômico-financeira, a recuperação destas, exemplo disso é o grande número de empresas no Estado do Espírito Santo, que buscam a tutela de tal instituto.

No entanto, a continuidade, por longo prazo, das atividades do empresário ou da sociedade empresária recuperada dependerá da gestão realizada na empresa e de um bom planejamento com coordenação, controle e uma efetiva execução, de forma a possibilitar o desenvolvimento e o crescimento do empresário ou da sociedade empresária, de maneira competitiva no mercado. Se tal sistemática não fosse viável, não haveria o crescimento no número de pedidos como tem ocorrido em nosso estado, sinal de que as empresas tem possibilidades de reerguerem e se manterem no mercado.

VI REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BRASIL. **Decreto-lei 7.661 de 21 de junho de 1945.** Dispõe sobre a Lei de Falências.
- BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil brasileiro.
- BRASIL. **Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.** Dispõe sobre a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 3. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

- COELHO, Fabio Ulhoa, **Manual de Direito Comercial**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- SOUTO JÚNIOR, Carlos. **Nova lei de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1096, 2 jul. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8587/nova-lei-de-recuperacaode-empresas-lei-n-11-101-2005>. Acesso em: 28 mar. 2016.
- TEPEDINO, Ricardo. **A Recuperação da Empresa em Crise Diante do Decreto- Lei 7.661/1945.** Revista de Direito Mercantil, p.166, 2012.
- Cresce numero de empresas que correm risco de falência no Espírito Santo.**

<http://g1.globo.com/espírito-santo/bom-diaes/videos/v/cresce-o-numero-de-empresas-com-riscode-falencia-no-es/4881609/>

JUNTA COMERCIAL DO ESPÍRITO SANTO –

JUCEES, Repartição pública estadual, subordinada tecnicamente ao SINREM – Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis, Endereço: Av. Getúlio Vargas, 500 - Centro, Colatina - ES, 29700-011, Telefone: (27) 3722-9401.

ORLANDO CALIMAN, Formado em Economia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Mestre em Economia pela Arizona State University, Arizona – EUA. Durante muitos anos foi professor de Economia na UFES e também foi diretor e presidente do Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo; desenvolveu diversos estudos e pesquisas sobre economia e desenvolvimento do Espírito Santo; atuou e coordenou projetos de elaboração de planos de desenvolvimento local, regional, estadual e setorial; é articulista semanal do jornal A Gazeta; é sócio diretor da Futura – Instituto de pesquisa e membro fundador do Espírito Santo em Ação.

IX. COPYRIGHT

Direitos autorais: Os autores são os únicos responsáveis pelo material incluído no artigo.

PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.

Carlos Manoel Batista⁴⁴, Roberto Fanti de Resende⁴⁵, Christiane de Andrade Gomes⁴⁶
Faculdade Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré

Resumo: O presente artigo apresenta o conceito de alimentos, bem como o de prestação alimentícia, passando por todas as suas formas: por parentesco, matrimônio, ressarcitórios ou voluntários, até chegar à previsão de prisão civil como maneira de executar o devedor, analisando se esta é ou não constitucional. Para tal, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, bem como a de internet.

Palavras-chave: alimentos, prestação de alimentos, prisão civil.

I - INTRODUÇÃO

Alimento se refere ao necessário para o sustento de uma pessoa, passando, portanto, daquele conceito estrito que nos leva a entender apenas como comida. Quando existe a obrigação de prestar alimentos, é necessário que abranja ao sustento, vestuário, educação, moradia, dentre outros. É o necessário para que a pessoa possa se sustentar.

Neste artigo, além de apresentar o conceito de alimentos, passamos pela obrigação de prestar de alimentos até chegar às suas formas de execução, dando especial atenção à prisão civil, tendo como objetivo analisar se esta forma é ou não constitucional. Para tanto, utilizamos a pesquisa bibliográfica, bem como a de internet, para subsidiar o presente estudo.

II - ALIMENTOS: CONCEITO

Quando falamos em alimentos, não nos limitamos ao conceito comum, nem podemos entender apenas como o necessário para o sustento de uma pessoa. Ao falar em alimentos, envolvemos tanto a obrigação de prestá-los, como o conteúdo da obrigação a ser prestada.

Alimentos são prestações pagas para satisfazer as necessidades vitais de quem não tem as condições de provê-las por si, e, segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho, “representam todo valor necessário ao sustento do alimentando, devendo ser fixados de acordo com as circunstâncias específicas de cada pessoa”.

Conforme os artigos 1.694 e 1.920 do Código Civil, os alimentos abrangem o indispensável para sustento, vestuário, moradia, saúde, instrução e educação. Vejamos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes”. O que quer dizer que existe, portanto, uma obrigação, prevista em lei, de mútuo auxílio familiar.

Os alimentos podem ser divididos em naturais ou necessários, e civis ou cômputos. Segundo Marcelo Abelha, os naturais se relacionam com o que diz respeito à necessidade básica do alimentando, enquanto os civis estão relacionados a tudo que vai proteger a sua qualidade de vida.

III - PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Os alimentos podem ser legais ou voluntários. Existe um vínculo que cria o dever de alimentos, podendo este ser por parentesco, por matrimônio, ressarcitórios ou voluntários.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seus artigos 227 e 229, que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁴⁴ Mestre em educação gestão social e desenvolvimento regional. Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré

⁴⁵ Especialista em Direito e Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

⁴⁶ Mestranda em educação, gestão social e desenvolvimento regional. Professora do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré.

Assim, percebe-se que a própria Constituição estabelece o vínculo de parentesco, tanto no grau descendente como no ascendente.

Além disso, sabe-se, pelo Código Civil, bem como novamente pela Constituição Federal, que a mútua assistência é dever dos cônjuges. E no artigo 19 da Lei 6.515/1977 existe a previsão de o cônjuge responsável pela separação judicial prestar ao outro a pensão que o juiz fixar, quando for necessário. Entende-se ainda, da mesma maneira, a união estável, já que a mesma é comparada ao casamento, conferindo, portanto, direito à percepção de alimentos.

Quando de ato ilícito, pode surgir o dever de prestar alimentos à vítima ou aos seus dependentes. São esses os chamados alimentos ressarcitórios.

Por fim, os voluntários, conforme ensinamentos de Marcelo Abelha, “são aqueles que são convencioneados pelas partes, gerando efeitos nos limites do que foi avençado”. Do vínculo negocial, surge o direito de receber alimentos.

IV - EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A execução da prestação de alimentos é execução de pagar quantia certa, tratada como execução especial “principalmente em razão da previsão de atos materiais específicos a essa espécie de execução, sempre com o objetivo de facilitar a obtenção da satisfação pelo exequente”, conforme explicado por Daniel Amorim Assumpção Neves.

A execução de alimentos pode-se dar por sub-rogação, por protesto ou por prisão civil.

Quando o exequente opta pela sub-rogação, o procedimento será de execução comum de pagar quantia certa. A especialidade, neste caso, se dá pelo desconto em folha de pagamento, conforme previsão dos artigos 529 e 912 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

Art. 912. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia.

O protesto é forma de execução indireta, que ocorre quando o executado não efetua o pagamento, ou não prova que efetua o mesmo, ou não apresenta justificativa por não ter efetuado o mesmo. O juiz, diante de tal situação, manda protestar o pronunciamento judicial.

Novamente de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, o protesto da sentença tem como função pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação, se prestando a exercer a mesma espécie de pressão por meio de ameaça de piora da situação do devedor no cumprimento de sentença de alimentos.

Importante salientar que a quando o devedor não apresenta a justificativa, sua prisão imediata é liberada. Ao apresentar, esta é evitada.

V - PRISÃO CIVIL

A prisão civil, na execução de pensão alimentícia, é a possibilidade do uso da coerção pessoal, pela restrição da liberdade, como técnica de cumprimento da prestação alimentar, tal técnica é autorizada pelo texto constitucional. De acordo com o artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Torna-se claro, no texto constitucional, que a prisão civil só terá aplicação quando o descumprimento da obrigação for voluntário e inescusável. A prisão civil é regulamentada no art. 911 do Código de Processo Civil de 2015 e também na Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos), artigos 18 e seguintes.

O ilustre pós-doutor Luiz Guilherme Marinoni leciona que:

Caso o inadimplemento decorra de justificativa legítima ou de causa involuntária (como o caso fortuito ou a força maior), não se poderá recorrer à prisão civil. Assim, se o devedor encontra-se impossibilitado de cumprir a prestação porque, por exemplo, não dispõe de recursos em razão de estar desempregado, ou por causa da iliquidez do seu patrimônio, descabe a aplicação da medida.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, de todas as medidas destinadas a execução da obrigação alimentar, a prisão civil é sem sombra de dúvidas a mais drástica e conseqüentemente a mais agressiva ao devedor, de modo que para ser adotada só será possível depois de ter esgotado todos os outros meios aqui já citados.

Tendo o caráter eminentemente alimentar da prestação devida, o mestre José Miguel Garcia Medina nos ensina que a execução por prestações vencidas há muito tempo não podem determinar a prisão do devedor, conclui que “aplica-se a pena de prisão, contudo, quanto às prestações dos três meses imediatamente anteriores à execução”. Nesse sentido, dispõe a súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo”. Também encontramos essa mesma redação no § 7º do art. 528 do CPC/15. Embora seja

pacífica a visão jurisprudencial que limita o uso da prisão civil aos alimentos pretéritos apenas às três últimas parcelas vencidas antes de ajuizada a ação, há opiniões do Superior Tribunal de Justiça adotando a conclusão de que esta regra não é absoluta, admitindo relativização.

Veja um exemplo:

STJ, 4º TURMA, RHC 10028, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ18.09.2000 - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS.

A jurisprudência que, vinculada às peculiaridades dos casos concretos, restringe a prisão ao pagamento das três últimas prestações, não constitui regra absoluta, comportando temperamento após a análise das circunstâncias de cada caso. Alegações de fatos controvertidos, dependentes de investigação probatória, não se prestam à concessão do habeas corpus. Recurso improvido.

A jurisprudência parte da ideia de que a autorização para a execução de outros alimentos anteriores (além dos três últimos) poderia importar em aumento exagerado da importância cobrada ao devedor, tornando praticamente impossível, para o mesmo, adimplir sua dívida.

Mas o montante do valor devido não pode ser tomado como argumento para impedir o uso da prisão civil. Devemos analisar o caso concreto, de modo a avaliar, se a importância cobrada impede o pagamento da dívida, situação que inviabiliza a aplicação da prisão civil, porque justificável ou involuntária.

Portanto, se o credor de alimentos deixa de cobrar o valor relativo ao que lhe é devido por mais de três meses, a prestação alimentar perde a característica da necessidade, tornando despropositada a prisão civil.

A classificação dos alimentos em provisórios (são os arbitrados liminarmente pelo juiz, sem ouvir o réu, no despacho inicial da ação de alimentos) e provisionais (são arbitrados em medida cautelar) sempre interessou diretamente ao propósito da prisão civil. Acontece que, quanto aos alimentos provisionais o prazo máximo de prisão seria de três meses (art. 733, § 1º, do CPC/73). Já os definitivos e provisórios, a prisão não pode ultrapassar 60 dias (art. 19 da Lei 5.478/68). Em geral, sempre existiram julgados aplicando o prazo menor (60 dias), beneficiando o réu preso ou executado.

O nosso grande doutrinador Marinoni leciona que:

A distinção entre tais prazos, ao se ligar aos alimentos provisórios e definitivos, de um lado, e provisionais, de outro, não tem qualquer racionalidade, uma vez que os conteúdos destas espécies de alimentos não têm qualquer correlação lógica com a discriminação realizada. Não há como esquecer que as técnicas executivas previstas no CPC e na Lei de Alimentos se

aplicam a todos os tipos de alimentos, devendo os meios de execução ser definidos a partir da aplicação, no caso concreto, das regras do meio idôneo e da menor restrição possível.

O novo CPC/15 revogou o art. 733 do CPC/73, mas não o art. 19 da Lei de Alimentos. Portanto, de acordo com a nova norma, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial e decretará a prisão pelo prazo de um a três meses, de acordo com o § 3º do art. 528, do CPC/15. Então, a prisão civil, que está prevista no art. 5º, LXVII, da CF/88, permanece consagrada no Código de Processo Civil. Assim, enquanto no CPC o prazo para prisão pode variar entre 30 a 90 dias, a Lei de Alimentos o limita a 60 dias, vemos que o juiz deverá fixar o prazo da prisão entre 30 e 90 dias, conforme as particularidades do caso concreto. Vejamos a seguir:

STJ, 3º TURMA, RHC 16005, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ30.08.2004 RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISAO CIVIL. ALIMENTOS. MAIORIDADE. PRAZO MAXIMO DA PRISAO. SESENTA OU NOVENTA DIAS. PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA.

1. A maioria de filha credora de alimentos, por si só, não afasta a obrigação alimentar, devendo ser discutida nas instâncias cíveis a sua real necessidade.
2. Na linha da jurisprudência da Corte, o habeas corpus não é via adequada para o exame aprofundado de provas e a verificação da necessidade, ou não, da credora dos alimentos.
3. A prisão civil, cuidando-se de execução fundada no art. 733 do Código de Processo Civil, pode ser fixada de um a três meses, nos termos do § 1º do referido dispositivo.
4. Recurso ordinário desprovido.

Pontua-se que na elaboração do Novo Código de Processo Civil houve discussões acerca do tema, até mesmo de sua retirada do código, seguindo a linha de debates jurídicos internacionais através de convenções sobre direito humanos. O Pacto de San José de Costa Rica, que foi assinado pelo Brasil, permite a prisão civil para o devedor de alimentos, mas não para o depositário infiel.

Em se tratando do regime prisional, o texto do § 4º do art. 528 do CPC/15 nos diz que: “a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

Mesmo sendo o devedor preso, isso não o exime da sua obrigação de pagar a dívida, é o que diz o § 5º do art. 528 do CPC/15.

A prisão civil não é regida pelas da Lei de Execuções Penais, portanto, aqui não se aplica alguns institutos típicos da prisão criminal e o seu papel ressocializador, como é o caso da progressão de regime, da detração penal ou da prisão domiciliar.

VOLUME Nº 01 – AGOSTO 2017

Daí percebemos que quaisquer mecanismos que ofereçam vantagem ao preso, na prisão civil é inviável. Apenas o cumprimento das parcelas ou o esgotamento do prazo poderá autorizar a soltura do preso.

VI – CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, pode-se perceber que a execução de alimentos está pautada na satisfação do crédito pelo exequente e também nas medidas necessárias a sua efetivação. Sempre buscando um equilíbrio com o princípio da dignidade da pessoa humana.

VII - REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2015.

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

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Sinopses Jurídicas**: Direito de Família. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo Civil Moderno**: V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: Volume único. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: Processo de Conhecimento, Cautelar, Execução e Procedimentos Especiais. São Paulo: Saraiva, 2012.

O FATO ILÍCITO E O ESTADO DE NECESSIDADE NOS CONTORNOS DO DIREITO PENAL PÁTRIO

Juliano Oliveira Almeida⁴⁷

Faculdade Vale do Cricaré

Resumo - Este trabalho trata sobre o fato ilícito, o segundo elemento do conceito analítico do crime, e o estado de necessidade como uma das excludentes que limita o poder de atuação do Estado, o chamado jus puniend, que é a possibilidade do Estado em criar leis penais ou descriminalizar. Demonstra-se também que nem sempre os bens jurídicos em perigo desfrutam da tutela imediata do Estado e este por consequência lógica permite, em determinadas situações, que o cidadão pratique uma conduta inicialmente típica, mas que, não possui a vestimenta da ilicitude. O Estudo do fato ilícito e do estado de necessidade se encaixa perfeitamente neste contexto. Foi dada a devida atenção às teorias que visam explicar o fato ilícito (teoria da ratio cognoscendi ou teoria da indiciariedade) e o estado de necessidade (teoria unitária e teoria diferenciadora).

I. INTRODUÇÃO.

O tema selecionado para este artigo – O fato ilícito e o estado de necessidade nos contornos do Direito Penal pátrio - encontra-se inserido entre os assuntos do Direito Penal com denotada importância, tendo como fundamentação legal os artigos 23, 24 e 25, do Código Penal:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I - em estado de necessidade;
- II - em legítima defesa;
- III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É essencial que não só o estudante de Direito ou os aplicadores do direito como um todo, saibam, que existem instrumentos limitadores do poder de atuação do Estado. O cidadão claramente necessita de amparo quanto ao entendimento das causas que afastam a configuração do crime no caso concreto, visando impedir a atuação de um Estado autoritário. Dentre esses instrumentos, podemos destacar o estado de necessidade, que é objeto deste artigo junto com o fato ilícito.

II. FATO ILÍCITO.

A ilicitude se traduz numa relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico, é também chamada de antijuridicidade, sendo, conforme a teoria tripartida, o segundo elemento do conceito analítico do crime. Antes de analisar a ilicitude do fato, é obrigatória a pretérita constatação do fato típico, ou seja, é preciso que se verifique se houve conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

Partindo dessa premissa, o aplicador do direito agora deve verificar se a conduta típica é ou não permitida pelo ordenamento, ou seja, no segundo passo o fato antijurídico é o foco do aplicador. Se for permitida a conduta típica, isto significa dizer que incidiu no fato determinada causa que exclui a antijuridicidade do fato (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito ou o consentimento do ofendido) e que por consequência de tal incidência o fato agora não será considerado como crime. Percebe-se assim, a notável importância, quanto a compreensão das denominadas causas excludentes da ilicitude.

III. TEORIA DA RATIO COGNOSCENDI OU TEORIA DA INDICIARIEDADE.

Para explicar a relação entre tipicidade e ilicitude o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria da ratio cognoscendi, também chamada de teoria da indiciariedade. Conforme os ensinamentos desta teoria, a caracterização do fato típico permite, ainda que de forma relativa, a presunção de que este mesmo

⁴⁷ Juliano Oliveira Almeida3 Advogado Professor da Faculdade Vale do Cricaré Pós-Graduado em docência no Ensino Superior e Ciências.

fato é também ilícito. Neste sentido, esta teoria não aceita a afirmação de que existe absoluta independência entre fato típico e o fato ilícito, pelo contrário, acredita que há uma relação de dependência, porém, relativa e não absoluta.

Desta forma o caráter indiciário da ilicitude consiste em dizer que todo fato típico, em princípio, é ilícito, ou seja, há indícios de sua ilicitude e que, apenas não será ilícito se acobertado por alguma causa excludente de antijuridicidade. Atualmente entende-se que devido a reforma do Código de Processo Penal derivada da lei 11.690/2008, se durante o processo houver fundada dúvida sobre a existência ou não de uma causa excludente da antijuridicidade, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, o magistrado deve absolver o acusado.

A previsão legal das causas excludentes da ilicitude não se encontra somente na parte geral do Código Penal, existem ainda causas inseridas na parte especial. Além das causas previstas na lei, a doutrina majoritária ainda cita como causa supralegal de exclusão da ilicitude, o consentimento do ofendido. A discussão quanto esta última se dá no âmbito dos seus requisitos. A doutrina majoritária ensina que para incidir determinada causa excludente da ilicitude, é essencial que sejam respeitados requisitos objetivos e subjetivo da excludente.

Em obediência aos postulados de Claus Roxin, o elemento subjetivo se traduz no conhecimento do agente quanto às circunstâncias do caso concreto, ele deve saber que está no contexto duma situação concreta justificante. Assim, a título de exemplo, não basta João estar sendo agredido injustamente por Pedro, para poder alegar legítima defesa, João precisa saber que está sendo agredido quando atua lesionando o agressor.

Sendo assim, frisando, é fundamental que a excludente ingresse na esfera de conhecimento do agente (elemento subjetivo), em outras palavras, o entendimento majoritaríssimo é que o agente também deve estar ciente que o pratica, ou seja, não pode alegar uma excludente se agiu sem saber que estava na situação prevista como tal.

Conforme assinala Cleber Masson (MASSON, 2014, p.409):

“A doutrina destaca duas espécies de ilicitude, a formal e a substancial. Daí, a simples contradição entre o fato praticado pelo delinquente e o ordenamento em vigor, denomina-se ilicitude formal.

Já a ilicitude substancial, conforme ensina Cleber Masson “é o conteúdo material do injusto, a substância da ilicitude, que reside no caráter antissocial do comportamento, na sua contradição com os fins colimados pelo Direito, na ofensa aos valores necessários à ordem e à paz no desenvolvimento da vida social”.

São causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Analisaremos a partir de agora o estado de necessidade.

IV. ESTADO DE NECESSIDADE.

Prevista no art. 24 do Código Penal, o estado de necessidade se configura quando uma pessoa pratica determinado fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias não era razoável exigir-se. Aqui, existe um sacrifício permitido de um dos bens, partindo da premissa é claro, de que ambos estão em perigo e que o Direito Penal não consegue tutela-los concomitantemente diante da situação.

Neste sentido, assim aduz Fernando Capez ao conceituar estado de necessidade (CAPEZ, 2011, p.298):

“ Conceito: causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais.

Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo. Exemplo: um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito”.

Duas são as espécies de estado de necessidade: estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo. Quando o agente lesiona a própria fonte do perigo para garantir o bem jurídico ameaçado, estamos diante do estado de necessidade defensivo. Por exemplo, o agente mata um animal que estava indo em sua direção para atacá-lo.

Diferente é a configuração do estado de necessidade agressivo. Aqui, o agente, para garantir a salvaguarda do bem ameaçado, lesiona um bem jurídico alheio, que não é fonte do perigo. Tal espécie é constatada quando o agente, visando se salvar, toma o colete salva-vidas de outra pessoa, quando o barco está naufragando, e esta vem a falecer.

V. TEORIA UNITÁRIA E TEORIA DIFERENCIADORA.

Em regra, nosso direito penal, nas linhas da teoria unitária, ensina que todo estado de necessidade será justificante, ou seja, todo estado de necessidade deve ser visto como uma causa de exclusão da ilicitude do fato, não se importando com a relação entre os bens jurídicos em jogo. Sempre que estiverem presentes às condições do estado de necessidade, haverá exclusão da ilicitude.

Acerca da teoria unitária, assim explica Cleber Masson (MASSON, 2014, p.426):

“Teoria unitária: o estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem jurídico sacrificado seja de igual valor ou de valor inferior ao bem jurídico preservado. Exige, assim, somente a razoabilidade na conduta do agente. Foi a teoria adotada pelo Código Penal, como se extrai da expressão prevista no art. 24, caput: “... cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Além disso, o § 2.º do art. 24 foi peremptório ao estatuir: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”. A análise conjunta dos dispositivos autoriza um raciocínio bastante simples: se o bem em perigo é igual ou superior a outro, sacrifica-se este, e restará consagrada a licitude do fato. Nesse caso, há razoabilidade na conduta do agente, o qual, para preservar interesse próprio ou de terceiro, pode sacrificar interesse alheio, desde que igual ou menos valioso do que o preservado (CP, art. 24, caput)”.

Excepcionalmente, ver-se que o direito penal não se utiliza somente da teoria unitária, mas sim da teoria diferenciadora. Esta diferencia o estado de necessidade conforme a relação entre os bens jurídicos, o sacrificado e o preservado. Em determinado momento o estado de necessidade será justificante ou exculpante.

Quanto a teoria diferenciadora, assim aduz Fernando Capez (CAPEZ, 2011, p.299):

“Na Alemanha, onde tal teoria é preponderante, o estado de necessidade só será considerado excludente de ilicitude quando o bem jurídico preservado tiver maior valor. Sendo este equivalente, a exclusão será da culpabilidade (dirimente) e não da antijuridicidade. Em sentido contrário, na Espanha, prevalece a posição mais ampliativa, no sentido de que o estado de necessidade exclui a ilicitude, tanto no caso de o bem salvo ser do mesmo valor, quanto na hipótese de ter maior valor do que o sacrificado. A posição espanhola parece ser a mais correta, pois eliminar uma vida alheia, quando imprescindível para preservar a própria (bens de idêntico valor), não pode ser considerada conduta antijurídica, pois decorre do natural instinto de sobrevivência humana, e o que está de acordo com a ordem natural deve ser tido como justificável juridicamente. Nosso ordenamento, porém, adotou a teoria unitária (CP, art. 24, § 2º), pois, ou se trata de excludente de ilicitude ou de causa de diminuição de pena”.

Nos termos da teoria diferenciadora, se o bem jurídico preservado é maior que o sacrificado, o estado de necessidade será justificante, se por outro lado o bem jurídico preservado e de igual ou menor valor que o sacrificado, o estado de necessidade será exculpante, é que neste caso a fundamentação se dá na inexigibilidade de conduta diversa. A exceção assim, está prevista no Código Penal Militar, especificamente em seu art. 39, dispondo sobre o estado de necessidade exculpante e ainda sobre estado de necessidade justificante.

VI. ELEMENTOS INTEGRANTES DO ESTADO DE NECESSIDADE.

São elementos do estado de necessidade: o perigo atual, a inevitabilidade por outra forma, a não criação do perigo por vontade do agente, preservação de bem jurídico próprio ou de terceiro, e a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado. Sobre o perigo atual, afirma-se que é aquele existente no caso concreto, em que, de acordo com a situação de perigo, já está em curso.

Quanto a inevitabilidade por outra forma, ensina-se que é essencial, para que haja a exclusão da ilicitude por estado de necessidade, que a lesão do bem alheio seja, para fins de preservação do bem que se encontra em perigo a única alternativa, o único caminho.

Elucidando o elemento “não criação do perigo por vontade do agente”, leciona-se que o agente que criar a situação de perigo dolosamente jamais poderá alegar estado de necessidade, no entanto se a criação do perigo for culposa, nada inibe sua arguição. Ainda quanto aos elementos do estado de necessidade, destaca-se que bem jurídico preservado pode ser próprio ou de terceiro.

Como requisito, a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, consiste em dizer que funciona como limitador de aplicação da excludente em destaque. Nesta linha, se diante do fato o sacrifício do bem em perigo for exigível do agente, a possibilidade do estado de necessidade e da lesão do bem jurídico alheio para preservá-lo é plenamente afastada. Assim, a título de exemplo, não se permite num naufrágio matar uma pessoa para salvar um notebook. Se o sacrifício do bem for exigível, não é permitida a configuração do estado de necessidade, porém, conforme o art. 24, § 2º, do Código Penal o agente responderá pelo crime com sua pena reduzida de 1/3 a 2/3.

Os chamados garantidores, agentes que possuem um dever especial de proteção, não foram esquecidos pelo legislador ao tratar sobre o estado de necessidade. De acordo com o art. 24, § 1º do Código Penal “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho teve como objetivo estudar alguns pontos sobre o fato ilícito em conjunto com o estado de necessidade. Na abertura conceituamos o que se compreende por fato ilícito e quais são as causas de exclusão da ilicitude no código penal e também a causa suprallegal consentimento do ofendido.

Ponto principal do estudo refere-se às teorias sobre o estado de necessidade. Descrevemos sobre as duas teorias, a unitária e a diferenciadora, que a unitária foi adotada como regra e que a diferenciadora como exceção.

Por derradeiro, tratamos ainda dos elementos integrantes do estado de necessidade: o perigo atual, a inevitabilidade por outra forma, a não criação do perigo por vontade do agente, preservação de bem jurídico próprio ou de terceiro, e a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado.

Nesta toada, o cidadão de início, pode pensar que em todos os momentos em que se adequa o fato a norma (tipicidade), sua conduta será considerada criminosa, mas nem sempre é assim. Nem sempre o Estado terá autorização com seu jus puniend para punir determinada pessoa. Isto se justifica, tendo em vista

que o Estado nem sempre se faz presente para tutelar os bens jurídicos mais importantes. Neste artigo demonstrou-se que apesar de em muitas vezes o fato, se adequar perfeitamente a norma, o mesmo não será tido como crime. Indica-se a todos os cidadãos o entendimento do conceito analítico do crime, ainda que de forma resumida, a fim de entender a sistemática do direito de punir do Estado.

VIII - REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado. Parte geral**. 8 ed. São Paulo: Método, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte Geral**. 14. Ed. – Rio de Janeiro : Impetus, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 2. ed. – Salvador: JusPodivm, 2014.

A GUERRA DE CANUDOS: uma ideologia em particular, ou uma outra corrente de ideias?

Samuel Davi Garcia Mendonça⁴⁸; Aline Pinheiro de Lima Camargo⁴⁹; Juliano Oliveira Almeida⁵⁰;
Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré.

Resumo - Uma análise da Guerra de Canudos, iniciando-se pelos antecedentes históricos do tema, passando-se, ato contínuo, à apreciação do cerne da pesquisa. O surgimento do movimento, seu desenvolvimento, apogeu e declínio, abstraindo-se de tudo isso, ainda que não seja uma ideologia específica, mas toda e qualquer corrente de ideias, até mesmo abstraídas das mais diversas ideologias conhecidas, vislumbrando-se, ao final, resquícios de cristianismo, socialismo, liberalismo social e até mesmo da anarquia

Palavras-chave: ideologia; Guerra; religião; império; república.⁵¹

I. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente trabalho de uma resenha crítica da obra “Canudos, diário de uma expedição”, de Euclides da Cunha, principiando-se pelas práticas discursivas que se detiveram com os acontecimentos de Canudos e que lhes foram contemporâneas deixaram a todos convencidos de que, além da manifesta proximidade temporal, aquela produção, malgrado as singularidades, movia-se num universo simbólico enformado e balizado por valores e significados integrantes de uma estrutura ideológica coparticipada, que lhes conferia coerência, direção e sentido. Isso não exclui, evidentemente, a existência de discrepância, ou até mesmo de discursos opostos que, no entanto, atravessaram seu tempo como despercebidos ou marginais. O consenso da época privilegia, sem dúvida, a interpretação dos *grandes intelectuais* (GRAMSCI *apud* HANDELMANN, 1978, p. 71), cujos representantes de maior ressonância, como se sabe, foram Euclides da Cunha e Nina Rodrigues.

Homens de vasta erudição, atualizados com a cultura européia, criam um sistema interpretativo de incontrastável prestígio, influenciando sucessivas gerações de intelectuais. Verifica-se, contudo, que os componentes básicos dessa interpretação preexistiam, conquanto dispersos, como elementos constitutivos do discurso dos estratos sociais dominantes. A estes estratos, ou, mais precisamente, ao grupo social que desempenha uma função essencial no mundo da

produção econômica, vinculam-se *intelectuais orgânicos* (GRAMSCI *apud* HANDELMANN, 1978, p. 92), cuja atividade consiste em homogeneizar a dominação de classe, não apenas no domínio econômico, mas, também a nível político e ideológico. Como representativos desses intelectuais orgânicos, tem-se o Barão de Geremoabo e o frade capuchinho Frei João Evangelista do Monte Marciano. O primeiro, enquanto membro da classe essencial - a oligarquia rural, não se dissociava dos interesses econômico-corporativos; mas ao mesmo tempo que político e bacharel, dele se requeria por um lado uma certa capacidade dirigente, ao tempo em que se constituía uma amostra significativa da camada de intelectuais da época. O segundo, na medida em que a ideologia religiosa exercia a direção intelectual sobre as classes subalternas e sacralizava a ordem social, legitimando a propriedade e a dominação, ligava-se organicamente a classe essencial, com a qual partilhava dos privilégios.

II. O ELOGIO À DOMINAÇÃO

Em nível das simples elucubrações, pode-se sugerir que Antônio identificava-se com Santo Antônio, com o apóstolo Pedro ou com dom Pedro II. Eventualmente, o líder sertanejo certamente podia ver-se até mesmo como um Napoleão Bonaparte sertanejo, se é que conhecia o personagem, já que demonstrou, segundo parece, real sensibilidade para a arte da guerra. Pode-se também sugerir que, sob a tensão do conflito, Antônio Maciel pregasse o suicídio coletivo entre os conselheiristas. Porém, para a historiografia, essas elucubrações são depoimentos do estado de alma mais dos analistas, do que dos analisados, revelando os apriorismos e preconceitos dos primeiros.

O que se sabe de certo é que toda a informação fidedigna conhecida sobre Antônio Maciel - sobretudo os seus sermões - apresenta este último como um simples líder religioso laico, *com singulares qualidades de liderança*, ligado a uma teologia católica, apostólica e romana *formalmente* tradicionalista e conservadora. Sabe-se igualmente, e tem-se uma grande documentação comprovando, que sempre se assinou como Antônio Vicente Mendes Maciel e que, quanto

⁴⁸ Samuel Davi Garcia Mendonça, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, Mestre em Direito, Estado e Cidadania Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional.

⁴⁹ Aline Pinheiro de Lima Camargo, Professora do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, Mestranda em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional.

⁵⁰ Juliano Oliveira Almeida Advogado Professor da Faculdade Vale do Cricaré Pós-Graduado em docência no Ensino Superior e Ciências Criminais.

muito, segundo parece, aceitava ser chamado de *Peregrino*.

As conclusões de *O sertão prometido*: o massacre de Canudos são claras. Levine não esclarece se compreende a repressão de Belo Monte como uma inconseqüência republicana ou uma ação inevitável, devido à radicalização da autonomia da comunidade. Nos fatos, defende as duas teses. O autor explica o massacre dos sertanejos devido ao fato de Antônio Maciel ter sido *teimoso e inflexível* e não ter seguido o exemplo do padre Cícero. (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 194). Levine demora-se na referência à *flexibilidade* do padre Cícero, que apresenta como paradigma do líder sertanejo.

Afirma Levine: "Se seu líder fosse mais flexível, talvez eles (os sertanejos) tivessem conseguido negociar uma conciliação com seus inimigos. Ele certamente tinha bons modelos. O padre Ibiapina, [...]. Além dele também houve o padre Cícero, que permitindo aos seus ajudantes a concretização de acordos políticos, transformou sua comunidade teocrática em um pólo forte de política nordestina. Porém, o Conselheiro era por mais obstinado para seguir o exemplo de qualquer um dos dois líderes [...]." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 198).

O *padim*, é sempre bom lembrar, em lugar de assumir a luta de seus crentes, os quais *mistificou* incessantemente, utilizou seu prestígio para manipulá-los, transformando-se num dos mais poderosos latifundiários e chefes políticos sertanejos de sua época, contribuindo assim para a manutenção das estruturas sociais e fundiárias nordestinas. A leitura do testamento do padre Cícero ilumina a todos sobre os excepcionais resultados econômicos que podiam resultar da manipulação religiosa e social das massas sertanejas. O que permitiria concluir que, para os padrões neo-liberais contemporâneos de sucesso econômico e político, a vida do padre Cícero foi um grande sucesso e a de Antônio Maciel um estrondoso desastre.

No mesmo sentido, o texto sugere que Antônio Maciel, em vez de encorajar os sertanejos a lutarem, de armas nas mãos, por sua autonomia política, ideológica, econômica e religiosa, deveria ter "encorajado seus fiéis a adotarem formas de resistência mais mundanas - burla, dissimulação, ignorância simulada, falsa cooperação, sabotagem, paralisação, mexericos maliciosos e assim por diante [...]." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 199).. O que, nos fatos, sugere todo e qualquer abandono da resistência e luta pelas chamadas classes subalternas, em prol dessas formas "resistência mundana".

O sentido pacificador, quietista e anti-insurrecional dessa leitura da república sertaneja de Belo Monte assume sua plenitude quando o autor inverte a leitura da historiografia pró-conselheirista que compreendeu o confronto como uma essencial página da história social

brasileira. Levine apresenta a rebelião sertaneja como a responsável pelo atraso social e político do Brasil e pela ausência da democracia e de reformas sociais. "O choque provocado pelo conflito de Canudos e o medo que a rebelião se espalhasse pelas cidades brasileiras levou aos políticos a reforçar os sistemas de controle social e a rejeitar as reformas que pudessem levar o país a uma democracia expressiva." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 200). Não deixa de ser interessante o fato de que setores ligados ao latifúndio apresentam a mobilização do Movimento Sem Terra como um grave empecilho para a reforma agrária.

A desvalorização da resistência sertaneja expressa-se, igualmente, em nível historiográfico, na forma sumária em que é apresentada a guerra sertaneja de defesa de Belo Monte. Nos fatos, as sucessivas expedições são tratadas de modo extremamente sumário, quando o são, como se não possuíssem mérito histórico e, portanto, não constituíssem matéria historiográfica.

Em fins do século passado, o confronto nos sertões baianos realizou-se igualmente em nível da linguagem. Os sertanejos denominaram a comuna rebelde de Belo Monte, nome fundido no cadinho da esperança. Tal fato não passou despercebido aos repressores do movimento, que raramente se referiam ao reduto com outro nome do que *Canudos* - a denominação do miserável arraial à beira do Vaza-Barris, antes da chegada de Antônio Maciel e acompanhantes. Nos jornais da época e nos trabalhos historiográficos posteriores, os defensores do arraial foram igualmente denominados de *jagunços*, forma depreciativa utilizada no Nordeste para apontar capangas e criminosos, ou populares tidos como tais.

Levine prossegue na trilha aberta por Euclides da Cunha. No texto, podem quase ser contadas nos dedos das mãos as vezes que o narrador designa o arraial rebelde por Belo Monte. (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 201). Como vimos, de jagunços define-se até mesmo os camponeses sublevados em Santa Catarina/Paraná e os putativos « *seguranças* » de Antônio Maciel. O autor designa com essa forma depreciativa até mesmo as tropas conselheiristas, formadas por sertanejos em armas. "Os jagunços, como não poderia deixar de ser, perseguiram os soldados, matando um a um à medida que as fileiras se desfaziam." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 201).

Nos fatos, o autor não consegue compreender, como não compreendiam os oficiais brasileiros no fim do século passado, que a qualidade bélica dos combatentes não se devia a um passado criminal mas sim à identificação profunda com a defesa da república sertaneja. Ao igual que outros exércitos populares, a grande aptidão bélica dos conselheiristas não se devia às fantasmagóricas armas moderníssimas que se pretendeu possuírem, ou seja, à capacidade dos sertanejos de matar, mas sim as suas disposições de morrerem em defesa do mundo que haviam criado.

III. UM OLHAR IMPERIAL SOBRE O BRASIL

O livro *O sertão prometido: o massacre de Canudos*, do historiador norte-americano Levine, professor da Universidade da Califórnia, publicado em inglês, em 1992, e traduzido e lançado, em português, em 1995, sob o patrocínio prestigioso da Editora da Universidade de São Paulo, praticamente sem modificações, a não ser na ordem da apresentação da bibliografia, certamente monopolizará e organizará parte das discussões sobre a república sertaneja de Belo Monte, contribuindo poderosamente para conformar a visão historiográfica e o imaginário brasileiros sobre aqueles acontecimentos.

O sertão prometido: o massacre de Canudos constitui trabalho sintético de grande fôlego. Foi escrito a partir de uma bibliografia, em inglês e português, com mais de 500 títulos. O texto português, com a bibliografia, supera as 390 páginas. Na atual conjuntura, é improvável que surja um trabalho de igual objetivo e dimensões. Sobretudo se considerarmos o pouco prestígio atual - junto aos cientistas sociais e órgãos financiadores -, de trabalhos abordando a história social.

No Brasil como alhures, nesses tempos de *Nova História*, os holofotes da mídia, o interesse das editoras, o *bon ton* historiográfico recomendam temas e estudos monográficos e intimistas, abordando a biografia, o "exótico ou o escabroso, especialmente se com conotações sexual ou mística". Nesse contexto, o livro em questão propôs-se claramente como um trabalho de síntese que procura superar os tradicionais trabalhos de referência sobre o tema de Euclides da Cunha, de Rui Facó e de Edmundo Moniz.

Pela sua dimensão, pelos seus objetivos, pelo possível papel que desempenhará sobretudo na historiografia brasileira, *O sertão prometido: o massacre de Canudos* exige uma discussão que vai além dos acontecimentos históricos em questão. Sobretudo porque cremos que esse ambicioso trabalho expresse também a consolidação de uma tendência historiográfica que talvez seja pertinente definir, apesar da pomposidade e afetamento do termo, de "imperial".

Ao igual de outras regiões da América Latina, a história do Brasil serviu como campo de liça de uma plêiade de historiadores norte-americanos, sobretudo após a revolução cubana, que ensejou um significativo crescimento dos fundos alocados pelas instituições financiadoras daquele país para os estudos americanistas. Tal foi a importância dos *brazilianists* para nossas ciências sociais que eles transformaram-se em tema de estudos.

Muitos trabalhos dessa ampla produção constituem marcos referenciais da historiografia brasileira. No campo das pesquisas escravistas, os estudos de R. Conrad e S. Stein são bons exemplos. Poderíamos assinalar outras contribuições de igual valor para outros períodos do passado brasileiro. Apesar de

escritos originalmente em inglês, como parte de exercícios acadêmicos norte-americanos, essas obras inseriam-se harmonicamente na produção historiográfica nacional, fecundando-a poderosamente.

O trabalho de Levine filia-se a uma tendência distinta. *O sertão prometido: o massacre de Canudos* foi escrito, como as obras anteriores, inicialmente em inglês, como parte da ampliação do campo de intervenção da historiografia norte-americana sobre a América Latina. Porém, trata-se de uma tentativa de leitura global da sociedade brasileira, tendo como referência os sucessos de 1897, para o público e para a *intelligentia* norte-americana, sobretudo, a partir de critérios, categorias e paradigmas dominantes naquela sociedade. Nesse sentido, constitui um livro sobre a história brasileira, de certo modo, estranho à historiografia brasileira.

Não constitui novidade a produção de leituras sintéticas sobre a realidade brasileira, para público não-brasileiro. Esse gênero historiográfico produziu clássicos da história, como a *História do Brasil*, de Hendrich Handelmann, redigida no século 19, para citar um exemplo amplamente conhecido e reconhecido. A história, como ciência, rejeita limites nacionalistas e aponta tendencialmente para a sua internacionalização.

Em *O sertão prometido: o massacre de Canudos*, há modificações de qualidade, também em relação a estudos sintéticos realizados por autores não-brasileiros dirigidos aos leitores de suas nações. O livro de Levine não só assenta raízes em paradigmas, critérios e categorias próprias e dominantes na sociedade e na historiografia norte-americanas como almeja igualmente transformar-se na interpretação hegemônica, da realidade analisada, na historiografia e na sociedade brasileira, esta última, palco dos fatos abordados e, em última instância, principal interessada naqueles acontecimentos.

É antiga a proposta de uma historiografia internacionalista, escrita por sobre as razões, idiosincrasias e preconceitos nacionais, que, respeitando as especificidades das diversas instâncias do desenvolvimento civilizatório, seja escrita a partir das grandes determinações unificadoras da experiência humana. Porém, por um lado, devido às tendências neoliberais e irracionais atualmente triunfantes, tal corrente encontra-se em franca depressão. Por outro, neste último contexto, a crescente internacionalização da economia cria as condições para a consolidação de tendência historiográfica que, por seu conteúdo, e para diferenciá-la da corrente recém-referida, parece-nos possível definir de imperial, como assinalamos.

IV. O PADRÃO EXCELENTE

A pertinência dessa nomeação deveria-se ao fato de tal produção não propor a constituição de uma historiografia sem fronteiras. Ou seja, como veio-se de

assinalar, analisar fatos - locais, regionais, nacionais ou internacionais -, nas suas especificidades e determinações históricas singulares, a partir de critérios, paradigmas e necessidades profundos, próprios e comuns a todas as sociedades, expressando assim a unidade essencial da história. Ao contrário, a obra em questão constitui uma construção totalizante, de síntese, formatada pelos pressupostos, idiosincrasias, necessidades e paradigmas do centro internacional do poder econômico, político, militar - e portanto historiográfico - hegemônico. No presente caso, os Estados Unidos da América.

Levine propõe-se uma superação documental e metodológica da historiografia conselheirista. Por um lado, promete "reinterpretar" os acontecimentos em questão, inserindo-os no "contexto da história brasileira", a partir "de uma base de recursos mais ampla" do que a de todos os "trabalhos anteriores". (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 202). Por outro, baseado nesse prometido desbordamento bibliográfico e arquivado, dispõe-se a realizar um salto metodológico de qualidade em relação a tudo que foi escrito.

Para o autor, tradicionalmente, os sucessos dos sertões baianos teriam sido analisados de duas óticas. A primeira, seria a hegemônica: "A maioria das histórias sobre Canudos preserva a **visão do litoral** euclidiana, ou seja, uma pressuposição de que os canudenses se recusam a aceitar a República porque temiam o progresso." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 202). A segunda, seria a da esquerda, mais precisamente, a do PCB: "Os ideólogos do Partido Comunista Brasileiro, tentaram enxergar em Canudos o resultado da mobilização de camponeses conscientes [sic], o primeiro exemplo [sic] de uma situação de conflito e luta de classes." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 202).

Para o autor, que analisa longamente a primeira visão e apresenta, rápida e caricaturalmente, a segunda, as duas leituras terminam aproximando-se, na sua impotência metodológica: "Nenhuma das interpretações contribuiu muito para uma melhor compreensão das vidas e motivações daqueles homens e mulheres que seguiram o Conselheiro até o seu refúgio sagrado." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 202). Para realizar a revolução metodológica prometida, o autor dispõe-se a "examinar Canudos da perspectiva de todos aqueles que se viram envolvidos em sua história". (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 202). Tanto a "*base mais ampla*" como a "*perspectiva*" metodológica do importante trabalho de Levine colocam essenciais questões epistemológicas.

Nas pouco mais de quinhentas referências utilizadas na análise da república sertaneja de Belo Monte, mais de duzentas são trabalhos em inglês, majoritariamente produzidos por historiadores norte-americanos, sobre o Brasil e a América Latina. Essa produção é utilizada intensamente, sobretudo na apresentação do quadro

sintético e *global* da sociedade brasileira. Como o próprio autor assinala, algumas vezes estudos de outras regiões do Brasil e da própria América Latina são utilizados para completar a reconstrução do cenário geral do drama nordestino.

Tal fato comprova a existência de uma importante produção sobre a América Latina, praticamente autônoma à própria historiografia latino-americana, e um quase truismo para os historiadores brasileiros. Ou seja, a Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos da América é o melhor local para escrever sobre quilombos no Rio Grande do Sul (REIS e GOMES, 1996, p. 291), sobre movimentos sertanejos nordestinos ou sobre a extração da borracha na Amazônia. Nessa época de comunicação virtual, qualquer autor pode realizar a prova dos nove dessa afirmação. Caso tenha livros editados no Brasil, certamente os encontrará facilmente nos fichários daquela biblioteca e mui facilmente nos das bibliotecas de sua universidade, cidade ou capital.

Nenhum autor norte-americano pode ser recriminado pela excelência desses recursos. Ao contrário, eles apenas realçariam a incúria das autoridades brasileiras que não garantem as condições que facilitem a produção, no país, de uma ciência de qualidade e de vanguarda. Isto, mesmo quando por aqui um sociólogo já chegou à presidência da República. Entretanto, tal fato constitui fenômeno mais complexo. Não se deve esquecer que a construção das condições necessárias para uma ciência *imperial* - centros de pesquisas globais; mega-bibliotecas; grandes (mínimas de trabalho nas *províncias*.

O mesmo Estado que impõe restrições draconianas dos investimentos culturais na *periferia* dos centros hegemônicos - através da exigência de organismos como o FMI, Banco Mundial, OMC, etc. de restrições dos investimentos sociais - dá-se as condições para produzir a interpretação teórica das *províncias*, segundo sua ótica e interesse. Essas facilidades/dificuldades que almejam a produção de uma ciência social ideologicamente disciplinada cerceiam igualmente os cientistas sociais norte-americanos progressistas, dificilmente admitidos nas universidades daquele país.

Exige também discussão o fato de que um livro sobre a realidade brasileira, com as intenções hegemônicas assinaladas, seja escrito e baseie-se sobretudo em uma vasta bibliografia em inglês. Isto não apenas porque a bibliografia e a língua utilizadas obrigariam o autor brasileiro, para escrever sobre sua própria realidade, a conhecer, ter acesso e referir-se, necessariamente, àquela língua e àquela bibliografia. Mas, sobretudo, porque tal prática tende a determinar, não um enriquecimento, mas um empobrecimento fático e conceptual dos fatos abordados.

Deve-se assinalar que O sertão prometido: o massacre de Canudos propõe-se a realizar uma recapitulação global explicativa da sociedade brasileira e que boa

parte de tal empresa é realizada a partir de textos sintéticos produzidos por *scolars* norte-americanos, de certo modo estranhos à própria historiografia nacional. Nesse relativo, não raro, tende-se a desconhecer simplesmente a bibliografia brasileira especializada. O que resulta, como se há de ver, num empobrecimento significativo das questões abordadas.

Também por esse motivo, mas certamente não apenas devido à ele, a leitura de Levine da história e da sociedade brasileiras e do movimento conselheirista termina impregnada por uma visão na qual a sociedade norte-americana liberal é o paradigma excelente, a vara de todas as medidas.

V. LIBERALISMO SOCIAL

Apesar da violência classista que os Estados Unidos da América conheceram no passado e conhecem no presente, aquela nação e sociedade são apresentadas, normalmente, como referência paradigmática. Um exemplo: “O que efetivamente triunfou na República brasileira foi um liberalismo abrandado e muito pouco ligado às questões sociais, uma imitação do sistema político norte-americano, sem, no entanto, nenhum tipo significativo de defesa dos direitos individuais ou qualquer compromisso referente à educação pública ou outros mecanismos que preparassem a população para o exercício da cidadania.” (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 198).

Assim, de supetão, retoma-se a velha discussão sobre as razões pretensamente responsáveis por não se ter alcançado os parâmetros sociais e políticos tidos como naturalmente excelentes do “liberalismo social” do grande Estado americano. É igualmente com perplexidade que o leitor informa-se que, no Brasil, “o judiciário funcionava como instrumento de controle social e não de justiça social.” (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 196). O que introduz a proposta que em outras paragens mais civilizadas, e sobretudo nos USA, a Justiça foi instituição criada para assegurar a desejável “justiça social”, não cumprindo uma função de coerção e discriminação social. (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 196).

No mesmo sentido, surpreende o leitor a referência ao conhecido racismo baiano e à desconhecida democracia racial norte-americana: “Certa vez, quando os Estados Unidos tentaram indicar um cônsul negro para Salvador, houve um verdadeiro ‘furacão tropical’ de protestos. A expressão ‘certa vez’, própria aos atemporais contos de fadas, não esclarece o momento em que as elites norte-americanas deram essa lição de democracia racial: Antes da guerra de Secessão? Em 1896? Há cinco anos? O leitor fica igualmente tentado a perguntar-se sobre a acolhida de eventual cônsul negro baiano, na Carolina do Sul, há duas décadas, para não apertarmos o parafuso. (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 197).

Crê-se que, devido às características assinaladas e ao seu caráter *imperial* e *exterior* à realidade brasileira estudada, O sertão prometido: o massacre de Canudos apresenta explicações uniformizadoras - muitas vezes caricaturais e culturalistas -, que abstraem determinações regionais e sobretudo de classes da sociedade brasileira, que é vista como uma totalidade homogênea. Quando tal proposta se choca frontalmente com os fatos, tende-se à expurgar da *nacionalidade brasileira* aqueles setores sociais que não se enquadram nessa leitura. Nesse sentido, é exemplar o conteúdo dado na obra ao substantivo e adjetivo pátrios “brasileiro”.

Ao analisar a obra de Euclides da Cunha, afirma-se: “Tal foi a visão, reforçada pela narrativa assombrosa e brilhante de Euclides da Cunha, que os brasileiros acabaram adotando (*sic*), numa tentativa de racionalização da chocante brutalidade dos anos 1896-1897, quando a comunidade foi destruída.” (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 199). É recorrente no texto a tendência a evacuar as classes subalternas da categoria “brasileiro” e restringi-la às elites. Efetivamente, o texto sugere que Belo Monte e os conselheiristas não fizessem parte do Brasil e não deveriam ser considerados, portanto, brasileiros.

Por outro lado, e em sentido oposto, cria-se igualmente uma unidade e homogeneidade nacionais inexistentes - onde ao contrário há diversidade e contradição. Assim fazendo, o autor acaba determinando que atos e essências próprios às classes dominantes - violência social, por exemplo - sejam alocados também às chamadas classes subalternas. (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 200).

Nos momentos conclusivos do trabalho, ao interrogar-se sobre o nível de violência do Brasil, tido como paradoxal, afirma-se: “É surpreendente que a sociedade brasileira tenha dado à luz a tantos movimentos violentos num espaço de tempo relativamente curto.” (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 200). Para o autor, tal fato seria próprio à *cultura* lusitana. E para reforçar a interpretação da violência idiossincrática da civilização lusitana, cita-se, entre outros exemplos, a sociedade angolana colonial. Em verdade, a violência em questão seria produto de “uma certa dose de alienação que sempre fez parte da vida no Brasil.” (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 200).

O fato de que iguais violência e alienação encontrem-se nas sociedades americanas colonizadas pelos espanhóis, pelos franceses, pelos ingleses etc., retira qualquer operacionalidade de semelhante explicação. Esta última, devido ao seu caráter culturalista e supra-histórico, termina, mais uma vez, diluindo a responsabilidade das elites nacionais na histórica e crescente barbarização social.

Apesar das inúmeras reflexões penetrantes e elucidativas, essa leitura *imperial* determina um empobrecimento do contexto histórico reconstruído,

em grande parte, a partir de uma historiografia generalista e monográfica de certo modo estranha à historiografia brasileira.

São inúmeros os barbarismos historiográficos do texto. Um exemplo. Ao leitor gaúcho certamente causará arrepios ler que Euclides da Cunha esquecera que os homólogos sulinos dos pobres "boiadeiros" (*sic*) nordestinos, "viverem num meio ambiente muito mais rico, podendo assim prosperar somente com a caça do gado selvagem - apesar de esta situação ter começado a mudar em fins de 1890 com a introdução do arame farpado, o que facilitava a domesticação dos animais." (LEVINE *apud* LOURENÇO FILHO, 1998, p. 201).

Não se sabe se nos Estados Unidos da América a introdução das cercas foi concomitante com o fim da caça ao gado bravo. No Rio Grande do Sul, os dois fenômenos não possuem relação direta ou indireta. Em 1890, no Rio Grande do Sul, não apenas a produção pastoril declinava inexoravelmente, dando lugar à policultura, como havia quase um século que os "gaúchos" que se dedicavam à "caça do gado selvagem" eram tidos, havidos e tratados como ladrões. Havia muito que as terras tinham sido apropriadas, divididas e demarcadas - com outras *divisas* do que as *cercas de arame farpado*. (ALBUQUERQUE, 1981, p. 386).

VI. CONCLUSÃO

A situação do Nordeste brasileiro, no final do século XIX, era muito precária. Fome, seca, miséria, violência e abandono político afetavam os nordestinos, principalmente a população mais carente. Toda essa situação, em conjunto com o fanatismo religioso, desencadeou um grave problema social. Em novembro de 1896, no sertão da Bahia, foi iniciado este conflito civil. Esta durou por quase um ano, até 05 de outubro de 1897, e, devido à força adquirida, o governo da Bahia pediu o apoio da República para conter este movimento formado por fanáticos, jagunços e sertanejos sem emprego.

O beato Conselheiro, homem que passou a ser conhecido logo depois da Proclamação da República, era quem liderava este movimento. Ele acreditava que havia sido enviado por Deus para acabar com as diferenças sociais e também com os pecados republicanos, entre estes, estavam o casamento civil e a cobrança de impostos. Com estas idéias em mente, ele conseguiu reunir um grande número de adeptos que acreditavam que seu líder realmente poderia libertá-los da situação de extrema pobreza na qual se encontravam.

Com o passar do tempo, as idéias iniciais difundiram-se de tal forma que jagunços passaram a utilizar-se das

mesmas para justificar seus roubos e suas atitudes que em nada condiziam com nenhum tipo de ensinamento religioso; este fato tirou por completo a tranqüilidade na qual os sertanejos daquela região estavam acostumados a viver.

Devido a enorme proporção que este movimento adquiriu, o governo da Bahia não conseguiu por si só segurar a grande revolta que acontecia em seu Estado, por esta razão, pediu a interferência da República. Esta, por sua vez, também encontrou muitas dificuldades para conter os fanáticos. Somente no quarto combate, onde as forças da República já estavam mais bem equipadas e organizadas, os incansáveis guerreiros foram vencidos pelo cerco que os impediam de sair do local no qual se encontravam para buscar qualquer tipo de alimento e muitos morreram de fome. O massacre foi tamanho que não escaparam idosos, mulheres e crianças.

Pode-se dizer que este acontecimento histórico representou a luta pela libertação dos pobres que viviam na zona rural, e, também, que a resistência mostrada durante todas as batalhas ressaltou o potencial do sertanejo na luta por seus ideais. Euclides da Cunha, em seu livro *Os Sertões*, eternizou este movimento que evidenciou a importância da luta social na história de nosso país.

Esta revolta, ocorrida nos primeiros tempos da República, mostra o descaso dos governantes com relação aos grandes problemas sociais do Brasil. Assim como as greves, as revoltas que reivindicavam melhores condições de vida (mais empregos, justiça social, liberdade, educação etc), foram tratadas como "casos de polícia" pelo governo republicano. A violência oficial foi usada, muitas vezes em exagero, na tentativa de calar aqueles que lutavam por direitos sociais e melhores condições de vida, vislumbrando-se, em tudo isso, corrente de idéias fracionadas do cristianismo, socialismo, liberalismo social e até mesmo da anarquia.

VII. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. Pequena história da formação social brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981. pp. 386.

HANDELMANN, H. História do Brasil. São Paulo: Melhoramentos, 1978. 2 tomos.

LOURENÇO FILHO, M.B. Juazeiro do padre Cícero. 3ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998, pp. 194-202.

REIS, J.J. & GOMES, Flávio dos Santos (Org.). Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. pp. 291-331.

A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: paradigmas e desafiosSamuel Davi Garcia Mendonça⁵²; Vinícius Ribeiro Cazell⁵³; Juliana Barros Oliveira Otto⁵⁴

Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré; Instituição Vale do Cricaré.

Resumo - Uma análise da denominada nova hermenêutica constitucional, seus paradigmas e desafios, iniciando-se pelos antecedentes históricos do tema, passando-se, ato contínuo, à apreciação do cerne da pesquisa. O surgimento do pós-positivismo, como ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Dentre as proposições finais, é de se ressaltar que a nova hermenêutica constitucional se assenta em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, visando à solução justa para o caso concreto. Palavras-chave: pós-positivismo, jusnaturalismo, subsunção, ponderação, argumentação.

I. INTRODUÇÃO: ANTES DE TUDO

Trata-se o presente trabalho de uma resenha da obra “A Nova Interpretação Constitucional”, de Luis Roberto Barroso, enfatizando-se, antes de tudo, que os primórdios da vida política e constitucional do Brasil relata uma história de quase duzentos anos de ilegitimidade do poder (dominação de uma elite de visão restrita e tendenciosa⁵⁵), de falta de efetividade das diversas Constituições (texto constitucional sem força normativa e sem aplicabilidade direta⁵⁶) e de incontáveis violações da legalidade constitucional (dissolução da primeira Assembléia Constituinte, rebeliões, golpe do Estado Novo, golpe militar, Atos Institucionais, intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição).

A Constituição de 1988 marcou o início de uma nova era, um novo recomeço, um tempo em que, quanto à ilegitimidade ancestral é de se dizer com toda a franqueza que a elite já não conserva a onipotência

e a insensibilidade de outrora, enquanto que a legalidade constitucional, a despeito de tantas emendas constitucionais, vive um momento de elevação e, por fim, a efetividade da Constituição se tornou uma idéia vitoriosa e incontestada⁵⁷.

Nesta nova fase, as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade e aptidão para tutelar diretamente as situações que contemplam³, conjunto de benesses esse que acabou por dar um novo sentido a todos os demais ramos jurídicos⁵⁸.

II. NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: PARADIGMAS E DESAFIOS

Sem se dar ao luxo de desprezar o método clássico, a saber o *subsuntivo*⁵⁹ (aplicação de regras), nem os elementos hermenêuticos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), que continuam possuindo significativo valor na busca do sentido das normas⁶⁰, em verdade, a evolução de algumas fórmulas originais de realização do querer constitucional está íntima e intrinsecamente vinculada à ideia de uma novel hermenêutica constitucional.

O ponto nodal da chamada nova hermenêutica constitucional consiste no fato de que as normas constitucionais, notoriamente de conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido invariável e direto defendido pela exegese tradicional, porquanto à vista do caso concreto, dos princípios a serem sopesados e dos fins a serem perpetrados é que será obterá o eficaz sentido da norma.

Com efeito, situações há nas quais a interpretação constitucional implicará mera subsunção do fato à norma.

⁵² Samuel Davi Garcia Mendonça Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré Mestre em Direito, Estado e Cidadania Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional.

⁵³ Vinícius Ribeiro Cazelli, Professor do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré Mestrando em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional.

⁵⁴ Juliana Barros Oliveira Otto Professora do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré

⁵⁵ Sobre o tema v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2000 (a 1ª edição é de 1957).

⁵⁶ Sobre o conceito de “força normativa” v. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998 (1ª edição de 1969) e Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

⁵⁷ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

⁵⁸ O direito civil, em especial, tem desenvolvido toda uma nova perspectiva de estudo a partir da Constituição. V., dentre outros, Gustavo Tepedino (coord.), *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2002; Luiz Edson Fachin, *Repensando os fundamentos do direito civil*, 1998; Judith Martins-Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Renan Lotufo (coord.), *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002.

⁵⁹ Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

⁶⁰ Sobre esta temática, vejam-se no direito brasileiro, dentre outros, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 (a 1ª edição é de 1995), Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, 2002 (a 1ª edição é de 1995) e Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997.

Quando se fala, pois, em uma nova hermenêutica constitucional, não se está relegando ao desterro a subsunção, pelo contrário, aquela resulta de uma evolução seletiva que preserva alguns conceitos tradicionais, remodelados (é verdade), por força da mesma evolução.

Neste passo, tem-se que, com os ventos da modernidade, enquanto a *norma*, na sua dicção abstrata, perdeu destaque, os fatos e o intérprete (de a muito presentes), ganharam especial relevância na hermenêutica constitucional.

III. PRINCÍPIOS⁶¹ E PÓS-POSITIVISMO

A filosofia do Direito, a partir do século XVI, passou a ser dominada pelo jusnaturalismo moderno. Ao longo do século XIX o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica, sendo empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX⁶².

Uma confiança exagerada, sem igual, sem parâmetros, no poder do conhecimento científico provocou o nascimento do positivismo filosófico, cuja decadência tem início somente nas primeiras décadas do século XX⁶³. A ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, ao fim da Segunda Guerra Mundial já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido⁶⁴.

O descrédito do jusnaturalismo e a bancarrota política do positivismo deram gênese ao *pós-positivismo*, que é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais⁶⁵, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua

normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

IV. PRINCÍPIOS E REGRAS

A dogmática moderna autentica o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Entretanto, ultimamente, tem ganhado ênfase uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas⁶⁶. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin⁶⁷ e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy⁶⁸. A conjugação das ideias desses dois autores alexy a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria⁶⁹.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. A regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Opera-se na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias

⁶¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)", in *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 3 e ss.

⁶² Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de política*, 1986, p. 659; Ana Paula de Barcellos, *As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais*, Revista Forense 351/10; e Viviane Nunes Araújo Lima, *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*, 2000, p. 181.

⁶³ Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

⁶⁴ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, p. 3 e ss.; e Ricardo Lobo Torres, *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*, 1995, p. 6 e ss..

⁶⁵ Sobre o tema, vejamos: Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999; e Gilmar Ferreira

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000.

⁶⁶ Rodolfo L. Vigo, *Los principios jurídicos – perspectiva jurisprudencial*, 2000, p. 9/20. O autor apresenta um interessante panorama dos critérios distintivos entre princípios e regras já propostos pela doutrina.

⁶⁷ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997 (a 1a. edição é de 1977). O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, 35/14 (1967).

⁶⁸ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997 (a 1a. ed. do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986).

⁶⁹ O consenso vem sendo, todavia, progressivamente rompido pelo surgimento de trabalhos críticos de qualidade. V. na doutrina nacional, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003, mimeografado (livro no prelo, original gentilmente cedido pelo autor); na doutrina estrangeira, Klaus Gunther, *The sense of appropriateness – Application discourses in morality and law*, 1993. Para uma defesa das posições de Alexy, v. Thomas da Rosa Bustamante, *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica*, 2003, mimeografado (original gentilmente cedido pelo autor).

representadas por outras normas ou por situações de fato⁷⁰.

É de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, com a ressalva de que há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis⁷¹, três deles são aqui destacados: o conteúdo; a estrutura normativa; e as particularidades da aplicação.

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Com relação à *estrutura* normativa, tem-se que o relato de uma regra específica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Já os princípios indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Quanto ao modo ou particularidades de sua *aplicação*, tem-se observado as premissas teóricas de Dworkin e Alexy, de modo que regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*, enquanto princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. A aplicação

dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*⁷².

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas.

V. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO⁷³

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Contudo, ultimamente, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes.

Em decorrência direta do narrado no parágrafo anterior, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

A técnica da ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica⁷⁴ aplicável a casos difíceis⁷⁵, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções

⁷⁰ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.”

⁷¹ Sobre o tema, vejam-se Karl Larenz, *Metodología da ciência do direito*, 1997; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996. Na doutrina brasileira, v. o importante estudo de Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit

⁷² Partindo da ideia original de Dworkin, o autor alemão Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss.) deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema, nos termos a seguir resumidos. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades

jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

⁷³ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997 e os seguintes textos mimeografados: *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* (1998) e *Constitutional rights, balancing, and rationality* (2002) (textos gentilmente cedidos por Margarida Lacombe Camargo); Karl Larenz, *Metodología da ciência do direito*, 1997; Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; Ricardo Lobo Torres, “Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação”, in Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e ss; Aaron Barak, *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy*, Harvard Law Review 116/1 (2002); Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit.

⁷⁴ José Maria Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000.

⁷⁵ Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.

diferenciadas⁷⁶. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. Destarte, sinteticamente, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação⁷⁷.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *infra*).

É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição

geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências⁷⁸.

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida.

VI. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO⁷⁹

A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação*⁸⁰ pode ser: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta⁸¹, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?

É possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação que serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral⁸².

Um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um

⁷⁶ A ponderação também tem sido empregada em outras circunstâncias, como na definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados (a definição dos que sejam os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, referidos no art. 221, IV, da Constituição, envolverá por certo um raciocínio do tipo ponderativo) ou na aplicação da equidade a casos concretos, embora este último caso possa ser reconduzido a um confronto de princípios, já que a equidade tem como fundamento normativo específico o princípio constitucional da justiça.

⁷⁷ É bem de ver que algumas vezes o conflito se estabelece mais claramente entre interesses que se opõem, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (normas que, por sua vez, podem ter como fundamento regras e/ou princípios, explícitos ou implícitos).

⁷⁸ Para o exame de algumas situações concretas de ponderação na nossa perspectiva, vejam-se em Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, 2002: “Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”, p. 243 e ss. (sobre liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção à saúde); “Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”, p. 341 e ss. (sobre liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família). E em *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: “A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, p. 47 e ss. (sobre livre iniciativa e livre concorrência *versus* proteção do consumidor); e “Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins

penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo”, p. 539 e ss. (sobre proteção da honra, imagem e privacidade *versus* repressão de ilícitos).

⁷⁹ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996 (1a. edição do original *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1a. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, “Notas sobre direito, argumentação e democracia”, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

⁸⁰ Na verdade, há várias teorias sobre a argumentação, mas suas preocupações concentram-se em elementos comuns, de modo que se estará fazendo referência a elas de forma unificada.

⁸¹ Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. V. Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, p. 40 e ss..

⁸² Humberto Ávila, *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*, Revista de Direito Tributário 79/178 e ss..

determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes.

Por fim, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida⁸³.

VII. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS⁸⁴:

7.1 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.

7.1.1 Princípio da Supremacia da Constituição

O traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e

atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional.

7.1.2. Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis e Atos do Poder Público

O princípio da presunção de constitucionalidade funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

7.1.3. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição pode ser vista por dois prismas: como princípio de interpretação, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição; como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.

7.1.4. Princípio da Unidade da Constituição

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

7.1.5. Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade⁸⁵

O da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não

⁸³ Comentando a absolvição do ex-presidente Collor em artigo publicado no Jornal do Brasil (*O avesso do Direito*) e reproduzido parcialmente na Revista Consulex v. I, nº 19, 1998 (*Juristas analisam a candidatura Collor*), escreveu Luís Roberto Barroso: "A decisão do STF que absolveu o ex-Presidente Fernando Collor comporta mais de uma leitura. É possível alguém supor, em boa-fé, que os cinco ministros que consideraram o Presidente inocente simplesmente não se convenceram de sua culpabilidade. Provavelmente, além de Suas Excelências, dos advogados de defesa e da estranha gente que recebe a alcunha de 'tropa de choque', não teria sido possível contabilizar outras cinco pessoas no País inteiro que pensassem igual. (...) Mas há outra leitura possível da decisão majoritária do STF. A teoria convencional do Direito sustenta que o juiz é um mero aplicador da lei. Seu papel consiste tão-somente em apurar os fatos e sobre eles fazer incidir o comando da norma. Mecanicamente. Acriticamente. Vive-se a ficção implausível de que o Estado é inteiramente neutro e seus agentes são totalmente imparciais. O terceiro-mundismo tem dessas hipocrisias. Na verdade, por um

processo que é frequentemente inconsciente, o que se constata é que por trás do discurso aparentemente jurídico o que existe é o compromisso ideológico, o sentimento de classe. Os afortunados e os não afortunados. O que acontece no dia-a-dia da Justiça se materializou de forma emblemática na decisão do Supremo: a classe dominante brasileira – e seus intérpretes conscientes e inconscientes nos tribunais – não consegue condenar os seus pares, os seus iguais."

⁸⁴ A Parte II do presente texto sintetiza e consolida idéias expostas em Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídicas dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

⁸⁵ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 213 e ss., onde se faz amplo levantamento da bibliografia na matéria.

seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*).

7.1.6. Princípio da Efetividade

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

7.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS MATERIAIS

Uma classificação que tem se mostrado útil é a que procura singularizar os princípios – princípios materiais, note-se, e não mais instrumentais – de acordo com o seu destaque no âmbito do sistema e a sua abrangência⁸⁶. Os princípios variam na amplitude de seus efeitos e mesmo no seu grau de influência. Por essa razão, podem ser agrupados em três categorias diversas, que identificam os princípios como fundamentais, gerais e setoriais.

7.2.1. Princípios Fundamentais

Os princípios fundamentais determinam a estrutura essencial do Estado, veiculando a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado.

7.2.2 Princípios Gerais

Os princípios constitucionais gerais têm menor grau de abstração que os fundamentais, prestando-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam.

7.2.3. Princípios Setoriais

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.

VIII. MODALIDADES DE EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS⁸⁷

⁸⁶ Luís Roberto Barroso, *Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo)*, RTDP 1/168.

⁸⁷ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 59 e ss.

⁸⁸ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 254; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2000, p. 146; e Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999.

A percepção de que também aos princípios constitucionais deve ser reconhecida eficácia jurídica é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras. A doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios através de dois movimentos: aplicando, com as adaptações necessárias, a modalidade convencional de eficácia jurídica das regras também aos princípios – é a eficácia positiva ou simétrica referida abaixo – e desenvolvendo modalidades diferenciadas, adaptadas às características próprias dos princípios – de que são exemplo as três outras modalidades de eficácia apresentadas na sequência⁸⁸.

8.1 EFICÁCIA POSITIVA OU SIMÉTRICA

Eficácia jurídica positiva ou simétrica é a associada à maioria das regras, e, quando aplicada aos princípios, tem como objetivo reconhecer àquele que seria beneficiado pelo princípio, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal.

8.2 EFICÁCIA INTERPRETATIVA

A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

8.3 EFICÁCIA NEGATIVA

A *eficácia negativa*⁸⁹, por sua vez, autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma⁹⁰. Os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa.

8.4 EFICÁCIA VEDATIVA DO RETROCESSO

⁸⁹ Sobre essa modalidade de eficácia, vejam-se: Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. II, 1990, p. 220 e ss., e German J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 1987, p. 238 e ss.; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, RDP nº 57-58/243 e ss.; e José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 158 e ss.

⁹⁰ No caso das normas, elas poderão ser consideradas revogadas ou não recepcionadas, caso anteriores à promulgação da Constituição.

A vedação do retrocesso⁹¹ propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

IX. ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DOS PRINCÍPIOS MATERIAIS

Antes do desfecho das ideias desenvolvidas, faz-se o destaque da aplicação concreta dos princípios da dignidade humana⁹² e do devido processo legal⁹³, concluindo com breve apreciação do papel desempenhado pelo princípio da razoabilidade no âmbito do sistema.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. O mínimo existencial é o núcleo de tal princípio⁹⁴, havendo razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça⁹⁵.

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁹⁶.

Quanto ao princípio do devido processo legal, embora seus corolários mais diretos já estejam analiticamente previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explicitados. Exemplo: O princípio foi invocado para considerar, com base nele, inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial⁹⁷.

Por fim, merece uma nota especial o princípio da razoabilidade, que, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. *supra*), é por

vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material –, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas.

X. CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção. Esta perspectiva ainda possui grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas por vezes se mostra insuficiente quando se lida com colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

III. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

IV. A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão.

V. A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto.

VI. As especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da

⁹¹ A vedação do retrocesso enfrenta ainda alguma controvérsia, especialmente quanto à sua extensão. Para uma visão crítica dessa construção, confira-se José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 1998, p. 307/311.

⁹² Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002; Fernando Ferreira dos Santos, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 1999; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*, 2001; Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003; Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 2002; Lúcia de Barros Freitas de Alvarenga, *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza; uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*, 1998; Joaquim B. Barbosa Gomes, *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa* (ADVSJ 12-96/17); Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social* (IP 4/23); Antonio Junqueira de Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana* (RT 797:11); Valter

Shuenquener de Araújo, *Hierarquização axiológica de princípios – relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado da preservação do contrato social* (RPGERJ 55/82).

⁹³ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 1998, p. 56.

⁹⁴ Como, por exemplo, a que inclui no mínimo existencial o atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

⁹⁵ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 247 e ss..

⁹⁶ STJ, HC 9.892-RJ, DJ 26.3.01, Rel. orig. Min. Hamilton Carvalho, Rel. para ac. Min. Fontes de Alencar.

⁹⁷ STJ, HC 6.802-RJ, RT 755/569, Rel. Min. Vicente Leal.

Constituição, de natureza instrumental, que funcionam como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material. Estes princípios instrumentais são os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

VII. Os princípios constitucionais materiais classificam-se em fundamentais, gerais e setoriais. Dentre as modalidades de eficácia dos princípios, merecem destaque a *interpretativa* – que subordina a aplicação de todas as normas do sistema jurídico aos valores e fins neles contidos – e a *negativa*, que paralisa a incidência de qualquer norma que seja com eles incompatível.

VIII. A jurisprudência tem se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana tem ganhado destaque e alicerçado decisões judiciais, enquanto o princípio instrumental da razoabilidade funciona como norte de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.

IX. A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da

ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira.

XI.REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Temas de direito constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Direito constitucional brasileiro: o problema da federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GÊNERO, CIDADANIA E PODER EM PERSPECTIVA HISTÓRICA: A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DA MULHER NEGRA

Rosana Júlia Binda⁹⁸, Jakeline Martins Silva Rocha⁹⁹

Professora da Faculdade Vale do Cricaré, Professora da Faculdade Vale do Cricaré

Resumo – Uma análise da Cidadania e o poder em perspectiva histórica: A construção da identidade da mulher negra.

Palavras-chave: mulher negra, história, Gênero.

INTRODUÇÃO

Este artigo é um recorte de uma pesquisa em andamento desenvolvida na Microrregião Nordeste do Espírito Santo, no município de Conceição da Barra tendo como elemento de análise as relações de poder e gênero que tem como consequência a exclusão social da mulher negra remanescente dos quilombos da região.

Antes de apresentar o objeto do estudo, faz-se necessário contextualizar no tempo e no espaço o lugar e o sujeito analisados (SIQUEIRA, 1997, p. 3). Nesse sentido, cabe esclarecer que a região estudada pode ser definida como uma região historicamente marcada pela economia escravista e latifundiária voltada à produção agrícola industrial de cana-de-açúcar e eucalipto. Pode-se dizer que por três séculos e meio, esta sociedade foi regida pela produção escravista colonial, impondo duríssimas condições de existência aos trabalhadores escravizados, primeiro os indígenas, a seguir africanos e afrodescendentes, que com o fim da escravidão refugiaram-se em pequenas comunidades rurais em meio à mata. Com o tempo, a população dessas comunidades desenvolveu seu próprio modo de vida, na tentativa de (re)construir sua identidade no espaço social que lhes foi permitido, por meio da preservação da sua cultura e da escassa relação com o mundo.

Segundo informações oficiais do Ministério do Desenvolvimento Agrário, o Município de Conceição da Barra possui a maior concentração de comunidades quilombolas de todo o território capixaba.

A inquietação para a pesquisa surgiu em observações lançadas cotidianamente e analisadas por meio do conhecimento adquirido pela convivência de doze anos com as comunidades quilombolas do município de Conceição da Barra. Contudo, a análise da condição feminina das habitantes destas comunidades aflorou com as leituras proporcionadas pela disciplina Gênero, Cidadania e Poder em Perspectiva Histórica, do

Programa de Doutorado da Universidade Federal do Espírito Santo.

Esta inquietação surgiu a partir da constatação da ausência de registros que digam respeito à história, cultura e identidade das mulheres afrodescendentes residentes nas comunidades quilombolas, tanto na sociedade local, quanto nos programas curriculares desenvolvidos pelas escolas de educação básica do município de Conceição da Barra. Tal ausência tem provocado uma lacuna no registro da memória de um povo que contribuiu para a formação do Estado brasileiro, tendo em vista que nos registros anteriores predominou uma educação eurocêntrica que desvaloriza a importância da mulher negra para a história do Espírito Santo e do Brasil.

Nesse sentido, em busca de compreender o processo de identidade e luta por reconhecimento da mulher negra pertencente às comunidades quilombolas do município de Conceição da Barra, buscou-se, por meio de uma abordagem sócio-histórica, “compreender a constituição do sujeito nas e pelas relações sociais” (SIQUEIRA, 1997, p. 01), a fim de responder ao seguinte questionamento: Qual o espaço da mulher negra quilombola nos processos de tomada de decisão na vida da própria comunidade que a proporcionem afirmar seus próprios valores?

A compreensão da vida dessas mulheres negras remanescentes de quilombos perpassa ao estudo dos efeitos do legado colonial utilizado para a construção das hierarquias entre os gêneros, raças e sexualidades que tanto marcaram a historiografia da Microrregião Nordeste do Espírito Santo.

Para desenvolver este estudo pretende-se, portanto, analisar como gênero, raça e poder perpassam as transformações históricas e sociais e permanecem como objeto de resistência na construção da identidade das mulheres quilombolas da região Nordeste do Espírito Santo.

Dessa forma, este trabalho se propõe ao estudo de parte dos percursos da memória da mulher afrodescendente no município de Conceição da Barra, afim de garantir-lhes o direito fundamental à memória.

I - UMA BREVE (RE)LEITURA DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DA BARRA EM GÊNERO, RAÇA E PODER: O TRAÇADO DA EXCLUSÃO.

⁹⁸ Rosana Julia Binda: Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Prof^a da FVC Faculdade Vale do Cricaré, Servidora Pública Municipal, Advogada - OAB/ES 17.742

⁹⁹ Jakeline Martins Silva Rocha: Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela FVC Faculdade Vale do Cricaré, Prof^a da FVC, Servidora Pública Municipal, Advogada - OAB/ES 518-A

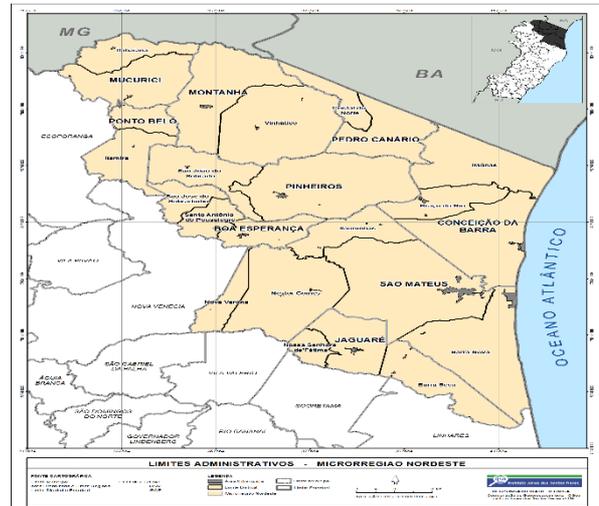
Os registros históricos do município de Conceição da Barra remontam à história da escravidão e da exploração da força de trabalho do negro para a manutenção da riqueza e reprodução do capital. Contudo para compreender o que hoje representam as comunidades quilombolas, a luta pela sobrevivência destes homens e mulheres negros, e os conflitos de gênero, raça e poder vividos por este povo, cumpre reportar a alguns fatos históricos.

Para isso é preciso desvelar os principais fatos que marcaram a história da Microrregião Nordeste do Espírito Santo a fim de conhecer os meandros da formação social e econômica desta região, destacando as possíveis contribuições para a formação da estrutura fundiária e da mão-de-obra negra utilizada na produção agrícola, especialmente da cana-de-açúcar.

É necessário esclarecer que grande parte dos Municípios que compõem a citada Microrregião são produtores de cana-de-açúcar e por meio da atividade agrícola formaram a sua história, percorrendo um caminho de produção capitalista a partir de relações não capitalistas de produção para reprodução do próprio capital (MARTINS, 2010, p. 19). Para compreender como ocorreu o processo de formação desta região é preciso retornar ao núcleo do processo histórico e redescobrir a formação da vida no campo, analisando se as relações sociais e culturais desse povo contribuíram para a concentração de riquezas e exploração da força de trabalho de homens e mulheres, especialmente negros (MARTINS, 2010, p. 12). Porém, antes de aprofundar na história e retornar um pouco no tempo, faz-se necessário localizar o espaço geográfico objeto de pesquisa.

A representação cartográfica demonstra a atual divisão administrativa da microrregião Nordeste cujas peculiaridades sociais e econômicas serão retomadas mais à frente. Trata-se do maior polo sucroenergético do Estado do Espírito Santo que fica localizado no Município de Conceição da Barra, que por sua vez juntamente com outros oito municípios compõem a Microrregião Nordeste do Espírito Santo. Esta região, outrora, abrigou as imensas terras do município de “São Matheus”¹⁰⁰, cujo descobrimento e ocupação serão analisados, a fim de desvelar a formação econômico-social no tempo histórico, para buscar a compreensão da forma como ocorreu o processo de concentração de riquezas em detrimento do trabalho dos antepassados desses homens e mulheres negras que hoje encontram-se em condição de exclusão e luta por reconhecimento.

FIGURA 1- MICRORREGIÃO NORDESTE DO ESPÍRITO SANTO



FONTE: INSTITUTO JONES DOS SANTOS NEVES

Vale ressaltar que esta pesquisa é uma empreitada de certa forma difícil, pois a historiografia a respeito do Espírito Santo privilegiou a região central, sendo, portanto, poucos os estudos encontrados sobre a região Nordeste do Estado.

Desde o período colonial, o Estado do Espírito Santo era demarcado geograficamente em três principais áreas banhadas por importantes rios que contribuíram para a expansão econômica das regiões, assim descritas: ao sul destacou-se a importância dos rios Itabapoana e Itapemirim; ao centro, os rios Santa Maria e Jucu e ao norte, os rios Doce e “São Matheus” (ambos com a foz em Minas Gerais). A extensão territorial de São Matheus correspondia a todo o alcance da região norte, pois seu território contemplava a área localizada acima do Rio Doce, limitando-se ao sul pelo Rio Barra Seca e ao norte pelo Rio Mucuri (RUSSO, 2011, p.18), ultrapassando a atual demarcação com a Bahia (o que hoje corresponde à extensão de 14 municípios). Este território permaneceu até o final do século XIX, conforme figura 2.

¹⁰⁰ Grafia utilizada no período colonial para denominar o rio e a vila.

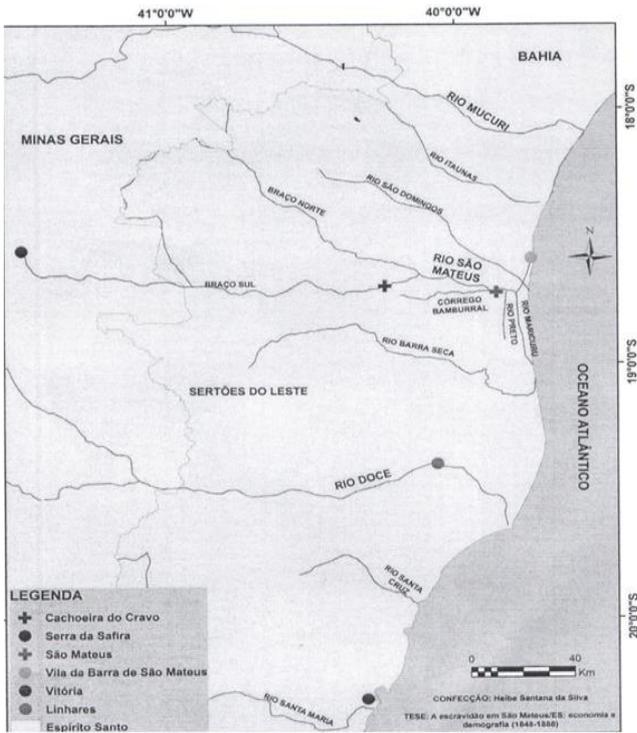


FIGURA 2 - MAPA DA REGIÃO QUE CORRESPONDIA AO ANTIGO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS, COMPREENDIDO (APROXIMADAMENTE) ENTRE OS RIOS BARRA SECA E RIO MUCURI. (FONTE: ARQUIVO PESSOAL DE ELIEZER NARDOTO).

O território atual do município de Conceição da Barra pertencia a São Mateus e era denominado Barra de São Mateus. Esta terra era ocupada, à época de seu descobrimento, pelos índios guaianás, que povoaram o norte da foz do Rio Cricaré (rio que nasce no nordeste mineiro e percorre todo o norte do Espírito Santo). Portugueses e indígenas, aliados aos naufragos de um navio espanhol, estabeleceram, na foz desse rio, um núcleo populacional, com o nome de Barra. O desenvolvimento inicial se deveu, principalmente pela intensidade de navios de grande porte que transitavam a costa entre as províncias da Bahia e do Rio de Janeiro, e tinham esta localização como ancoradouro (RUSSO, 2009, p. 117). Com a mudança do nome do rio Cricaré (nome de origem indígena), para Rio São Mateus, em 1596, a povoação da Barra passou a denominar-se Barra de São Mateus.

O atual Município de Conceição da Barra abrigava o maior porto da região, o Porto da Barra de São Mateus. Este Porto destacou-se por sua importância econômica proveniente de sua localização geográfica, pois compunha, juntamente com o Porto de São Mateus (localizado “oito léguas” retirado da costa e navegável somente por pequenas embarcações), um complexo portuário responsável pelo futuro desenvolvimento econômico, social e político da região. Este complexo portuário pode ser definido como o eixo da formação histórica e do processo social desta região (RUSSO, 2009, p. 54).

Nesse sentido, no período colonial, o Porto da Barra de São Mateus destacou-se por ser o escoador da maior produção de farinha de mandioca da costa brasileira, ali produzida e por ser local de grande fluxo de tráfico de escravos (RUSSO, 2009, p.117). Isso demonstra os passos iniciais do processo de produção dessa sociedade, baseado na exploração da força de trabalho escrava e na renda originada pela venda do próprio cativo (MARTINS, 2010, p. 20-23).

Como dito anteriormente, durante a colonização a área era potencialmente ocupada por índios, que foram considerados um grande obstáculo na conquista das terras, principalmente uma tribo que habitava a região de São Mateus do outro lado do Rio Cricaré (hoje região de Guriri), os botocudos, conhecidos por sua valentia em conflitos travados com os colonizadores contra a dominação portuguesa. Grande parte desses nativos foram dizimados nos confrontos com os colonizadores, por resistirem à ocupação de suas terras. O conflito de maior expressão foi a Batalha do Cricaré, ocorrida em 1558, chefiada por Fernão de Sá, filho de Mem de Sá (governador Geral do Brasil à época). Esta batalha foi conduzida por aproximadamente 200 homens que lutaram e promoveram a morte de aproximadamente 100 índios, inclusive de Fernão de Sá, entre outros portugueses. Este fato foi o suficiente para que Mem de Sá organizasse um massacre aos índios botocudos (RUSSO, 2011, p. 19).

Em 1764, São Mateus foi elevado à categoria de vila, contando ainda com a maioria da população constituída de origem indígena, entre os escravizados pelos colonos e os livres. Esse fato demonstra que apesar de já haver proibições ao cativo indígena desde 03 de maio de 1758 (MARTINS, 2010, p. 29), em São Mateus, a força de trabalho ainda era extraída dos nativos para dar início à conquista das terras e formação das primeiras fazendas. Porém, os índios que habitavam esta região eram conhecidos por sua valentia, tornando-se difíceis à captura e de manter-se em cativeiro, tendo em vista seu vasto conhecimento da região de matas fechadas, onde se escondiam, após as fugas.

Os fazendeiros desta região, do mesmo modo que os de outras regiões do país, enfrentando dificuldades para manter o seu plantel de escravos indígenas, tiveram que elaborar certa mudança no processo de produção para manter a exploração, a fim de preservar a economia colonial. Nesta época já se faziam presentes, mesmo que em pouca expressão, os escravos negros. Estes foram sendo introduzidos na região no final do século XVIII, e em maior número no século XIX, fazendo parte do processo de produção como mercadoria (MARTINS, 2010, p. 32), sob a influência da localização geográfica do Porto da Barra de São Mateus.

Juntamente com a elevação à categoria de vila, São Mateus foi encampada à jurisdição da Capitania de Porto Seguro. Esta administração que perdurou

cinquenta e nove anos (até 1823), foi marcada por um relativo desenvolvimento econômico baseado na produção de farinha de mandioca e comercialização de escravos, porém, também serviu para distanciar a região do contexto da província capixaba (NARDOTO e LIMA, 1999, p. 35). É importante destacar as transformações sociais decorrentes deste desenvolvimento, pois isso talvez explique as particularidades da região que permanecem até os dias atuais e a influência da cultura baiana, como por exemplo, traços marcantes que vão desde a culinária, danças típicas e modo de vida, até outros que se caracterizam com raízes mais profundas como a concentração fundiária (e seu processo de formação) e a produção de riqueza, conquistadas à base de exploração da força de trabalho escrava.

Porém, o crescimento verificado foi somente na região costeira, pois toda a área de acesso ao interior que poderia fazer comunicação com Minas Gerais foi fechada pela Coroa Portuguesa, desde o início do século XVIII, para evitar contrabando do ouro que havia sido descoberto lá. Isso ocasionou um isolamento do território de São Mateus, e suas vias de acesso e comunicação eram somente pela costa, bem como sua ocupação manteve-se confinada à faixa litorânea. Por outro lado, a região impenetrável, tornou-se refúgio para os índios sobreviventes e ainda não escravizados pelos colonos (RUSSO, 2011, p. 22).

Enquanto as regiões central e sul do Espírito Santo permaneciam em franco desbravamento de terras, a região norte (hoje nordeste) permaneceu restrita à costa, porém, repita-se, em desenvolvimento econômico proporcionado pela economia do comércio marítimo. Nesse sentido, o retorno da administração de São Mateus para a Província do Espírito Santo, significou uma grande expressão econômica, tendo em vista a situação de descrédito em que se encontrava toda a província nas primeiras décadas do século XIX.

Nesta região costeira, estabelecida entre a Vila de São Mateus e o mar (cuja distância corresponde a quarenta e oito quilômetros), com o crescimento verificado perante a administração de Porto Seguro (1764-1823), surgiram algumas fazendas de mandioca e cana-de-açúcar com um expressivo registro de escravos para o manejo destas produções agrícolas à base da estrutura latifundiária escravagista (MOREIRA e PERRONE, 2008, p. 48). A estrutura portuária montada entre a Barra de São Mateus e a Vila de São Mateus, juntamente com a produção agrícola da região voltada para o cultivo de farinha de mandioca, cana-de-açúcar, extração de madeira e comercialização da pessoa do cativo, foram os responsáveis por este desenvolvimento. Neste período ocorreu a introdução do cultivo do café na região, mas em menor escala que a produção de farinha e cana-de-açúcar.

Em 1827 a população da Vila de São Mateus correspondia a um total de 6.255 pessoas, sendo que 3.027 eram de negros e pardos cativos (RUSSO, 2011, p. 23). Portanto, se o principal capital do fazendeiro

estava configurado na pessoa do cativo (MARTINS, 2010, p. 41), e estes correspondiam a quase metade da população de São Mateus, já era possível observar que nesta época a acumulação de capital se mostrava bastante expressiva tanto à base da extração da força de trabalho gerada pela escravidão como pela comercialização do escravo.

Vale ressaltar que nesta época a comercialização da pessoa do cativo representava expressiva monta da renda do senhor, porém recebia trato pior que uma manda de animais, dada as condições de transportes e moradia que recebiam de seus donos. Portanto, estas observações servem para fundamentar a falta de valor que perpetua aos dias atuais dispensada aos negros e negras que tanto contribuíram para a construção econômica e social desta região.

Na época da independência do Brasil, esta região tornou-se o centro das atenções da província, pois sua proximidade com a Bahia foi foco de preocupações diante da resistência baiana e palco do envio de tropas para defesa do seu território.

Enquanto isso, o desenvolvimento do povoado de Barra de São Mateus não foi o mesmo, embora estando em melhor localização geográfica e sendo beneficiada com a presença de um já descrito e relevante porto que permaneceu até 1870 em situação precária. Em 11 de agosto de 1831, constituiu-se a Paróquia de Nossa Senhora da Conceição da Barra de São Mateus, e logo dois anos após, em 02 de abril de 1833, o antigo povoado foi elevado à categoria de vila, passando a chamar-se Villa da Barra de São Mateus, que permaneceu sob o domínio político administrativo de São Mateus. Contudo sua emancipação político-administrativa de São Mateus, somente foi ocorrer em 1891 (RUSSO, 2011, p. 22).

Em 1835, a região destacou-se ainda mais, pois a Vila de São Mateus tornou-se Comarca, integrando o rol juntamente com Vitória e Itapemirim (RUSSO, 2011, p. 25). Registra-se, em 1847, a prosperidade agrícola das fazendas da região com a produção de farinha, ainda como principal gênero de exportação, cuja comercialização regulava-se pelas regras do processo de constituição da força do trabalho do escravo. Da mesma forma, nesta época também já existiam alguns engenhos de cana que começavam a expressar sua produção, cujo plantio, trato e colheita eram realizados à base da mão-de-obra escrava. Nessa mesma época foi possível observar o desenvolvimento da Vila da Barra de São Mateus, com destaque para agricultura, precipuamente em Itaúnas que era constituída por uma

enorme fazenda com a presença de escravos que desenvolviam a pecuária¹⁰¹.

Para elevar ainda mais o prestígio político da região Nordeste na Província do Espírito Santo, em 1848 a Vila de São Matheus foi elevada à categoria de Município com o surgimento de uma sólida oligarquia rural. Assim como relatado por Freyre (2006), e conforme ocorrido nas demais partes do Brasil, aqui também foi possível observar a presença de fazendeiros na representação política e com títulos nobiliárquicos, em busca de garantir o cumprimento de seus interesses e impor seus mandamentos na economia, na política, enfim na sociedade. Esta oligarquia rural, composta por fazendeiros, foi responsável pela formação de uma cultura política determinante de relações de poder que influenciaram na formação da cultura e da economia da região, em troca da proteção dos seus interesses. Interesses esses que eram mantidos por meio da opressão ocorrida até mesmo dentro de suas próprias casas, por meio da garantia da manutenção dos rígidos papéis sociais, como forma de tranquilizar a ordem social e difundir o comportamento feminino ideal, estabelecendo condutas morais e sexuais idealizada para as mulheres de boa conduta (DEL PRIORE, 1993, p. 55).

Uma das personalidades de maior destaque na política foi Antônio Rodrigues da Cunha, o Barão de Aimorés, rico fazendeiro e major da Guarda Nacional. Foi o responsável pelo início da colonização do interior de São Mateus, com o plantio em larga escala de cana-de-açúcar e introdução do café, por meio de seu plantel de escravos, conquistados à base de suas atuações tiranas e políticas. Era característica das personalidades da oligarquia rural usar o aparato do Estado para defender seu patrimônio sempre que o sentiam ameaçado por qualquer tensão que opusesse risco à sua propriedade (MARTINS, 2010, p. 24).

Nesta época, a economia da Vila de São Mateus já se destacava por sua produção de farinha, comércio de escravos, produção de açúcar e sua introdução na cultura do café.

Na história da Vila da Barra de São Mateus merece destaque o fazendeiro-político Olinto Gomes dos Santos, também possuidor de título nobiliárquico, conhecido por Barão de Timbuí. Destacou-se na política como deputado provincial para defender seus interesses enquanto fazendeiro proprietário de terras e escravos na região da Vila da Barra de São Mateus. Foi o desbravador da região de Itaúnas, onde implantou sua fazenda que depois deu origem à Vila.

Observe-se que as citadas personalidades políticas confundiam-se com os grandes fazendeiros senhores de importantes escravarias, responsáveis pela origem dos antagonismos sociais que podem ser observados durante todo o processo histórico da região Nordeste do Espírito Santo. Assim, também se pode observar a origem da estrutura fundiária que caracteriza a formação agrária da região e a manutenção da exclusão dos negros e negras à margem desse processo.

I.I - A ESCRAVIDÃO E A FORMAÇÃO DOS QUILOMBOS NA REGIÃO

Após a proibição do tráfico internacional de escravos, em 1850, o tráfico interno entre as províncias se intensificou até a abolição (MARTINS, 2010, p. 42), sendo que o Porto da Barra de São Matheus foi responsável por grande parte desse comércio, tendo em vista tratar-se de um dos principais centros de comércio da região. A expressão da comercialização dos escravos e escravas pode ser confirmada pelos registros de empresas especializadas na compra e venda dos mesmos.¹⁰² A proibição do tráfico externo de escravos verificada a partir de 1850 estimulou o comércio interno, gerando em São Mateus mais um elemento mercantil, a comercialização de escravos, principalmente no período entre 1863 e 1887 (RUSSO, 2011, p. 101).

Também é possível observar a importância da escravidão negra para a região, pelos numerosos registros de revoltas e a expressiva formação de comunidades quilombolas fixadas em São Matheus e do outro lado da Foz do Rio Cricaré, nas proximidades da Vila da Barra de São Matheus (maior incidência no Espírito Santo)¹⁰³.

O elevado contingente de escravos presente em São Mateus e a “busca desenfreada pela pessoa do cativo após a proibição do tráfico internacional fez aumentar o preço por cabeça” (MARTINS, 2010, p. 42). Esta região destacou-se por sua forte comercialização de escravos e escravas, bem como pela incidência de fugas, representando os primeiros passos da insurgência contra o trabalho servil rumo à formação dos Quilombos e até mesmo do movimento abolicionista.

A comercialização da pessoa do cativo na região estudada era tão intensa que mesmo após a proibição do tráfico de escravos africanos para o Brasil, em São Mateus foi apreendido o último navio negreiro circulando em 1856 (PRADO JÚNIOR, 1985, p. 152)¹⁰⁴. Outra parte da história da região, diz respeito às negociações realizadas tendo como garantia o

¹⁰¹ Informações extraídas do Relatório do Presidente da Província do Espírito Santo, Luis Pedreira de Couto Ferraz, de 11 de outubro de 1847, p. 57. Acervo da Biblioteca Digital do Arquivo Público do Estado do Espírito Santo.

¹⁰² Conforme análise de documentos registrados no Cartório do 1º Ofício Arnaldo Bastos, de São Mateus (1860 a 1888).

¹⁰³ Relatório de levantamento das Comunidades Quilombolas no território brasileiro disponível em <<http://www.mds.gov.br>> Acesso em: 12 de out. de 2012.

¹⁰⁴ A embarcação norte-americana Mary E. Smith, transportava 350 negros vindos da África, quando a

elemento cativo, podendo ser registradas até doações à igreja em forma de cabeças cativas (CUNHA, 1994, p. 31).

Esta comercialização da pessoa do cativo demonstrou tanta importância para a economia desta região que na segunda metade do século XIX pode-se registrar a existência de 15 firmas especializadas neste mercado (RUSSO, 2011, p. 129).

Em São Matheus também foi possível observar a utilização da pessoa do cativo para garantir o pagamento de dívidas, por representar parcela significativa do patrimônio dos fazendeiros, conforme relatam as escrituras de compra e venda constantes do arquivo do Cartório do 1º Ofício Arnaldo Bastos, em São Matheus (RUSSO, 2011, p. 135).

A partir de 1860, o braço escravo tornou-se elemento essencial para a produção do café, que começa a crescer, porém não de forma tão aguçada como no centro e sul da Província do Espírito Santo, mas já era bastante para impor-se à produção de cana-de-açúcar, tornando-se por vezes uma alternativa a esta (CÔGO, 2007, p. 20). A produção de farinha ainda continuava em destaque sendo o principal produto da região, tendo em vista que as terras não eram consideradas apropriadas para o cultivo do café (CÔGO, 2007, p. 157). A produção agrícola da região era levada em canoas e embarcações de pequeno porte até o Porto da Barra de São Mateus, e de lá eram enviadas para a Bahia, Rio de Janeiro e Vitória.

Enquanto isso, a Barra de São Matheus crescia lentamente, pois em 04 de julho de 1861, por meio do Decreto Provincial nº 4, foi criado o Distrito de Itaúnas e anexado ao município de São Mateus. Por volta de 1871, começaram as primeiras tentativas de aberturas de estrada, em busca de penetrar o território distante da costa e explorar a região (ROSA, 1999, p. 9).

Ressalte-se que alguns fatos históricos como a aliança entre um Quilombo produtor de farinha e uma fazendeira proprietária de terras na Vila da Barra de São Mateus, Dona Rita Cunha, tornando-a a maior exportadora de farinha da província demonstram que o poder da oligarquia local, agia ao seu interesse. Essas ocorrências podem ser verificadas, ora contra a possível ascensão dos negros, para proteger qualquer ameaça à sua propriedade, ora, para demonstrar que as mulheres da elite, reproduziam o comportamento dos maridos nos assuntos que contribuísse para seu acúmulo de riqueza, reproduzindo, assim, o processo de opressão. Estes fatos fazem crer que o poder econômico e a prosperidade da região deram-se com base na exploração do trabalho escravo.

Os fazendeiros ocupavam cadeiras na representação política da região e com isso podiam defender seus interesses quando ameaçados por revoltas escravistas, mas ao mesmo tempo poderiam proteger um Quilombo que o deixasse ainda mais rico. A manutenção da riqueza advinda da produção agrícola dependia de certa forma, da estrutura escravista de mão-de-obra, portanto, qualquer ameaça ao modelo escravocrata, repercutia no patrimônio desses senhores.

Dessa forma, a formação de quilombos, por meio de aglomeração de escravos fugitivos, demonstrava certa contradição na estrutura da realidade escravista, pois perder o escravo significava perder capital nele investido e a possibilidade de interrupção do processo produtivo. Por outro lado para o governo também representava investimento na repressão contra as insurreições e perda de receita sobre os impostos arrecadados pelo trabalho escravo e até mesmo pela venda da pessoa do cativo (GUIMARÃES, 2000, p. 325).

Porém, mesmo com investimento e repressão tornou-se intensa a formação de Quilombos no território de São Mateus. Isso fez com que as autoridades políticas elaborassem legislações nas décadas de 1870 e 1880 autorizando a criação de Guerrilhas para captura de escravos fugitivos, tais como a Lei nº 9, de 9 de agosto de 1877 e o Ato de 23 de julho de 1885.¹⁰⁵ Não bastando as fugas, em janeiro de 1885 ocorreu em São Mateus uma insurreição liderada por Francisco Mota (ALMADA, 1984, p. 201).

Todo o temor dos fazendeiros com a perda do controle da população escrava demonstrava a importância da pessoa do cativo para a economia da região, pois ameaçava diretamente a propriedade, os bens e acumulação de riqueza, por isso os fazendeiros buscaram ao máximo, através do poder político, atrasar o fim da escravidão (RUSSO, 2011, p. 81) e, repita-se, usar o aparato do Estado para tentar recuperar os fugitivos.

Sobretudo, observe-se que a escravidão na região estudada apresentou características diferenciadas das demais regiões da província, com uma produção agrícola sem vínculos diretos com a exportação, mais direcionada para o mercado interprovincial. Portanto, sua população escrava também apresentou características diferentes, reproduzindo-se na região e constituindo a formação de família, facilitando assim a união em busca de liberdade. Desta forma, para não perder o cativo em fuga, o senhor preferia alforriá-lo e mantê-lo sob sua dependência, mantendo de alguma forma sua exploração.

Conforme observa Russo (2011, p. 188), as relações escravistas na Microrregião Nordeste apresentaram

embarcação Olinda, da Marinha de Guerra do Brasil, o interceptou, levando depois os negros para a Bahia.

¹⁰⁵ Relatório do Vice-Presidente da Província Manoel Ribeiro C. Mascarenhas, de 02 de outubro de 1885. Biblioteca Digital do APEES.

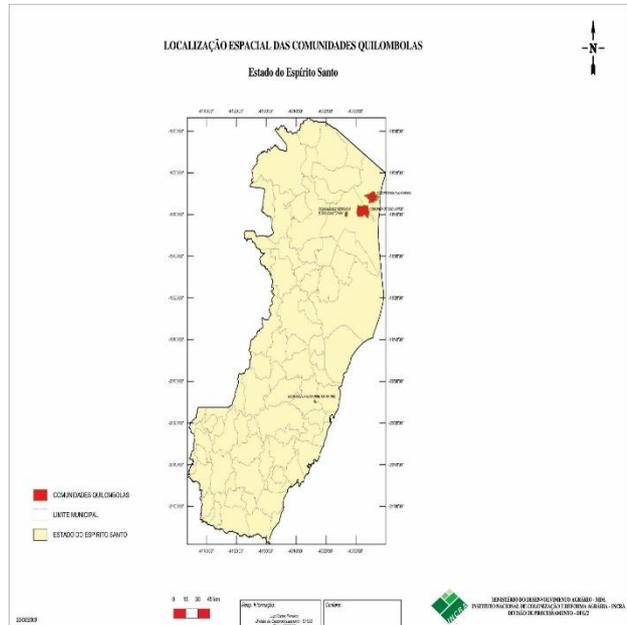
adversidades em relação às outras duas regiões do Espírito Santo que também mantinham sua economia em bases escravistas. As pesquisas demonstram que as cartas de alforria em Itapemirim e Vitória, em sua maioria eram condicionadas à prestação de serviços, devido à dependência dos senhores em relação à força de trabalho cativa.

Nesta região, as alforrias incondicionadas representavam menos dependência da força de trabalho escrava, tendo em vista que em 1887 já existia grande contingente de trabalhadores livres e pobres, aliado ao fato, de que a produção agrícola não era voltada para a monocultura e sim, uma produção diversificada. Tudo isso revela que em Conceição da Barra, a importância do escravo se deu com grande expressão de objeto de capital mercantil, e não somente de mão-de-obra, confirmando a ideia de que era no comércio escravista e não na fazenda escravista que a escravidão se recriava (MARTINS, 1995, p. 37).

A importância da escravidão nesse contexto refletiu na formação da classe marginalizada que com seus braços contribuiu para a formação política, social e econômica da região que hoje compreende uma importante região econômica do Estado do Espírito Santo. As proporções da população negra remanescente de ex-escravos podem ser demonstradas, considerando as numerosas comunidades remanescentes de quilombos nos territórios de São Mateus e Conceição da Barra, como representação de maior incidência em terras capixabas, conforme retrata a figura 3.

No município de Conceição da Barra, as comunidades remanescentes de Quilombos são, em sua grande maioria, comunidades de atividades basicamente rurais, organizadas em pequenos núcleos agrícolas familiares escondidas entre as plantações de eucalipto da Fibria. Segundo Anjos (2005), os remanescentes quilombolas do município de Conceição da Barra, estão dispostos em 11 comunidades rurais espalhadas pelo território em meio ao mar de eucaliptos, assim distribuídas: Angelim I, II e III, Coxi, São Domingos, Roda D'água, Linharinho, Córrego do Sertão, Córrego do Macuco e uma comunidade urbana, a comunidade de Santana ou Quilombo Novo, agrupadas em torno de uma terra de uso comum, ao longo de mais de um século (Chalub Martins, 2006, p. 05).

FIGURA 3 - CONCENTRAÇÃO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NA MICRORREGIÃO NORDESTE DO ES



FONTE: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO – MDA

A narrativa histórica envolvendo a influência do poder econômico e político da oligarquia rural da região e a exploração do trabalho escravo e repressão à resistência é uma tentativa de elucidar a memória da formação social e econômica de Conceição da Barra e compreender as bases da exclusão social dos negros remanescentes de quilombos, estabelecida desde a colonização, e perpetuada a partir da abolição da escravidão. Os escravos que sofreram todas as violências anteriormente retratadas para garantir o acúmulo de riqueza e a propriedade da terra dos fazendeiros da região, após a abolição permaneceram relegados à sorte aquilombando-se em determinadas glebas de terras mata à dentro. Contudo, a violência manteve-se persistente em suas vidas se não de forma física, mas de forma moral, pois este povo ficou esquecido e excluído da sociedade, isolado em pequenas glebas de terra que depois foram envoltas por um mar de eucalipto e cana nos pontos demarcados no mapa acima, onde ainda permanecem.

As insurgências escravas e o alto custo para tentar contê-las, acompanhado pelo alto preço da pessoa do cativo impulsionaram os fazendeiros-políticos a buscarem alternativa para suprir a mão-de-obra escrava de negros e negras africanos. Assim, registrava-se no final do século XIX, a crise do escravismo que definia o processo de constituição da força de trabalho e das relações de trabalho. Essa crise deu lugar à necessária implantação do colonato abrangendo a cultura de café e de cana de açúcar (em menor escala) (SANTOS, T., 2009, p. 85). Nesse contexto ocorre a abolição da escravidão, em 1888, e o início da imigração estrangeira europeia.

Em 19 de setembro de 1891, a Vila da Barra de São Mateus foi elevada à condição de Município com a

denominação de Conceição da Barra, por meio do Decreto do Estadual nº 28, de 19-09-1891.

A primeira metade do século XX foi marcada pelo avanço das iniciativas pela posse das terras, quer seja pelos fazendeiros de gado, quer seja pelos negros e imigrantes e seus descendentes. Os fazendeiros descendentes de portugueses que ocupavam as terras beirando o rio São Mateus, foram ampliando seus domínios sobre as terras no lado norte deste rio, retirando as madeiras para serrarias, por meio da exploração dos negros. Enquanto esses se apropriavam de pequenas posses, os fazendeiros ficavam com grandes porções de terra. Porém, esse desbravamento ainda era pequeno e muito restrito às áreas próximas às margens dos grandes rios. Com o tempo, a atividade de extração de madeira contribuiu para a ocupação das terras, surgindo assim, diversas fazendas.

Devido à baixa fertilidade do solo, os negros, dedicavam-se quase que exclusivamente à cultura da mandioca e cana-de-açúcar. No final do século XIX e início do século XX já era possível observar pouca lavoura nas imediações da cidade de São Mateus e no trajeto para Conceição da Barra. A vegetação foi tomada pelo sapê¹⁰⁶, que invadiu as antigas terras de cultura tornando-as inúteis mesmo para a cultura da mandioca (EGLER, 1951, p. 250-253). O sapê tornou-se uma praga dominando essa região que ficou conhecida pelo nome de "Sapê do Norte" (NARDOTO, 2004, p. 48).

Com o fim da escravidão, os negros do Sapê do Norte, descendentes de escravos, viveram isolados, sem nenhum tipo de apoio oficial. Quase todos analfabetos, sem estradas, sem voz, sem vez, e abandonados à própria sorte, passaram a viver da fabricação de farinha, do plantio de pequenos roçados, da caça e da pesca (NARDOTO, 2004, p. 48). Neste local ele se refugiou com alguns companheiros e deu origem a algumas pequenas comunidades formadas por famílias que sobreviveram do cultivo da terra, de onde não há registro que tenham ascendido socialmente.

Por outro lado, os imigrantes e seus descendentes, pouco a pouco foram ocupando algumas terras, comprando outras, no lado sul do rio São Mateus, entre São Mateus e Nova Venécia e avançando para o oeste. Por terem mais conhecimentos, podiam produzir quase tudo de que necessitavam. Dessa forma, necessitavam comprar apenas o querosene para iluminação, o sal, os tecidos e algum remédio, o que lhes garantia algum tipo de poupança, enquanto os negros precisavam comprar quase tudo, pois lhes faltava o conhecimento para produzir.

Para piorar ainda mais a vida de exclusão e esquecimento dos negros remanescentes de

quilombos, em 1967, chegou para a região a empresa de celulose Aracruz (atual Fibria) como resposta à suposta nova política econômica do Estado, que se propunha a romper a dependência da economia capixaba em relação à monocultura do café e promover incentivos fiscais para a implantação de grandes indústrias.

Como iniciativa precursora, a empresa realizou a compra de terras, começando pelos municípios de Conceição da Barra e São Mateus. Este fato apenas modificava a propriedade de algumas terras e alterava bruscamente a vida da comunidade, principalmente os remanescentes quilombolas. A concentração das terras passava das mãos de alguns fazendeiros para uma empresa, que ainda comprou as outras glebas menores que estavam na posse dos ex-escravos.

Esse processo de transformação e introdução do capital no campo afetou a vida da população quilombola de forma desastrosa, pois muitos venderam suas terras sob a promessa de emprego, o que por sua vez não veio a se efetivar devido à falta de qualificação e processo de mecanização que logo tomou conta da produção. Os quilombolas que resistiram, permaneceram isolados sem perspectiva de trabalho ou de outra forma de rendimento ou sustento. Muitos migraram para os centros urbanos, contribuindo para o agravamento do processo de favelização das cidades. Os moradores que ficaram sem encontrar saída para sobreviver, passaram a viver do lixo da empresa, recolhendo as sobras de madeira sem nenhuma serventia (a ponta das árvores, denominada por eles de "facho"), para fazer carvão vegetal.

Desde a chegada do negro a estas terras, a estrutura fundiária, entretanto, não sofreu alteração brusca, seguindo-se, praticamente, com as mesmas tendências já verificadas desde a época de dominação das oligarquias rurais, permanecendo a concentração, porém em mãos diferentes. O negro apenas serviu para produzir a riqueza necessária para a manutenção do poderio econômico, e após ser descartado da atividade mercantil, permaneceu invisível para a sociedade, porém, com uma diferença, trancado em seu cativo particular em uma gleba de terra embrenhada no meio da mata como forma de proteger-se de piores ações da sociedade miscigenadamente elitizada.

Esta rápida contextualização serve para demonstrar que em meio às transformações sociais e econômicas ocorridas na região, o negro nunca deixou de ser tratado como um objeto. No princípio, uma mercadoria de expressivo valor econômico, e de tão valiosa a economia buscou sua substituição e descartou-a como se despensa um animal no meio do mato, onde o mesmo permaneceu invisível até os dias atuais.

¹⁰⁶ O sapê é uma gramínea que tem a característica de inibir o surgimento de outras espécies em sua volta (NARDOTO, 2004, p.48).

Salienta-se que, nesta oportunidade não se buscou realizar um levantamento exaustivo da história da região, tendo em vista que isto fugiria ao propósito do presente trabalho. Apenas buscou-se perpassar aos registros dedicados à formação histórica, social, política e econômica da região construída por meio da produção escravista para concentração fundiária, em busca da garantia da acumulação de riquezas e da propriedade da terra, como forma de caracterizar a exclusão social da população negra remanescente de quilombos no município de Conceição da Barra.

II - A (RE)CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DA MULHER NEGRA E A LUTA PELO ESPAÇO PÚBLICO.

Submetidos a indiscutíveis processos de invisibilidade sociológica, os quilombos permaneceram na história do Brasil como algo pontual e inexpressivo, apenas associados à idéia de Palmares e da figura de Zumbi. Prevalencia a visão da oposição e da luta entre escravista e cativo, e, portanto, localizada em muito poucos lugares (CHALUB MARTINS, 2006). Somente em fins de 1980, o conceito de quilombo foi ampliado para abrigar também processos históricos de complementaridade e identidade de interesses entre o *senhor* e seu *escravo*. Assim, comunidades remanescentes de quilombos são, hoje, tanto a expressão da resistência do trabalhador à escravidão, quanto a presença de comunidades de cativos fugidos como forma de resistência cultural ou como recurso para forçar os escravistas à negociação no interior da escravidão (CHALUB MARTINS, 2006). Porém, estão longe de conquistarem a visibilidade necessária para resgatar a memória desse povo e o investimento em políticas públicas capazes de fornecer condições de vida dignas.

Dessa forma, pode-se dizer que a história foi registrada por quem a contava, sob seu olhar e interesse, então, os arquivos trazem o “olhar de homens sobre homens” (PERROT, 1989, p. 11), não existindo, portanto, registro sobre a importância da mulher negra para a formação política, econômica e social da região. Com exceção dos já citados fatos que denunciam sua condição de objeto de desejo sexual e como mercadoria.

Durante os anos que se passaram desde a abolição da escravatura, e a vida quase que como seres diferenciados e inferiores à sociedade elitizada de pele branca, os homens e mulheres moradores de comunidades quilombolas buscaram manter seus costumes por meio das expressões culturais, religiosas e danças típicas advindas das suas origens. Por meio de uma leitura sociológica pode-se dizer que a preservação da cultura, com suas comidas típicas, modo de vestir e danças de cunho religioso, eram os meios de expor à sociedade sua resistência, garantir sua visibilidade e (re)construir sua identidade.

Diante desse contexto histórico, tornava-se difícil evitar que os homens negros não carregassem para dentro

de suas casas e comunidades as heranças eurocêntricas machistas, e ali reproduzissem as diferenças de papéis entre homem e mulher definidos na sociedade (PERROT, 1989, p.10).

Contudo, esta vida de exclusão do mundo relacional fez com que a sociedade quilombola não acompanhasse a evolução das relações de gênero, podendo ser observada ainda hoje a forte divisão dos papéis para cada sexo, cabendo aos homens a administração, o sustento da família e a tomada de decisão, ficando com as mulheres as atividades secundárias, de uma maneira muito mais expressiva, sem observar as conquistas femininas quanto ao respeito à conquista do espaço público.

Quanto aos homens, é facilmente observada a sua principal característica, como a festividade que traz em si, ou mais precisamente, brincantes, fazem das “brincadeiras” a consagração da sua virilidade, força e coragem. Muitos são voltados ao fumo e à bebida, sobretudo a cachaça, hábitos também relacionados à sua masculinidade. Percebe-se que quanto mais cedo se iniciam nesses hábitos, mais demonstram a masculinidade: a quem afirme que começou a fumar e a beber cachaça aos quatro anos de idade (CHALUB MARTINS, 2006, p. 13).

As relações de gênero nas comunidades quilombolas demonstram claramente a divisão sexual do trabalho na família, reproduzindo o valor a elas atribuído socialmente, denotando-se, assim, impregnação pelo ideário da elite hegemonicamente branca e ditadora dos comportamentos sociais (SIQUEIRA, 1997, p. 04). Percebe-se pelo discurso das mulheres e pelo comportamento diário que ainda predomina, nessas comunidades, a construção de identidades fixas para mulheres e homens. Para elas cabe a maternidade enquanto função exclusiva do feminino, as tarefas domésticas e o espaço do privado e, sendo assim, muitas delas deixam de ser para existirem em função da dominação masculina (MEDEIROS E ZIMMERMANN, 2004, p. 42).

Por esses registros, é possível observar que a mulher negra remanescente de quilombo ainda não teve conquistado seu lugar no espaço público. O estudo da história registra que “no teatro da memória, as mulheres são sombras tênues” (PERROT, 1989, p. 09), como consequência do espaço público que lhes foi negado em épocas de divisão de papéis entre os sexos, onde o “mundo público, sobretudo o econômico e o político”, pertenciam aos homens (PERROT, 1989, p. 10). Observe-se que esta mulher citada acima era a mulher da sociedade, aquela de origem europeia que frequentava as rodas sociais. Se para esta não há registros, então o que dizer sobre a mulher negra, de origem africana, remanescente de quilombos?

Com a mulher negra não foi diferente, ou pode-se dizer que foi ainda pior, tendo em vista que sofreu uma dupla invisibilidade, pois se observarmos os registros históricos brasileiros, encontraremos informações de que as mulheres “brancas” da elite foram relegadas ao

silêncio, cabendo aos homens a tomada de decisões. Porém, as comunidades quilombolas em geral foram excluídas e esquecidas no meio do mato e neste caso, ambos, homens e mulheres, foram relegados ao silêncio, sendo assim, pode-se dizer que essas mulheres são a representação do silêncio dentro do silêncio. Afinal, no contexto histórico, elas foram “apenas mulheres, cuja vida não conta muito” (PERROT, 2008, p. 17).

Contudo, toda comunidade, não importando o seu tamanho ou importância econômica, política e social, define seu modo de vida. Na maior parte do país, devido à precariedade do mercado de trabalho e das condições sociais, as mulheres das camadas populares mantinham uma importância para a sobrevivência das famílias extrapolando assim os papéis sociais de esposas e mães (PEDRO, 1998, p.162), porém, com as comunidades quilombolas do Município de Conceição da Barra, foi diferente, devendo ser entendida como expressão de uma espacialidade, um *modus vivendi*.

Sentimentos de refúgio herdados dos idos da escravidão determinaram o modo de vida desenvolvidos pelos componentes dessas comunidades. Essa prática pode ser observada como “mecanismos de controle sobre” a família, e principalmente sobre as mulheres, “na tentativa de garantir que permaneçam nos domínios da casa e do terreno, longe da influência da rua” (SIQUEIRA, 1997, P. 05).

Nesse percurso, com a reprodução desse modo de vida isolado, os atores sociais componentes dessa história permaneceram na tentativa de (re)construírem suas identidades como forma de buscarem seus valores.

Da análise do modo de vida e do discurso dos homens (chefes de família) e das mulheres que compõem as comunidades quilombolas pode-se concluir que estas foram, e ainda carregam o peso de serem, meras coadjuvantes do enredo da vida daqueles. A vida nessas comunidades é o registro de uma relação desigual entre os sexos, onde impera a masculinidade, onde o silêncio ainda prima por não ser rompido.

Para Michelle Perrot (...) “os modos de registro das mulheres estão ligados à sua condição, ao seu lugar na família e na sociedade. O mesmo ocorre com o seu modo de rememoração, da montagem propriamente dita do teatro da memória” (PERROT, 1989, p. 18).

Dessa forma, pode-se considerar que as conquistas femininas tiveram destaque ao desenvolver interrogações sobre a vida das mulheres obscuras. Para torná-las visíveis foi preciso acumular dados, instituir lugares de memória e na falta de testemunhos escritos a recente história oral foi de certo modo uma revanche das mulheres. Das questões apontadas pela autora está a dificuldade de mulheres se expressarem sobre suas ações nos acontecimentos públicos, suas resistências e, sobretudo de falarem de si, de dizerem EU devido a educação que inculcou nelas o esquecimento de si para doarem-se principalmente, ao

esposo e aos filhos (MEDEIROS E ZIMMERMANN, 2004, p. 37).

Contudo, no contexto da vida nas comunidades quilombolas estudadas, não foi possível observar a concretização dos avanços das conquistas femininas, pois as mulheres dali ainda permanecem obscuras nos registros da memória.

II.1 - A (In)visibilidade da mulher, negra e quilombola no espaço público: uma articulação possível.

Conforme dito anteriormente, os papéis são bem delimitados, sendo que “a invisibilidade e o silêncio das mulheres fazem parte da ordem das coisas” (PERROT, 1989, p. 17) na vida cotidiana dos remanescentes quilombolas das comunidades estudadas. Este tipo de comportamento é mais comum entre as mulheres mais antigas, tendo em vista a falta de problematização consciente da condição de vida para estas que reproduzem a época do silêncio feminino.

Entre as mulheres mais novas, já é possível observar uma tentativa de ocupar o espaço público, seja ela trazida pela educação, pela tentativa de conquistar trabalho fora daquele espaço privado ou por qualquer outra forma que adentre o modo de viver diferenciado ao mundo isolado dessa vida no campo.

O descortinamento de uma vida de possibilidades além da fronteira da comunidade traz ao mesmo tempo a sensação de liberdade e a convivência conflituosa entre as descobertas e as diferenças “constituídas como expressão das relações hierárquicas de gênero, raça e geração” (BASTOS, 2010, p. 02).

Contudo, apesar das diferenças entre as gerações de mulheres existentes na mesma comunidade, elas se unem em busca da construção da cultura e da (re)construção de uma identidade, a da mulher, negra e quilombola para levá-la ao reconhecimento do espaço público, e tirá-las da sombras do teatro da memória (PERROT, 1989, p.10).

Uma das formas observadas como a de maior destaque para a conquista desse espaço, também podendo ser interpretada como resistência a esse mundo hegemonicamente masculino é por meio das manifestações culturais de origem africana preservadas pelos afrodescendentes desta região. Por meio das danças e dos cultos religiosos, as mulheres negras desenvolveram um processo de afirmação das identidades de mulher, negra e quilombola entendendo-as como um sistema de relações e representações que se constituem pela forma que se reconhecem e pela forma com que são reconhecidas pelo outro, num jogo de forças que modifica a todo tempo suas fronteiras (BASTOS, 2010, p. 01), de forma velada, sem constituir fortes conflitos das relações patriarcais dentro da própria família ou da comunidade.

As danças típicas de origem africana preservadas culturalmente na região, conhecidas como Jongo,

Ticumbi, Alardo de São Benedito, Reis de Bois e Pastorinhas, com exceção da última, eram danças bailadas exclusivamente por homens. Porém, mesmo não compondo o papel principal, ou qualquer outro de destaque, foi por meio delas que as mulheres negras encontraram uma forma de expressar-se e conquistar o espaço público. Com o tempo, deixaram de ser coadjuvantes, que participavam apenas da fabricação das vestimentas, e passaram a integrar o enredo e o bailado.

A crença na força das palavras, dos gestos, dos cânticos, da dança, a forte relação com a ancestralidade, o respeito aos antepassados como uma obrigação sagrada, são características presentes no universo desses grupos e que podem ser identificados em várias atividades da população negra. Trazem um saber expressado na fala, na dança, no vestuário, no som dos tambores, carregando uma tradição de ancestralidade, uma história que se constitui, segundo Martins (1997), no tempo do vivido e do contato.

A realização desses folguedos religiosos foi uma prática culturalmente utilizada pelos escravizados para manter vivos aspectos das suas culturas, mas também como um momento de lazer, de solidariedade e de autonomia, onde buscavam romper com a situação de perseguição a que estavam submetidos. Hoje essas instituições também exercem uma atividade relacional de afirmação da identidade para as mulheres.

A organização em torno dessas danças pode ser considerada como de fundamental importância no processo organizativo para a conquista do espaço público para as mulheres, como referências de pensamentos e posicionamentos críticos às desigualdades fortemente presentes na sociedade a partir do racismo e machismo; e, como contraponto às perspectivas de superação dessa realidade.

Assim, analisando o universo dessas manifestações culturais, foi possível compreender a sua história, os elementos de africanidades presentes nesses grupos, e dessa forma compreender a relação existente entre identidade, poder e gênero, e suas formas de luta contra a opressão e de discriminação utilizadas, pelas mulheres, para auto-reflexão e auto-crítica de forma a conhecer os seus valores pessoais e como eles afetam a própria vida e a sua relação com os outros.

Desse modo, essas mulheres estão conquistando aquilo que os homens não conseguiram em mais de um século, pois,

(...) a inserção social e cultural específicas tem levado as mulheres a exercerem práticas sociais diferenciadas da dos homens, elas constroem uma memória e uma relação com a vida sexualmente muito diferenciadas. E, se bem que as diferenças de gênero não respondem por todas as diferenciações que marcam os processos mnemônicos de mulheres e homens, é visível que cada gênero se organiza e se inscreve socialmente a sua

maneira, redesenhando e resignificando seu próprio passado, configurando seu próprio discurso e construindo a sua própria auto-imagem (RAGO, 2001, p.19).

A definição da identidade se estabelece por meio da e pela diferença, segundo Bastos (2010, p. 03). Neste caso, buscar a construção da identidade e relacioná-la com as diferenças, significa problematizá-las com as relações de poder presentes historicamente na sociedade barrensense.

Vale dizer que a identidade não é fixa, embora haja uma tendência no jogo de poder para fixá-la e estabilizá-la, sendo, portanto, impossível, tendo em vista que esta é fruto de um processo sócio-cultural que está em constante processo de construção e desconstrução (BASTOS, 2010, p. 05).

No caso ora estudado, a construção da identidade de mulher, negra e quilombola enfrenta conflitos ora com as relações de poder emanadas do patriarcado, ora com as trajetórias de educação e trabalho, descobrindo-se assim, vários espaços de pertencimento e estranhamento em que se relacionam diversidade, relações de poder e a produção de desigualdades.

Nesse sentido, cabe destacar que o patriarcado não designa o poder do pai, mas o poder dos homens, ou do masculino, enquanto categoria social (NARVAZ e KILLER, 2006, p. 50), melhor dizendo,

O patriarcado é uma forma de organização social na qual as relações são regidas por dois princípios básicos: 1) as mulheres estão hierarquicamente subordinadas aos homens e, 2) os jovens estão hierarquicamente subordinados aos homens mais velhos. A supremacia masculina ditada pelos valores do patriarcado atribuiu um maior valor às atividades masculinas em detrimento das atividades femininas; legitimou o controle da sexualidade, dos corpos e da autonomia femininas; e, estabeleceu papéis sexuais e sociais nos quais o masculino tem vantagens e prerrogativas. O patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce através de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. (NARVAZ e KILLER, 2006, p. 50).

O modo como a sociedade representa o ser mulher, negra e quilombola, além da influência do patriarcado, tem raízes nas diferenças biológicas e nos significados sociais dessas diferenças constituídas como expressão das relações hierárquicas de gênero, raça e geração. Entretanto, a expressividade buscada por meio das expressões culturais acima citadas têm como objetivo a desnaturalização das desigualdades sociais a fim de desconstruir o padrão historicamente cultivado de submissa e excluída (BASTOS, 2010, p. 02).

Dessa forma, por meio do resgate da sua cultura e da memória do seu povo, através da dança e dos cultos religiosos que permanecem arraigados ao seu

cotidiano elas conseguem construir suas auto-imagens. Isto lhe permite problematizar as representações sociais de gênero e raça que reproduzem preconceitos e estereótipos negativos que são internalizados desde a infância, nos primeiros contatos com o mundo fora das comunidades

Dessa forma, esta mulher, negra e quilombola deixa de ser vista como objeto de desejo sexual ou prestadora de mão-de-obra servil e passa a mostrar-se como um ser mulher pertencente à sociedade capaz de conquistar seu lugar público.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe um estranhamento da sociedade com as danças populares, como também, com a presença feminina nestes grupos, aliás com a mulher negra quilombola fora do espaço da comunidade ou de qualquer outro em que não seja vista como objeto de desejo sexual ou elemento servil.

Este estereótipo é fruto de uma sociedade patriarcal racista e sexista que impõe barreiras à construção de identidades positivas pelas mulheres, muitas impostas pela própria família enquanto instituição inserida no contexto social que termina por reproduzir os estereótipos sobre o papel da mulher negra.

Percebe-se que este tema tem sido elemento de pesquisas na academia, no entanto, é necessária uma reflexão sobre como as diferenças de gênero e raça, são refletidas na sociedade como um todo e os mecanismos necessários para esta reflexão.

As conquistas por espaço e reconhecimento das mulheres, negras e quilombolas vêm ocorrendo a cada dia. Como forma de construção de suas identidades descobriram-se como pertencentes e responsáveis pelo resgate da memória do seu povo, e por meio das danças e cultos religiosos perpetuados em sua cultura afrodescendente, encontraram um caminho de luta por reconhecimento e conquista do espaço público.

Esta também é uma forma de vencer os preconceitos contra a mulher e ultrapassar o legado patriarcal responsável pelo desequilíbrio nas relações raciais e de gênero provocado por um longo processo de exclusão da população negra brasileira aliada à tentativa de invisibilidade das suas práticas culturais.

O lugar da mulher negra quilombola e sua contribuição na conquista do espaço público feminino é um fato relevante e não pode ser tratado de forma generalizada. As manifestações folclóricas das comunidades quilombolas de Conceição da Barra, foi apenas o objeto de análise escolhido nesta pesquisa que ainda se encontra em andamento.

ALMADA, Vilma Paraíso Ferreira de. **Escravidão e Transição:** o Espírito Santo (1850-1888). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

ANJOS, Rafael Sanzio dos. **Territórios das Comunidades Quilombolas do Brasil** - Segunda Configuração Espacial. Segunda Configuração Espacial, Brasília, 2005.

BASTOS, Priscila da Cunha. **Jovem mulher negra quilombola: identidades e trajetórias.** Fazendo Gênero 9.

CHALUB MARTINS, Giselle; CHALUB MARTINS, Leila. **Populações Quilombolas do Norte do Espírito Santo: História, Reconhecimento e Distribuição Espacial.** III Encontro da ANPPAS, mai. de 2006, Brasília-DF.

COGO, Anna Lúcia. **História agrária do Espírito Santo no século XIX:** a região de São Mateus. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CUNHA, Eduardo Durão. **São Mateus e sua História.** In: **São Mateus - Espírito Santo: 450 anos.** São Mateus: EDAL, 1994.

DEL PRIORE, Mary. **Atitudes da Igreja em face da mulher no Brasil.** In: MARCÍLIO, Maria Luiza. **Família, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil.** São Paulo: Loyola, 1993.

EGLER, Walter Alberto. **A Zona Pioneira ao Norte do Rio Doce:** A região de São Mateus. *Revista Brasileira de Geografia.* Rio de Janeiro: IBGE. Abril/Jun. de 1951.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

GUIMARÃES, Carlos Magno. **Escravidão e rebeldia escrava: Quilombos nas Minas Gerais do século XVIII.** In: SILVA, Maria Beatriz Nizza da (Org.). **Brasil – colonização e escravidão.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

INSTITUTO JONES DOS SANTOS NEVES - IJSN – ES em mapas. Disponível em <<http://www.ijsn.es.gov.br>> Acesso em 27 dez. 2013.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra.** 9. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

MARTINS, Leda Maria. **Afrografias da memória:** o reisado do rosário no jatobá. Belo Horizonte: Mazza Edições, 1997.

MEDEIROS, Márcia Maria de; ZIMMERMANN, Tânia Regina. **Biografia e Gênero**: repensando o feminino. Revista de História Regional 9(1): 31-44 , Verão 2004.

MOREIRA, Thaís Helena L.; PERRONE, Adriano. **História e Geografia do Espírito Santo**. Vitória, 2008.

NARDOTO, Eliezer Ortolani. **Paisagens de São Mateus**. São Mateus: Jornal de São Mateus, 2004.

NARDOTO, Eliezer Ortolani; LIMA, Herinéia. **História de São Mateus**. São Mateus: EDAL, 1999.

NARVAZ, Martha Giudice e KILLER, Sílvia Helena. **Famílias e Patriarcado**: da prescrição normativa à subversão criativa. Revista Psicologia e Sociedade, 18 (1): 49-55, jan/abr.2006.

PEDRO, Joana Maria. **Mulheres Honestas e Mulheres Faladas**: uma questão de classe. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

PERROT, Michelle. **Práticas da Memória Feminina**. In: Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 8, n. 18, ago/set.1989, p. 9-18.

PERROT, Michelle. **Escrever a história das mulheres**. In: _____. Minha história das mulheres. São Paulo: Contexto, 2008. 13-39.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

RAGO, Margareth. **Entre a História e a Liberdade: Luce Fabri e o Anarquismo Contemporâneo**. São Paulo: Editora da UNESP, 2001.

RIBEIRO, Darcy; FREYRE, Gilberto. Uma introdução a Casa-grande & Senzala. In: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 11-74.

RUSSO, Maria do Carmo de Oliveira. **A cultura política e relações de poder na região de São Mateus**: o papel da Câmara Municipal (1848-1889). 2009. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

_____. **A escravidão em São Mateus/ES**: economia e demografia (1848-1888). 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SANTOS, Telma Bittencourt Bassetti. **Turismo e Campesinato**: embates ideológicos e culturais em Colombo/PR. 2009. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SIQUEIRA, Maria Juracy Toneli. **A Constituição da Identidade Masculina**: alguns pontos para discussão. Psicol. USP. V.8 nº1. São Paulo, 1997.