



CONTEXTO

JURÍDICO

UERJ RESISTE!

Organização

**Centro Acadêmico Luiz Carpenter
Faculdade de Direito da UERJ
Equipe Editorial Contexto Jurídico**

Vol. 5, N. 1, 2017/2018

© 2013 Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Revista Contexto Jurídico

Organização: Equipe Contexto Jurídico

Editor: Michael Teixeira

Editores Executivos: Dyogo Belarmino Guimarães, Guilherme Cundari de Oliveira Amâncio, Marina Rodrigues Souto Barra Ferreira

Comissão Executiva: Diego Bellot de Oliveira, Giovanna Cruz Burlamaqui, Ligia Thomaz Vieira Leite, Marcella Simões Penello Meirelles.

Diagramação: Editora Associada Ltda

Capa: Marina Freitas Moura

Revisão: Lucas França de Lima

Impressão: Divisão de Serviços Gráficos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Tiragem: 150 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Revista Contexto Jurídico, vol. 5, nº 1, 2017-2018 / Centro Acadêmico
Luiz Carpenter – Rio de Janeiro: Centro Acadêmico Luiz Carpenter 2013-
2014-2015-2016-2017-2018

ISSN: 2237 2865

1. Direito – periódicos. I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. II. Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

CDU 340(05)

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Conselho Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra - *Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ*
Allan Mohamad Hillani - *Faculdade de Direito da UERJ*
Attila Ruschi Secchin - *Faculdade de Direito da UERJ*
Bruna Mariz Bataglia Ferreira - *Editora Executiva da Revista Direito & Práxis*
Bruno dos Santos Silva - *Faculdade de Direito da UERJ*
Carolina Alves Vestena - *Editora da Revista Direito & Práxis*
Carolina Torres de Lima e Silva - *Editora Executiva e Coordenadora Geral da Revista Contexto Jurídico (2015)*
Christiano Falk Fragoso - *Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ*
Cleyson Moraes Mello - *Faculdade de Direito da UERJ*
Diogo Pinheiro Justino de Souza - *Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais*
Eliane Pinheiro Chaves Magalhães - *Faculdade de Direito da UFF*
Fernanda Goulart Lamarão - *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*
Hamilton Gonçalves Ferraz - *Professor Substituto de Direito Penal e Criminologia da UFRJ*
Helena Kret Brunet Coelho - *Editora Executiva e Coordenadora Geral da Revista Contexto Jurídico (2017.1)*
Helena Zani Morgado - *Faculdade de Direito da UERJ*
Henrique Olive - *Observatório de Direito Penal Econômico da FGV-SP*
Hugo Anciães da Cunha - *Faculdade de Direito da UERJ*
Igor Luis Pereira e Silva - *Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Penal da UCAM*
João Guilherme Leal Roorda - *Faculdade de Direito da UFRJ*
Leonam Baesso da Silva Liziero - *Professor da Especialização em Direito do Estado da UERJ*
Lucas Coutinho Pires de Souza - *Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter (2018.1)*
Marcelle Mourelle Perez Diós Borges - *Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional e Análise Transaccional*
Rafael Francisco Mendonça - *Editor Executivo e Coordenadora Geral da Revista Contexto Jurídico (2016)*
Rene José Keller - *Faculdade de Direito da UERJ*
Ricardo Nery Falbo - *Professor Adjunto de Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da UERJ*
Rogério da Costa Abreu - *Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter (2018.1)*
Semirames Khattar - *Faculdade de Direito da UERJ*
Thiago Magalhães Pires - *Faculdade de Direito da UERJ*
Vanderlei Martins - *Faculdade de Direito da UERJ*
Vinícius Alves Barreto da Silva - *Faculdade de Direito da UERJ*
Wallace de Almeida Corbo - *Faculdade de Direito da UERJ*

Equipe Contexto Jurídico

2016-2017

Fabrcio Figliuolo Horta Fernandes - *Editor Executivo*
Helena Kret Brunet Coelho - *Editora Executiva e Coordenadora Geral (2017.1)*
Lucas Lima do Nascimento Leandro - *Editor Executivo*
Luísa Saraiva - *Editora Executiva*
Michael Douglas Santos Teixeira - *Editor Executivo e Coordenador Geral (2017.2)*
Rafael Francisco de Mendonça - *Editor Executivo Coordenador Geral (2016)*

2018

Michael Teixeira - *Editor-Chefe*

Diego Belarmino Guimarães - *Editor Executivo e Coordenador de Comunicação*

Guilherme Cundari de Oliveira Amâncio - *Editor Executivo e Coordenador de Texto*

Marina Rodrigues Souto Barra Ferreira - *Editora Executiva e Coordenadora Administrativo-Financeira*

Diego Bellot de Oliveira - *Editor Assistente*

Giovanna Cruz Burlamaqui - *Editora Assistente*

Ligia Thomaz Vieira Leite - *Editora Assistente*

Marcella Simões Penello Meirelles - *Editora Assistente*

Pareceristas

Aline de Miranda Valverde Terra

Allan Mohamad Hillani

Attila Ruschi Secchin

Bruna Mariz Bataglia Ferreira

Bruno dos Santos Silva.

Carlos Martins Neto.

Carolina Vestena.

Christiano Falk Fragoso.

Daniel Buscar Cervasio.

Diogo Pinheiro Justino de Souza.

Eliane Pinheiro Chaves Magalhães.

Felipe Gomes de Almeida Albuquerque.

Fernanda Goulart Lamarão.

Guilherme de Jesus France.

Guilherme Kronenberg Hartmann.

Gustavo Flausino Coelho.

Hamilton Gonçalves Ferraz.

Helena Zani Morgado.

Heloisa Helena Barboza.

Henrique Olive.

Hermenegildo Avelino.

Hugo Anciães da Cunha.

Igor Luís Pereira e Silva.

Ivan Simões Garcia.

João Guilherme Leal Roorda.

Leonam Baesso da Silva Liziero.

Luis Felipe Sampaio de Almeida.

Lyvia de Moura Amaral Serpa.

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

Marcelle Mourelle Perez Diós.

Marcus Lívio Gomes.

Michele Pedrosa Paumgarten.
Pedro Henrique Veloso da Conceição.
Pedro Muniz Pinto Sloboda.
Raquel de Andrada Vieira.
Rene José Keller.
Ricardo Nery Falbo.
Semirames Khattar.
Sofia Temer.
Tatiana Machado Alves.
Thiago Magalhães Pires.
Vinícius Alves Barreto da Silva.
Wallace de Almeida Corbo.



Sumário

Apresentação	11
<i>Equipe Contexto Jurídico</i>	

Ocupações Estudantis: novas Assembleias Constituintes

Diante da Crise?.....	15
------------------------------	-----------

Alexandre Fabiano Mendes

1. Introdução	15
2. O Novo Ciclo Global de 2010-2015	19
3. As Três Faces da Mesma Crise.....	23
4. Ocupações Estudantis e Novas Assembleias Constituintes.....	32
4.1 Ocupação e Produção de Novas Formas de Vida	32
4.2 Ocupações, organização e partidos políticos	37
4.3 O estudante contemporâneo: condensação de figuras subjetivas da crise e de novas práticas de liberdade.....	39
5. Ocupações Estudantis e Poder Destituínte/Constituinte.....	44
Referências	55

As Condições da Ação e Suas Repercussões Sobre o Instituto da Coisa Julgada no Código de Processo Civil de 2015

Raquel Scarpe

1. Introdução	64
2. Breve Resgate dos Conceitos que Envolvem as Condições da Ação.....	69
3. Mudanças Referentes ao Tratamento da Possibilidade Jurídica do Pedido Como Condição da Ação.....	72
4. A Teoria da Asserção como Respaldo Teórico para o Distanciamento entre Condições da Ação e Mérito	74
5. Os Reflexos da Teoria Eclética da Liebman Sobre o Instituto da Coisa Julgada	76
6. Conclusão	77
Referências	79

Dignidade da Pessoa Humana e sua Aplicação Pelo STJ e Pelo TJ/RJ ...81

João Manoel Andrade Maciel da Silva Campos Galdi

1. Introdução	82
2. Em Busca de uma Definição: Respaldo Jus-Filosófico.....	85
3. Decisões do TJ/RJ.....	91
3.1 Decisões Quanto à Temática	91
3.2 Decisões Quanto ao Desenvolvimento do Princípio	98
4. Decisões do STJ	99
4.1 Temática no STJ	100
4.2 Desenvolvimento do Princípio no STJ.....	105
5. Considerações Finais	107
6. Quadro de Tabelas.....	110
Referências	112

A Influência do Princípio da Boa-Fé Objetiva nos

Contratos Nulos.....115

Gustavo Souza de Azevedo e Rodrigo Corrêa Rebello de Oliveira

1. Introdução	116
2. Do Regime de Nulidade dos Negócios Jurídicos e dos Contratos .	117
3. Do Princípio da Boa-Fé nas Relações Contratuais	122
3.1 Os Deveres Anexos e as Relações Obrigacionais Contratuais	125
4. Dos Deveres Anexos Oriundos da Boa-Fé nos Contratos Nulos...	130
4.1 Da Produção de Efeitos pelo Contrato Nulo	130
4.2 Da Nova Compreensão da Relação Contratual Decorrente da Boa-Fé Objetiva	132
4.3 Dos Deveres Anexos nos Contratos Nulos.....	133
5. Conclusão	137
Bibliografia.....	138

(Im)Possibilidade de <i>Impeachment</i> Contra Membros do Poder Legislativo.....	139
<i>José Henrique Araújo dos Santos</i>	
1. Introdução	140
2. O <i>Impeachment</i> na História	142
3. O <i>Impeachment</i> no Direito Brasileiro: Fundamentação Legal e Procedimento	146
4. O Polo Passivo no Procedimento de <i>Impeachment</i>	153
5. Casuística dos Membros do Poder Legislativo: (im)possibilidade..	157
6. Considerações Finais	162
Referências	165
O Vadio do Século XIX: um Indivíduo Desviante.....	167
<i>Cesar Henrique Ferreira Lima e Ketlyn Chaves de Souza</i>	
1. Introdução	168
2. A Ideologia da Defesa Social e o Vadio: a Criminalização dos Comportamentos Desviantes	169
3. A Construção Social do Delito de Vadiagem na Primeira República.....	175
4. Viés Jurídico do Personagem Desviante: origem e classificações	181
5. Considerações Finais	184
Referências	185
Classes Populares, Direitos e Cidadania: a Luta pela Cidade no Rio de Janeiro	189
<i>Katiuscia Quirino Barbosa</i>	
1. Introdução	190
2. Cidadania e o Direito à Cidade	192
3. O Rio de Janeiro no Alvorecer da República: pobreza, classes perigosas e o nascimento das favelas.....	198
4. A Favela e os Pobres no Rio de Janeiro do Século XXI	203
5. Conclusão	210
Referências	212

Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade (Capítulos II e III)	215
<i>Carlos Araújo, Gabriela Butter de Carvalho Martins, Hanna Aguiar de Araújo, Laís Damasceno Silva, Maria Clara Conde Morais Cosati e Samuel Felipe Nascimento Horn</i>	
Referências	241

Apresentação

A Contexto Jurídico é como a UERJ: nasceu para atender à demanda de pesquisa em nível de graduação e cresceu para difundir e ampliar o acesso a ela por estudantes que outrora - por razões que devem ser investigadas - não obtiveram sucesso em seus primeiros contatos com extensão científica. Mais que tudo: a relação da revista com a universidade é a perfeita representação de cadarços frouxos. Sim. Daqueles que a cada dois metros desamarram, mas os quais amarramos de novo. E de novo. E o fazemos quantas vezes forem necessárias, até ter de interromper o processo para explicar que, em tempos de incerteza, estamos convictos de que nosso nó é resistente. Como a UERJ.

Esta 5ª edição nos apresenta mais respostas que perguntas. Com textos propositivos e abordagens atuais, o conteúdo é rico em temas que solucionam, desafiam, aprofundam.

A coletânea é aberta pelo artigo convidado do professor da casa, Alexandre Mendes, que participou ativamente dos movimentos de luta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em uma das piores crises de suas história, tendo a iniciativa de criar uma sequência semanal de aulas públicas conduzidas por professores e alunos da pós-graduação da Faculdade de Direito. Sua valiosa contribuição aborda as ocupações estudantis ocorridas na UERJ em 2015, traçando um paralelo com as experiências

Apresentação

do ciclo global de ocupas dos últimos 5 anos, incluindo a brasileira, considerando-as processos insituíntes que resultam no que chama de “assembleias constituintes contemporâneas” (distintas das assembleias representativas modernas). Melhor retrato da conjuntura UERJ e das experiências em comum com as ocupações ocorridas pelo país e no mundo para esta edição seria impossível.

Na abertura dos trabalhos aprovados em nosso sistema de avaliação às cegas pelos pares, temos o artigo desenvolvido por Raquel Scarpe versando sobre as condições da ação e suas repercussões sobre o instituto da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil de 2015. A relevância do trabalho vai além do seu ineditismo, pairando, principalmente, na linguagem utilizada. Direta, mas cautelosa. Aberta, mas precisa.

João Manoel Galdi, por sua vez, trazendo à tona um tema que jamais sairá dos debates acadêmicos de alto nível, traça o âmbito de aplicação da dignidade da pessoa humana no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A jurisprudência coletada é fruto de pesquisa exaustiva, e o resultado traduz todo esse esforço.

Em seguida, Gustavo Azevedo e Rodrigo Corrêa demonstram a influência da boa-fé objetiva nos contratos nulos. O exercício dos autores é analítico, traçando comparações didáticas e instigando o leitor a ir além do abordado. Não poderia ser mais proveitoso.

Adiante, o tema que parece ter tomado conta do ano de 2016. Dos centros de estudo aplicado aos bares menos

movimentados da cidade, falar sobre impeachment é sempre acrescentar uma página a este capítulo interminável da doutrina jurídica brasileira. José Henrique Araújo dos Santos realizou tal proeza, destacando a figura do impedimento contra membros do Poder Legislativo.

Após o fluxo de informações que valorizam, justificadamente, a técnica e a dogmática jurídica, Ketlyn Chaves e Cesar Lima presenteiam-nos com um pouco do arcabouço histórico-sociológico imanente aos profissionais do direito. O trabalho destaca o vadio no século XIX, e a conseqüente criminalização do seu comportamento, considerado desviante, antiquado, fora da curva. Os adjetivos podem ser muitos, mas a reflexão é única. Em algum lugar você já ouviu, mas não custa reiterar: olhar para o passado é prevenir o presente. E nisso os autores obtiveram êxito.

A sessão de artigos se encerra com o trabalho de Katiúscia Quirino Barbosa que nos leva a repensar a luta pelo estado do Rio de Janeiro. Para tanto, nos apresenta a linha tênue - mas ainda tão destoante - entre os interesses governamentais e o direito à cidade. Não poderia ser mais atual.

A edição conta também com uma resenha. A obra escolhida é um tiro certo ao alvo: *Direito e democracia: Entre Facticidade e Validade* - de Jürgen Habermas -, com tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Carlos Araújo, Hanna Aguiar de Araújo, Laís Damasceno Silva, Maria Clara Conde Morais Cosati e Samuel Felipe Nascimento Horn, demonstram compreensão e domínio do texto. A resenha se torna um exercício impecável de

Apresentação

diálogo entre autores renomados. O leitor adquirirá, portanto, muito mais do que o pensamento de Habermas (como se pouca coisa fosse), e poderá construir suas próprias convicções a partir dessas preciosas fontes.

Se a crise - palavra que deveria soar passageira, mas que nos tem ressoado tão constante - não permite que compremos novos sapatos, certos estamos de que nossos laços devem estar cada vez mais fortes. Por isso, resistimos.

Equipe Contexto Jurídico

Ocupações Estudantis: novas Assembleias Constituintes Diante da Crise?¹

Student Occupations: new Constituent Assemblies Before the Crisis?

Alexandre Fabiano Mendes²

1. Introdução

A ideia de escrever este texto surgiu do pedido de estudantes da UERJ para que eu publicasse um pequeno parágrafo em apoio à ocupação estudantil, iniciada no primeiro dia de dezembro de 2015. Recebi o pedido como um desafio para problematizar as recentes experiências de ocupação estudantil no Brasil, a partir do caminho percorrido pelo ciclo global de

¹ Publicado originalmente *online*, em 14 de dezembro de 2015, no site da Universidade Nômade: <<http://uninomade.net/tenda/ocupacoes-estudantis-novas-assembleias-constituientes-diante-da-crise-2/>>.

² Doutor em direito. Mestre em ciências criminais. Professor adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Foi defensor público e, atualmente, participa da rede Universidade Nômade de copesquisa.

ocupas nesses últimos cinco anos e, no contexto brasileiro de crise, das possibilidades e impasses enfrentados pelos atuais processos de luta e dissenso.

Acabei escrevendo um texto longo e abrangente, talvez cansativo, mas que levanta pontos que, a meu ver, podem colaborar com os debates que estão acontecendo nas ocupações e, a partir delas, nas discussões sobre as alternativas possíveis ao momento político que estamos atravessando. Mas é apenas um mapa provisório, uma foto instantânea de pesquisas realizadas anteriormente e outras que estão em andamento.

Considerarei, no percurso do texto, mais vantajoso insistir nos pontos de emergência de possíveis processos *instituintes* – as ocupações como “assembleias constituintes contemporâneas” (distintas das assembleias representativas modernas) – a depositar minhas energias em falsas soluções emanadas do poder instituído, principalmente do poder emanado das togas (incapaz e sem legitimidade, todos concordariam, de abrir processos políticos democráticos que promovam um movimento “de baixo para cima”).

Mas a insistência é acompanhada de muitas dúvidas, da busca constante de algum “ar para respirar”, em meio a uma quantidade enorme de situações de bloqueio, paralisia e afetos negativos. Um bloco pesado e cinza que mortifica todas as experiências possíveis e que atinge e atravessa todas as gerações, reduzindo a atividade política a uma utopia negativa ou a um *katechon*³ : a política

³ Sobre a crítica da política de *katechon* nos processos de resistência, cf. ROGGERO, Giuseppe. *Cinque tesi sul comune*: comune, comunità, comunismo. Teorie e pratiche dentro e oltre la crisi. Verona: Ombre Corte,

de defesa do suposto “mal menor”, a vitória do medo sobre a esperança.

O método da copesquisa⁴, neste sentido, serve não apenas para afirmar que a produção de conhecimento é sempre parcial, e que, portanto, o saber não se separa das relações estratégicas e das formas de governar as condutas, mas para inserir, no mesmo movimento, a pesquisa num conjunto móvel de linhas de ação possíveis e na composição de forças criativas que ousariam perfurar situações de impasse e bloqueio. Pelo mesmo motivo, a copesquisa não seria outra coisa que uma prática coletiva: um agenciamento entre sujeitos localizados que, em suas diferenças e conflitos, podem cooperar.

Dito isso, posso sintetizar a argumentação realizada no texto em quatro pontos:

2010. Sobre a crítica no contexto brasileiro de crise política e paralisia das esquerdas, cf. CAVA, Bruno. *Voto crítica, esquerda e Spinoza*. Disponível em: <<http://www.quadradosloucos.com.br/5090/voto-critico-esquerda-e-spinoza/>>; NUNES, Rodrigo. *A onda conservadora é menos fácil de entender do que se imagina*. Artigo para o jornal Folha de São Paulo, edição de 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.com.br/2015/08/1674857-ascensao-conservadora-e-complexo-de-katechon.shtml>>. Acessos em: 12 dez. 2015. Sobre o conceito de *katechon* na genealogia do direito penal moderno (importante para entender a posição dos “juristas progressistas” no contexto de crise). BARBOSA, Milton Gonçalves Vasconcelhos. *Katechon: o direito entre o sacrifício e o perdão*. Arquivo Jurídico - ISSN 2317-918X - Teresina - PI, v. 1, n. 6, p. 58-60.

⁴ Sobre o método de copesquisa, conferir o dossiê especial publicado na *Revista Lugar Comum: estudos de mídia, cultura e democracia*. Universidade Federal do Rio de Janeiro. LABTEC/ESS/UFRJ. Rio de Janeiro: UFRJ, n. 39, jan./abr. 2013. Disponível para *download* gratuito em <<http://uninomade.net/lugarcomum/39/>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

- a) uma reflexão sobre o estágio atual do ciclo de ocupações de 2010-2015, através do reconhecimento de inúmeros casos de restaurações e fechamentos que estão sendo realizados, além do evidente esgotamento da dinâmica constituinte da América Latina iniciada na década de 2000;
- b) a forma específica assumida pela crise global de 2008 no Brasil e sua inserção no contexto mais amplo e duradouro das transformações da composição social do trabalho nas últimas décadas;
- c) a leitura das ocupações estudantis como uma possível ferramenta de luta praticada pelos estudantes contemporâneos, aqui caracterizados a partir da condensação de figuras subjetivas da crise (o sujeito endividado e precarizado) e da sua relação com as transformações do mundo do trabalho. Por outro lado, a análise das ocupações como espaço contraditório entre diferentes formas de organização, atravessado pela crise da representação, e os desafios colocados no campo da produção de subjetividade (a relação entre precariedade e diferença);
- d) o dilema do poder destituente/constituinte como chave central para compreendermos a greve estudantil na sua relação como os modos de produção contemporâneos, e na sua inserção no contexto específico de crise. A incapacidade de liberar todo o potencial do poder destituente/constituinte como possível bloqueio para a formação de uma mobilização social (a difusão das assembleias) que seja capaz de enfrentar a crise num terreno de reinvenção democrática.

Como um trabalho em andamento, pretendo que esses quatro pontos sejam discutidos em novos encontros com estudantes e, se for o caso, reformulados de acordo com as trocas realizadas nos futuros debates e nas rodas de conversa. Com o esvaziamento de comunicação realizado nas redes sociais em razão das falsas polarizações agenciadas pelo atual sistema político, creio que este seja o melhor método para recuperarmos a capacidade de articular um *saber vivo* produzido como prática de liberdade.

2. O Novo Ciclo Global de 2010-2015

Entre 2010 e 2015, um novo ciclo de lutas global se afirmou, construindo o cenário de um complexo jogo de contágios, proliferações, emergências, reviravoltas, restaurações e contínua renovação de ações criativas e constituintes. Ele coloca em questão as novas possibilidades de se reinventar a democracia em um século que consolida um infinito repertório de controle e gestão securitária da vida. O que pode o ciclo de ocupações que atravessou o mundo?

Um longo roteiro⁵, cheio de traços singulares e comuns, pode ser traçado: na Tunísia, as lutas urbanas desencadeadas quando o “camelô” Mohamed Bouazizi se imolou ao ter sua barraca

⁵ Devo esta sistematização a Bruno Cava. Para uma versão mais extensa, conferir: MENDES, Alexandre; CAVA, Bruno. *A Constituição do comum*, no prelo. Cf. também: CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe. (org). *Amanhã vai ser maior: o velante da multidão no ano que não terminou*. São Paulo: Annablume, 2014. CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. Sobre as jornadas brasileiras: CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume, 2013.

apreendida, resultou na queda do regime de Ben Ali e em novas possibilidade democráticas; no Egito, a derrocada da ditadura de Mubarak, através da ocupação permanente da Praça Tahrir deu visibilidade a uma processo que iria tomar vários países; inspiradas pelos ventos árabes, a proliferação das acampadas espanholas⁶ no longo verão de 2011 (o movimento 15M) e na praça Syntagma na Grécia recolocou a questão da democracia em plena crise financeira; na Islândia o calote plebiscitário digital, que inverteu a lógica de salvação dos bancos, inaugura uma experiência constituinte em rede sem precedentes (um *crowdsourcing* constitucional); no outono de 2011, a ventania cruza o Atlântico e chega aos Estados Unidos, atingindo o coração do mercado financeiro representado por Wall Street. O touro de bronze é cercado pelo movimento *Occupy*⁷, transformando-se no estopim para ocupas que florescem em centenas de cidades do mundo inteiro através da afirmação “nós somos os 99%” (um verdadeiro *bull spread* dos movimentos); no final de 2011 até 2013, é a vez da América Latina⁸ testemunhar a luta dos estudantes no Chile, o movimento mexicano #YoSoy132 e, no Brasil, as Jornadas de Junho de 2013, com seu repertório de protestos de rua, assembleias horizontais, ocupações permanentes e a autoformação de uma rede ativista

⁶ Conferir a série de pesquisa publicadas por Javier Toret em: <<http://datanalysis15m.wordpress.com/>>. Acesso em 10 dez. 2015; SÁNCHEZ, Raúl. *El 15M como insurrección del cuerpo máquina*. Rebellión. Edição do dia 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=145402>>.

⁷ Cf. WRITERS FOR THE 99%. *Occupying Wall Street: The Inside Story of an Action that Changed America*. Chicago. Haymarket, abril de 2012.

⁸ Conferir a série de textos publica por Bernardo Gutierrez em: <<http://codigo-abierto.cc/>>. Acesso em 10 dez. 2015

de suporte inédita na história recente do país; por sua vez, os protestos iniciais contra o aumento das tarifas no Brasil foram inspirados na ocupação, um mês antes, do parque Gezi, situado na Praça Taksim de Istambul, onde a multidão turca derrota o empreendimento urbano de construção de um Shopping Center que destruiria o livre usufruto do espaço público; em outubro do mesmo ano, a ocupação da praça Maidan⁹, na Ucrânia, protagonizou um dos episódios mais sangrentos de todo o ciclo, sendo rapidamente tragado por interesses geopolíticos das grandes regiões e nações; em 2014, em Hong Kong, as ocupas retornam através de um contagiante e surpreendente movimento onde milhares de guarda-chuvas são abertos nas praças da Avenida Tin Mei para denunciar o controle político de Pequim sobre o processo eleitoral da ilha; em 2015, uma articulação municipalista entre cidades espanholas¹⁰ demonstra que o ciclo de lutas pode articular confluências que produzam candidaturas cidadãs,

⁹ Cf.: entrevista com o filósofo Costantin Sigov, por Giuseppe Cocco, à Universidade Nômade. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/entrevista-com-constantin-sigov-filosofo-ucraniano/>>. Acesso em 10 dez. 2015. Uma visada *insider* da Praça ocupada, conforme o filme “Maidan”, de Sergei Loznitsa (Ucrânia, 2014). Resenhado por Pedro Henrique Gomes em <<http://uninomade.net/tenda/maidam-va-veja-e-filme/>> (com link para download).

¹⁰ Cf. BELTRAN, Sandra Arecón; CAVA, Bruno (Orgs). *Podemos e Syriza: experimentações políticas e democracia no século 21*. São Paulo: Annablume, 2015; OBSERVATÓRIO METROPOLITANO. *La apuesta municipalista. La democracia impieza por lo cercano*. Madrid: Traficantes del sueños, 2014. Trabalhei este tema em: *O municipalismo do Barcelona em Comum: da transição a uma institucionalidade constituinte*. Site UniNômade, 26 de maio de 2015. <<http://uninomade.net/tenda/o-municipalismo-do-barcelona-em-comum/>>.

pautando uma nova relação transformadora entre novas e velhas institucionalidades; não à toa, as novas prefeituras democráticas são as primeiras a manifestar apoio incondicional aos milhares de imigrantes que ocupam e atravessam as fronteiras com a bandeira da União Europeia na mão, caminhando por dentro e contra os estados nacionais – uma renovação concreta de um tipo de aliança que já estava sendo inscrita, em 2010, no início do ciclo de lutas.

Contudo, se podemos descrever um repertório vivo de práticas instituintes, os últimos cinco anos também reuniram uma série de restaurações operadas “por cima”: a multidão do norte da África é atropelada por contendidas militares alimentadas por elites nacionalistas, grupos radicais religiosos, além de se tornar palco de grandes operações da OTAN, da Rússia e dos EUA; no resto do mundo, as praças foram desocupadas sem que uma alternativa que mantivesse a abertura democrática do processo fosse inventada (com exceção do caso espanhol); na América Latina, o esgotamento político-econômico dos “governos progressistas”¹¹ (sendo confirmado agora pelas primeiras derrotas eleitorais) funciona como restauração de velhas forças conservadoras, mas, principalmente, como fonte de paralisia para novos movimentos e lutas constituintes; no Brasil, a liberdade e a criatividade de Junho foram solapadas por uma mistura de estruturas repressivas e táticas de chantagem eleitoral

¹¹ Cf. MENDES, Alexandre F; CAVA, Bruno. *Podemos e os enigmas que vêm do sul*. Le Monde Diplomatique impresso, abril de 2015. CAVA, Bruno; SCHAVALZON, Salvador. *Podemos y latinoamerica; historia de un desacuerdo*. Lobo Suelto! (Argentina), 19 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://anarquiacoronada.blogspot.com.br/2015/08/podemos-y-latinoamerica-historia-de-un.html>>.

promovidas pela tradição de esquerda (no governo e para além), desqualificando e modificando totalmente o terreno de conflito e debate produzido nas jornadas; na Europa, os atentados de Paris se transformaram em oportunidade para a proliferação, em ritmo exponencial, dos discursos nacionalistas, securitários e anti-movimento (mesmo assim, Paris deu demonstração de vida e resistência contra o medo no último protesto em torno do clima).

Diante desse contexto, a onda das ocupas, que contagiou o resto do mundo, pode ser vista a partir das inovações irreversíveis que foram produzidas, mas também através de seus impasses e derrotas. Como situar um possível retorno das ocupações do ciclo 2010-2015 no Brasil? Como se articula o terreno de composição social e política no qual estamos situados? Quais são as amarras existentes para que as ocupas possam significar a proliferação de múltiplas *assembleias constituintes* diante da profunda crise política, econômica e ambiental que nos atravessa?

3. As Três Faces da Mesma Crise

O ciclo de 2010-2015 não pode ser analisado sem comentarmos a dimensão global do impacto da crise financeira dos *subprimes*¹² e seus impactos no contexto brasileiro. No caso europeu, a reação da Troika¹³ revelou que a unidade da Constituição

¹² Cf. FUMAGALLI, Andrea (Org.) *A crise da economia global: mercados financeiros, lutas sociais e novos cenários políticos*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

¹³ A denominada “Troika” é formada pelo Banco Central Europeu (BCE), Comissão Europeia (CE) e Fundo Monetário Internacional (FMI).

Europeia não encontrava qualquer lastro, nem nas novas práticas participativas exortadas pelos teóricos da *governance*, nem na retórica de integralidade dos direitos humanos inspirada nos ideários da década de 1990. Diante da fraqueza do reformismo europeu, apareceu a face nua e crua de uma unidade financeira calcada na ortodoxia, na dureza das negociações, na socialização desigual dos prejuízos e na dificuldade, inclusive, de implementar um programa efetivo de refúgio humanitário.

No Brasil, a crise global apareceu através de um duplo aspecto que só pode ser percebido se afastarmos a premissa de que a crise teria chegado somente em 2015, quando ficou evidente a deterioração dos indicadores econômicos. Ao contrário, é preciso compreender que a crise global realizou uma verdadeira inflexão (negativa) nas políticas brasileiras, desde 2008, operando o encerramento das tímidas, mas efetivas, brechas constituídas no governo Lula com relação a novos tipos de desenvolvimento e de políticas sociais¹⁴.

Primeira face da crise: na Casa Civil e depois na Presidência, Dilma Rousseff acelera uma tendência, já presente desde 2003, de fortalecimento de uma visão neodesenvolvimentista da economia¹⁵, baseada em grandes *players* nacionais que, irrigados

¹⁴ Argumento completo em MENDES, Alexandre Fabiano; CAVA, Bruno. *A esquerda que venceu*. IHU online, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/547641-a-esquerda-que-venceu>>. Acesso em 10 dez. 2015.

¹⁵ Uma viva discussão está ocorrendo no Brasil sobre o tema do neodesenvolvimentismo. Para textos críticos de diversas matizes, conferir: COCCO, Giuseppe, *KorpoBraz: por uma política de corpos*. Rio de Janeiro: Mauad, 2013; GONÇALVES, Reinaldo. *Novo desenvolvimentismo*

por dinheiro público, deveriam ampliar a presença brasileira na economia nacional. O Brasil Maior lança voo prometendo um novo protagonismo econômico alimentado pela energia das grandes barragens, pela exportação de soja, petróleo e minério de ferro (principalmente para a China) e a constituição de um mercado interno sempre aquecido pela denominada nova classe média.

As políticas sociais e de consumo são deslocadas para uma pauta “anticíclica” voltadas para o aquecimento forçado do setor produtivo, através de subsídios e desonerações (em especial dos setores automotivos e de bens duráveis). A crítica da urbanista Raquel Rolnik, nesse tópico, não poderia ser mais adequada: “*o ponto falho é que casa não é geladeira, não se produz em série*”¹⁶.

e Liberalismo Enraizado. Serviço Social e Sociedade. São Paulo, n. 112, p. 637-671, out./dez. 2012. MOTA, Ana Elizabete (Org.). *Desenvolvimentismo e construção de hegemonia: crescimento econômico e reprodução da desigualdade*. São Paulo: Cortez, 2012; SAMPAIO JUNIOR, Plínio Soares de Arruda. *Desenvolvimentismo e neodesenvolvimentismo: tragédia e farsa*. Serviço Social & Sociedade, v. 1, n. 112, p. 672, out./dez. 2012; FIORI, José Luiz. *A miséria do novo desenvolvimentismo*. Jornal Valor do dia 29 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://ie.ufrj.br/aparte/pdfs/fioriii.pdf>>. Acesso em 11 dez. 2015. Para compreender como o neodesenvolvimentismo é concebido como nova teoria econômica, conferir: PFEIFER, Mariana. *Bresser-Pereira e o pacto neodesenvolvimentista*. Temporalis, [S.1.], v. 2, n. 26, p. 11-36, fev. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/6066>>. Acesso em 11 dez. 2015. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Novo desenvolvimentismo: uma proposta para a economia do Brasil*. Nueva Sociedad. Especial em português. Dez, 2010.

¹⁶ ROLNIK, Raquel. Entrevista para o site UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/04/22/uts5772u3670.jhtm>>. Acesso em 11 de dezembro de 2015.

Aos grandes projetos, somam-se os grandes eventos: mais desonerações, mais comprometimento de recursos públicos e praticamente nenhum efeito redistributivo.

A falência do Brasil Maior¹⁷, como resposta para a crise de 2008, pode ser ilustrada em alguns episódios conhecidos da atual crônica nacional: a quebra de Eike Batista, o fiasco da Copa do Mundo, a lama destruidora da Samarco/Vale, a prisão de Marcelo Odebrecht e as conversas de Delcídio do Amaral. O processo de redução da desigualdade está interrompido, com projeções de reversão dos índices. O atabalhado programa de subsídios mostra seu efeito reverso exigindo um aumento generalizado dos preços administrados, tendo impacto generalizado nos índices de inflação. O mesmo fenômeno se reproduz com relação à queda “na marra” das taxas de juros, que agora retornam em taxas ainda mais elevadas que as anteriores, completando um cenário de recessão, inflação e juros altos.

A segunda face da mesma crise é revelada, agora, com o programa de ajuste fiscal e da chamada “Agenda Brasil”, cujo esforço de implementação é o único alicerce verdadeiramente estável do atual governo. Nos moldes europeus, a crise é socializada de forma desigual, através de cortes nos direitos sociais, redução de direitos previdenciários e das políticas sociais, aumento de tributos, suspensão de concursos públicos e das recomposições salariais e contingenciamento orçamentário. Nos estados e municípios, o impacto é ainda mais forte com ameaça às despesas

¹⁷ Cf. COCCO, Giuseppe. *Não existe amor no Brasil Maior*. In: Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em: <<http://diplomatique.org.br/artigophp?id=1413>>. Acesso em 11 dez. de 2015.

básicas, incluindo o pagamento de salários, aposentarias e pensões de servidores públicos.

No campo da composição social do trabalho, a hibridização entre neodesenvolvimentismo e neoliberalismo acaba por reforçar e aprofundar de forma acelerada o fenômeno da precarização. Diferentemente da utopia desenvolvimentista clássica, a aposta em grandes projetos de desenvolvimento não produz um extenso chão de fábrica de trabalhadores empregados (com acesso aos direitos), mas um rápido crescimento de todas as formas de trabalho precarizado, incluindo o trabalho escravo. Para dar um exemplo, a revolta da usina de Jirau (Rondônia), em 2011, revela de maneira imediata como se conforma a figura do operário contemporâneo: um batalhão de trabalhadores terceirizados, quase escravizados, alocados em alojamentos sem qualquer higiene, recebendo alimentação estragada, distantes de qualquer sindicalismo efetivo e, quando se insurgem em razão dessas condições, são recebidos primeiramente pela Força Nacional.

A situação está longe de ser um problema restrito aos locais afastados dos grandes centros urbanos. O escândalo da descoberta de trabalho escravo na grife espanhola Zara¹⁸, em 2011, retorna em 2015, sendo novamente constatada a existência de servidão por dívida, trabalho infantil, trabalho degradante, aumento de acidentes e discriminação com relação ao trabalho imigrante (paradoxalmente a “solução” para a escravidão dos trabalhadores bolivianos não foi a sua regularização, mas sua exclusão total da cadeia produtiva).

¹⁸ Para uma análise do caso, conferir: COCCO. Giuseppe. *KorpoBraz*, 2013.

Desde a década de 1990, uma série de pesquisadores¹⁹ já apontava como as inflexões do capitalismo contemporâneo, em sua chamada fase neoliberal, poderiam ser explicadas através do desmonte da velha indústria têxtil na direção de uma cadeia difusa e flexível de fornecedores que se espalham do espaço urbano (especialmente nos bairros pobres), recrutando e precarizando os trabalhadores através de múltiplas formas de exploração. A Zara, portanto, não seria um caso isolado, mas a expressão visível de uma mutação realizada no próprio capitalismo e suas técnicas atuais de gestão e exploração de uma força de trabalho que é, agora, expropriada diretamente, sem a mediação da tradicional e estável “carteira de trabalho”.

Esta mutação deve ser apresentada, não como uma contenda entre diferentes receituários econômicos, mas como uma transformação definitiva nas formas de governo da sociedade²⁰, i.e, nas formas como são produzidas e controladas as relações sociais e os próprios sujeitos. Portanto, trata-se de um terreno *material* que não vai ser transformado de fora

¹⁹ Por todos, conferir: LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. Trabalho imaterial. Tradução de Mônica de Jesus. Introdução de Giuseppe Cocco. Rio de Janeiro: LP&A, 2001; LAZZARATO, M. et al. *Des entreprises pas comme les autres*: Benetton en Italie, le sentier à Paris. Paris: Published, 1993.

²⁰ Utilizo aqui a inestimável leitura de Michel Foucault sobre o neoliberalismo. O neoliberalismo não tem como teoria econômica, mas como arte de governar, ou governamentabilidade (governo das condutas). Cf. FOUCAULT, M. *Naissance de la biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-79). Paris: Gallimard/Seuil, 2004.

para dentro através de uma tentativa de retorno à fórmula que garantia a união entre desenvolvimentismo e distribuição de direitos (o estado social e sua constituição dirigente). É a partir desse ponto que podemos compreender a razão, primeiro do impasse, e depois do verdadeiro esgotamento das chamadas políticas progressistas, em toda a América Latina, que partiam da premissa de responder ao neoliberalismo através de uma “presença do Estado” (como vimos, o máximo que conseguiram foi hibridizar desenvolvimentismo e neoliberalismo).

Do terreno material que altera profundamente a composição social do trabalho contemporâneo podemos encontrar ainda uma terceira face da crise. É a chamada *crise da representação*, já analisada e comentada por uma ampla e variada literatura²¹. Aqui vamos comentar apenas dois traços. Em primeiro lugar, não se trata de reconhecer apenas o caráter “terminável” dos partidos políticos modernos diante da atualidade, mas constatar que na crise da representação, eles acabam exercendo funções contraditórias. Assim, não por acaso, desde a década de 1960, abundam exemplos de partidos socialistas ou sociais-democratas que implementam a ortodoxia neoliberal e promovem os novos dispositivos de controle dos movimentos sociais.

Não seria o caso de tratar o problema como uma simples e moralista “traição”, mas de perceber que tais partidos não são capazes, em regra, de exercer qualquer criatividade destinada

²¹ A argumentação aqui segue a seguinte referência: REVELLI, Marco. *Finale di partito*. Turim: Einaudi, 2013.

a criar novos mecanismos de *welfare* e novos direitos diante da virada material promovida pela reestruturação produtiva neoliberal. Por isso, parecem, ou perdidos diante da dicotomia entre neodesenvolvimentismo e neoliberalismo ou, então, aplicadores puro-sangue de uma gestão neoliberal e financeira da sociedade²².

Essa afirmação nos conduz ao segundo ponto. Tornase impossível, atualmente, buscar uma correlação de forças baseada nos grandes atores políticos (partido, sindicato e demais corporações) tendo em vista que o campo do trabalho se estilhaçou em uma miríade complexa de relações contratuais ou neoescravagistas, além de ter se difundido nas infinitas redes que compõem a sociedade contemporânea. Isso não significa que tenhamos que decretar o fim da política (ou o fim do trabalho), mas que para fazer política, hoje, é preciso lançar-se no campo de uma multiplicidade em constante mutação (a mutabilidade que devemos reconhecer na própria forma-partido).

É nesse sentido que o esgotamento político brasileiro e, em geral, do ciclo da América Latina dos anos 2000 representa, não a inexistência de um campo vivo e fértil de experimentações baseadas na multiplicidade e nas tentativas de produzir um novo *welfare* (aqui lembrando de todo o debate a respeito do *buen vivir* e dos processos constituintes que

²² Aqui é petinente lembrar o comentário de Foucault sobre a ausência de uma arte de governar própria do socialismo, que toma de empréstimo as práticas governamentais ligadas à planificação social ou ao neoliberalismo. (FOUCAULT, 2004).

alteraram as constituições nacionais²³), mas a incapacidade (no sentido político) do sistema tradicional de partidos de promover uma abertura para essas novas experimentações. O sistema político foi tomado por verdadeiros jogos de cena, um tiroteio de falácias, que tentam produzir o efeito de uma disputa que ocorreria entre diversas representações de interesses²⁴.

No mesmo passo que as mobilizações produtivas alternativas da América Latina (as alternativas para o tema do desenvolvimento) foram jogadas para escanteio pela hegemonia do neodesenvolvimentismo (e do neoextrativismo) de fundo neoliberal, assistimos os representantes de esquerda nos alto cargos políticos parecerem cada vez mais caricatos e falsamente estridentes. O efeito não seria tão grave se estivéssemos apenas diante de um vazio. Mas os últimos episódios de perseguição das mobilizações sociais e das formas alternativas de vida, além de verdadeiras campanhas discursivas contra essas mesmas figuras, demonstraram que não há paralisia, senão uma prática ativa de eliminação de qualquer força político-social que desliza do consenso “progressista”.

²³ Cf. CAMACHO, V.O. *Errancias. Aperturas para el viver bien*. La Paz: Muela del Diablo, 2011 e SCHAVELZON, Salvador. *Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir*, Quito, CLACSO, 2015.

²⁴ Análise o fenômeno com relação aos painéis no texto: MENDES, Alexandre. *O painel no Morro dos Cabritos*. <<http://uninomade.net/tenda/o-panelaco-no-morro-dos-cabritos/>>. Acesso em 11 dez. 2015.

4. Ocupações Estudantis e Novas Assembleias Constituintes

É aqui que retomamos o tema do ciclo de lutas (e ocupas) de 2010-2015. A proliferação e a abertura de novos espaços e experimentações políticas nos últimos anos podem funcionar como o terreno de invenção de novas práticas democráticas e de ativação de novas políticas cidadãs de construção do bem viver nas metrópoles e florestas. Seria possível encarar as ocupas e as novas lutas como um verdadeiro laboratório de práticas que podem deslizar da armadilha e da dicotomia entre desenvolvimentismo e neoliberalismo?

Neste final de 2015, o ciclo das ocupações chegou em mais de uma centena de escolas de São Paulo e nas universidades federais e estaduais (aqui gostaria de fazer referência específica à ocupação da UERJ, que ainda está em andamento). De que forma essas ocupações poderiam constituir um espaço de produção de alternativas? Como elas se inserem no contexto brasileiro de crise política, econômica e ambiental? Quais são as possíveis armadilhas a serem enfrentadas? Sem dúvida, as repostas (e outras perguntas) estão sendo formuladas no interior do próprio movimento. Aqui gostaria de levantar três pontos para reflexão e intercâmbio com os estudantes acampados:

4.1 Ocupação e Produção de Novas Formas de Vida

Quando o ciclo do *Occupy* se formou, alguns pesquisadores destacaram que havia uma inflexão interessante com relação às

formas de luta anteriores, em especial aquelas altermundistas da década de 1990 e começo da década de 2000 (contra a OMC, o FMI e por outros mundos possíveis)²⁵. Ao invés de seguir os calendários das grandes reuniões e *summits*, promovendo estratégias de *shutting down* com o objetivo de proteger os bens comuns ameaçados pelas decisões das agências, as ocupações decidem experimentar diretamente a construção de uma experiência *em comum*, desenvolvendo profundamente capacidades de gestão do espaço (limpeza, organização, cuidado com o patrimônio etc.), de produção de insumos e serviços vitais (alimentação, água, banheiros etc.), de criação de redes de solidariedade, (doações, estratégias de visibilidade, apoio profissional etc.) de programação cultural (música, teatro, saraus etc.) e de âmbitos de decisão democrática (assembleias, enquetes, novas formas de participação etc.)²⁶.

A passagem da defesa dos bens comuns (década de 1990) para a própria constituição direta do comum revela aspectos interessantes, em especial, a constatação de que essa forma de gestão é qualitativamente melhor e infinitamente mais democrática que a usual forma de conduzir os serviços públicos

²⁵ Um rico conjunto de textos de diversas matizes elaboradas a partir de movimentos globais, pode ser encontrado em *Justiça Global. Las alternativas de los movimientos del Foro de Porto Alegre*. (DÍAS-SALAZAR, R [Ed.], 2003. Conferir também: COCCO, G & HOPSTEIN, S (orgs.) *As multidões e o império: entre a globalização da guerra e a universalização dos direitos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

²⁶ Esta ideia é desenvolvida por Naomi Klein em discurso proferido para os ocupantes do *Occupy Wall Street*. Disponível em: <<http://www.naomiklein.org/articles/2011/10/occupy-wall-street-most-important-thing-world-now>>. Acesso em 11 dez. 2015.

através da dicotomia público- privado, que alterna entre o Estado como provedor direto ou os vários modelos de descentralização para o mercado. As ocupações, ao contrário, se reapropriam dos serviços para torná-los, não estatais ou privados, mas *commons*. Não poderíamos testar o modelo, também em serviços mais amplos e complexos (por exemplo, os serviços urbanos em geral)? Ele não seria uma das bases para pensarmos outras formas de desenvolvimento para além do híbrido neodenvolvimentismo e neoliberalismo?

No campo das instituições de ensino, as ocupações tem um potencial de romper com a pesada tradição disciplinar que transforma o aluno em uma figura passiva, apática e obediente, tolhendo a criatividade e o desejo de participar e colaborar com o processo de aprendizagem. “A minha filha nunca teve tanta vontade de ir para a escola”, disse a mãe de uma aluna em reportagem sobre as ocupações de São Paulo. Além disso, as ocupações tornam visíveis e mais densas práticas já existentes, principalmente nas universidades, de construção de redes de autoformação e autoaprendizagem nas franjas do currículo obrigatório e da relação professor-aluno.

As ocupações permitem também experimentar um espaço alternativo (um *entre*) com relação ao duplo escola-família ou universidade-empresa, que aprisiona o cotidiano do estudante e impede que uma série de interações sociais aconteçam²⁷. Vale notar que no horizonte de crise e de

²⁷ Remeto-me aqui ao texto do professor Silvio Pedrosa: PEDROSA, Silvio. *Por um compromisso bárbaro*. < <http://uninomade.net/tenda/por-um-compromisso-barbaro/>>. Acesso em 11 dez. 2015.

precariedade esses duplos se fortalecem, já que o estudante, pela impossibilidade de se sustentar, precisa se manter por mais tempo no interior da família ou então lançar-se em várias atividades remuneradas, tendo como efeito uma maior expropriação do tempo de vida.

Por outro lado, a prática coletiva de ocupação também coloca uma série de desafios, digamos, ético-políticos, que foram objeto de uma extensa e compartilhada análise²⁸ durante todo

²⁸ Para citar aqui alguns exemplos, conferir o dicionário colaborativo realizado pelos ocupantes do 15M espanhol: <<http://johnpostill.com/research/15-m-dictionary/>>. Uma antecipação das discussões pode ser encontrada em ZIZEK, Slavoj. Discurso aos manifestantes do *Occupy Wall Street*. <<http://blogdaboitempo.com.br/2011/10/11/a-tinta-vermelha-discurso-de-slavoj-zizek-aos-manifestantes-do-movimento-occupy-wall-street/>>. Cf. também o relato de Antonio Negri sobre o 15M: *“Parece incrível, mas, de verdade, ocorreram formidáveis e inovadoras experiências, seja sobre o terreno da cooperação organizacional, seja sobre a elaboração teórica - experiências nunca repetitivas, burocráticas ou inúteis. Há uma maturidade geral que desenvolveu novas habilidades - porém, especialmente, que evitou contraposições dogmáticas e sectárias. Aqueles que já estavam organizados em grupos não foram excluídos, mas implicados no ‘todos juntos’. Não houve necessidade de um ‘savoir faire’ político particular, mas somente de competência e capacidade de participar de um projeto comum”*. Disponível em: <<http://ihu.unisinos.br/noticias/44050-15m-redes-e-asembleias-por-antonio-negri>>. Sobre a importância do contágio conferir o comentário realizado por Eduardo Galeano durante visita às ocupações de Barcelona. Disponível em: <<http://ww.esquerda.net/dossier/galeano-o-segredo-das-acampadas-%C3%A9-%E2%80%9Cvitamina-e%E%80%9D>>. Análises da dinâmica do OcupaRio, ocorrido em 2011, na Cinelândia, podem ser encontradas em: SANTOS, Mariana Correa. Pensando o ocupario: encontros, encantamentos, rupturas e abandono. <<https://daslutas.wordpress.com/2013/06/07/pensando-o-occupa-rio-encontros-encantamentos-rupturas-e-abandono?>>; CAVA, Bruno.

o ciclo *occupy* (é evidente que os comentários aqui realizados não constituem uma “expertise política” a ser aplicada como técnica, mas tão apenas uma troca de experiências a ser avaliada em cada prática), a saber: não substituir a prática de produção do comum por uma noção de Coletivo que se imponha pelo alto e esmague as diversas singularidades; não cair na tentação de buscar dirigir a ocupação (muito menos impondo razões políticas que são externas aos desafios da ocupação – a lógica partidária, por exemplo); não transformar as decisões em dogmas a serem impostos e seguidos cegamente; não cair em procedimentalismos infinitos e ineficazes, ou em disputas derivadas de pura mistificação ideológica; não esquecer que a força de uma ocupação depende também de um conjunto de relações que circulam fora do espaço físico ocupado; trabalhar o contágio afetivo da ocupação em detrimento da formação de um núcleo pequeno, rígido e autocentrado; manter-se no campo da autodefesa e da desobediência pacífica (que não se confunde com a passividade); não torna-se “proprietário” da ocupação, utilizando procedimentos de controle e segurança que são típicos das atividades securitárias (reinventar a ideia de segurança); saber a hora que o desgaste excessivo de manter o espaço e seu possível esvaziamento pode indicar a necessidade de mudar de experiência etc.

Produzindo o dissenso na acampada. <<http://www.quadradosloucos.com.br/2016/produzir-o-dissenso-na-acampada>>. Todos os links foram acessados em 11 de dezembro de 2015. Do mesmo autor: CAVA; Bruno. *Ocupa Rio: os corpos da cidade entre a utopia e a distopia*. In SILVA, Geraldo; CORSINI, Leonora (org.) Democracia x regimes de pacificação. São Paulo: AnnaBlume, 2015.

4.2 Ocupações, organização e partidos políticos

Se o ciclo altermundista da década 1990 revelou a existência de novos movimentos sociais (ambientais, culturais, indígenas etc.) e formas de organização (articulação em rede, uso das novas tecnologias de informação, inovações estéticas etc.) para além dos partidos e sindicatos tradicionais, o ciclo 2010-2015 retoma a questão em outro patamar.

No primeiro caso, em muitos momentos identificou-se que os movimentos e partidos funcionavam em lógicas distintas, o que poderia gerar alguns choques e divergências, especialmente na apresentação da mobilização no ambiente externo (por exemplo, o sindicato negociava a sua pauta específica e se retirava da luta). No caso das ocupações, o possível campo de divergência se desloca para *dentro* do espaço comum, havendo um forte de tendência de recusa, pelos participantes, de qualquer razão transcendente à própria ocupação. Isso significa que os partidos precisam abandonar sua prática de aglutinação de forças para um projeto pré-definido e deixar-se levar pela imanência do processo decisivo construído na própria ocupação.

Podemos destacar dois efeitos desse fenômeno: em primeiro lugar, observamos a tendência do partido se apresentar, não como unidade formal organizativa, mas através de diversos coletivos distintos que deixam de lado os programas mais amplos e atuam, muitas vezes, por segmentação. O quanto isso se revela como uma simples tática artificial ou uma verdadeira abertura para processos de produção de *decisões comuns* depende de cada prática efetiva e

da capacidade dos dissensos produzidos nas acampadas estudantis atenuarem qualquer tentativa de impor uma lógica heterogênea ao comum.

Em segundo, observamos através da experiência espanhola, por exemplo, que para disputar as institucionalidades os partidos precisam integrar confluências de forças que são múltiplas e que se apresentam como plataformas que se deixam atravessar pelas várias figuras daquela composição social do trabalho que já descrevemos (por isso, o caso seria de reinvenção da forma-partido e de sua finalidade para se adequarem às novas formas de trabalho e vida – o partido como uma tática de luta dentre tantas outras, como um “deixar-se atravessar”, uma plataforma aberta que não busca ser o aglutinador final e racional de uma força social homogênea)²⁹.

Contudo, além da questão da forma-partido ou do repertório organizativo uma questão mais grave pode ser colocada. Ela diz respeito aos casos nos quais essa transcendência carregada pelos partidos não se refere apenas a um programa político pré-definido e externo, mas às próprias decisões tomadas quando estes participam do governo. O grande risco aqui é que a ocupação seja controlada *desde dentro* através de organizações que carregam as posições do governo e buscam esvaziar ou sabotar o processo de produção do comum.

²⁹ Trabalhei esta ideia em: MENDES, Alexandre. *Lista de desejos para um novo municipalismo*. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/lista-de-desejos-para-um-novo-municipalismo/>>. Acesso em 11 dez. 2015.

4.3 O estudante contemporâneo: condensação de figuras subjetivas da crise e de novas práticas de liberdade

O que significa uma luta estudantil hoje? Quais figuras subjetivas são encontradas através dessas lutas? Há pelo menos quarenta anos, o capitalismo sofre uma “grande transformação” na direção da formação de uma força de trabalho cognitiva, apta a lidar com as exigências shumpeterianas de inovação e criatividade, traduzidas pela ideia de capital social³⁰. No currículo, não basta demonstrar o cumprimento das etapas básicas e disciplinares de educação, mas comprovar competências relacionais, linguísticas e culturais (viagens, experiência de vida, habilidades com instrumentos musicais, domínio de línguas estrangeiras etc.). Nas provas de seleção, uma tropa de psicólogos é chamada para avaliar a capacidade criativa dos candidatos e suas habilidades de rápida adaptação, de aprendizado, de criação de relação social e de inventividade para lidar com as situações sempre dinâmicas e flexíveis do mercado contemporâneo.

³⁰ Aqui, condense uma série de análises sobre o capitalismo contemporâneo que podem ser encontradas em: BOUTTANG, Yann Moulier. *Le capitalisme cognitif: la nouvelle Grande Transformation*, Paria: Editions Amsterdam, 2007; COCCO, Giuseppe. *Trabalho e Cidadania*. Rio de Janeiro: Cortez, 1999; LAZZARATO, Maurizio. *As revoluções do capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2006; MARRAZI, Christian. *O lugar das meias: a virada linguística da economia e seus efeitos sobre a política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009; NEGRI, A; A HARDT, M. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005; NEGRI, Antonio. *Interpretation of the class situation today: methodological aspects*. In: BONEFELD, W et al. (Orgs.). *Open Marxism*, v. II. Londres: Pluto Press, 2002, pp. 69-105.

O estudante, preso nas exigências de uma formação permanente e multifacetada, não ocupa mais aquela posição intermediária entre o mundo infanto-juvenil e o mundo do trabalho. Ele carrega em si a própria figura do *trabalhador contemporâneo*. Solicitando cada vez mais estágios, oportunidades, experiências, cursos, ele rapidamente se converte, também, na figura do *endividado*. Seja por razões realmente financeiras (penso aqui no estudante pobre das universidades privadas e mesmo das públicas), ou por carregar sobre os ombros pendências de todos os tipos (trabalhos, artigos, provas, tarefas do estágio, cursos de língua etc.), o estudante precisa dar conta de um dívida infinita³¹.

Se antes ele era preparado para ocupar um emprego estável, funcional e monótono (nas burocracias estatais ou empresas fordistas), agora trata-se de lançá-lo, o mais cedo possível, no campo de um trabalho frenético que absorve todo o seu tempo de vida. Num muro grafitado encontra-se a seguinte frase: “o estágio gratuito é a atualização da escravidão”. O problema aqui não é identificar um estágio específico, mas perceber que todo o trabalho contemporâneo envolve fortes níveis de trabalho gratuito, estilizando inclusive aquela clássica figura marxiana

³¹ A relação entre o estudante e o trabalhador contemporâneo pode se encontrar em: THE ED-FACTORY COLLECTIVE. *Toward a global autonomous university: cognitive labour, the production of knowledge and exodus from de Education Factory*. New York: Autonomedia, 2009. Conferir também: ROGGERO, G. *La produzione del sapere vivo. crisi dell' università e trasformazione del lavoro tra le due sponde dell'Atlantico*. Verona: Ombre Corte, 2009. Sobre o contexto brasileiro conferir as pesquisas de Alexandre Nascimento, disponíveis em: <<http://www.sentimentanimalidades.net/estudos/>>. Acesso em 11 dez. 2015.

do trabalho excedente, inerente ao tempo de uma jornada de trabalho. Se não há mais jornada mensurável, se o trabalho ocupa todo o nosso tempo de vida, transformando-se em pura excedência, ele agora é expressado por uma *desmedida* que rompe com qualquer teoria do valor.

O endividamento e a precariedade aparecem como dispositivos que substituem o velho gerente de fábrica. A arquitetura física do panóptico e seu efeito de vigilância se desmaterializa e é internalizada como culpa, como exigência sobre si cada vez mais severa, como infinita busca, através de vários “bicos” ou “tramos”, por uma renda que possa cobrir o custo de vida e por atividades que possam engordar o currículo. A produção do estudante endividado permite o gerenciamento (controle) de um trabalho que não se expõe mais aos agentes de disciplina, com seus relógios sempre afiados, mas que percorre e acompanha a vida como um todo, fazendo parte da própria subjetividade que se produz³².

Os efeitos no campo da subjetividade estão sendo encarados por uma série de pesquisa sobre as denominadas “psicopatologias do capitalismo cognitivo” que são produzidas, desde a década de 1990, na também intitulada *prozac-economy*³³. Depressões, crises

³² Sobre a passagem de uma sociedade disciplinar para uma de controle, conferir: DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum*. Sobre as sociedades de controle, In: Conversações. Tradução de Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004. Sobre a genealogia do homem endividado, conferir: LAZZARATO, Maurizio. *La fabrique de l'homme endetté: essai sur condition néolibérale*. Paris: Édition Amsterdam, 2011.

³³ Essa análise encontra-se em: BERARDI, Franco “Bifo”. *The soul a work*. From alienation to autonomy. Los Angeles: Semiotext, 2007. Cf.

e angústias acompanham o estudante e o trabalhador endividado, no momento em que sua precária alma adentra e é produzida, ela mesma, nos circuitos de produção. Aqui o gerente da fábrica se rematerializa na figura de fármacos cada vez mais potentes, uma inundação de tranquilizantes, antidepressivos, remédios para dormir e técnicas para produzir pequenas ilhas de tranquilidade em meio à desmedida do produtivismo infinito.

Se a precariedade é eficiente para produzir todos esses efeitos subjetivos, ela permite também que as tradicionais estratificações da modernidade (raça, gênero e classe) se reconfigurem de forma difusa e modular. Não à toa, nas ocupações da UERJ, por exemplo, os estudantes negros e negras deixam claro que o corte de bolsas e da assistência estudantil atinge mais gravemente os alunos cotistas e os moradores de bairros pobres. Além disso, percebem uma relação racial e de gênero entre a precariedade dos estudantes e dos trabalhadores terceirizados atingidos pelos mesmos cortes e pelas medidas desiguais do ajuste fiscal. Numa visada mais ampla, os corpos precários da universidade (os primeiros a sofrer com o ajuste) são também os corpos precários da metrópole, aqueles que podem ser objeto de violência estatal sem provocar consideráveis indignações sociais.

Por outro lado, é no mesmo campo que podemos encontrar as possibilidades de enfrentamento da precariedade através de finas e potentes articulações que são realizadas entre suas diversas figuras (estudante, terceirizado, servidor, camelô, garis, trabalhadores da cultura, dos serviços, morador de favela etc.).

DE BOEVER, Arne; NEIDICH, Warren [Eds]. *The psychopathologies of Capitalism*. Part One. Berlin: Archive Books, 2013.

A precariedade se transforma não só no terreno da violência e da exploração infinita, mas também de uma recomposição que permite uma série de lutas por novos direitos e por um novo *welfare*. E para efetuar essa recomposição é fundamental perceber que, diante de uma fragmentação do trabalho que torna o cenário organizativo complexo e escorregadio, existe um *comum* entre todas essas figuras do trabalho contemporâneo.

As ocupações estudantis possuem, portanto, o potencial de se transformar na base para um novo sindicalismo social dos trabalhadores precários que não encontram mais nas tradicionais instâncias de representação (partidos, sindicatos e movimentos sociais setorializados) uma ferramenta eficaz de luta. Mais uma vez, isso não significa decretar o fim dessas instâncias, mas afirmar que elas só serão efetivas se promoveram uma abertura organizativa radical para a multiplicidade que acompanha o trabalho precário. Nas universidades e escolas, não sabemos se isso está perto de acontecer, mas a forma-ocupação, sem dúvida, é um laboratório para pensar essas novas articulações.

É a partir da construção da materialidade dessas novas alianças³⁴ que podemos recuperar, ainda, o tema do “local de fala”, não como afirmação prévia e transcendente (superior) fundada no corpo biológico, no indivíduo abstrato ou em tipos sociais cristalizados, mas como o *resultado* de articulações concretas, encontros e espaços discursivos singulares produzidos

³⁴ Para relação entre o ciclo das acampadas e uma política de alianças entre diferentes corpos precários que resistem juntos ao invés de competirem entre si, conferir: BUTLER, Judith. *Bodies in alliance and the politics of the streets*. Disponível em <<http://www.eipcp.net/transversal/1011/butler/en.>>. Acesso em 11 dez. 2015.

em comum. Se as minorias podem, paradoxalmente, reunir mais força que as majorias³⁵, é porque elas são capazes de promover uma expansão intensiva e contagiante através de encontros entre os diferentes corpos e singularidades (faamos de forma direta: evitar a competição entre minorias e possibilitar uma política de encontros não fundada em indivíduos e grupos proprietários de si mesmo). A ocupação do espaço, assim, é também ocupação afetiva e performativa: possibilidade de organizar práticas de liberdade que estilhacem os padrões majoritários redutores de nossas formas de vida.

5. Ocupações Estudantis e Poder Destituente/Constituinte

É chegado o momento de enfrentarmos a interrogação contida no título do artigo. Poderão as ocupações estudantis funcionar como assembleias constituintes diante da crise política, econômica e ambiental brasileira? Para qualificar melhor a pergunta e traçar horizontes possíveis de ação, seria interessante precisar o que entendemos por poder constituinte. Digamos que a análise pode se organizar em torno de dois temas: a) a relação entre poder constituinte e trabalho vivo; b) a relação entre poder constituinte e destituente.

Através do primeiro, veremos como o ciclo de ocupações pode se expressar como constituinte num

³⁵ Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Mil platôs*. Capitalismo e Esquizofrenia. vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1996.

sentido bem diferente daquele divulgado pela tradição do constitucionalismo. Através do segundo, lançaremos o tema para o contexto brasileiro, no qual a liberação de um poder constituinte diante da crise depende, mais do que nunca, de uma coragem de dizer “Não” (aquilo que chamamos dimensão destituente).

Pode-se afirmar que as primeiras emergências do trabalho vivo direcionadas em contraposição às relações de poder da classe dos proprietários foram domesticadas através da representação política e da conformação da vinculação entre Estado e Nação: o nascimento do constitucionalismo³⁶. Assim, o engenho de Abade Sieyès operou para ligar a incipiente divisão social do trabalho (os frutos da acumulação primitiva) à representação política, incluindo nela cortes censitários, culturais e patrimoniais. O Terceiro Estado é a “nação completa” na medida em que se dilui em uma ampla divisão do trabalho e, por essa razão, garante liberdades políticas no mesmo movimento que as *limita* por formas estabelecidas e delegadas. A democracia constitucional já nasce como corrupção da democracia, na medida em que impõe uma representação que acompanha a divisão de trabalho.

O poder constituinte, ao contrário, não é a força de uma assembleia já determinada pela representação, ou um estágio

³⁶ Para a relação entre trabalho e constituição e para uma crítica ao constitucionalismo, Cf. NEGRI, Antonio. *Poder Constituintes: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. 1. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002; Para a mesma perspectiva, no ponto de vista da constituição social do trabalho, cf. NEGRI, Antonio. *Il lavoro nella costituzione*. E una conversazione con Adelino Zanini. Verona: Ombre corte, 2012.

prévio e metafísico que desaparece ou se amesquinha nas engrenagens do poder constituído. Ele é um procedimento aberto e vivo de questionamento das relações de poder e constituição de uma prática coletiva que não se encerra na racionalidade de um projeto, estado, instituição ou comunidade identitária. Ele é a continuidade dos espaços de resistência, o campo de atuação do trabalho vivo que rejeita sua exploração e de coagulação entre liberdade e igualdade.

Pelo mesmo processo, as constituições welfaristas do século XX, que tentam solucionar o caráter excedente das lutas do trabalho vivo, ativadas desde o século anterior, também não resolvem o enigma da permanência do poder constituinte. Se na época de Sieyès, bastou diagramar a constituição como espelho formal da divisão de trabalho, no constitucionalismo social a carne e o corpo do trabalho entram na constituição representados por sujeitos coletivos negociadores dos direitos e regras inerentes à organização e à disciplina do mesmo trabalho. Mas o trabalho vivo recusa novamente a limitação e se insurge em lutas sociais que percorreram todas as nações welfaristas (pensemos na década de 1960-70).

Sabemos que com a mutação da composição do trabalho contemporâneo e o enfraquecimento do Estado Social, que decorre do próprio caráter excedente do trabalho, é a *governance*³⁷ que passa a, cada vez mais, cumprir este papel. A constituição moderna em crise abre espaço para uma regulação flexível forjada por sujeitos jurídicos internacionais, protocolos de grandes

³⁷ Cf. MESSINA, Giovanni. *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*. Milano: Franco Angeli, 2012.

empresas, arbitragens, termos de conduta, uma camada mil-folhas de atos normativos e decisões judiciais que correspondem à diluição do próprio trabalho em um sem-número de formas jurídicas.

E que o ciclo de ocupações tem a ver com isso? Nossa hipótese é que ele ainda pode representar um laboratório para pensarmos novas formas políticas e novos direitos de cidadania (em sentido amplo) através do contato entre poder constituinte (a excedência do trabalho vivo) e a produção do comum experimentada nestes processos. É que o ciclo de lutas de 2010-2015, amplia o terreno estabelecido pelo ciclo anterior altermundista e latino-americano, e conforma um quadro de ações e reflexões sobre como produzir uma agenda de direitos relacionados à proteção e ao compartilhamento autônomo de saberes, informações e linguagens; ao acesso e organização democrática dos serviços relacionados diretamente à vida (energia, água, tecnologia etc.); a uma renda garantida, à mobilidade urbana (livre acesso ao transporte público); à preservação dos espaços comuns da metrópole (parques, áreas de uso comum etc.) e, fundamentalmente, aos direitos clássicos (políticos e sociais) requalificados como direito à produção dos nossos próprios espaços de vida e de interação com o outro, marco que está para além da ideia cívico-republicana ou deliberativa de participação.

No caso das ocupações estudantis, a ideia de uma *gestão comum* das instituições de ensino, superando a passividade do modelo disciplinar e o endividamento do modelo de controle,

parece bastante evidente. Aqui, a tradicional luta por infraestrutura (contra o sucateamento) poderia caminhar em conexão com o desenvolvimento dessas próprias experiências de gestão comum. A luta por bolsas e verbas de assistência pode ganhar um caráter ativo e avançar para um verdadeiro direito à *renda estudantil* (que deveria caminhar de mãos dadas com uma renda universal). A luta contra a precariedade deve servir para imaginarmos uma nova composição dos direitos sociais (ou a requalificação dos anteriores) que articule os direitos dos trabalhadores das escolas e universidades com aqueles dos estudantes em uma mesma teia de proteção.

A forma-ocupação pode se transformar num dispositivo político permanente que supere a crise da representação e das formas de ação dos sujeitos tradicionais. Nesse sentido, pode-se afirmar que os espaços de deliberação (estudantes sentados em roda situados em lugares de grande trânsito) já superam enormemente as formas tradicionais de deliberação sindical (ainda no modelo mesa-plateia e representação por segmentos). Ainda há bastante dúvida com relação ao uso da tecnologia em rede para a deliberação, especialmente pela insegurança com relação aos fluxos improdutivos e sabotadores, mas isso pode ser enfrentado por um repertório heterogêneo de processos decisivos. As formas tradicionais, burocráticas e paralisantes do movimento estudantil ainda se fazem presente em grande escala, e com grande capacidade de capturar os desejos sinceros dos jovens estudantes, mas já são criticadas de forma aberta e através da construção de brechas alternativas.

Vamos, então, para o segundo ponto na análise: a relação entre poder constituinte e poder destituente³⁸, e sua inserção no contexto brasileiro. Ele se subdivide em duas questões. A primeira, sobre a utilização do poder destituente com relação à realidade universitária do estudante endividado; a segunda, insere o tema numa perspectiva mais ampla para tentar compreender a relação entre as dificuldades de proliferação dos movimentos pós-2014 e a incapacidade de dizer “Fora Todos”. Aqui, o poder destituente seria o elemento de desbloqueio do impasse, pavimentando a abertura de um campo intensivo, um *kairós*, de múltiplas possibilidades.

Com relação à primeira questão, a ocupação das escolas e universidades, com a consequente decretação da greve estudantil, parece expressar um poder destituente com relação às tramas disciplinares e de controle que atravessam o estudante contemporâneo. A greve estudantil interrompe o funcionamento da máquina da educação, suspende a dívida infinita, paralisa o relógio do bedel, produzindo uma carnavalesca inversão de papéis e da lógica cotidiana de utilização regrada do espaço de ensino. A suspensão radical de todas as exigências diárias (provas,

³⁸ Não faz parte dos objetivos do texto enfrentar o debate filosófico que foi estabelecido entre Antonio Negri e Giorgio Agamben sobre o conceito de poder destituente. Seguimos a posição de A. Negri que não concebe o poder constituinte dentro da tradição ou da ontologia originária da soberania. Para esse propósito, cf. AGAMBEN, G. *Por uma teoria de poder destituente*. Disponível em: <<http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agambem/>>; NEGRI, Antonio. *Giorgio Agamben: a inoperosidade é soberana*. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/giorgio-agamben-inoperosidade-e-soberana/>>. Acesso em 11 dez. 2015.

entrega de trabalhos, comparecimento das aulas etc.) torna-se fundamental, não apenas como importante denúncia pela falta de verbas de assistência, mas por permitir outra temporalidade e outra experimentação do ambiente escolar/universitário.

Eis o poder destituente em sua capacidade de interromper as engrenagens que se naturalizam nos processos sociais do cotidiano e de inaugurar um dissenso que conduz todos os participantes para uma necessária reflexão. Se o direito de greve, na sociedade do trabalho disciplinar, representa a demonstração da participação dos trabalhadores da unidade produtiva e uma necessária repactuação da riqueza produzida, na sociedade contemporânea de sujeitos endividados ela equivale diretamente ao direito de insolvência: é a possível ligação entre o “nós não pagaremos pela crise” e o “nós não entregaremos os trabalhos e as provas”.

Se a greve da sociedade do trabalho fabril produzia uma interrupção do processo produtivo, gerando prejuízos para o proprietário da fábrica, a greve dos endividados permite que uma outra subjetividade, por fora dos mecanismos de cobrança internos e externos, possa ser vivenciada. Ela pode se expressar e se constituir, sem que essa produção seja capturada pelos dispositivos da dívida. O desafio, então, é duplo: a luta pela suspensão do calendário acadêmico (a paralisação da máquina) precisa ser correlata à produção de formas de vida que escapem da precariedade e do endividamento. E aqui já não conseguimos mais distinguir entre poder destituente e constituinte. O “Não” corresponde à possibilidade de um “Sim” múltiplo e constitutivo.

Acreditamos que em ambas as greves estudantis de São Paulo e do Rio de Janeiro pode se verificar essa dupla dimensão

destituente/constituente sendo exercida através das ocupações. Mas qual a diferença entre elas? Por que uma consegue expandir para fora dos muros das escolas e a outra, por ora, ainda se mantém no campo de uma luta setorizada? Por que ambas não desencadeiam processos mais amplos de discussão em meio à crise generalizada? É claro que aqui não se quer exigir que as lutas dos estudantes cumpram o papel do Movimento Passe Livre nas jornadas de junho de 2013, muito menos responsabilizá-los pelas limitações inerentes a qualquer processo de luta social. Mas não custa refletir se teríamos, hoje, mais oportunidades de expandir e ampliar esse processo identificando um dos pontos de bloqueio, aquele que, justamente, diz respeito ao poder destituente e sua capacidade de gerar uma recusa social em grande escala (aquela que precisamos para que a crise seja superada democraticamente).

Há inúmeros exemplos do exercício desse tipo de poder destituente: ele ocorreu quando, em 1955, a costureira Rosa Parks se recusou a ceder o seu lugar do ônibus a um homem branco, desencadeando o movimento dos direitos civis; quando, em maio de 1968, se afirmou “queremos tudo, todo o poder e nenhum trabalho”; quando em Seattle um enorme cartaz dizia “*Shut Down WTO*”; quando na Argentina, em 2001, os *cacerolazos* eram acompanhados do lema “*que se vayan todos*”; quando na Tunísia, mesmo depois da fuga de Ben Ali para a Arábia Saudita, continuou-se a gritar “*Degage! Degage!*” (Fora! Fora!)³⁹; quando o 15M espanhol dizia “*¡dimisión ya, no nos representan!*”; quando os 99% afirmaram “nós não pagaremos pela crise”, quando, em

³⁹ Esse relato é realizado por Manuel Castells em livro já citado (CASTELLS, 2012, p. 28).

2013, jovens usuários do transporte público decretaram “não pagaremos pelo aumento das passagens” etc.

Pode-se dizer que, do ponto de vista dos processos ampliados de questionamento, o poder destituente, no Brasil, está totalmente bloqueado pela incapacidade de se dizer com firmeza: “Fora todos”; “Fora Dilma, Temer, Cunha e Renan”; “Fora PT, PMDB e PSDB”; “Não nos representam!”. Qualquer passo na direção dessa dimensão do exercício do poder destituente é rapidamente encarado como “golpista” e até “fascista”, pela atual cultura tradicional de esquerda. O resultado, como tem ficado evidente, é a paralisia política e a impossibilidade de encontrar uma saída para a crise que parta de uma mobilização por mais democracia.

Essa incapacidade de alavancar o poder da recusa, longe de representar um casuístico vacilo individual, é construída diariamente pela prática dos movimentos sociais tradicionalmente ligados ao governo (CUT, MST, MTST, UNE, UBES etc.) que adotam uma estratégia de defender a presidente Dilma, apesar de uma sequência de medidas anti-movimento terem sido tomadas, retraindo-se na perspectiva de uma lírica pressão interna que já comprovou ser absolutamente ineficaz. Por outro lado, o componente majoritário da oposição de esquerda, que deveria estar mobilizada para oferecer uma alternativa democrática ao impasse, é o primeiro a esvaziar qualquer tipo ampliação da constestação na direção de um terreno radicalmente destituente/constituente⁴⁰.

⁴⁰ Análises com tonalidades semelhantes podem ser encontradas em uma série de entrevistas do IHU Online e na edição n. 461 da revista mesma *online*, cf. REVISTA IHU ONLINE. *Brasil. Crise e desafios*. n. 461, Ano XV, edição de 23 de março de 2015. Disponível em <http://ihuonline.

Em São Paulo, os ocupantes puderam encher o pulmão e gritar “Fora Alckmin”, “Fora PSDB”, incentivados, e não boicotados, pelos movimentos governistas (e também no Paraná, no movimento “Fora Beto Richa”). Eis toda a diferença. E esse poder de recusa não diz respeito propriamente à discussão em detalhes sobre os mecanismos institucionais que, de alguma forma, poderiam retirar alguém do poder, mas à capacidade de atuar como um verdadeiro dispositivo de contágio, proliferação e autovalorização do movimento. É dele que poderão emergir todas as alternativas possíveis.

Isso significa que no “Fora” proferido pelo poder destituente, se constitui uma série de espaços positivos que engendram práticas constituintes fundamentais para a continuidade do processo de resistência. Esse é, mais uma vez, o elemento fundamental do sucesso das ocupações estudantis de São Paulo e, por outro lado, explica os impasses e bloqueios enfrentados no Rio de Janeiro e aqueles enfrentados por ambos no nível nacional. Estamos proibidos de fazer proliferar, impedidos de lutar sem que freios internos exijam prudência e responsabilidade – sem que o movimento se enfraqueça e se perca em fragmentações

unisinos.br/entrevistas/544222-o-capital-que-neutraliza-e-a-necessidade-de-uma-outra-esquerda-entrevista-especial-com-giuseppe-cocco>; CAVA, Bruno. *O lastro da crise*. O pemedebismo é a lógica que sustenta o PT. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/entrevistas/539902-o-lastro-da-crise-pemedebismo-e-a-logica-que-sustenta-o-pt-entrevista-especial-com-bruno-cava>>; CASTANEDA, Marcelo. *Crise Política*. Não há disputa. Há uma composição. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/545853-crise-politica-nao-ha-disputa-ha-uma-composicao-entrevista-especial-com-marcelo-castaneda>>. Acesso em 11 dez. 2015.

paralisantes. E, no Rio de Janeiro, não podemos deixar de comentar, essa situação tende a piorar, em razão da recente decisão de levantar no estado um bunker de defesa governista (com todas as consequências que essa decisão implica, em termos de manutenção de uma estabilidade a qualquer custo).

Não estamos diante de um impasse menor. Se esse enigma não for resolvido na direção de um amplo movimento cidadão que, diante da crise, proponha uma agenda de radicalização da democracia brasileira, ficaremos reféns, primeiro, de um sistema político que opera hoje de forma completamente autoreferenciada, segundo, de uma disputa sobre quem irá implementar de forma mais eficaz o ajuste fiscal e, terceiro, de plataformas conservadores ou ultraliberais (MBL, Partido Novo, candidatura do Bolsonaro etc.) que absorvem a indignação transformando-a num terreno para a eliminação de políticas e práticas de liberdade e igualdade.

Além da autovalorização dos movimentos através do poder de dizer “Fora”, o poder de recusa, quando afirmado sem medo, traz a capacidade de inserção das ocupações em dinâmicas políticas mais amplas, ou num sistema de forças mais alargado, que pode romper com o isolamento político dos ativistas e inseri-los em camadas legítimas de discussão pública sobre o estado da arte de nossa democracia. É o famoso ingrediente que pode “dar liga” e permitir uma articulação que crie novos processos de saída democrática da crise em que estamos vivendo.

A interrogação no título está agora plenamente justificada. No Brasil, o ciclo mais amplo das ocupas (no qual estão inseridas as ocupações estudantis) vive um tremendo bloqueio. Poderão as ocupações deslizar das armadilhas estabelecidas a partir das

eleições de 2014, quando a força criativa do movimento foi absorvida para uma disputa vazia interna ao poder? Poderão exercer um poder destituente, afirmando em alto e bom som: “Fora Dilma, Fora Temer, Fora Cunha, Fora Todos”? Deixarão que as possibilidades constituintes do poder de recusa sejam ocupadas por grupos ultravanguardistas de esquerda, ou por plataformas ultraconservadoras que não apontam para saídas democráticas diante da crise? Poderemos vivenciar as ocupações como verdadeiras assembleias constituintes, para além da dinâmica limitada da representação política (o pecado original de Sieyès)? Encontraremos um polifônico “Sim, nós podemos”, nascido de um amplo e contagiante poder de dizer “Não”?

São perguntas que estão muito longe de alcançarem uma resposta adequada. Mas se a interrogação continua, devemos, por outro lado, agradecer às ocupações estudantis por terem nos apresentado o impasse de forma tão clara e urgente.

Referências

AGAMBEN, G. **Por uma teoria do poder destituente**. Disponível em: <<https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BARBOSA, Milton Gonçalves Vasconcelhos. **Katechon**: o direito entre o sacrifício e o perdão. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina- PI, v. 1, n. 6, p. 58-80.

BELTRAN, Sandra Arencón; CAVA, Bruno (Orgs). **Podemos e Syriza**: experimentações políticas e democracia no século 21. São Paulo: Annablume, 2015.

BERARDI, Franco “Bifo”. *The soul at work*. From alienation to autonomy. Los Angeles: Semiotext, 2007.

BOUTANG, Yann Moulier. *Le capitalismo cognitif: la nouvelle Grande Transformation*, Paris: Editions Amsterdam, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Novo desenvolvimentismo**: uma proposta para a economia do Brasil. Nueva Sociedad. Especial em português. Dez, 2010.

BUTLER, Judith. *Bodies in alliance and the politics of the streets*. Disponível em: <<http://www.eipcp.net/transversal/1011/butler/en>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CAMACHO, V.O. *Errancias. Aperturas para el viver bien*. La Paz: Muela del Diablo, 2011.

CASTANEDA, Marcelo. **Crise política**. Não há disputa. Há uma composição. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/545853-cri-se-politica-nao-ha-disputa-ha-uma-composicao-entrevista-especial-com-marcelo-castaneda>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAVA, Bruno. **A multidão foi ao deserto**. São Paulo: Annablume, 2013.

_____. **O lastro da crise**. O pemedebismo é a lógica que sustenta o PT. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/539902-o-lastro-da-cri-se-pemedebismo-e-a-logica-que-sustenta-o-pt-entrevista-especial-com-bruno-cava>>.

_____. **OcupaRio: os corpos da cidade entre a utopia e a distopia**. In SILVA, Gerardo; CORSINI, Leonora (org). Democracia x regimes de pacificação. São Paulo: AnnaBlume, 2015

_____. **Produzindo o dissenso na acampada**. Disponível em: <<http://www.quadradosloucos.com.br/2026/produzir-o-dissenso-na-acampada/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. **Voto crítico, esquerda e Spinoza.** Disponível em: <<http://www.quadradosloucos.com.br/5090/voto-critico-esquerda-e-spinoza/>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe. (org). **Amanhã vai ser maior:** o levante da multidão no ano que não terminou. São Paulo: Annablume, 2014.

CAVA, Bruno; SCHAVELZON, Salvador. **Podemos y latinoamerica; historia de un desacuerdo.** Lobo Suelto! (Argentina), 19 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://anarquiacorona.blogspot.com.br/2015/08/podemos-y-latinoamerica-historia-de-un.html>>.

COCCO, Giuseppe. **Entrevista com o filósofo Costantin Sigov,** por Giuseppe Cocco, à Universidade Nômade. Acesso em 10 de dezembro de 2015. <<http://uninomade.net/tenda/entrevista-com-constantin-sigov-filosofo-ucraniano/>>.

_____. **KorpoBraz:** por uma política dos corpos. Rio de Janeiro: Mauad, 2013.

_____. **Trabalho e Cidadania.** Rio de Janeiro: Cortez, 1999.

_____. **O capital que neutraliza e a necessidade de uma outra esquerda.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/544222-o-capital-que-neutraliza-e-a-necessidade-de-uma-outra-esquerda-entrevista-especial-com-giuseppe-cocco>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. Não existe amor no Brasil Maior. *In: Le Monde Diplomatique Brasil.* Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1413>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

COCCO, G.; HOPSTEIN, S. (orgs.) **As multidões e o império: entre a globalização da guerra e a universalização dos direitos.** Rio de Janeiro: DP&A, 2002

DE BOEVER, Arne; NEIDICH, Warren [Eds]. **The psychopathologies of Cognitive Capitalism.** Part One. Berlin: Arquire Books, 2013.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum*. Sobre as sociedades de controle. In: **Conversações**. Tradução de Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004.

_____. GUATTARI, Felix. **Mil platôs**. Capitalismo e Esquizofrenia. Vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1996.

DICIONÁRIO DEL 15M. *Spanish Revolution Dictionaty*. Dicionário colaborativo realizado pelos ocupantes do 15M espanhol: <<http://johnpostill.com/research/15-m-dictionary/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

FIORI, José Luiz. **A miséria do novo desenvolvimentismo**. Jornal Valor do dia 29 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/fioriii.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-79). Paris: Gallimard/Seuil, 2004.

FUMAGALLI, Andrea (Org.). **A crise da economia global: mercados financeiros, lutas sociais e novos cenários políticos**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

GALEANO, Eduardo. **Comentário realizado durante visita às ocupações de Barcelona**. Disponível em: <<http://www.esquerda.net/dossier/galeano-o-segredo-das-acampadas-%C3%A9-%E2%80%9Cvitamina-e%E2%80%9D>>.

GOMES, Pedro Henrique. **Resenha do filme “Maidan”**, de Sergei Loznitsa (Ucrânia, 2014). Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/maidan-va-veja-e-filme/>> (com link para download). Acesso em: 11 dez. 2015.

GONÇALVES, Reinaldo. **Novo desenvolvimentismo e Liberalismo Enraizado**. Serviço Social e Sociedade. São Paulo, n. 112, p. 637-671, out./dez., 2012.

GUTIERREZ, Bernardo. Série de textos publicada em: <<http://codigoabierto.cc/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

KLEIN, Naomi. Discurso proferido para os ocupantes do *Occupy Wall Street*. Disponível em: <<http://www.naomiklein.org/articles/2011/10/occupy-wall-street-most-important-thing-world-now>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

LAZZARATO, Maurizio. et al. *Des entreprises pas comme les autres: Benetton en Italie, le sentier à Paris*. Paris: Publisud, 1993.

_____. **As revoluções do capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006

_____. *La fabrique de l'homme endetté: essai sur condition néolibérale*. Paris: Édition Amsterdam, 2011.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**. Tradução de Mônica Jesus. Introdução de Giuseppe Cocco. Rio de Janeiro: LP&A, 2001

MARAZZI, Christian. **O lugar das meias: A virada linguística da economia e seus efeitos sobre a política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009;

MENDES, Alexandre. **Lista de desejos para um novo municipalismo**. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/lista-de-desejos-para-um-novo-municipalismo/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. **O municipalismo do Barcelona em Comum: da transição a uma institucionalidade constituinte**. Site UniNômade, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/o-municipalismo-do-barcelona-em-comum/>>.

_____. **O painel no Morro dos Cabritos**. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/o-panelaco-no-morro-dos-cabritos/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. **Ocupações estudantis, novas assembleias constituintes diante da crise**. Publicado originalmente online, em 14 de dezembro de 2015, no site da Universidade Nômade: <<http://uninomade.net/>

tenda/ocupacoes-estudantis-novas-assembleias-constituientes-diante-da-crise-2/>.

MENDES, Alexandre; CAVA, Bruno. **A constituição do comum**, no prelo.

_____. **A esquerda que venceu**. IHU online, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/547641-a-esquerda-que-venceu>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. **Podemos e os enigmas que vêm do sul**. Le Monde Diplomatique Brasil impresso, abril de 2015.

MESSINA, Giovanni. *Diritto liquido?* La *governance* come nuovo paradigma della politica e del diritto. Milano: Franco Angeli, 2012.

MOTA, Ana Elizabete (Org). **Desenvolvimentismo e construção de hegemonia**: crescimento econômico e reprodução da desigualdade. São Paulo: Cortez, 2012.

NEGRI, A; HARDT, M. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2005;

NEGRI, Antonio. **Giorgio Agamben: a inoperosidade é soberana**. Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/giorgio-agamben-inoperosidade-e-soberana/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. *Il lavoro nella costituzione*. E una conversazione con Adelino Zanini. Verona: Ombre corte, 2012.

_____. *Interpretation of the class situation today*: methodological aspects. In: BONEFELD, W. *et al.* (Orgs). *Open Marxism*, vol. II. Londres: Pluto Press, 2002, pp. 69-105.

_____. **Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. 1. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. **Relato sobre o 15M**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/44050-15m-redes-e-assembleias-por-antonio-negri>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

NUNES, Rodrigo. **A onda conservadora é menos fácil de entender do que se imagina.** Artigo para o jornal Folha de São Paulo, edição de 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/08/1674857-ascensao-conservadora-e-complexo-de-katechon.shtml>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

OBSERVATÓRIO METROPOLITANO. *La apuesta municipalista. La democracia impieza por lo cercano.* Madrid: Traficantes del sueños, 2014.

PEDROSA, Silvio. **Por um compromisso bárbaro.** Disponível em: <<http://uninomade.net/tenda/por-um-compromisso-barbaro/>>. Acesso: em 11 dez. 2015.

PFEIFER, Mariana. **Bresser-Pereira e o pacto neodesenvolvimentista.** *Temporalis*, [S.l.], v. 2, n. 26, p. 11-36, fev. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/6066>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

REVELLI, Marco. *Finale di partito.* Turim: Einaudi, 2013.

REVISTA IHU ONLINE. **Brasil.** Crises e desafios. n. 461, Ano XV, edição de 23 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?secao=461>>.

REVISTA LUGAR COMUM: estudos de mídia, cultura e democracia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. LABTEC/ESS/UFRJ. Rio de Janeiro: UFRJ, n. 39, jan./abr. 2013. Disponível para download gratuito em: <<http://uninomade.net/lugarcomum/39/>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

ROGGERO, G. *Cinque tesi sul comune: comune, comunità, comunismo.* Teorie e pratiche dentro e oltre la crisi. Verona: Ombre Corte, 2010.

_____. *La produzione del sapere vivo: crisi dell'università e trasformazione del lavoro tra le due sponde dell'Atlantico.* Verona: Ombre Corte, 2009.

ROLNIK, Raquel. **Entrevista para o site UOL**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/04/22/ult5772u3670.jhtm>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

SALAZAR, Rafael-Díaz. **Justicia Global**. Las alternativas de los movimientos del Foro de Porto Alegre, 2003.

SAMPAIO JUNIOR, Plínio Soares de Arruda. **Desenvolvimentismo e neodesenvolvimentismo: tragédia e farsa**. Serviço Social & Sociedade, v. 1, n. 112, p. 672, out./dez., 2012.

SÁNCHEZ, Raúl. **El 15M como insurrección del cuerpo máquina**. Rebelión. Edição do dia 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=145402>>.

SANTOS, Mariana Correa. **Pensando o ocupario: encontros, encantamentos, rupturas e abandono**. Disponível em: <<https://daslutas.wordpress.com/2013/06/07/pensando-o-ocupa-rio-encontros-encantamentos-rupturas-e-abandono/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

SCHAVELZON, Salvador. *Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir*, Quito, CLACSO, 2015.

THE EDU-FACTORY COLLECTIVE. *Toward a global autonomous university: cognitive labour, the production of knowledge and exodus from de Education Factory*. New York: Autonomedia, 2009.

TORET, Javier. Série de pesquisas publicadas em: <<https://datanalysis15m.wordpress.com/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

WRITERS FOR THE 99%. *Occupying Wall Street: The Inside Story of an Action that Changed America*. Chicago: Haymarket, abril de 2012.

ZIZEK, S. **Discurso aos manifestantes do Occupy Wall Street**. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2011/10/11/a-tinta-vermelha-discurso-de-slavoj-zizek-aos-manifestantes-do-movimento-occupy-wall-street/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

As Condições da Ação e Suas Repercussões Sobre o Instituto da Coisa Julgada no Código de Processo Civil de 2015

The Causes Of Action And Its Repercussions On The Institute Of Res Iudicata In The Code Of Civil Procedure Of 2015

Raquel Scarpe⁴¹

Resumo

O presente artigo busca analisar o instituto das condições da ação a partir da matriz doutrinária de Enrico Tullio Liebman e sua teoria eclética da ação, em confronto com as mudanças observadas no Código de Processo Civil de 2015 em relação ao tema. Problematizando a aplicabilidade dessas condições, bem como suas repercussões sobre o instituto da coisa julgada, realiza uma crítica à concepção tradicional das condições da ação.

Palavras-chave: Teoria eclética da ação; condições da ação; CPC/2015; coisa julgada.

⁴¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense / 7º período.

Abstract

This article seeks to analyze the institute of the conditions of action from the doctrinal matrix of Enrico Tullio Liebman and his eclectic theory of action, in comparison with the changes observed in the Code of Civil Procedure of 2015 in relation to the theme. By problematizing the applicability of these conditions, as well as their repercussions on the institute of *res judicata*, it criticizes the traditional conception of the conditions of action.

Keywords: Eclectic theory of action; conditions of action. CCP / 2015; *res iudicata*.

1. Introdução

Os estudos no âmbito da Teoria Geral do Processo no Brasil têm como marco histórico inicial o movimento intelectual ocorrido entre a comunidade acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, a partir da chegada do processualista italiano Enrico Tullio Liebman, em 1939, cuja influência permitiu que se firmasse uma sistematização do processo civil em torno de uma teoria geral denominada Teoria Geral do Processo (GRECO, 2013: 532).

A influência exercida pelo trabalho e pelo pensamento de Liebman na USP foi capaz de lhe conferir o *status* de marco referencial e teórico da chamada Escola Paulista de Direito Processual. Nesse sentido, um dos reflexos do impacto causado pelas ideias do jurista italiano foi a cristalização da sua teoria sobre as condições da ação no Código de Processo Civil de 1973, cujo anteprojeto se desenvolveu sob autoria de Alfredo Buzaid – um dos discípulos diretos de Liebman. A esse processo se referem

Ângela Araújo da Silveira Espíndola e Marco Félix Jobim quando afirmam que

A escola paulista formou-se a partir dos jovens processualistas da década de 40 do século XX, com os trabalhos de Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, discípulos diretos de Liebman. A respeito do primeiro, por ocasião de ser autor do Projeto do Código de Processo Civil, ficou clara sua influência em Liebman, quando adotou-se a teoria eclética da ação, acolhendo as condições gerais da ação (legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), conforme proclama o artigo 267, VI, do CPC. (ESPINDOLA; JOBIM, 2014: 16-17)

Liebman agregou à doutrina brasileira, durante o tempo em que permaneceu no país, sua contribuição teórica sobre os fundamentos do direito de ação. Foi sob a influência de seu pensamento que se consolidou na doutrina e jurisprudência pátrias a teoria eclética da ação. Tal ecletismo adveio justamente da síntese entre as teorias concreta e abstrata. A teoria concreta, segundo a qual o direito de ação corresponde necessariamente a um direito material, tem como opositora a teoria abstrata, cujo mérito foi dissociar o direito de ação da necessidade de um direito material correlato, no sentido de conceber o direito de ação como um direito autônomo em relação à prestação jurisdicional. A teoria eclética de Liebman, por seu turno, inovou em acrescentar ao direito autônomo de ação um rol de condições, as quais, sendo respeitadas, levarão ao exame do mérito da demanda pleiteada.

Analisando a teoria de Liebman, Arruda Alvim delinea com clareza seus meandros:

Liebman parte da premissa de que somente há exercício da função jurisdicional quando o juiz se pronuncia sobre o mérito, isto é, quando profere sentença de procedência ou improcedência do pedido do autor. A concepção eclética de Liebman é abstrativista, mas encontra sua peculiaridade justamente na exigência de se configurar observância das condições da ação, categorias lógico-jurídicas necessárias à consecução de uma sentença de mérito. Ao se vincular o direito de ação a determinada realidade fático-jurídica, há uma restrição à abstratividade absoluta. (ARRUDA ALVIM, 2013: 149)

Assim, de acordo com a teoria eclética clássica, o direito de ação, não obstante independer da existência de um direito subjetivo material que o fundamente, deve refletir em sua postulação a existência de certas premissas: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Assim, Alfredo Buzaid sintetiza a polarização teórica entre os concretistas e os abstrativistas, indicando as duas correntes principais à sua época, quais sejam, a teoria do direito concreto e a teoria do direito abstrato, concluindo que, com a sistematização realizada por Liebman acerca do direito de ação, chegou-se a um entendimento segundo o qual o direito de ação seria um direito subjetivo processual, e não um direito subjetivo material (BUZAID, 2011).

As condições da ação, enquanto requisitos para o conhecimento da ação por parte do juízo - entendidas originariamente como questões anteriores ao exame do mérito e dele distintas, com o amadurecimento dos estudos pelo seu próprio criador, Liebman - sofreram reformulações em sua estrutura. Ocorre que entre as condições da ação e o mérito da causa, conforme o desenvolvimento dos estudos no âmbito da teoria geral do processo, concluiu-se inexistir distinção ontológica rígida capaz de definir com clareza a anterioridade ao mérito presente em tais condições. Por esse motivo Fredie Didier Jr. sintetizou lucidamente que as condições da ação foram categorias definidas por Liebman para abranger o que seria uma zona intermediária entre as questões de admissibilidade e as questões de mérito (DIDIER JR, 2011).

A fim de justificar a existência das condições da ação, muito se afirmou acerca do respeito ao princípio da economia processual, uma vez que *“referidas condições seriam pré-requisitos à movimentação da máquina estatal, garantindo que o processo não se desenvolva de maneira inútil”* (ALVES; AZEVEDO, 2014). No entanto, em dissonância com esse viés interpretativo, desenvolveu-se o estudo processual, surgindo, então, críticas às consequências práticas da aplicação da teoria eclética de Liebman, notadamente após sua adoção pelo Código de Processo Civil de 1973.

A crítica mais relevante para o presente trabalho envolve os desdobramentos da avaliação das condições, caso presentes ou não, antes ou depois da instrução probatória, culminando, assim, na formação de coisa julgada material, se encaradas

como mérito e apreciadas após a produção de provas, ou com a formação de coisa julgada formal, se vistas como questões anteriores ao mérito e analisadas antes do momento probatório. Tal situação faria com que na prática a existência de condições para a admissibilidade da ação não respeitasse o princípio da economia processual, antes, afrontá-lo-ia, uma vez que, nas palavras de Gabriella Pellegrina Alves e Júlio Camargo de Azevedo,

Tal concepção, ao invés de se aproximar do fundamento das condições da ação (*economia processual*), na verdade, afasta-se dele, pois permite que um processo movimente a máquina estatal e dure longos anos para, ao final, ser declarado inexistente, isso sem falar na possibilidade de repositura da ação, haja vista a não formação da coisa julgada material. (ALVES; AZEVEDO, 2014: 172)

A proposta do Projeto de Lei nº 166/2010, por outro lado, representou um significativo indício de mudança no que tange ao entendimento acerca da aplicabilidade da teoria. O que era Projeto de Lei em 2010 atualmente constitui lei promulgada e em vigor, de modo que a problemática central do presente trabalho reflete debates contemporâneos acerca do instituto das condições da ação não só em seus fundamentos teóricos, mas principalmente em sua aplicabilidade prática e em sua repercussão no seio de outro instituto processual: o da coisa julgada.

2. Breve Resgate dos Conceitos que Envolvem as Condições da Ação

As condições da ação, tais quais expostas na Lei Processual revogada, são compartimentadas em legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido (arts. 295 e 267, VI, CPC). Na qualidade de categorias lógico-jurídicas, cumpre apontar brevemente as noções impressas em cada uma delas.

A legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam*, nas palavras de Arruda Avim, “*é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença*” (ARRUDA ALVIM, 2013: 428). Quanto à problematização de seu suposto distanciamento em relação ao mérito da causa, afirma logo a seguir que

é complexa a questão de distingui-la do mérito, uma vez que a situação legitimante, ainda quando abstratamente considerada, há de apresentar suporte no direito material. Do contrário, já se poderá afirmar, desde o início do processo, que determinado sujeito não possui condições de pleitear o direito invocado na inicial, ou que o réu não é suscetível de se submeter à sentença pretendida, ainda que verdadeiros os fatos alegados na inicial. (ARRUDA ALVIM, 2013: 431)

Nesse sentido, o autor vai além e defende o entendimento de que a sentença deve tornar-se imutável quanto à decretação da ilegitimidade, de modo que se torne impossível ao autor postular novamente para aquela determinada situação fática, uma vez que se reconheceu a solução da relação de direito material.

Em consonância com a compreensão de que a legitimidade para agir se refere diretamente à relação de direito material deduzida em juízo, Didier Jr. elenca como um dos principais aspectos desta condicionante justamente o fato de ela ser aferida diante do objeto litigioso, da relação substancial, embora seja examinada ainda à luz da situação afirmada no instrumento da demanda (DIDIER JR, 2010: 204).

Sobre o interesse processual, Didier Jr. também discorre no sentido de relacioná-la à situação narrada pelo autor, uma vez que “*não há como indagar, em tese, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial*” (ibid.: 211). Examinando o interesse processual, verifica-se a coexistência de circunstâncias para a sua configuração, quais sejam a utilidade e a necessidade do provimento jurisdicional, excluindo-se, portanto, a adequação, já que, conforme preleciona Didier Jr., eventual equívoco na escola do procedimento é sempre sanável (id., 2010: 211).

Tais elementos configuradores do interesse de agir ou interesse processual delimitam a situação fática capaz de ensejar o pleito em face do órgão jurisdicional. A esse respeito, Marinoni assevera que

o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido ao protegê-lo e satisfazê-lo. (...) Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito” (MARINONI, 2013: 180).

Especialmente por último, cumpre elucidar o que se entende por possibilidade jurídica do pedido, condicionante esta revestida de tamanha polêmica que restou suprimida no CPC/2015. Ao indicar a apreciação da situação fática em confronto com o ordenamento jurídico vigente a fim de se constatar a sujeição ou não do pleito aos comandos normativos, mais uma vez tal análise redundante em conhecer o mérito, a relação de direito material impressa na demanda. Neste preciso sentido se posiciona Humberto Theodoro Júnior, ao citar os ensinamentos de Enrico Allorio:

Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revele temerária ou absurda. (THEODORO JUNIOR, 2014: 79).

No mesmo sentido caminha Didier Jr., ao criticar o posicionamento daqueles que afirmam constituir coisa julgada formal a hipótese de uma decisão que conclua pela impossibilidade do pedido deduzido, senão vejamos:

A situação de alguém pedir algo que o direito repila, ou não permita expressamente, em nada difere daquela em que outrem pede algo que o direito agasalha, pois as decisões que confirmarem a repugnância ou a afeição serão consequências de relações processuais substancialmente idênticas, expressivas do exercício do direito de ação do sujeito e de atividade jurisdicional do órgão, em tudo semelhantes. Aplica-se o direito material – a relação jurídica está sendo composta. Adentra-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material. (DIDIER JR, 2005: 226)

Neste sentido, restam claras as nuances que compõem o conceito de condições da ação, quais sejam, os aspectos atinentes à legitimidade das partes, interesse jurídico e possibilidade jurídica do pedido, esta última não mais pertencente ao rol no âmbito do novo diploma processual civil.

3. Mudanças Referentes ao Tratamento da Possibilidade Jurídica do Pedido Como Condição da Ação

O CPC/2015 cristalizou a compreensão já largamente discutida em sede doutrinária acerca do enquadramento do

juízo que se debruça sobre a impossibilidade jurídica do pedido como um juízo de mérito. Assim, tal como já prenunciado neste trabalho, operou-se normativamente um avanço capaz de encolher o distanciamento e defasagem sofridos pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro em face das próprias reformulações que Liebman realizou em sua teoria eclética, já a partir da década de 1970.

Noutras palavras, o processualista italiano suprimiu há muito tal condicionante de admissibilidade do mérito, porque a única situação fática que exemplificava sua aplicabilidade foi revogada ainda nesta mesma época: o pedido de divórcio, sob fundamento de que era proibido. Com o avanço da lei e posterior admissibilidade do divórcio, o pedido deduzido na ação que o pleiteasse deixou de ser “impossível”, daí a necessidade de adequação da teoria eclética de Liebman por meio da supressão da possibilidade jurídica do pedido como “condição da ação”.

Reconhecido o seu pertencimento ao bojo do mérito, o próprio doutrinador que referenciou o nascedouro do pensamento processual brasileiro nesses moldes reformulou sua concepção, enquanto no Brasil muitos anos se passaram até que o debate emergisse e culminasse numa lei que fizesse jus à mudança de realidade.

O novo diploma processual, já em vigor,

cita expressamente apenas o interesse e a legitimidade, não havendo qualquer afirmação a respeito da possibilidade jurídica do pedido (ou mesmo da denominação “condições da ação”), de modo que é possível deprender, à luz

dos dispositivos citados, que optou-se pela exclusão da possibilidade jurídica do rol das condições. Assim, com o advento da nova codificação, o reconhecimento da impossibilidade jurídica implicará necessariamente análise de mérito (improcedência), pondo fim à controvérsia acerca do instituto. (ALVES; AZEVEDO, 2014: 182)

Portanto, conforme se infere das disposições normativas da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a não explicitação do termo “condições da ação”, bem como a exclusão da possibilidade jurídica do pedido do rol dos requisitos, por assim dizer, para a análise do mérito, enseja o debate acerca da natureza do exame que aprecia a possibilidade jurídica do pedido, donde emerge a conclusão, segundo sólida doutrina processual, de que tal requisito estaria abrangido não mais no juízo de admissibilidade, e sim no exame de mérito propriamente dito.

4. A Teoria da Asserção como Respaldo Teórico para o Distanciamento entre Condições da Ação e Mérito

Não obstante a migração da possibilidade jurídica do pedido para o âmbito do mérito, graças a uma louvável omissão normativa, é certo que a legitimidade para agir e o interesse processual ainda figuram como questões que condicionam o exame do mérito, ainda que não levem explicitamente o *nomen juris* de condições da ação no novo diploma processual.

A fim de tornar tais requisitos imunes à apreciação, como se integrantes do mérito fossem, a Teoria da Asserção ou *prospettazione* foi desenvolvida. Esta teoria cumpre o papel de estancar o exame das condições da ação por meio da imposição de limitação da análise aos fatos alegados inauguralmente pelo autor. Constituindo uma aferição superficial e restrita de tais condições a partir da coerência ou admissibilidade do que se afirma na petição inicial, concretizou-se uma distinção entre análise das condições e análise do mérito capaz de repercutir em determinado tipo de decisão por parte do juízo: uma decisão que produza coisa julgada formal, permitindo ao autor a repropositura da ação, ou uma que produza coisa julgada material, impossibilitando, desta feita, que o autor proponha novamente a demanda.

Nesse sentido, a Teoria da Asserção representa um constructo no qual se apoiam os defensores da dissociação entre condições da ação e mérito, uma vez que, essencialmente, as condições da ação integram o mérito, mas, ficticiamente, foram alocadas, pelo direito positivo, nos requisitos de admissibilidade do mérito (TEIXEIRA; OLIVEIRA, 2014: 14).

Ademais, não se pode razoavelmente delimitar qualquer diferença substancial entre declarar a tutela impossível em abstrato e a pretendida no caso concreto, ou declarar a desnecessidade ou inutilidade da tutela jurisdicional e declarar ausência de ameaça ou violação a direito, ou mesmo em declarar a parte ilegítima e declará-la não titular do direito material apreciado. Em preleção incorrigível, Ovídio Baptista enuncia que “*só por mera e inapropriada ficção (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas [as condições da ação] também pertinentes à relação*

jurídica processual [e não à relação de direito material]" (SILVA, 2002: 125). O que, concreta e objetivamente, se está fazendo é, na realidade, o acertamento negativo sobre a pretensão que por ele [autor] foi deduzida em juízo (THEODORO JUNIOR, 2014: 85).

5. Os Reflexos da Teoria Eclética da Liebman Sobre o Instituto da Coisa Julgada

A esta altura, cumpre trazer à baila algumas questões que envolvem o instituto da coisa julgada, especialmente no que se refere às repercussões da aplicação da teoria eclética de Liebman, consubstanciada na existência das condições da ação, sobre a qualificação da sentença que julga a existência ou não do direito pleiteado pelo autor.

A coisa julgada material, de acordo com o CPC/2015, é assim conceituada: *“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”*

Antes de tecer alguns comentários acerca do impacto causado pelo exame das condições da ação sobre a formação da coisa julgada, é importante ressaltar a fragilidade da noção de coisa julgada formal, em oposição à coisa julgada material.

Em consonância com autorizada parcela da doutrina processualista, a coisa julgada formal representaria tão somente uma espécie de preclusão, qual seja, a preclusão máxima no processo de conhecimento (LEAL, 2007: 106). Não sendo mais

passível de rediscussão, a sentença resulta protegida pela coisa julgada formal, enquanto as partes sofrem os efeitos da perda da faculdade processual de questionar o que foi decidido em sede de sentença (MARINONI, 2013: 630).

Dessarte, a coisa julgada formal nada é senão a “*a impossibilidade de que seja alterado, dentro da mesma relação processual, o resultado que se alcançou pela sentença*” (LEAL, 2007).

Dotada de caráter endoprocessual que é, a coisa julgada formal em muito se difere da coisa julgada material, cujos reflexos se podem sentir para além dos limites dos autos, alcançando outros feitos judiciais (MARINONI, op. cit.: 630). Possuindo características de extraprocessualidade, a coisa julgada material veda o reexame da chamada *res in iudicium deducta*, de modo que pode ser entendida como uma “*garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos de mérito pelo atendimento ao direito fundamental do devido processo*” (LEAL, op. cit.: 86).

6. Conclusão

Em face do exposto acerca das nuances da teoria eclética da ação especialmente no que se refere às suas repercussões sobre determinada forma de se encarar o direito de ação, bem como sobre a criação de requisitos para a admissibilidade da demanda, levou-nos ao questionamento sobre os reflexos dessa concepção na estrutura do instituto da coisa julgada.

Entendidas as condições da ação como um artifício teórico cuja aplicabilidade resta comprometida devido a um distanciamento atávico entre efetividade processual e subsunção do fato à norma, viu-se que o provimento jurisdicional, quando ausentes as condições da ação, nada são senão uma análise da relação substancial deduzida na demanda.

Assim, conforme explicitado, resta claro que uma sentença que julga impossível o pedido se debruça inevitavelmente sobre o direito alegado. Nisso o CPC/2015 avançou de maneira expressa. Nada obstante, o mesmo também se defende quanto à sentença que declara ilegítima a parte ou inexistente o interesse processual. Tais análises correspondem ao exame de mérito, a despeito de resistentes posicionamentos doutrinários em sentido oposto.

Neste viés interpretativo do instituto das condições da ação, a análise de sua relação com os efeitos da coisa julgada produz conclusões que caminham no sentido de compreender o exame dos requisitos expostos no Novo Código de Processo Civil (legitimidade das partes e interesse jurídico) como, em verdade, pertencentes ao exame de mérito, em última instância.

Sendo assim, o presente artigo procurou explanar as origens teórico-metodológicas da teoria das condições da ação, tendo como expoente histórico Enrico Tullio Liebman, para, então, trazer, progressivamente, os contornos conceituais e as repercussões dessa teoria na *praxis* processual civil brasileira.

Por derradeiro, cumpre salientar que a importância deste debate ultrapassa o campo teórico, para principalmente tocar na esfera da prática forense, uma vez que as consequências produzidas

por diferentes entendimentos das condições da ação no âmbito do instituto da coisa julgada são de máxima relevância no que tange à eficácia da prestação jurisdicional.

Referências

ALVES, Gabriella Pellegrina; AZEVEDO, Julio Camargo de. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 14, 2014.

ALVIM, ARRUDA. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. A ação e as condições da ação no processo civil contemporâneo. *In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. 40 anos de teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no Direito Processual Civil brasileiro. *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1, p. 649 – 669, out. 2011 DTR/1982/32.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação?” Um elogio ao projeto do Novo CPC. *In: Revista dos Tribunais*, ano 36, n. 197, jul. 2011.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; JOBIM, Marco Felix. As escolas de direito processual e o ensino do Direito. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. 13, 2014

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **O ciclo teórico da coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

SILVA, Henrique Medeiros; GOMES, Magno Federici. **Condições da ação e resolução de mérito no processo civil**: análise sistêmica. Curitiba: Juruá, 2012

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Teoria geral do processo civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. As condições da ação e o projeto de novo código de processo civil brasileiro. *In: Derecho y Cambio Social*, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Dignidade da Pessoa Humana e sua Aplicação Pelo STJ e Pelo TJ/RJ

The Dignity of Human Beings and Their Use by Brazilian Courts STJ and TJ/RJ

João Manoel Andrade Maciel da Silva Campos Galdi⁴²

Resumo

Este trabalho pretende analisar como o princípio da dignidade humana é aplicado pelos tribunais brasileiros. Consiste em resultado de pesquisa, realizada no âmbito do TJ/RJ e do STJ, a fim de constatar quais os temas que suscitam a utilização do princípio e se o seu uso ocorre de maneira bem fundamentada ou não. Entendendo o seu modo de aplicação, busca-se a maior concretização da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; aplicação; tribunais brasileiros.

⁴² Graduando do 4º período da Faculdade de Direito da UERJ. Este artigo foi desenvolvido a partir dos dados do Grupo de Pesquisa Institucional em Teoria Geral do Direito Privado- Dignidade Humana, supervisionado pela Professora Rose Melo Venceslau Meireles, a quem muito agradecemos. Pelo auxílio na coleta das decisões agradecemos a todos os discentes daquele GPI.

Abstract

This work aims to analyze how the dignity of human beings is used by Brazilian courts. This article is a result of a research done in TJ/RJ and STJ- Brazilian courts- to understand in what subjects the dignity is used and how the argument is being developed. This work has the great objective to materialize the dignity in the jurisprudence.

Keywords: Dignity of human beings; application; brazilian courts.

1. Introdução

Como paradigma que por muito tempo influenciou o Direito, o positivismo jurídico trazia em si uma preocupação aguçada com a análise estrutural dos institutos. Embora tenha apresentado algumas variações, essa percepção assinalava um ordenamento jurídico dotado de completude e de cunho formalista, independentemente a validade da norma jurídica de seu conteúdo ou função.

Como já assinalava Norberto Bobbio (2006: 135), o positivismo realizava um esforço para transformar o estudo do direito em uma ciência. E, como ciência, buscava apenas os juízos de fato, excluindo do seu operacional os juízos de valor. Procurava-se, pois, separar o Direito da Moral.

Esse paradigma, no entanto, sucumbiu. Diante das atrocidades cometidas, sob uma aparência de direito, pelos regimes totalitários, percebeu-se a necessidade de que os juízos de valor fizessem parte da ciência jurídica. Não seria adequado afastar o Direito dos princípios e dos valores.

A superação histórica desse modo de encarar o Direito abriu espaço para o Pós-Positivismo, o qual lançou como marcas importantes a nova hermenêutica constitucional, a ascensão da jurisdição constitucional e uma preocupação cada vez maior com os problemas envolvendo valores, princípios e regras. Nesse momento, Direito e Moral passam a ter que conviver em conjunto. Embora não sejam idênticos, entende-se que o Direito não pode ser extremamente injusto, tal qual ensinava a famosa fórmula de Radbruch.

No cenário brasileiro, essa nova concepção apresentou-se com a Constituição Federal de 1988, a qual conseguiu atingir o topo do ordenamento jurídico, constituindo norma dotada de eficácia, diferentemente das meras cartas políticas que marcavam o Estado legislativo de direito. (BARROSO, 2013: 265)

A normatividade da Constituição conferiu maior fôlego à jurisdição constitucional. A supremacia hierárquica e a rigidez do texto constitucional impunham a leitura das mais diversas normas conforme a Carta Cidadã. Ao mesmo tempo, surgiram novos paradigmas de controle de constitucionalidade, como o Mandado de Injunção e a ADPF.

Uma das opções fundamentais da Constituição de 1988 foi a de instituir um Estado Democrático de Direito, nos termos de seu art. 1º. Essa opção reflete, a rigor, o compromisso simultâneo com dois conceitos fundamentais: a democracia e o constitucionalismo, como modalidade do Estado de Direito. Como um dos princípios fundamentais para assegurar esse Estado Democrático de Direito, o constituinte assinalou o princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Diante dessa constitucionalização do ordenamento jurídico, ocorreram substanciais alterações não apenas no campo do Direito Público, mas também no Direito Privado. Dessa forma, houve a unificação dos microsistemas que marcavam o universo jus-privatístico, possibilitando uma releitura dos institutos civilistas de forma a reforçar uma visão funcional, preocupada com a pessoa humana. Nesse sentido, é que se atribui cognoscibilidade ao Direito Civil-Constitucional. Como lembra Carlos Konder (2010: 34):

(...) direito civil-constitucional, o qual destaca que, não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam sua tutela por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais.

Depois de mais de 25 anos da Constituição Federal de 1988, a preocupação dos juristas é ainda a mesma: como conferir efetividade às normas constitucionais? Como atribuir máxima aplicação aos princípios recepcionados pelo constituinte?

Nesse sentido, este artigo busca entender como os tribunais vêm conferindo aplicabilidade à dignidade da pessoa humana. Procura-se compreender como eles têm promovido a concretização da cláusula geral de tutela da pessoa. O principal desejo aqui é de que, ao fim de tais reflexões, possa-se gerar ainda mais efetividade ao texto constitucional.

O presente artigo teve por base o banco de dados coletados por discentes participantes do Grupo de Pesquisa Institucional

em Teoria Geral do Direito Privado- Dignidade Humana, coordenado pela professora Rose Melo Venceslau Meireles, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no primeiro semestre de 2015. Por isso, a pesquisa analisou diversas decisões, tanto no âmbito do STJ, quanto no do TJ/RJ, com o argumento “dignidade humana”, no período de 01/01/2014 a 01/05/2015.

De maneira inicial, será realizado um diálogo entre correntes, a fim de traçar um panorama da conceituação desse princípio. Após, analisaremos respectivamente as decisões do TJ/RJ e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em Busca de uma Definição: Respaldo Jus-Filosófico

Entender qual o conteúdo revestido pelo manto do princípio da dignidade humana é uma questão extremamente controversa. Tentar delimitar suas fronteiras talvez seja uma das tarefas mais complexas advindas com o novo texto constitucional. Mesmo assim, é um confronto imprescindível, visto que a validade do texto legal depende de sua adequação a essa cláusula geral.

O respeito à dignidade da pessoa humana é transferido para a lei que defende essa dignidade, que assim se torna universal e necessária. Enquanto universal e necessária ela é boa e justa, o que lhe confere validade objetiva. Em consequência desse

encadeamento de ideias e conceitos, seguir as prescrições de uma lei universal não significa sujeição heterônoma à lei e sim um ato racional de respeito à espécie humana, uma expressão de vontade (legisladora). Seguir essa lei significa um “dever”. (FREITAG, 1989: 3)

Em busca de uma definição, deve-se perceber que o suporte desse conceito parte inicialmente do ponto de vista filosófico. Salienta Maria Celina Bodin (2010: 71), ao realizar um panorama sobre o conceito filosófico-político de dignidade, que tal ideia surgiu de maneira inicial com o Cristianismo, o qual atribuía uma dignidade pessoal a cada indivíduo.

No entanto, o desenvolvimento no plano racionalista ocorre, principalmente, com Immanuel Kant. O filósofo prussiano realizava notória distinção entre o imperativo hipotético e o categórico (KANT, 1993). O primeiro seria movido por uma lógica de imputação, apresentando-se de maneira binada, articulando um “se” e um efeito, um “então”.

Já o imperativo categórico possui uma maior lógica de alteridade, postulando a ideia de que o agir do indivíduo tem que poder ser considerado universal (id., 2001). Nessa atuação, o indivíduo deve encarar o outro como um fim em si mesmo e não como um meio. Sem escopo de esgotar a obra kantiana, o que seria impossível para o presente artigo, pode-se sintetizar que o filósofo aduzia que tudo aquilo que é um fim em si, ou apresenta preço, ou possui dignidade. Diferentemente do que ocorre com as coisas, o valor do homem não pode ser mensurado por um preço, ele possui, portanto, dignidade.

De fato, Kant consegue formular uma sentença para o que seja a cláusula geral, todavia tal princípio continua com um caráter extremamente aberto e de difícil compreensão prática. Restam perguntas como: o que seria tratar o indivíduo como um fim em si? Como concretizar o imperativo categórico?

A fim de que sejam oferecidas respostas a essas perguntas, a doutrina moderna tem buscado fixar o seu conteúdo. Nesse sentido, Maria Celina Bodin (op. cit.: 85) faz a decomposição da cláusula geral prevista no Art. 1º, III, da Constituição Federal, em quatro corolários:

O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado [solidariedade].

O primeiro corolário é explicado com muita propriedade por Boaventura de Sousa Santos (2003:56) *“temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”*. Assim, a igualdade não se restringe ao aspecto formal conquistado com as revoluções liberais que marcaram os séculos XVIII e XIX, mas também aparece na perspectiva substancial, ao tratar os desiguais em conformidade com essa desigualdade.

Em segundo lugar, Maria Celina Bodin apresenta a integridade psicofísica. Para além do mero direito à saúde, deve-se abranger nesse subprincípio a proteção a diversos outros direitos da personalidade, como a imagem, honra, nome e privacidade. Ademais, há a percepção de que, com o surgimento do biodireito⁴³, esse corolário está em expansão, tratando de novos problemas, como o direito de conhecer a própria origem genética.

Embora não chegue a representar uma substancial divergência, esses dois corolários são reunidos por Luís Roberto Barroso (2013: 275) em um único elemento da dignidade, o qual ele considera ser o *valor intrínseco* de todo ser humano. Nesse título enquadra os direitos à: vida, igualdade, integridade física e integridade psíquica. A diferença perpetrada nessas doutrinas reside, a nosso ver, mais em um mero aspecto formal-classificatório do que em divergência material.

O terceiro corolário é o da liberdade, a qual, por sua vez, é tratada por Luís Roberto Barroso como autonomia da vontade (ibid.: 275). Por ela, devemos entender a capacidade de realizar as próprias escolhas da maneira que melhor nos convier.

Todavia, é necessário ressaltar que ocorre uma limitação a esse subprincípio, decorrente da própria convivência em sociedade. A autonomia privada esbarra, constantemente, em normas de ordem pública, devendo ser resolvido tal conflito com base na

⁴³ O biodireito é o ramo do estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, tem a vida por objeto principal, salientando que o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. Para maiores informações ver DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo. Saraiva, 2001.

lógica da ponderação. Isso reflete, de certo modo, a consideração de que é insustentável a teoria tradicional que considera como absolutos os direitos fundamentais.

Nesse sentido, é que, diferindo quanto ao aspecto formal-classificatório, Barroso assegura o *valor comunitário* como elemento da dignidade humana. “*O que está em questão não são as escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias.*” (ibid.: 276)

Por fim, Maria Celina propõe a solidariedade, a qual deve ser relacionada a direitos de titularidade coletiva, ou seja, aqueles que possuam uma implicação transindividual. Assim, a proteção assegurada pelo Art. 3º, I, CF está relacionada, por exemplo, a grupos humanos, tal qual a família ou um povo.

Sem necessariamente se opor, Ingo Sarlet (2007: 261) realiza abordagem com uma perspectiva um pouco diferente da apresentada até aqui. Em busca de tentar conceituar a dignidade, ele estuda o que considera serem suas dimensões. Inicialmente, coloca uma dimensão ontológica, a qual seria inerente ao próprio homem e, portanto, irrenunciável.

Por ela, todo ser humano seria dotado de razão e consciência, devendo essa sua capacidade de autodeterminação ser respeitada. Não obstante, Sarlet assevera que o conteúdo da dignidade não se limita a essa dimensão. Uma mera análise da percepção ontológica levaria a uma biologização da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade inata e da natureza humana.

Verificadas essas limitações, ele propõe, pois, uma análise por três outras dimensões. A intersubjetividade, como uma delas, está relacionada a um aspecto comunitário. Opera *“a dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana”* (ibid.: 263)

Salienta, também, uma dimensão cultural, a qual coloca a dignidade não como algo fixo, mas como um produto da concretização realizada por cada geração e pela humanidade no geral. Assim, a noção de dignidade não pode ser encarada com uma perspectiva universal, deve estar sujeita a certo grau de relativização. Como os grupos humanos apresentam culturas bastante diferentes, também o conceito da cláusula geral vai apresentar diferenças significativas para cada povo.

Por fim, destaca a última dimensão como sendo uma análise prestacional da dignidade, associada ao respeito pela autonomia da vontade da pessoa humana. Sarlet acredita que o Estado deve agir de maneira a proporcionar condições dignas, o mínimo existencial, mas sem chegar a um nível extremo de paternalismo que suprima a liberdade individual.

No mais, verifica-se que as considerações trazidas pela doutrina abrangem espectros muito parecidos. Todos incluem praticamente os mesmos critérios, diferindo um pouco a classificação de Ingo Sarlet por ser consideravelmente mais abstrata. Mesmo assim, não há que se falar em verdadeira concretização do princípio da dignidade humana, já que ainda permanece grau considerável de indefinição. Somente o entendimento pretoriano pode realmente preencher esse conceito jurídico indeterminado. Justamente, em

busca de uma maior concretização, passamos agora a expor os resultados das pesquisas realizadas no TJ/RJ e no STJ quanto ao uso da cláusula geral para as decisões dos referidos tribunais.

3. Decisões do TJ/RJ

Na coleta empírica de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi analisado um total de 195 (cento e noventa e cinco) decisões, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2014 e 1º de maio de 2015. Esses acórdãos foram encontrados com base no mecanismo de consulta de jurisprudência do site do TJRJ, usando como argumento de pesquisa “dignidade e humana”, o que permite encontrar todos os casos nos quais o princípio aparece pelo menos nas ementas. Dessas decisões, oito estavam em segredo de justiça, impossibilitando o acesso ao inteiro teor. Assim, do ponto de vista do desenvolvimento do princípio, estudaram-se 187 (cento e oitenta e sete) casos.

3.1 Decisões Quanto à Temática

Primeiramente, deve-se buscar compreender em que temas o referido tribunal usa do argumento da dignidade para basear as suas decisões.⁴⁴

Dos litígios analisados, verificou-se que oitenta e oito casos envolviam matéria relacionada ao direito à saúde. Desses, setenta e seis apresentavam como pedido o fornecimento de medicamentos

⁴⁴ Ver Tópico 6. Quadro de tabelas. Tabela 1.

ou a solicitação de vagas de internação, ao passo que doze versavam sobre cláusulas abusivas em contratos envolvendo o fornecimento de serviços pelos planos de saúde.

Assim, o que se observa é que em 45,12% dos casos em que a dignidade da pessoa humana é invocada pelo tribunal, ela encontra-se relacionada ao corolário da integridade psicofísica, na vertente do acesso à saúde. As decisões apresentam a cláusula geral como superior a quaisquer outros tipos de interesses, tal qual o contingenciamento orçamentário.

Também quanto aos contratos envolvendo o fornecimento de serviços pelos planos de saúde, todas as decisões foram favoráveis aos consumidores, determinando que o réu fornecesse o devido serviço de saúde. Nesse sentido, a Apelação n.º 0294728-27.2012.8.19.0001, de relatoria do Desembargador Marcos Alcino Torres, julgada em 19 de dezembro de 2014:

Apelação cível. Ação de cobrança. Pedido contraposto para pagamento de indenização. Plano de saúde. Ausência de autorização de procedimento expressamente recomendado pelo médico conveniado à seguradora. Impossibilidade. Aplicação da Súmula nº 211 desta Corte. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da seguradora. Abusividade da cláusula contratual que coloque o consumidor em exagerada desvantagem. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. 1. O princípio da boa-fé objetiva, que está ligado à interpretação dos contratos, ensina que o juiz deve analisar o negócio jurídico de forma global para verificar se, de alguma forma, deliberada ou não, uma das partes teve sua expectativa

frustrada, pelo abuso da confiança por ela depositada. 2. Não pode a ré assumir o risco pelo tratamento de determinada doença e restringir ou excluir sua responsabilidade quanto a procedimento ou medicamento que, pelas circunstâncias do quadro clínico do segurado, se mostram indispensáveis para a manutenção de sua saúde. 3. Há a necessidade de interpretar-se a situação existente privilegiando os princípios da função social e da boa-fé objetiva, da qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina, com o intuito de reequilibrar-se a relação jurídica entre os ora litigantes; trata-se de buscar o equilíbrio (equivalência) e a justiça contratual. 4. A recusa de autorização a determinado procedimento médico para o devido convalescimento de doença que acomete o segurado, acarreta-lhe inegável sofrimento e angústia, atenta contra a dignidade da pessoa humana, ou caso se prefira, a um direito fundamental da personalidade, gerando, assim, o dever de indenizar. Dano arbitrado em R\$ 3.000,00. Manutenção. 5. Negativa de seguimento ao recurso.

Tais dados já revelam de imediato a ideia de que o TJRJ tem consagrado em suas decisões a importância máxima que assumiu a pessoa humana no ordenamento jurídico. A cláusula geral tem sido utilizada como aspecto essencial nas decisões proferidas. Aspectos meramente patrimoniais, como previsões orçamentárias e reserva do possível, sucumbem à necessidade de concretização do art. 1º, III, da Constituição Federal. Assim, um bom exemplo

é a Apelação n.º 0036781-58.2010.8.19.0004, de relatoria da Desembargadora Teresa Andrade, julgada em 17 de dezembro de 2014:

DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA SAÚDE. SOLIDARIEDADE DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO DA COBRANÇA DAS CUSTAS E TAXA JUDICIÁRIA. As entidades federativas têm o dever comum de zelar pela saúde dos seus cidadãos. O Município é ente federativo integrante do SUS, competindo-lhe gerir e executar os serviços públicos de saúde. Incidência da Súmula 65, do TJERJ. A condenação no fornecimento dos medicamentos é ampla e visa proteger o direito à saúde e à vida, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Considerando a solidariedade existente entre os entes federativos, poderá a parte Autora acionar qualquer um ou a todos indistintamente, para garantir o cumprimento na sua integralidade do seu direito no tocante ao fornecimento dos medicamentos necessários ao seu tratamento. Direito à saúde e à vida, atrelados à dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao princípio da reserva do possível. Precedentes. A condenação em honorários advocatícios à Defensoria Pública, decorre do fato de que o Apelante é parte vencida na demanda, e deve ser fixado na forma do que dispõe o Artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil e consoante Súmula nº 182 deste Tribunal. Município faz jus à isenção das custas

judiciais, consoante Lei Estadual nº 3.350/99 no art. 17, IX e § 1º, bem como da taxa judiciária, por ter comprovado a reciprocidade de isenção de tributos em relação ao Estado do Rio de Janeiro, suas Autarquias e Fundações, e o convênio firmado consoante Aviso TJ nº 02/2011. Sentença reformada parcialmente. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

A segunda temática predominante para o uso do argumento da dignidade da pessoa humana foi a contratual. Foram cinquenta e oito casos, totalizando 29,74% dos litígios analisados. Desses, quatro versaram sobre contratos em geral; nove, sobre relações de compra e venda; e quarenta e cinco tratavam de desconto em folha de pagamento diante de contrato de mútuo bancário. Todas essas quarenta e cinco apresentaram a decisão no mesmo sentido, baseadas na cláusula geral. Assim, a título exemplificativo, o Agravo na Apelação Cível n.º 0323047-68.2013.8.19.0001, de relatoria da Desembargadora Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, julgado em 16 de abril de 2015:

Agravo interno. Decisão monocrática. Contrato de mútuo bancário. Desconto em folha de pagamento. Limite de 30% dos vencimentos.

1. In casu, resta incontroversa a contratação levada a efeito pela autora junto aos réus, o que lhe gerou descontos mensais superiores ao percentual de 30% de sua remuneração.

2. Nessa ótica, se, por um lado, a requerente teve pleno conhecimento dos encargos e condições ao contratar, por outro, este entendimento é mitigado pela jurisprudência

deste E. Tribunal e do STJ, pois os vencimentos têm natureza alimentar, não sendo possível que o cumprimento do contrato se realize em detrimento da subsistência do mesmo, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, atesta-se que, em matéria contratual, o TJRJ mantém sua preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo que os indivíduos sejam submetidos a pagar valores que afetem o mínimo necessário para a sua sobrevivência. Mais uma vez, o aspecto existencial mostra-se como superior a considerações patrimoniais.

Em terceiro lugar, entre as temáticas, aparece o direito à moradia, tal qual assegurado pelo art. 6º, da Constituição Federal. A peculiaridade aqui é que a maior parte dos litígios envolvia a recusa do Estado em realizar o pagamento do benefício do aluguel-social para as famílias desabrigadas por conta das chuvas que atingiram a região serrana do Rio de Janeiro, em 2011. Somaram-se dezesseis casos, ou seja, 8,20% do total, nos quais também é possível verificar grande homogeneidade quanto às decisões. Recorrentemente, o tribunal decidiu que o pagamento não poderia ser submetido à reserva do possível, visto que o direito à moradia precisa ser encarado como um dos elementos componentes do conceito da dignidade humana.

Nessa temática, ocorre uma clara contribuição do tribunal para a concretização do princípio, ao demonstrar uma hipótese que não era explicitada pela doutrina. A doutrina tradicional não tende a deixar expresso que o direito à moradia é elemento

intrínseco da dignidade humana e que permite que se supere o contingenciamento orçamentário.

Os pedidos de dano moral ocupam o quarto lugar, juntamente com litígios envolvendo o fornecimento de serviços básicos, como a coleta de lixo e de esgoto. Foram sete casos para cada tema, representando cada um 3,58% do total. Considerando-se que o “*dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade*” (CAVALIERI FILHO apud MORAES, 2010: 117), a quantidade de casos foi um tanto abaixo do esperado, visto que se julgava, quando do início do levantamento, que a predominância por temática fosse justamente dos pedidos de dano moral. O que verificamos, ao final, é que eles aparecem de maneira mais incidental, não constituindo o pedido principal dos autores.

Por fim, ainda quanto à temática, contabilizaram-se: seis casos sobre direito de família (3,07%), quatro casos sobre direito à educação (2,05%), dois de direito administrativo (1,02%), dois relacionados à acessibilidade para portadores de deficiências (1,02%) e um caso (0,51%) para cada um dos seguintes temas: direito previdenciário, direito do trabalho, questões envolvendo vizinhança, penhorabilidade de bens e prova pericial.

Interessante comentar que a dignidade da pessoa humana não foi diretamente citada em nenhum processo de natureza penal, cenário um tanto inusitado diante do atual pensamento garantista vigente. O banco de dados demonstra, aqui, uma diferença bastante significativa em relação ao STJ, conforme abordaremos.

3.2 Decisões Quanto ao Desenvolvimento do Princípio

Neste momento, pretende-se analisar como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro utiliza o princípio, ou seja, como o argumento da dignidade da pessoa humana é desenvolvido.

Com fins classificatórios, considerou-se que as decisões desenvolviam o princípio quando apresentavam explicações mais pormenorizadas ou o associavam a algum dos corolários estudados na segunda parte deste trabalho. Classificaram-se na categoria “não desenvolvimento” aquelas que apenas citavam, sem preocupação com uma estruturação do argumento principiológico.⁴⁵

Do total de cento e oitenta e sete decisões passíveis de estudo, verificaram-se trinta que desenvolviam e cento e cinquenta e sete que meramente mencionavam o princípio. Verifica-se, pois, que, em apenas 16,04% dos casos, o TJRJ apresenta de maneira mais detida ou analisa os corolários relativos ao art. 1º, III, Constituição Federal. Em 83,95% há a simples citação ou uma explicação muito tímida.

Esses dados apresentam números bastante preocupantes quanto à argumentação feita pelo tribunal. O colendo utiliza do princípio de uma maneira aberta, nas mais variadas temáticas, sem a devida preocupação em demonstrar o porquê de ele caber em um caso e em outro não. Desse modo, o tribunal configura a cláusula geral de tutela como uma expressão vazia de significado, expondo uma situação na qual o argumento pode vir a cair na

⁴⁵ Ver Tópico 6. Quadro de tabelas. Tabela 2.

total banalização. Quando tudo pode ser dignidade humana, nada o é. O princípio é apresentado como um mero reforço argumentativo, atingindo uma função inversa. Perde o seu devido peso, quando não se procura concretizá-lo.

A ideia que nos fica é a de que os magistrados, diante da demanda muito homogênea e repetida quanto às temáticas, consideram pela desnecessidade de expor mais detidamente o uso do princípio. Todavia, conforme demonstrado na segunda parte deste trabalho, a cláusula geral ainda apresenta um conceito muito aberto, o qual precisa ser concretizado.

Ademais, considerando que a referida cláusula geral pode fazer com que, nas mais diversas situações, se superem questões orçamentais, é necessário ter uma noção mais concreta de quando ela pode ser invocada. O interesse do erário, embora secundário, não é desimportante. Como lembra Barroso (2007:93), *“os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles”*.

Portanto, a atuação do TJRJ deixa a desejar quanto à árdua tarefa de determinar os contornos do art. 1º, III, da Constituição Federal.

4. Decisões do STJ

Na coleta empírica de dados do Superior Tribunal de Justiça, foi analisado um total de 91 (noventa e uma) decisões, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2014 e 1º de maio de 2015. Esses acórdãos foram encontrados com base no

mecanismo de consulta de jurisprudência do site do STJ, usando como argumento de pesquisa “dignidade e humana”, o que permite encontrar todos os casos nos quais o princípio aparece pelo menos nas ementas.

Dessas decisões, três estavam em segredo de justiça, impossibilitando o acesso ao seu inteiro teor. Assim, do ponto de vista do desenvolvimento do princípio, estudaram-se 88 decisões.

4.1 Temática no STJ

De maneira inicial, devemos assinalar brevemente as competências do Superior Tribunal de Justiça, para que possamos entender algumas das diferenças de temáticas aqui existentes.

Genericamente, a função essencial do STJ refere-se à unificação da aplicação do direito federal. No entanto, o tribunal apresenta diversas outras competências, as quais se encontram expostas no art.105, da Constituição. Tem, por exemplo, algumas competências originárias, como bem lembra Gilmar Mendes (2015: 998): *“Como se vê, é relevante a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, seja no que concerne à matéria criminal, seja no que respeita aos mandados de segurança e habeas corpus originários.”* Desse modo, há que se esperar uma grande variabilidade de temáticas, mesmo em se tratando de um tribunal de superposição.

Diferentemente do que se figura quanto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual os litígios que envolvem a dignidade humana versam predominantemente sobre aspectos relacionados ao direito à saúde, no STJ só foram

verificados seis casos com essa temática, totalizando 6,59% das decisões. A matéria predominante no âmbito deste tribunal é a penal, somando trinta decisões, 32,96% do total.⁴⁶

Dos acórdãos nesta temática criminal, houve doze decisões para regime prisional e doze para prisão preventiva. A ideia predominante é a de que a pena privativa de liberdade e a própria prisão preventiva ferem de maneira aviltante a dignidade, não só pelas condições carcerárias, mas também pelos efeitos dessocializadores do cárcere, com a repressão dos seus mais diversos corolários, como a integridade psicofísica e a liberdade.

Verificaram-se dois casos em que se discutia a ideia da adequação social da norma incriminadora à luz da dignidade da pessoa humana, ou seja, procurava-se demonstrar que o tipo penal é criado como um mecanismo para possibilitar a vida social e não como uma forma de mudar a vida em sociedade; os valores ético-sociais não podem ser tidos como ilícitos. Se assim o fossem, isso afetaria as relações intersubjetivas, atingindo uma das dimensões da dignidade.

Ainda na temática penal, a respeito da superlotação carcerária, da tentativa, do crime ambiental e da prescrição da pretensão punitiva, também se encontrou um caso em cada.

O STJ, portanto, figura em uma posição mais garantista, o que não é encontrado no TJRJ. Usa-se da dignidade para assegurar que o direito penal deva representar realmente a *ultima ratio*. Nesse sentido, o RHC 53.087/SP, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, julgado em 24 de março de 2015:

⁴⁶ Ver Tópico 6. Quadro de tabelas. Tabela 3.

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENADO NO REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. PERMANÊNCIA EM REGIME MAIS GRAVOSO POR AUSÊNCIA DE VAGAS. INADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1 Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, configura constrangimento ilegal a submissão do apenado a regime mais rigoroso do que aquele fixado na sentença condenatória ou em sede de execução penal, não podendo o réu ser prejudicado pela precariedade do sistema prisional, sob pena de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

2. Recurso ordinário provido para determinar a transferência do recorrente para estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto ou, na sua falta, que seja ele colocado em regime aberto ou prisão domiciliar até o surgimento de vaga que viabilize a custódia em regime intermediário.

O pedido de danos morais está em segundo lugar nas temáticas, junto com questões relativas a direito previdenciário, possuindo dez casos por tema, assim cada um deles representa 10,98% do total.

É mister perceber que o percentual relativo à abordagem dos danos morais no STJ corresponde a quase três vezes o verificado perante o TJRJ. Constitui um número mais consistente diante da íntima relação existente entre o dano moral e a dignidade da pessoa humana, já que o dano moral *“é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como honra, a paz, a liberdade*

física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc. É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio”. (RIZZARDO, 2013:272) Desse modo, a taxa aqui encontrada corresponde ao número esperado, mostrando que os pedidos de danos morais que chegam ao STJ apresentam-se como uma demanda principal e não como um pedido subsidiário dentro da lide, tal qual ocorre no TJRJ.

Em terceiro lugar, verificaram-se seis casos que tratavam de direito administrativo e o mesmo número para conflitos envolvendo direitos fundamentais, constituindo cada temática, assim, 6,59% do total. É necessário perceber que, na categoria de conflito entre direitos individuais, os recursos apresentavam uma mesma questão: de um lado, a liberdade de informação e expressão e, do outro, a proteção do direito à honra, imagem e privacidade.

O percentual de casos envolvendo a matéria corrobora assertiva presente na melhor doutrina, segundo a qual a liberdade de expressão é motivadora de grande quantidade de *hard cases*. Nesse sentido:

Entre as hipóteses de colisão de princípios ensejadores de casos difíceis, a liberdade de expressão parece ser a principal fonte de exemplos [...] No entanto, o exercício da liberdade de expressão é pródigo em produzir lesões a outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Desta forma, em todos os ordenamentos se reconhece a necessidade de impor limites ao exercício da liberdade de expressão, sejam eles expressos ou implícitos, internos ou externos, legais ou judiciais, definidos a priori ou a posteriori. (MORAES; KONDER, 2012: 3)

No enfrentamento dessa temática, de acordo com as decisões investigadas, o STJ pautou-se por uma lógica de ponderação, ao estabelecer que a liberdade de informação não pode ser tida como superior a todo custo. Existem certas limitações afetas ao respeito à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim bem demonstra o relator do Agravo Regimental no AREsp 147.136/SP, Ministro Marcos Buzzino, julgado em 15 de dezembro de 2014:

Dessa forma, a liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (voto do relator)

Também é interessante perceber que, se a matéria contratual, no âmbito do TJRJ, figurava como segunda temática de maior relevância, contando com 29,74% do total de casos em que se abordou a dignidade da pessoa humana, no STJ ela apareceu com apenas três casos (3,29%). Percebe-se, pois, que são poucos os litígios em matéria de contratos nos quais o Superior Tribunal de Justiça é chamado para resolver usando o argumento principiológico da dignidade. E, ainda, o assunto desses casos é homogêneo, já que os três aludiam a descontos em folha de pagamento, que foi matéria também predominante no TJRJ na mesma temática.

Por fim, foram encontradas quatro decisões sobre direito de família e sobre a possibilidade de penhora de bens, correspondendo cada um a 4,39% do total; três casos (3,29%) sobre o fornecimento de serviços básicos de iluminação e coleta de lixo; dois acórdãos (2,19%) referentes a direito do trabalho e uma decisão (1,09%) para cada das seguintes abordagens: educação, conflito de competência, prazo prescricional, direitos autorais, alimentos, provas e cobrança de imposto.

4.2 Desenvolvimento do Princípio no STJ

Neste tópico, o objetivo consiste em apreciar como o Superior Tribunal de Justiça utiliza o princípio. Tal qual foi feito para o TJRJ, busca-se entender como o argumento da dignidade da pessoa humana é desenvolvido.

O critério de classificação aqui adotado é o mesmo do tópico 3.2, ou seja, considerou-se que as decisões desenvolviam o princípio quando apresentavam explicações mais pormenorizadas ou o associavam a algum dos corolários estudados. Classificaram-se na categoria “não desenvolvimento” aquelas que meramente citavam, sem a preocupação com uma estruturação do argumento principiológico.⁴⁷

Nesse sentido, das oitenta e oito decisões analisadas, vinte e uma realizaram um desenvolvimento satisfatório do princípio, já sessenta e sete não atingiram o patamar qualitativo mínimo. Verifica-se que, em apenas 23,86% dos casos, o STJ apresenta de maneira mais detida ou analisa os corolários relativos ao art. 1º,

⁴⁷ Ver Tópico 6. Quadro de tabelas. Tabela 4.

III, da Constituição Federal. Em 76,13% há a mera citação ou uma explicação muito tímida.

Uma observação que pode ser traçada em uma análise comparativa é que o STJ apresenta índices de desenvolvimento do princípio mais acentuados do que os do TJRJ; uma diferença de 7,82% em relação ao total de decisões. O Superior Tribunal de Justiça possui, pois, uma maior preocupação com o uso do argumento da dignidade. Não o vê apenas como uma cláusula aberta, mas também procura, com mais intensidade, sua particularização e devida explanação para o caso concreto.

Assim, podem ser observadas decisões com uma explicação substancial da cláusula geral de tutela, tal qual o REsp n.º 1.245.550/MG, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, cujo acórdão foi publicado em 16 de abril de 2015. No referido acórdão, é discutido se o autor incapaz é passível de sofrer dano moral, tendo em vista sua condição relativa ao discernimento e percepção da realidade. O relator analisa de maneira magistral toda a doutrina que percorre a conceituação do dano moral e recorre até mesmo às dimensões apresentadas por Ingo Sarlet para conceituar a dignidade da pessoa humana. Este tipo de decisão pode ser vista como um parâmetro referencial para a concretização do princípio, já que contribui veementemente para que se entendam quais os contornos desse conceito tão aberto.

Cabe-se destacar que a variação verificada de 7,82% apresenta estreita ligação com a quantidade de temáticas submetidas ao tribunal, tal qual já apresentado no tópico 3.2. Assim, a maior heterogeneidade de temas que chegam ao STJ para que o princípio seja utilizado estimula os magistrados

a buscarem melhores limitações para o art. 1º, III, da Constituição Federal. Com 18 (dezoito) diferentes temas em apenas 91 (noventa e uma) decisões, o egrégio sente-se impelido a demonstrar com mais vigor em quais situações o princípio pode ser aplicado.

Embora esses dados sejam melhores do que os do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se que o percentual de 23,86% ainda é muito baixo. Assim, mesmo que o STJ desenvolva mais as suas decisões, os seus números ainda deixam a desejar, dificultando uma progressiva concretização jurisprudencial da dignidade da pessoa humana.

O fato de em 76,13% das decisões o princípio da dignidade ser apenas citado ou muito pouco desenvolvido mostra ainda uma postura de despreocupação qualitativa dos magistrados quanto às decisões proferidas. Transmitem a ideia de que, pela mera posição hierárquica de princípio fundamental da república, ele não precisaria de explicações. Destarte, incidem em uma posição equivocada, ao não fornecerem os necessários contornos a essa cláusula aberta.

5. Considerações Finais

A dogmática marcante do positivismo jurídico consagrava uma visão formalista e de aspecto estrutural dos institutos jurídicos. No entanto, quando superado esse paradigma, emergiu a figura do pós-positivismo, o qual tem por base a razão prática (BARROSO, 2013:270). Passou a ocorrer a valorização dos

princípios, uma preocupação crescente com a funcionalidade dos institutos e, principalmente, o fomento à necessidade de o magistrado apresentar de maneira cada vez mais justificada a sua decisão, incentivando a argumentação jurídica.

No Brasil, esse contexto mostrou-se muito profícuo após a edição da Constituição de 1988, exigindo uma mudança não apenas dos campos do direito público, mas também no direito privado. O ordenamento jurídico como um todo deveria ser lido à luz da Lei Maior.

O texto constitucional trouxe em seu bojo uma série princípios abertos e dotados de considerável vagueza. Os intérpretes, portanto, possuem a árdua tarefa de lhes determinar contornos. Dentre essas cláusulas, apresenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da república brasileira.

Do ponto de vista filosófico, as tentativas de definição dos limites desse princípio remontam, com maior força, ao racionalismo de Immanuel Kant, o qual formula a concepção de que as pessoas, diferentemente das coisas, possuem dignidade e não preço.

No âmbito jurídico, são diversos os doutrinadores que tentam estabelecer o significado desse princípio, chegando a respostas importantes, seja por meio do desenvolvimento de corolários, seja pela apresentação de dimensões. No entanto, a tarefa é de tal monta que não pode ser efetuada apenas pela doutrina, o que faz surgir a necessidade da contribuição jurisprudencial.

Na busca de parâmetros concretos para a dignidade é que foi realizada a pesquisa apresentada. O âmbito pesquisado foi o do TJRJ e do STJ. Conseguiu-se, com isso, extrair algumas respostas de grande relevância.

A primeira conclusão que se chegou à luz da pesquisa apresentada foi quanto à temática das decisões que usam o argumento da dignidade. No TJRJ a predominância foi de matérias relativas ao direito à saúde e questões envolvendo direito do consumidor. Já no STJ predominou a temática penal, seguida da de direito previdenciário e dos pedidos de danos morais.

A segunda resposta obtida foi quanto ao desenvolvimento ou não do princípio, ou seja, se ele era usado como um argumento principal com a correlata explicação ou se ele era apenas citado sem qualquer explanação. Assim, conclui-se que em somente 16,04% dos casos do TJRJ e em 23,86% dos do STJ é que a dignidade humana está desenvolvida em um grau mínimo satisfatório.

Desse modo, constatou-se uma variação de 7,82% entre os dois tribunais, o que pode ser justificado com base na grande homogeneidade de matérias tratadas pelo TJRJ em relação às temáticas que chegam ao STJ. Assim, como proporcionalmente o Superior Tribunal de Justiça possui uma maior variação de temas nos quais a dignidade é aplicada, existe nele uma maior preocupação com a argumentação e com a definição dos contornos da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Embora o STJ possua números um pouco melhores, a conclusão final a que se chega é que, pelo baixo desenvolvimento do argumento realizado pelos dois tribunais, eles não vêm contribuindo com o seu papel de definir os contornos desse princípio. Ademais, pode-se dizer que a atuação deles, baseada no paradigma do pós-positivismo e na valorização da razão prática, encontra-se deficitária, visto que apenas citam o art. 1º, III, da Constituição Federal, sem a devida construção argumentativa. Conferem, pois, um uso trivial a tão importante fundamento da república.

6. Quadro de Tabelas

Tabela 1: Quantidade e percentual pela temática de decisões do TJRJ que usam da dignidade humana

Temática	Número de casos	%
Saúde	88	45,12
Contratos	58	29,74
Moradia	16	8,20
Serviços básicos	7	3,58
Pedido de danos morais	7	3,58
Família	6	3,07
Educação	4	2,05
Administrativo	2	1,02
Acessibilidade a deficientes	2	1,02
Previdenciário	1	0,51
Trabalho	1	0,51
Vizinhança	1	0,51
Penhorabilidade dos bens	1	0,51
Prova Pericial	1	0,51

Tabela 2: Desenvolvimento da dignidade humana nas decisões do TJRJ

Argumento da Dignidade	Número de decisões	%
Desenvolve	30	16,04
Não desenvolve	157	83,95
Total	187	99,99

Tabela 3: Quantidade e percentual pela temática de decisões do STJ que usam da dignidade humana

Temática	Número de casos	%
Penal	30	32,96
Pedido de dano moral	10	10,98
Previdenciário	10	10,98
Administrativo	6	6,59
Conflito direito fundamental	6	6,59
Saúde	6	6,59
Penhorabilidade de bens	4	4,39
Família	4	4,39
Serviços básicos	3	3,29
Contratos	3	3,29
Trabalhista	2	2,19
Alimentos	1	1,09
Direitos autorais	1	1,09
Prazo prescricional	1	1,09
Educação	1	1,09
Conflito de competência	1	1,09
Prova	1	1,09
Cobrança de Imposto	1	1,09

Tabela 4: Desenvolvimento da dignidade humana nas decisões do STJ

Argumento da Dignidade	Número de decisões	%
Desenvolve	21	23,86
Não desenvolve	67	76,13
Total	88	99,99

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo. Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico.** São Paulo. Ícone, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito.** São Paulo. Saraiva, 2001.
- FREITAG, Barbara. **A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas.** v. 1. São Paulo. Tempo Social, 1989.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo. Martins Fontes, 2001.
- _____. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes.** Rio de Janeiro. Ediouro, 1993.
- KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 43, 2010.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Na medida da pessoa humana, estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 9, 2007.

Jurisprudência:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso n° 147.136/SP, rel. Min. Marcos Buzzi, Quarta Turma, j. 09. Dez. 2014.

_____. Recurso Especial n°1.245.550/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17. Mar.2015.

_____. Recurso em Habeas Corpus n° 53.087/SP, rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. 24. Mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado Apelação Cível n° 0323047-68.2013.8.19.0001, relator: Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, Vigésima sétima Câmara Cível, j. 16. Abr.2015.

_____. Apelação n° 0294728-27.2012.8.19.0001, relator: Des. Marcos Alcino A. Torres, Vigésima sétima Câmara Cível, j. 19. Dez.2014.



A Influência do Princípio da Boa-Fé Objetiva nos Contratos Nulos⁴⁸

The Influence of the Good Faith Principle in Null Contracts

*Gustavo Souza de Azevedo⁴⁹;
Rodrigo Corrêa Rebello de Oliveira⁵⁰.*

Resumo

O presente artigo busca analisar os efeitos da boa-fé objetiva sobre contratos nulos, mais especificamente, se esse novo princípio contratual é capaz de gerar deveres anexos, ou seja, deveres de cooperação, mesmo na hipótese em que o contrato, por inobservância de alguma prescrição legal, for declarado nulo. Neste sentido, tenta-se rediscutir a concepção clássica de que contratos nulos não produzem qualquer efeito demonstrando a necessidade de superação de tal paradigma a fim de se proteger as partes de possíveis danos mesmo quando declarada a nulidade do contrato.

Palavras-chave: Contratos nulos. Boa-fé objetiva. Deveres anexos.

⁴⁸ Os autores agradecem ao professor Eduardo Nunes de Souza pelas dicas e pelo incentivo.

⁴⁹ Graduando do 10º período da Faculdade de Direito da UERJ.

⁵⁰ Graduando do 10º período da Faculdade de Direito da UERJ.

Abstract

This article aims to analyze the effects of the good-faith principle in null contracts, more precisely, if that new contractual principle is able to create cooperation duties even when the nullity of the contract is declared. In this sense, the article tries to reexamine the classical understanding that null contracts do not produce legal effect arguing the necessity to overcome that paradigm in order to protect the parties of potential damages even when the contract is declared null.

Keywords: Null contracts. Good-faith principle. Cooperation duties.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre delimitar os objetos a serem analisados ao longo deste artigo. O primeiro deles é o contrato nulo. Portanto, serão considerados aqui os negócios jurídicos bilaterais que, inobstante reunirem os elementos necessários à sua constituição, de alguma forma não observam certos requisitos fundamentais para que sejam válidos no mundo jurídico. Deste modo, considerando-se a abstração da “Escada Ponteaná”, limitar-se-á à observação dos contratos no plano da validade, sem se cogitar de sua existência ou eficácia em sentido estrito. Além disso, dentro do plano da validade, restringir-se-á ao fenômeno das nulidades, sem que se debruce nos casos de anulabilidade dos negócios jurídicos.

O segundo objeto aqui trabalhado será o princípio da boa-fé objetiva. Porém, ele não será abordado em cada uma de suas três facetas, restringindo-se tão somente à função da boa-fé na criação de deveres jurídicos instrumentais de cooperação entre

as partes contratantes. O enfoque será dado em como esses deveres anexos tutelam a nova perspectiva do direito contratual, que não se limita apenas à realização das obrigações acordadas pelas partes, a fim de também proteger a pessoa, seus interesses e seus bens contra os riscos alheios àqueles próprios da relação contratual.

Após apresentados os atores principais deste trabalho, passa-se a esclarecer como eles irão interagir e o que se busca com essa interação. O objetivo aqui proposto é examinar se, quando o moderno princípio contratual da boa-fé objetiva incidir sobre os contratos nulos, eles terão o comportamento que a teoria clássica observou nos negócios jurídicos nulos – a não produção de qualquer efeito (*quod nullum est, nullum produci teffectum*) – ou se, apesar de reconhecida sua nulidade, produzirão deveres contratuais anexos a partir da boa-fé objetiva.

2. Do Regime de Nulidade dos Negócios Jurídicos e dos Contratos

Para se analisar os contratos, é importante averiguar qual a sua natureza jurídica. Em primeiro lugar, os contratos são negócios jurídicos bilaterais, ou seja, são aqueles negócios que exigem a coincidência de duas declarações de vontade. Por sua vez, os negócios jurídicos são atos jurídicos em sentido lato. E, por fim, os atos jurídicos são fatos jurídicos. Portanto, em última análise, o contrato, sendo negócio jurídico, é “*pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base*

*do efeito jurídico perseguido*⁵¹ e ainda “*pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto*”⁵².

Fato jurídico, em seu turno, é todo o fato que ocorre no mundo real sobre o qual há a incidência da norma jurídica. Então, quando aquilo que é descrito na lei ocorre na realidade, o fato passa a ter existência jurídica. Por outro lado, se tal fato que tem existência jurídica é capaz de produzir efeitos jurídicos, então ele também terá eficácia jurídica. Conclui-se, pois, que o exame do fato jurídico é feito em dois planos: o da existência e o da eficácia.

Como se viu, o negócio jurídico é um fato jurídico e, por isso mesmo, também deve ser analisado sob a ótica de sua existência e de sua eficácia. Todavia, ele possui uma característica própria desvendada por Antônia Junqueira de Azevedo na seguinte passagem:

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis, aí, pois, um plano para exame,

⁵¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013: 400.

⁵² AZEVEDO, Antônia Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002: 16.

peculiar ao negócio jurídico – o *plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.⁵³

O plano da validade é aquele no qual serão avaliados os requisitos, a qualidade da declaração de vontade emitida pelo agente do negócio jurídico – pelas partes, no caso específico dos contratos. Isto significa que, para a ordem jurídica permitir a uma declaração de vontade ter a capacidade de criar uma relação jurídica, com direitos e deveres, não basta haver um agente, uma forma, um objeto e uma declaração de vontade – elementos de existência de um negócio jurídico -, é essencial que esses elementos preencham certos requisitos, tenham certas qualidades: o agente deve ser capaz; a forma deve ser a prescrita ou não defesa em lei; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; e a declaração de vontade não pode estar maculada com qualquer dos vícios do consentimento. Neste mesmo sentido, afirma Rose Melo Venceslau:

O agente, o objeto e a forma são elementos essenciais do ato jurídico, sem os quais a sua *existência* fica comprometida. Já a capacidade do agente, a possibilidade e determinabilidade do objeto e a forma, quando prescrita, são requisitos do ato jurídico presentes no plano da *validade*, cuja ausência pode levar à sua nulidade ou anulabilidade.⁵⁴

⁵³ Ibid.: 24.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo (coordenador). A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002: 186.

Dentro do plano da validade, há, ainda, duas subdivisões: a nulidade e a anulabilidade. O fenômeno da anulação de um negócio jurídico ocorre nos casos em que a incapacidade do agente – ou de um dos agentes, em se tratando de contrato – é relativa ou quando o consentimento sofre com qualquer defeito. Por seu turno, os negócios nulos são listados por Orlando Gomes no trecho:

É nulo o ato praticado por pessoa absolutamente incapaz; o que tiver objeto ilícito ou impossível; o que não revestir a forma prescrita na lei ou em que for preterida alguma solenidade que esta considere essencial à sua validade.

Nulos, igualmente, os atos taxativamente assim declarados na lei.⁵⁵

É importante atentar para a última afirmação do mestre. O regime de nulidade contido na Parte Geral do Código Civil é genérico, não obstante a existência de nulidades específicas a cada tipo contratual previstas na Parte Especial. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 497 deste diploma, referente ao contrato de compra e venda, ou no artigo 548, sobre doação. Nestes casos, porém, não se cuidará de uma nulidade lógica, decorrente da ausência de requisitos necessários aos elementos do negócio jurídico para que este seja válido, como ocorre nas nulidades do negócio jurídico em geral; será, na verdade, uma nulidade em razão de escolha legislativa como forma de tutela

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009: 424.

a algo que se considerou relevante⁵⁶. Portanto, conclui-se, que “*como todo negócio jurídico, o contrato está sujeito a requisitos, cuja inobservância vai dar na sua ineficácia. Uns são gerais, a que se submetem todos os atos negociais. Outros são específicos, dizem respeito particularmente aos contratos*”⁵⁷.

Tendo-se analisado as causas da nulidade de contratos, passa-se a verificar quais são as consequências que a doutrina clássica atribui à constatação de nulidade de um negócio jurídico e, conseqüentemente, de um contrato.

“*A teoria clássica das nulidades assenta o princípio geral de que o ato nulo não produz qualquer efeito: quod nullum est, nullumproduciteffectum. A nulidade de pleno direito privaria o ato de toda a eficácia.*”⁵⁸ Portanto, tradicionalmente, se considerava que um negócio nulo não seria eficaz (em sentido lato) de modo algum, devendo as partes voltarem ao *status quo* anterior a ele e, por isso mesmo, a declaração de nulidade tem efeitos *ex tunc*.

Entretanto, “*a caracterização do ato nulo, nestes termos, sofre, hoje, contestação*”⁵⁹ e, por isso, os mestres já afirmam que “*é nulo o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir os almejados efeitos*”⁶⁰. Então, o que caracteriza a nulidade de um negócio jurídico, pode se dizer, não é mais a não

⁵⁶ Veja-se, como exemplo, o artigo 497, inciso I, do Código Civil, que sanciona a compra pelo tutor de bens do tutelado com a nulidade a fim de proteger o patrimônio deste último.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015: 27.

⁵⁸ GOMES, 2009: 425.

⁵⁹ GOMES, 2009: 426.

⁶⁰ PEREIRA, 2013: 530 (grifo nosso).

produção de qualquer efeito, retornando as partes ao momento anterior à celebração do negócio, como se nada ali tivesse ocorrido tal qual diriam os clássicos. Hoje em dia, na verdade, a consequência característica da declaração de nulidade de um negócio *nulo é a não produção dos efeitos próprios dele, ou seja, dos efeitos manifestados como queridos pelas partes*. Disso se retira que produzem sim efeitos, mas não aqueles específicos que foram a razão para a sua celebração.

No que se refere aos contratos de modo geral, aplica-se a mesma lógica dos negócios jurídicos. *“Não se observando os requisitos de validade, anula-se o contrato. Em sentido genérico, diz-se que ele é ineficaz, uma vez que deixa de produzir os efeitos que lhe são próprios”*⁶¹.

3. Do Princípio da Boa-Fé nas Relações Contratuais

O princípio da boa-fé contratual integra a nova principiologia dos contratos. Surgidos por conta de uma superação do voluntarismo estrito que regia as relações contratuais, esses princípios decorrem da introdução de um arcabouço valorativo na ordem jurídica, pautado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social. Nesse sentido, o interesse na proteção da relação contratual supera a mera tutela da vontade das partes, uma vez que a sociedade passa a ter interesse na consecução dos objetivos por meio dela perseguidos. Com esse intuito, faz-

⁶¹ Id., 2015: 32.

se necessário que a boa-fé seja a conduta das partes ao longo da relação contratual – e até mesmo anterior e posteriormente a ela.

A boa-fé de que se cogita nesse estudo é a boa-fé objetiva e não a subjetiva. Afeita principalmente aos direitos reais, a boa-fé subjetiva compreende um estado do sujeito de desconhecimento de irregularidade na relação jurídica em que se engaja. Relevante se faz essa condição, na medida em que o legislador optou por proteger⁶², em alguns casos, o sujeito que a partir dela se orienta.

Cumprir observar, como ressaltou Teresa Negreiros, que no caso da boa-fé subjetiva a proteção é meramente conjuntural. Isto é, a existência de tal estado de espírito no sujeito vai produzir uma proteção apenas mediante uma norma que o pressuponha. Assim, a boa-fé subjetiva acaba por afigurar-se antes como suporte fático de aplicação de uma norma.

Nas relações contratuais, no entanto, a incidência da boa-fé vai além de mero suporte fático conjuntural. Nelas, a boa-fé se impõe como verdadeira fonte de obrigações, independente de outra norma prever uma hipótese de incidência, no sentido de fazer ambas as partes se conduzirem com correção e lealdade na persecução do fim almejado com a realização do contrato. Nesse sentido, mais do que inquirir acerca do estado mental do sujeito, a boa-fé verdadeiramente prescreve atitudes comissivas, impondo um padrão de conduta, entendido da seguinte forma por Bruno Lewicki:

⁶² Exemplo de tal proteção é evidenciado no artigo 1.187 do atual Código Civil.

(...) faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o *bonus pater familiae*, ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e da sua comunidade?⁶³

Assim se compreende a boa-fé objetiva e a ela estaremos nos referindo doravante, quando houver menção à boa-fé.

O conteúdo desse princípio se materializa em três funções distintas. A primeira a ser abordada é a função interpretativa, a qual “*manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante.*”⁶⁴ A segunda função restringe o exercício de direitos subjetivos, dando origem à teoria dos atos próprios, cuja conceituação é exposta brevemente por Teresa Negreiros: “*De uma forma geral, a teoria dos atos próprios importa reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento (...)*”⁶⁵

⁶³ TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: 56.

⁶⁴ FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006: 411.

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. O princípio da Boa-fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006: 234.

A partir dessa função da boa-fé são vedadas, por exemplo, as condutas contraditórias com a maneira com a qual o sujeito vinha se portando, suscetíveis de criar legítima expectativa de manutenção de tal linha de comportamento (*venire contra factum proprium*) e a invocação de regra que o próprio já tenha descumprido (*tu quoque*).

A última função é a de criação de deveres anexos de conduta, que, por ser objeto diretamente conexo ao estudo que aqui se pretende empreender e por estar relacionada a uma complexa compreensão das relações obrigacionais, merece especial atenção.

3.1 Os Deveres Anexos e as Relações Obrigacionais Contratuais

Como demonstrado anteriormente, o contrato é um fato jurígeno que dá surgimento a uma relação obrigacional entre os contratantes. A ideia tradicional de relação obrigacional se apoia no conceito de *relação jurídica* desenvolvido por Savigny⁶⁶. Segundo ele, a relação surgiria a partir de um fato jurídico e se estruturaria em dois *sujeitos*, um *objeto*, um *vínculo* e um conjunto de regras para firmar a *garantia* jurídica da relação. A relação obrigacional amparada nesse conceito nada mais seria que a relação cujo objeto é uma *prestação*. Essa ideia, no entanto, diante do fenômeno dos deveres anexos, mostra-se demasiado limitada. Desenvolveram-se, então, diversas noções mais

⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002: 55 e 56.

complexas que se propunham a analisar a relação obrigacional como um conjunto interligado de relações diversas entre si. Tal concepção assentou-se, em nosso direito, majoritariamente sob a ideia de relação obrigacional como processo. O aspecto mais relevante introduzido dessa ótica é desenvolvido por Jorge Casa Ferreira Da Silva:

Nela (na interpretação da relação obrigacional como processo), ganha acentuação uma das características dessa totalidade obrigacional: a de desenvolvimento temporário vinculado a um fim. Como todo processo, a obrigação *caminha*⁶⁷ para algo, orienta-se para algo, encontrando-se neste “algo” o fundamento de sua unidade e de sua existência. Desta forma, a consecução do fim passa a ser muito mais relevante do que a absoluta e perfeita realização de cada um dos passos do percurso temporal (...).⁶⁸

Esse fim contratual é precisamente encontrado na ideia de *adimplemento* da obrigação. Este se dá quando ocorre a satisfação dos *interesses* envolvidos – e que deram causa à celebração do contrato – na relação.

Por ‘interesses envolvidos na relação’ entende-se – fundamentalmente após Stoll – não só aqueles vinculados

⁶⁷ O autor ainda faz referência à origem etimológica da palavra *processo*, que remete a “ir adiante”, a “proceder”.

⁶⁸ SILVA, 2002: 65.

diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda obrigação envolve.⁶⁹

Aqui entra a incidência da boa-fé no seu aspecto de criação de deveres anexos, porque aumenta o rol de interesses tutelados pelo sistema jurídico na relação contratual. Previamente, a relação obrigacional se estendia apenas aos interesses tutelados por dois grupos de deveres: os *deveres principais* e o dos *deveres secundários*.

Os primeiros são o núcleo da relação contratual e englobam as prestações que compõem os elementos essenciais à caracterização do contrato. O outro grupo, dos *deveres secundários*, é composto pelos *deveres secundários meramente acessórios da principal* – responsáveis por assegurar o cumprimento da obrigação principal – e pelos *deveres secundários com prestação autônoma* – os quais podem vir a substituir o cumprimento da obrigação principal –, como o dever de indenizar decorrente da perda culposa do objeto da obrigação.

Já os deveres laterais de conduta são a maneira de o ordenamento jurídico tutelar os interesses que se reportam às expectativas decorrentes da boa-fé. Afinal, “*quando duas pessoas se relacionam obrigacionalmente, legitimamente não esperam que o fato da relação gere danos às suas próprias pessoas ou aos seus bens*”⁷⁰.

⁶⁹ SILVA, 2002: 69.

⁷⁰ Ibid, loc. cit.

Esse conjunto de deveres não costuma estar expresso no contrato e sua eficácia decorre diretamente da boa-fé. São chamados integrativos, por completarem o universo de direitos e deveres necessários à consecução da finalidade do contrato, para além do declarado pelas vontades. A sua incidência é necessária para impor uma relação de confiança entre os contratantes e se expressa em deveres de certas categorias – de cuidado, de esclarecimento, de informação ou de segredo, por exemplo. O conteúdo próprio dos deveres que existirão anexamente à relação principal não é fixo e só pode ser constatado no caso concreto, à luz da finalidade do contrato. Assim, contratos de conteúdo idêntico podem vir a ter deveres anexos distintos – como na ilustrativa comparação da venda de um vinho a um *sommelier* com a venda do mesmo vinho a um leigo; neste, naturalmente, surgem para o vendedor deveres de informação não existentes no primeiro caso.

A comparação das duas hipóteses demonstra que o fenômeno contratual não se exaure na mera realização dos deveres principais, necessitando de uma compreensão mais elaborada. Vera Maria Jacob de Fradera explicita com maestria a moderna compreensão dos contratos, que justifica o surgimento dos deveres anexos:

O ponto de partida para a compreensão do dever anexo ou secundário é analisar a relação jurídica vista como uma ‘totalidade’ e o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como ‘ordem de cooperação’, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional,

credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na consecução do adimplemento, fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação.⁷¹

Essa ressignificação dos contratos faz deles meios “*ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente*”⁷². Por isso, os deveres anexos “*caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes*”⁷³ e servem “*o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato(...)*”⁷⁴ – mais ainda, podendo incidir na fase prévia ao contrato ou posterior à sua conclusão.

Como conclusão, encaixa-se o trecho de Judith Martins-Costa perfeitamente:

Como se pode bem perceber, têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem,

⁷¹ O dever de informar do fabricante, Revista de Direito do Consumidor. v. 4: 176. In: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000: 453.

⁷² MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão de Contrato. São Paulo: Saraiva, 1985. In: MARTINS-COSTA, 2000: 440.

⁷³ Ibid.: 448.

⁷⁴ Ibid.: 440.

também na fase pré-contratual. Não estão orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, caracterizando-se “por uma função auxiliar da realização positiva⁷⁵ do fim contratual e de *proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes*”.⁷⁶

4. Dos Deveres Anexos Oriundos da Boa-Fé nos Contratos Nulos

4.1 Da Produção de Efeitos pelo Contrato Nulo

Como foi afirmado no início deste trabalho, o que de fato é afetado pela nulidade contratual são os efeitos almejados pelas partes, podendo, portanto, o contrato nulo produzir outros efeitos que não são os próprios seus. Sobre isso, cabe a afirmação de Caio Mário da Silva Pereira:

⁷⁵ O termo “realização positiva do fim contratual” pode ser entendido como o efetivo alcance, pelas partes, dos interesses que motivaram a celebração do contrato, ou seja, por meio do respeito aos deveres anexos oriundos da boa-fé. À realização positiva do fim contratual se opõe a violação positiva do contrato, que “pode ser externada como todo descumprimento obrigacional relacionado a dever lateral”. A formulação do conceito de violação positiva do contrato, por Hermann Staub, mostrou-se necessária a partir da percepção de que a classificação tradicional do inadimplemento entre inadimplemento absoluto e mora não era suficiente para abarcar o descumprimento de deveres anexos advindos da boa-fé, criando-se a nova categoria para suprir tal lacuna.

⁷⁶ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985. In: MARTINS-COSTA, 2000: 448.

O ato nulo de pleno direito é frustrado em seus resultados, nenhum efeito produzindo: “*quod nullum est quod producit effectum*”. Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas consequências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translático de domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre do ato para outro fim, como e.g., a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida.⁷⁷

Ocorre, no entanto, que os deveres anexos não compõem o rol de efeitos almejados pelas partes, como é o caso dos deveres principais do contrato. Afinal, os deveres anexos não são acordados pelos contratantes, por isso, “*sendo ditos ‘avoluntarísticos’ nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes*”⁷⁸.

Não é, portanto, dissonante da teoria moderna da nulidade que os deveres laterais não sejam abarcados pelos seus efeitos nem a hipótese de que contratos nulos possam produzir deveres anexos decorrentes da incidência da boa-fé objetiva.

⁷⁷ PEREIRA, 2013: 539 e 540.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2000: 438.

4.2 Da Nova Compreensão da Relação Contratual Decorrente da Boa-Fé Objetiva

A relação contratual, como foi dito anteriormente, não mais se limita à busca pela realização dos deveres principais a ela atinentes. Mais do que isso, atualmente sua função compreende também a *realização positiva do fim contratual* e a *conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados pela sua conexão com o contrato*. Esta nova perspectiva, cumpre lembrar, guarda íntima relação de conteúdo com o princípio da solidariedade social, decorrente da constitucionalização do direito privado e fonte da boa-fé objetiva.

O meio pelo qual o contrato busca efetivamente realizar as novas funções acima mencionadas é a criação de deveres laterais independentemente da vontade das partes, de modo que possa refletir todo o universo de direitos e deveres ínsitos a uma relação contratual pautada na boa-fé e na solidariedade social. Portanto, o conteúdo dos deveres anexos decorrentes da boa-fé varia de acordo com a relação contratual, visto que em cada uma delas se fará necessário um dever diferente para proteger o bem, o interesse ou a pessoa em contato com o contrato.

Um exemplo de como a boa-fé objetiva é capaz de criar deveres anexos para a tutela dos interesses perseguidos por meio do contrato é lembrado por Teresa Negreiros:

Um indivíduo queria montar um hotel e procurou o melhor e mais barato carpete para colocar no seu empreendimento. Conseguiu uma fornecedora que disse ter o melhor preço,

mas que não fazia a colocação. Ele pediu então à vendedora a informação de quem poderia colocar o carpete. A firma vendedora entregou a mercadoria e indicou o nome de uma pessoa, que já tinha alguma prática na colocação de carpete, mas não disse ao colocador que o carpete que estava fornecendo para esse empresário era de um tipo novo, diferente. O colocador de carpete pôs uma cola inadequada e, semanas depois, todo o carpete estava estragado.⁷⁹

Nesse caso, há evidentemente uma violação de dever anexo da boa-fé, por parte da fornecedora do tapete, cuja atitude causou o perecimento do bem objeto da relação obrigacional.

4.3 Dos Deveres Anexos nos Contratos Nulos

Primeiramente, cabe lembrar que, dependendo do caso, os deveres anexos podem sobreviver ao fim do contrato, gerando *culpa post factum finitum*. Como diz Judith Martins-Costa: “*em certos casos, os deveres instrumentais decorrentes da incidência da boa-fé objetiva persistem, gerando a continuidade, no tempo, da relação obrigacional, mesmo se adimplida a obrigação principal*”⁸⁰.

Um exemplo da aplicação da boa-fé mesmo após a conclusão da obrigação principal⁸¹ foi o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nele se reconheceu

⁷⁹ MORAES (coordenadora), 2006: 249.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, 2000: 447.

⁸¹ Entenda-se, aqui, “obrigação principal” como aqueles deveres contratuais que não são os deveres anexos, quais sejam, os deveres principais e os deveres secundários já citados.

que o vendedor de uma casa, que dela expulsa a compradora após o contrato ter sido concluído, descumpra dever anexo de não tomar nenhuma medida capaz de inviabilizar para a compradora o uso e o gozo do bem adquirido⁸². Verifica-se, então, que os efeitos do contrato não cessaram com o cumprimento das obrigações principais, sobrevivendo os deveres anexos oriundos da boa-fé para proteger o interesse positivo projetado na relação. A permanência no tempo desses deveres laterais se justifica pelo fato de eles existirem não só para garantir a consecução dos deveres principais, como também para a tutela dos bens em contato com a relação contratual e do interesse nela veiculado, como foi dito anteriormente. Ou seja, a relação contratual não se extingue com o cumprimento dos deveres principais, porque mantém sua função de proteção dos demais fins que se propõe a tutelar.

Nos casos dos contratos nulos, especificamente, não deve ser diferente. A relação contratual, em razão dessa nova função do contrato, sobrevive à nulidade por meio dos deveres anexos. Da mesma forma que ela permanece após a morte das obrigações principais pelo seu cumprimento, eles também sobrevivem à sua morte causada pela nulidade do contrato. Em ambos os casos, o “sujeito” é o mesmo, uma vez que, quando se fala em cumprimento do contrato, refere-se ao cumprimento das *obrigações acordadas pelas partes* e, quando se fala em extinção, por nulidade, dos efeitos almejados pelas partes, também se refere às *obrigações fruto do acordo de vontade*, como previamente argumentado. Portanto,

⁸² Ap. Civ. 588042580, Porto Alegre, TJRGS, 5ª Câmara Cív., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 16/08/1988, publicada in RJTJRS 133/401.

o sujeito é o mesmo, o que muda é a *causa mortis* – a nulidade do contrato ou o seu cumprimento. E de que modo esses deveres sobrevivem à nulidade?

Primeiramente, cumpre observar que a existência é um degrau anterior à validade na “Escada Ponteana”, de modo que todo contrato nulo é existente, neste sentido afirma Antônio Junqueira de Azevedo:

Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente”. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido.⁸³

Sendo, portanto, inegável que o contrato nulo existe. Por essa razão, existe, também, uma relação contratual, fazendo-se não só *possível* como também *necessária* a criação de deveres anexos para tutelar os interesses nela projetados e bens que com ela entrem em contato.

É cediço que o escopo da nulidade, ao cessar os efeitos do contrato almejados pelas partes, é fazer com que elas retornem ao *status quo* anterior à sua celebração. Entretanto, tal objetivo, na prática, não pode ser atingido de forma absoluta, uma vez que a realidade fática de incidência do contrato vai muito além do que é possível ao direito reverter. Um exemplo paradigmático

⁸³ AZEVEDO, 2002: 63.

se dá num contrato de prestação de serviços médicos, que tem como dever anexo que o médico mantenha sigilo acerca das informações obtidas em função da relação médico-paciente. Uma eventual declaração de nulidade deste contrato, por mais que tenha efeitos *extunc*, é incapaz de fazer com que o médico deixe de saber o que o paciente lhe contou. Podemos, então, concluir que, apesar da nulidade, o bem jurídico – a intimidade do paciente – permanece vulnerável pelo seu contato com o contrato.

Como já foi exposto na hipótese de cumprimento do contrato, a relação contratual, em sua concepção moderna, é apta a sobreviver à extinção dos deveres principais desde que tenha uma razão para tanto, à luz de suas novas funções atribuídas pela boa-fé. À extinção por nulidade, aplica-se a mesma lógica. No caso do exemplo supracitado, a razão de permanência da relação contratual se expressa na vulnerabilidade da intimidade do paciente, que a declaração da nulidade não é capaz de sanar.

Assim sendo, restando comprovada a aptidão à permanência da relação contratual apesar da nulidade do contrato e uma razão para fazê-lo, qual seja a realização positiva do fim contratual ou a conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que venham a ser afetados por conta da conexão com o contrato, a relação contratual se mantém por meio dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Posto isso, retomando o caso do contrato para serviços médicos, não há dúvidas de que, mesmo sendo declarado nulo tal contrato, seria irrazoável considerar que o dever anexo de sigilo também se extinga,

deixando vulnerável a intimidade do paciente. Fazendo-se necessária, então, a sobrevivência do dever lateral à invalidade do contrato.

5. Conclusão

Em síntese, sustentamos a incidência da boa-fé sobre os contratos nulos. É possível fazer tal afirmativa tendo em conta que a nulidade afeta apenas os deveres principais e secundários da relação contratual, pois, como foi dito, somente estes são os almejados pelas partes.

Os deveres anexos, por sua vez, não foram inseridos no contrato pela vontade das partes, mas pelo princípio da boa-fé objetiva. Em razão disso, a nulidade não os atinge, porquanto qualquer que seja o vício que lhe dê causa não se fazidônio a afastar a tutela sobre a legítima expectativa dos contratantes de que seu patrimônio e sua pessoa não sofrerão danos para além daqueles inerentes aos riscos do contrato tido como ordem de cooperação entre as partes.

Pode-se concluir, então, que, mesmo sendo declarado nulo o contrato e, portanto, sendo extintos os deveres principais e secundários daquela relação, é possível e até mesmo necessário que ele sobreviva por meio de deveres anexos e, assim, cumpra a função de proteger a legítima expectativa supracitada. Em termos práticos, portanto, o contrato nulo é suscetível de ser violado positivamente, já que os contratantes ficam obrigados a observar deveres laterais mesmo após a declaração de nulidade.

Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

(Im)Possibilidade de *Impeachment* Contra Membros do Poder Legislativo

Impeachment Against the Legislature Members: (Im)Possibility

*José Henrique Araújo dos Santos*⁸⁴

Resumo

As nuances acerca do instituto do *impeachment* têm ganhado cada vez mais repercussão hodiernamente. Tal constatação decorre do fato de que há um sensível aumento do engajamento social, ao menos de determinada parcela da população, no que tange às manifestações e descontentamentos a respeito de seus representantes políticos. Com base nessa premissa, o entendimento esclarecido sobre quem pode figurar polo passivo dessa demanda política é de suma importância não apenas para os estudiosos do assunto, mas também para o homem médio. Dessa forma, objetiva-se demonstrar como, para quem e por que o *impeachment* é necessário, evitando-se contradições frequentemente observadas nos meios de divulgação em massa e observando-se os limites necessários à análise acerca da aplicação para o poder legislativo.

⁸⁴ Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes. Membro do grupo GPEDS – Grupo de pesquisa Educação, Sociedade e Direito. Coautor do Livro “*Ensaio de Direito Constitucional: Uma homenagem a Tobias Barreto*”. Email para contato: josehenrique_direito@hotmail.com.

Palavras-chave: *Impeachment*; legislativo; processo legislativo.

Abstract

The meaning about the *impeachment* have gained increasing impact in our times. This finding stems from the fact that there is a significant increase in social engagement, with regard to the demonstrations and discontent about their political representatives. Based on this premise, the clear understanding of who can figure this defendant political demand is of paramount importance not only for scholars of the subject, but also for any citizen. Thus, the objective is to demonstrate how, to whom and why the impeachment is needed - avoiding contradictions often observed in mass dissemination means, respecting the limits required for the analysis on the application to the members of legislature.

Keywords: *Impeachment*; legislative; legislative process.

1. Introdução

É preciso haver um sistema próprio de punição a quem atua de forma ímproba na administração da coisa pública. A sistemática da punição do mau administrador detentor de cargo de natureza política é uma realidade que cada vez mais se faz presente, principalmente no atual contexto político e social do Brasil. O procedimento em tela responsabiliza os detentores de cargo político, especialmente do Executivo, pelo cometimento dos chamados crimes de responsabilidade. Nesse sentido, os chefes do Executivo municipal, estadual e federal possuem uma sistemática peculiar de apuração para que haja a respectiva sanção decorrente de seus atos, com direito às garantias constitucionais do processo propriamente dito,

independentemente de sua natureza, em especial o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Chefiar o Executivo requer além da democrática admissão para o cargo e preenchimento dos requisitos burocráticos. É preciso internalizar no *modus operandi* da Administração Pública, de forma a valorizar cada vez mais a incidência de princípios éticos e morais na atuação do administrador, independentemente de qual poder ele represente, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Aliás, é por isso que, conforme enfrentaremos mais adiante, não apenas membro do Poder Legislativo pode compor o polo passivo do procedimento aqui analisado, mas também os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, de acordo com o posicionamento já asseverado pelo próprio STF, os membros do Poder Legislativo possuem uma forma diversa da que os membros do Executivo estão passíveis de percorrer em caso de cometimento de crime de responsabilidade. Aliás, o mesmo tribunal enfrentou o tema num caso em que foi posta em dúvida a constitucionalidade do procedimento de *impeachment* com base na lei 1.079/50, mantendo-se a competência da Câmara para autorizar o procedimento a ser julgado pelo Senado⁸⁵. Dessa forma, o Supremo manteve o procedimento nos mesmos moldes do julgamento do ex-presidente Fernando Collor por crime de responsabilidade.

Além disso, a importância do tema recai não apenas no fato de o procedimento contra crime de responsabilidade ser uma

⁸⁵ Barroso (2013: 58) comunga, pois defende que o *impeachment*, isto é, o processo por crime de responsabilidade, é julgado pelo Senado, desde que admitida a acusação pela Câmara dos Representantes.

ferramenta de defesa da probidade na Administração Pública de alto escalão, mas também pela recorrente forma como o tema vem sendo debatido e noticiado freneticamente pelos mais diversos meios de comunicação.

Por conta da grande aclamação social acerca da possibilidade de *impeachment* na atualidade e também por causa das peculiaridades que a sua aplicação envolve, conhecer as nuances que norteiam o procedimento de julgamento de crime por responsabilidade mostra-se deveras importante, assim como a análise jurídica acerca da possibilidade de aplicação desse procedimento para membro do Poder Legislativo.

2. O *Impeachment* na História

Preliminarmente, é interessante observarmos o caráter conceitual e, conseqüentemente, etimológico do termo *impeachment*. O termo traduzido do latim *impedimentum* significa impedir, proibir. Daí já podemos ter uma noção razoável acerca do que seja, do ponto de vista do vernáculo, o *impeachment*. Entretanto, precisamos de um conceito doutrinário para complementar o entendimento desse instituto.

Conforme OLIVEIRA (2011: 131), o *impeachment* (impedimento) deve ser entendido como o processo pelo qual o Poder Legislativo pune a conduta da autoridade pública que cometeu crime de responsabilidade⁸⁶, destituindo-a do cargo

⁸⁶ De acordo com Nathalia Masson (2015 p. 846), os “crimes de responsabilidade” são as infrações político-administrativas nas quais o presidente pode incorrer no desempenho de suas atribuições e que acarretam

e impondo-lhe uma pena de caráter político. Desta forma, depreendemos da etimologia e do conceito deste instituto duas coisas importantes: o caráter proibitivo e a natureza jurídica da *sanção* imposta pelo Poder Legislativo.

O instituto aqui analisado não é algo recente, tampouco criado pelo Direito brasileiro. O *impeachment* está previsto constitucionalmente na jurisdição brasileira desde a constituição de 1824⁸⁷. Historicamente, o *impeachment* tem raízes britânicas (casos do Duque de *Buckingham* e do Conde de *Strafford*), encontrando respaldo, também, no direito estadunidense, inicialmente nas Cartas de Virgínia e de *Massachussets*, posteriormente na Constituição da República⁸⁸.

Neste sentido:

O *impeachment* foi racionalizado como processo, tendo como acusadores os comuns e os lordes como julgadores, em 1376, no caso do lorde Latimer. Este caso impôs aos réus do processo a *característica política*, que permanece até os dias atuais. Após ter caído em desuso, em 1459, no caso do lorde Stanley, o *impeachment* ressurgiu em 1620, quando os comuns sugeriram aos lordes a reativação do instituto

o impedimento para exercer a função pública (*impeachment*).

⁸⁷ Assim previa o art. 133 da Constituição de 1824: Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observância da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

⁸⁸ CUNHA, Fernando Whitaker. O poder Legislativo e o “*impeachment*”. Revista de informação legislativa: v. 29, n. 116, out./dez. 1992: 36.

para atacarem *sir* Giles Mompesson por *prática de monopólio* e o chanceler Francis Bacon, por *corrupção*, sob o argumento de que não poderiam processá-los a não ser alicerçados em uma *competência política própria das Casas do Parlamento*, opondo-se sem êxito o rei Jaime I. Progressivamente, os comuns foram atacando altas personalidades do Reino, tornando a simples ameaça de utilização do instituto fator suficiente para derrubar ou desestabilizar ministros e protegidos do rei, como efetivamente ocorreu com o *duque de Buckingham*, em 1626, por *monopolizar cargos de Estado*. Casos semelhantes ocorreram com o arcebispo William Laud, em 1640, com o *conde de Strafford*, em 1641, e com o conde de Claredon, em 1667. Em 1633, William Laud assumiu o cargo de arcebispo de Cantuária e foi executado em 1645 como traidor, após processo de impeachment em que foi acusado de tentar introduzir o papismo na Inglaterra. Após reunir-se em 1640, o Longo Parlamento instituiu processo de impeachment contra Laud e o conde de Strafford, *sir* Thomas Wentworth, um fidalgo muito respeitado no condado de Yorkshire. (RICITELLI, 2006: 08. Grifos nossos)

De acordo com a análise do excerto supra, percebe-se que a corrupção – um dos maiores males sociais – está disseminada na sociedade há centenas de anos, independentemente do país e de seus administradores. Tanto é que foi por problemáticas que giraram em torno desse mal que se deu o início aos trabalhos do *impeachment* na Europa no longínquo ano de 1376.

Percebe-se também, com isso, que o “impedimento” veio com uma proposta de tentar mitigar os efeitos cancerígenos da atuação corrupta do administrador da *res publica*. Em que pese ser inviável utilizar de procedimento jurídico para extirpar a desonestidade do meio social, ao menos retira do mau administrador o direito de continuar no Poder, em que pratica atos que se afastam do interesse público e dos conceitos básicos éticos e morais.

Noutro giro, concernente ao uso do termo impedimento como sinônimo do impeachment, não há concordância unânime. Parte da doutrina constitucionalista brasileira diferencia os termos com bastante propriedade. Em apertada síntese, a grande diferença residiria no fato de que o impedimento é decorrência do *impeachment*, não havendo, assim, relação de sinônimos entre esses termos. Não é por outro motivo que se faz necessária a citação do ilustre BULOS (2014: 1264):

Só que *impedimento é a consequência* advinda do processo de impeachment, e não termo que lhe seja sinónimo, mediante traduções forçadas. Para ilustrar, no episódio Mônica Levinski, o presidente Bill Clinton sofreu impeachment, mas não foi destituído. Por isso, não podemos confundir impeachment com impedimento. Essa confusão quase fez com que, aceita a renúncia de Fernando Collor, se encerrasse o processo de sua responsabilização política. O impeachment é apenas parte ou fase do processo de responsabilização política: o recebimento da denúncia que abre as portas ao julgamento pelo Senado Federal.

É interessante abrir um parêntese neste momento para fazer um importante adendo. O surgimento desse “impedimento” se deu a partir de casos concretos e não de uma legislação específica por conta do sistema jurídico adotado pelos países que deram azo ao surgimento do *impeachment* como conhecemos hoje. Eles adotam um sistema bem diferente do nosso, trata-se do chamado *Common Law*.

Para eles, por seguirem a tradição dos povos anglo-saxões, o Direito se revela prevalentemente pelos costumes e pelos precedentes (por isso, surgiu de casos concretos). Já as nações latinas – das quais somos integrantes – e germânicas adotam o sistema de tradição romana, *Civil Law*, base legislativa, fundada no primado da Lei e Direito positivo escrito⁸⁹.

3. O *Impeachment* no Direito Brasileiro: Fundamentação Legal e Procedimento

Apesar de possuir base constitucional, o *impeachment* também possui fundamentação legal. Trata-se da Lei n.º 1.079/50, conhecida popularmente como Lei do *impeachment*. Concernente à base constitucional do *impeachment*, cite-se o art. 85 da carta política que elenca, em rol *exemplificativo*, situações nas quais haverá responsabilização do Presidente da República:

⁸⁹ FILHO, Sérgio Cavaliéri. Programa de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007: 44.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

A lei especial citada no parágrafo único do art. 85 da CF/88 é justamente a Lei n.º 1.079/50. Aliás, por ter o papel de regulamentar os crimes de responsabilidade, passemos aos breves comentários acerca dessa lei.

Observa-se, inicialmente, que tal regramento normativo reveste de eficácia o regime jurídico da Administração Pública, tanto no que diz respeito à indisponibilidade do direito público quanto à supremacia do interesse público sobre o privado. O reforço à indisponibilidade do interesse público surge no momento em que a Lei 1.079/50 se insurge punitivamente ao

administrador da coisa pública que foge aos padrões esperados para o desempenho de sua função.

Contudo, o que ressalta da lei com respeito à proteção do regime jurídico da Administração Pública é a supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que todos os casos elencados no art. 85 da Constituição Federal são eminentemente de interesse público. Quanto ao procedimento a ser adotado, passemos à sua análise inicial.

Tudo começa com a denúncia. Preliminarmente, nos termos no art. 14 da Lei do *impeachment*, é permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados. Obviamente, exige-se que o cidadão *esteja em pleno gozo dos direitos políticos*, afinal se assim não estiver não será considerado cidadão. Porém, existem mais algumas especificidades que devem ser observadas pelo(a) denunciante. A primeira é que *a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo*.

Outro detalhe reside no fato de que, conforme previsão do art. 16 do mesmo diploma legal, a denúncia, assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados; nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco no mínimo.

Após a denúncia e sua respectiva análise, a Câmara dos Deputados remeterá o processo – se assim entender - para que o Senado faça o devido julgamento. Nesse momento, a decisão de remessa da Câmara dos Deputados para o Senado Federal é de *caráter vinculante*. Isso significa que o Senado não possui discricionariedade para decidir se vai ou não analisar o processo que fora remetido pela Câmara. Quanto ao tribunal composto pelos senadores para analisar o procedimento de *impeachment*, Gilmar Mendes o denomina de *tribunal político*, revestido de poder jurisdicional específico e presidido pelo presidente do STF. Neste sentido:

No Senado Federal, desdobram-se o processo e julgamento do impeachment. O Senado Federal transforma-se, assim, em um Tribunal político, que será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, parágrafo único). Recebida a autorização da Câmara para a abertura do processo, será ela lida na hora do expediente da sessão seguinte, devendo ser eleita na mesma sessão a comissão processante, constituída por 1/4 da composição do Senado. À comissão processante compete realizar as diligências necessárias relativas à imputação feita ao Presidente da República, devendo observar o princípio do contraditório e da ampla defesa. Se a comissão decidir pela procedência da imputação, concluirá os trabalhos com a apresentação de libelo acusatório. A defesa será intimada para contestar o libelo. O julgamento será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. A condenação somente poderá ser proferida se, em votação nominal, 2/3 dos senadores se manifestarem nesse sentido (MENDES, 2012: 1287)

Cabe lembrar que o que vincula é a obrigatoriedade de analisar e não de condenar. É perfeitamente possível que não haja condenação por parte do Senado. O que os senadores não podem fazer é simular que o processo não existe, deixando de analisá-lo por critérios de conveniência e oportunidade.

O julgamento no Senado é repleto de peculiaridades. A primeira é que o presidente da sessão de julgamento é o presidente do Supremo Tribunal Federal. Vemos, assim, a criação de uma *sessão híbrida*, pois há a junção de membros do Poder Legislativo – os próprios senadores – a um membro do Poder Judiciário – o ministro que preside o STF. Além disso, nos termos do art. 68 da lei do *impeachment*, o julgamento será da seguinte forma: o presidente do STF irá perguntar aos senadores que responderão “sim” ou “não” à seguinte pergunta por ele enunciada: “cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?”.

O *quorum* necessário para o deferimento do *impeachment* é de 2/3 (dois terços) dos senadores, ou seja, 54. Durante o trâmite do julgamento, o Presidente da República *ficará suspenso de suas funções*, podendo retomá-las caso transcorra o prazo de 180 (cento e oitenta) dias sem a conclusão do processo. Mas *isso não o impede de ser condenado*, afinal o processo continua tramitando. A diferença é que, enquanto isso, o Presidente da República desempenhará suas atribuições normais.

Iniciado na Câmara dos Deputados – onde é feito o juízo de admissibilidade -e concluído no Senado Federal – onde é realizado o julgamento de fato, sob a condução do Presidente do STF (Supremo Tribunal Federal) -, o impeachment traz

consigo uma questão interessante relacionada à possibilidade de substituição do Presidente da República e como o povo interferirá nesse processo. Essa possibilidade está intimamente ligada ao momento do mandato no qual eventualmente houver a decretação do *impeachment*.

Naturalmente o sucessor do Presidente da República é o seu vice. Logo, havendo sanção de *impeachment* do Presidente, quem assume o cargo é o seu vice (art. 79 da CF/88). O problema é quando o vice fica impossibilitado de assumir o cargo vacante. Caso não seja possível por fatores temporários, assumirá provisoriamente algum dos legitimados na linha de sucessão presidencial.

As sanções decorrentes da decisão de procedência do *impeachment* (perda da função e inabilitação por 08 anos para o exercício da função pública) estão dispostas no art. 86 e no parágrafo único ao art. 52, ambos da Constituição Federal. A perda da função prevista aqui não se confunde com a inelegibilidade, pois a

Inabilitação é a situação jurídica daquele que foi condenado em processo de apuração de crime de responsabilidade, também chamado de Impeachment. Trata-se de um fenômeno jurídico diverso da Inelegibilidade. Nesta o pré-candidato é considerado inapto para assumir uma função pública eletiva assim, o que se impede é que o indivíduo venha a ser eleito. Naquela, por expressa menção constitucional, artigo 52, caput, inciso I e parágrafo único, a intenção não é a de vedar o acesso ao cargo, como naquela, e sim não permitir o exercício de função pública por determinado período. Além

de não poder exercer cargo eletivo haverá a impossibilidade de, por exemplo, ser jurado em Tribunal do Júri, exercer cargo em comissão (Secretário Municipal, Secretário Estadual, Ministro de Estado)⁹⁰.

Poderão representar provisoriamente a Presidência da República, nos termos do *caput* do art. 80 da Carta Magna, o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Outra questão de suma importância para essa substituição, conforme já dito, é o momento em que o *impeachment* é sancionado. Se ocorrer durante os primeiros dois anos do mandato presidencial, haverá *eleições diretas*. Já no caso de haver a sanção nos dois últimos anos de mandato, haverá *eleição indireta* sob a incumbência do Congresso Nacional.

No mais, cumpre ressaltar que o *modus operandi* de tal procedimento com relação ao Presidente da República deve ser obrigatoriamente observado mesmo quando da sua instauração contra personagens que não ocupem o maior cargo do Poder Executivo nacional. Isso significa dizer que o rito aplicável ao Presidente da República deve ser, da mesma forma, seguido em eventuais procedimentos de *impeachment* instaurados contra os demais agentes públicos passíveis do cometimento de crime de responsabilidade, ressaltando-se, claro, a simetria constitucional de acordo com o ente da Administração Pública direta em que

⁹⁰ KHAMIS, Rogerio Braz Mehanna. Efeitos da inabilitação no impeachment. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3461, 22 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23274>>. Acesso em: 5 set. 2015.

eles exercem suas atividades⁹¹. Entretanto, entendeu o STF com base na mesma simetria que não cabe às assembleias legislativas o julgamento dos governadores por crime de responsabilidade, devendo esse julgamento ser feito por um tribunal especial (ADI 4791). Há divergência na doutrina quanto ao posicionamento adotado pelo STF, no sentido de defender a autonomia das assembleias legislativa na auto-organização da Constituição Estadual⁹².

4. O Polo Passivo no Procedimento de *Impeachment*

Assim como em qualquer outra demanda, o procedimento do *impeachment* possui polo ativo e polo passivo – em que pese a maioria da doutrina não fazer uso dessa denominação de caráter

⁹¹ MARCARENHAS (2010: 26) demonstra com maestria o que é o princípio da simetria constitucional: “*Este princípio postula que haja uma relação simétrica entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas nas Constituições Estaduais, e mesmo Municipais. Isto quer dizer que no sistema federativo, ainda que os Estados-Membros e os Municípios tenham capacidade de auto organizar-se, esta auto-organização se sujeita aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal*”. Dessa forma, o procedimento descrito na Constituição Federal de 1988 é parâmetro para os entes federados em todos os níveis, cabendo a eles adequar o procedimento descrito para o julgamento do Presidente para julgar os demais agentes passíveis do *impeachment*.

⁹² MORAES (2014: 601), ilustre constitucionalista contemporâneo, diverge nesse entendimento no sentido afirmar que a Constituição de cada Estado fixará a competência para o processo e julgamento do governador de Estado por crime de responsabilidade, no exercício de sua autonomia de auto-organização política.

processual. Não se pode fugir do fato de que o *impeachment* possui caráter eminentemente processual, apesar da natureza jurídica da sanção emanada não possuir caráter penal ou civil, mas *político*.

Talvez essa seja mais uma das diversas peculiaridades que permeiam esse processo. Tanto é que o processo de *impeachment* encaixa-se perfeitamente no conceito de processo dado por CHIOVENDA (2000:59) concernente à sua função pública: “A função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela”. No caso em tela, pode-se defender o bem da vida sob diversas argumentações pautadas no art. 85 da CF/88 c/c a regulamentação oriunda da lei 1.079/50.

Com base na carta magna e na respectiva lei que regulamentou as hipóteses de incidência dos chamados crimes de responsabilidade, encontramos alguns potenciais autores que podem figurar no polo passivo de uma demanda de *impeachment*, uma vez que a própria lei elenca-os como potenciais responsáveis por crime de responsabilidade.

A primeira possibilidade, claramente estampada na CF/88, é o presidente figurar como demandado num processo de *impeachment*. Aliás, essa é a possibilidade mais recorrente e consequentemente mais conhecida – tendo em vista que na história recente do Brasil um presidente foi condenado num processo de *impeachment*, o ex-presidente Fernando Collor de Mello. Além disso, toda a sistemática trabalhada pela Constituição Cidadã de 1988 gira em torno da eventual possibilidade de o Presidente da República ser réu de *impeachment*. Talvez por isso imagine-se que ele seja o único agente político que se possa condenar ao *impeachment*.

Todavia, o Presidente não é, apesar de receber grande ênfase e cuidado em sede constitucional, o único agente político passível de uma condenação oriundo do processo aqui analisado. Consta expressamente, na Lei 1.079/50, em seu art. 75, capítulo um, título único, parte quarta, a possibilidade de governadores e secretários de Estado serem passíveis de sanção decorrente do cometimento de crime de responsabilidade⁹³. Logicamente que, por questão de simetria constitucional, a sistemática será um pouco diferente da utilizada para com o Presidente. A casa julgadora, para o governador, é a assembleia legislativa de seu respectivo Estado.

Além do Presidente da República e seu vice, Governador do Estado ou do Distrito Federal e dos Ministros de Estado, podem figurar no polo passivo os Ministros do Supremo Tribunal Federal. É o que consta no art. 39 da Lei 1.079/50. Neste caso as hipóteses de crime de responsabilidade são diferentes: 1- Quando alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 – Quando proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 – Quando exercer atividade político-partidária; 4 - Ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 – Quando proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções.

O Procurador Geral da República também pode figurar como réu no processo de *impeachment*. As hipóteses estão descritas no art. 40 do referido diploma legal e assemelham-se às do STF. A peculiaridade neste caso é que as disposições aplicam-se tanto para o Advogado-Geral da União quanto para Procuradores-Gerais do

⁹³ Art. 75. É permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembleia Legislativa, por crime de responsabilidade.

Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (Art. 40 –A, II, da Lei 1.079/50).

Existe também a possibilidade de o Prefeito ter seu mandato cassado em decorrência de *impeachment*. A fundamentação decorre do Decreto-lei 201/1967 que disciplina as infrações político-administrativas que ensejam tal sanção⁹⁴. Assim como no caso do Governador, por simetria constitucional, obviamente o *impeachment* do Prefeito não é

-
- ⁹⁴ (i) Impedir o regular funcionamento da Câmara;
- (ii) Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;
- (iii) Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informação da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;
- (iv) Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade;
- (v) Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo e em forma regular, a proposta orçamentária;
- (vi) Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro;
- (vii) Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;
- (viii) Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do município, sujeitos à administração da Prefeitura;
- (ix) Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara de Vereadores;
- (x) Proceder de modo incompatível com a dignidade ou o decoro do cargo.

analisado pela Câmara dos Deputados e julgado pelo Senado. O procedimento ocorre na Câmara Municipal do respectivo Município. A exigência de 2/3 (dois terços) dos membros está mantida, a diferença aqui é que há uma comissão formada por 3 (três) vereadores desimpedidos – sem relação com o prefeito – que conduzirá os trabalhos até a sessão de julgamento. Além disso, a diferença aqui também reside no prazo, que é de 90 (noventa) dias para ser concluído, sob pena de arquivamento.

5. Casuística dos Membros do Poder Legislativo: (im)possibilidade

Concernente às hipóteses já estudadas até aqui, percebe-se que, dentre os potenciais réus do processo de impeachment, fora os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procuradoria-Geral da República, Advocacia-Geral da União e procuradores em geral, todos os demais são agentes políticos, especificamente membros do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Até o presente momento, abordamos a casuística acerca da possibilidade de *impeachment* em detrimento de membros do Poder Executivo, do Judiciário e dos Ministros. Uma questão que se põe recorrentemente diz respeito à possibilidade de *impeachment* de componente do Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, seja Presidente da Câmara dos Deputados ou apenas deputado, seja senador ou Presidente

do Senado, ou seja, vereador, todos, juntamente com os representantes do Poder Executivo em todas as esferas, são espécies do gênero agente político, isto é, enquadram-se nas mesmas qualificações do regime administrativo como representantes do povo e, conseqüentemente, da coisa pública. De acordo com a lição do eminente administrativista José do Santos Carvalho Filho, agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São esses agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins⁹⁵. Com esse conceito em mente, não restam dúvidas de que todos os detentores de mandato eletivo são agentes políticos, independentemente de comporem o Poder Legislativo ou Executivo.

Com base nessa premissa, todos os agentes políticos figuram no mesmo plano organizacional do regime jurídico administrativo. Além disso, se são representantes da vontade popular, é necessária – para todos, não só do Poder Executivo, mas também do Legislativo – a fiel observância aos princípios da probidade, da supremacia do interesse público sobre o privado e também da indisponibilidade do interesse público, sob pena de responsabilização. Tal afirmação é bem simples e não exige grandes esforços intelectuais para que seja compreendida. Ocorre que o legislador constitucional fez uma pequena diferença entre a responsabilização do membro do Poder Legislativo em

⁹⁵ Manual de Direito Administrativo, 2015:612.

relação ao membro do Poder Executivo, dando respaldo ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

As hipóteses de perda do mandato por parte de deputado e senador estão previstas nos arts. 54 e 55 da Constituição Federal⁹⁶. Dentre as hipóteses elencadas, percebe-se uma semelhança muito grande entre as situações deflagradoras do processo de *impeachment* para representantes do Poder Executivo, a exemplo do caso previsto no inciso III do art. 55, da Constituição Federal, que versa sobre a perda do cargo em decorrência de procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar. Contudo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que parlamentar não pode ser passível de procedimento de *impeachment* sob os seguintes argumentos:

Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto

⁹⁶ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de *impeachment* exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar⁹⁷.

Dessa forma, entendeu a Corte Suprema que há um juízo censório próprio e específico para o caso dos parlamentares, não havendo que se falar em *impeachment* em relação aos atos por eles cometido, os quais, caso fossem cometidos pelos representantes do Poder Executivo da União, Estados, DF e Municípios, poderiam ensejar a instauração do procedimento ora analisado. Contudo, afirmar que há um juízo censório próprio e específico para os parlamentares significa dizer que há um processo político de responsabilidade.

Neste sentido:

A afirmativa de que os Parlamentares já possuem juízo censório próprio e específico é reconhecer que os Parlamentares sofrem processo político de responsabilidade, em que se profere um juízo político, consistente em tirar do poder o membro que trair a confiança do povo. O juízo censório é o procedimento de apuração e julgamento do Crime de Responsabilidade

⁹⁷ Pet 3923 QO/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJE 26/9/08

praticado pelo Parlamentar. (...) Apesar do *impeachment* ter sido usado, conforme tradições históricas, para afastar do cargo membros do Poder Executivo, não há impedimento jurídico para estender seu uso para outros agentes políticos, desde que estejam configurados os elementos caracterizadores do Crime Responsabilidade⁹⁸.

O STF, entendendo que somente pelo fato de se ser parlamentar e de historicamente o instituto ser usado contra representantes do Poder Executivo e seus Ministros, sedimentou a impossibilidade de *impeachment* neste caso, tendo em vista haver um procedimento específico para a solução desse imbróglio.

Saliente-se que é perfeitamente possível que um parlamentar cometa qualquer das hipóteses elencadas como passíveis de instauração de um processo de *impeachment*. No próprio julgamento que versou acerca da matéria, o principal argumento foi a utilização frequente do instituto para impugnar mandatos de membros do Poder Executivo, sendo que isso, *data venia*, não é, ou não deveria ser, óbice para o seu uso também no Legislativo.

Porém, não se pode negar que surgiriam alguns impasses caso se permitisse a instauração do procedimento de *impeachment* contra parlamentares. O primeiro consta no fato de que são os próprios parlamentares que fazem o papel de julgadores do processo aqui analisado. Mas, se fosse por isso, não haveria porque se permitir que o presidente do Supremo Tribunal Federal

⁹⁸ MESSA, Ana Flávia. Crimes de responsabilidade do parlamentar. Disponível em <<http://anamessa2.jusbrasil.com.br/artigos/121944203/crimes-de-responsabilidade-do-parlamentar>>. Acesso em: 06 set. 2015.

figurasse como presidente da sessão de julgamento do processo, uma vez que ele poderia ser réu da demanda, tendo em vista a possibilidade de Ministro do STF ser alvo de *impeachment*.

No entanto, mesmo sendo um alvo em potencial, não há óbice na Constituição proibindo o Presidente do Supremo de homologar a decisão proferida pela sessão que ele presidiu. Se fosse o caso, a declaração de impedimento de parlamentares que possuíam relação com o parlamentar demandado resolveria o problema da impossibilidade de ele ser passível de *impeachment*. Até porque isso já é usado nas demais demandas processuais para assegurar a imparcialidade do julgamento e a soberania dos vereditos.

6. Considerações Finais

O processo de *impeachment* é repleto de peculiaridades que vão desde o início até o seu desfecho, começando pela permissibilidade de concessão para todo cidadão brasileiro o direito de propor a expulsão do mau administrador da coisa pública, acertou o legislador constituinte –conclamando algo semelhante ao acesso à Justiça que vemos nas demandas processuais do Poder Judiciário. Aqui, a natureza jurídica da decisão é política, que não obsta a aplicação das sanções diversas que foram cabíveis ao caso concreto. Aliás, falando em caso concreto, o processo de *impeachment* teve seu início em terras anglo-saxônicas seguidoras do sistema jurídico do *common law*, que justamente “cria” o Direito a partir do caso concreto, sem a necessidade de lei prévia para tanto.

Analisando a questão histórica de tal instituto, percebe-se o quanto a sociedade como um todo vem se esforçando para produzir meios de combate à corrupção. Não é fácil concretizar esse objetivo, que muitas vezes aparenta ser uma utopia social. Contudo, o processo de *impeachment* veio ao menos para mitigar a corrupção dentro do meio dos administradores da coisa pública, especificamente os agentes políticos, Ministros de Estado e também os componentes da mais alta corte da jurisdição nacional.

Além da nítida extensão de abrangência, o processo de *impeachment* cria uma espécie de tribunal híbrido, apesar da natureza de a sanção ser nitidamente política. Esse “tribunal” guarda a particularidade do fato de que há uma verdadeira *junção dos Poderes* Legislativo e Judiciário, sendo que nitidamente a influência maior em todo esse trâmite é do Poder Legislativo, tendo em vista ser o único dos três poderes que detém o poder de voto e, conseqüentemente, de decidir a demanda política no caso concreto.

Através do simplório cotejo analítico aqui realizado, percebe-se que, apesar de a Constituição Cidadã de 1988 possuir um carinho especial pelo *impeachment* do Presidente da República, este não é único agente político passível dessa sanção; todos os demais chefes do Poder Executivo também o são, observadas as particularidades de cada cargo, como no caso na sessão de julgamento (Senado, Assembleia e Câmara, respectivamente). Isso sem contar os membros do Poder Judiciário, os Ministros de Estado e membros da Advocacia Pública, nos limites de seus atos.

Entretanto, apesar de abrangente, não há que se falar em *impeachment* contra parlamentar, pelo fato de que este não comete crime de responsabilidade, nestes moldes, pelo menos de acordo com a aludida jurisprudência do STF. Nota-se que o Pretório Excelso valorizou bastante a questão do contexto histórico-social no qual o *impeachment* está inserido. De fato, no decurso da História, vem sendo um instrumento utilizado principalmente para o combate de membros do Poder Executivo que, com seus atos, afastavam-se do interesse público. Todavia, é de suma importância salientar que o fato de o Supremo afastar a tese de *impeachment* em relação aos parlamentares não implica necessariamente o prestígio da impunidade de tais agentes públicos. O que ficou decidido pelo STF é que a punição, para os parlamentares, segue procedimento específico diverso do que estamos analisando neste trabalho, conforme previsão do art. 55 da Carta Magna.

Ocorre que, juridicamente, com base nas hipóteses de incidência de *impeachment* para os membros do Executivo e a semelhança delas com as hipóteses de responsabilização dos parlamentares, há que se questionar o posicionamento do STF, tendo em vista a posição isonômica dos agentes políticos em nível hierárquico. O mero fato de historicamente o *impeachment* ter sido um trunfo político pertencente ao Poder Legislativo não gera impedimento absoluto de sua aplicação para os próprios membros do Poder Legislativo, uma vez que a aplicabilidade do *impeachment* poderia servir como meio de repressão contra atitudes ímprobas por partes dos responsáveis pela confecção da lei, principal instrumento do operador do Direito, e meio de resguardo de Direitos e deveres de toda a sociedade.

A problemática consta também no fato de que a punição com base no art. 55 da Constituição Federal acarreta a perda do mandato, enquanto *o impeachment* acarreta tanto a perda quanto a inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de 08 (oito) anos. Não estamos diante de uma analogia *in malam partem* em potencial, pois não estamos encarando a questão sob a ótica criminal, mas administrativa – em que a Administração Pública possui prerrogativas, como a desigualdade entre as partes e a supremacia do interesse público sobre o particular. Partindo dessa ótica, não há óbice de sua aplicação, mas uma verdadeira necessidade de mudança de paradigmas. A questão é que para efetivar a punibilidade nesses moldes, são os próprios futuros sentenciados que deverão aprovar a mudança legislativa que em tese exigirá mais transparência de atuação em decorrência da penalidade imposta como meio coercitivo em prol da coisa pública. O problema maior talvez resida neste ponto, uma vez que precisamos, a todo momento, amadurecer nossa consciência política, moral e ética.

Referências

Barroso, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. Campinas (SP): Bookseller, 2000.

- CUNHA, Fernando Whitaker. O poder Legislativo e o “impeachment”. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 116, out./dez. 1992.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FILLHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: 2010.
- MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- RICCITELLI, Antônio. **Impeachment à brasileira**: instrumento de controle parlamentar? Barueri: Minha Editora, 2006.
- STF reafirma rito aplicado ao processo de impeachment de Fernando Collor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

O Vadio do Século XIX: um Indivíduo Desviante

The 19th Century “Bum”: a Deviant Individual

*Cesar Henrique Ferreira Lima*⁹⁹

*Ketlyn Chaves de Souza*¹⁰⁰

Resumo

O presente artigo almeja empreender uma reflexão acerca da manifestação do *ius puniendi* em relação à figura do vadio. Nesse cenário, demonstra-se fundamental investigar o contexto social e as discussões doutrinárias do período, através de fontes primárias, como os textos legais, assim como trabalhos de juristas e de cientistas sociais, que se debruçaram sobre o período do início da República no Brasil.

Palavras-chave: O Código Penal de 1890; vadiagem; ideologia da defesa social.

⁹⁹ Graduando do 4º (quarto) período em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹⁰⁰ Graduanda do 4º (quarto) período em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Abstract

The present article yearns to undertake a reflection on the manifestation of the *ius puniendi* towards the figure of the bum. In this scenery, it's essential to investigate the social context and the doctrinaire discussions of the period, through primary sources, such as legal texts and works by jurists and social scientists, who dedicated themselves to studying the period of the beginning of the Republic in Brazil.

Keywords: The 1890 criminal code; “Bummery”; social defense ideology.

1. Introdução

Deixar de exercitar profissão, ofício, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicílio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes. Pena de prisão celular por quinze a trinta dias.¹⁰¹

O tipo penal supracitado é o norte deste ensaio. Temos o objetivo de delinear a figura do vadio no sistema penal brasileiro do fim do século XIX, especialmente, no quadro instaurado pelo Código Penal de 1890¹⁰². Nesse sentido,

¹⁰¹ BRASIL. Decreto n. 847, 11 out. 1890. *Promulga o Código Penal*. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Artigo 399.

¹⁰² Com o intuito de esclarecer eventuais dúvidas, Nilo Batista expressa em sua Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro: “o primeiro código penal da república, de 1890, se chamou Código Penal, ainda que a Constituição republicana de 1891 viesse a referir-se a “direito criminal.”.

iremos traçar os motivos de o ócio tornar-se delito, a definição de quem eram os vadios, as circunstâncias sociais que influenciaram a postura repressora do Estado e a manifestação do *ius puniendi*.

Em um primeiro momento, iremos examinar a Ideologia da Defesa Social e seu embasamento teórico, marcada por uma gama de princípios. Tal corrente de pensamento foi o pano de fundo do sistema penal da Primeira República. Logo após, buscaremos investigar a construção social do delito de vadiagem, por meio de uma perspectiva interdisciplinar. Por fim, iremos analisar a tipificação do delito de vadiagem no Código Penal de 1890, a origem e classificações doutrinárias do indivíduo considerado vadio, bem como sua aplicabilidade.

Esta empreitada detém grande relevância, tendo em vista que a História do Direito Penal pode contribuir de maneira efetiva para entendermos o presente, fruto de múltiplas influências e debates teóricos travados por longos períodos, como no momento de efervescência do nascimento da República no Brasil¹⁰³.

2. A Ideologia da Defesa Social e o Vadio: a Criminalização dos Comportamentos Desviantes

Os estudos empreendidos a fim de desmistificar o fenômeno da criminalização podem ser conduzidos por

¹⁰³ CARVALHO, José Murilo de, 1939. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 17 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

diferentes matrizes teóricas. No presente ensaio, a Ideologia da Defesa Social¹⁰⁴ é o guia mais oportuno, pois é correlata ao recorte histórico a ser abordado: o vadio na nascente República brasileira.

Nesse cenário, a referida ideologia é uma lente de observação acerca das ciências criminais e dos mecanismos de sanção. Trata-se, precisamente, de uma evolução do pensamento penal que ganhou fôlego nos idos do Séc. XIX e irradiou suas ideias para diversos sistemas punitivos ocidentais.

Nessa linha, Vera Andrade assevera que a Ideologia da Defesa Social é sintetizada a partir de algumas funções da Ciência Penal¹⁰⁵, como, por exemplo, a proteção de bens jurídicos, a garantia de uma penalidade aplicada aos infratores e o controle da criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral¹⁰⁶ e especial¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Como enumera o jurista italiano Alessandro Baratta, o conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e a histórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses.

¹⁰⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003:180

¹⁰⁶ Como enuncia Cezar Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal, a prevenção geral compreende a ideia de que “*a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos.*”.

¹⁰⁷ Com relação à prevenção especial, Bitencourt assevera que “*não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.*”.

Esta análise converge diretamente com o pano de fundo das previsões do Código Penal de 1890¹⁰⁸, mais especificamente, no tipo penal de vadiagem. Desse modo, a defesa social dá-se pela criminalização dos comportamentos tidos como desviantes, em outras palavras, a sociedade empreende uma defesa frente à probabilidade de delinquência que nasce da vida ociosa. Conforme demonstra o autor Erivan Cassiano Karvat: “*a vadiagem como um fenômeno de patologia social: estado, este, que deveria ser tratado ou prevenido buscando-se com isso a manutenção da garantia da ordem e da tranquilidade social.*”¹⁰⁹

Assim, constata-se que a reação social tem origem em comportamentos que perturbariam a normalidade da vida. Por conseguinte, a postura do ordenamento, de expurgar aqueles considerados indesejados, pauta-se em critérios construídos por intermédio de análises empíricas, atreladas a construções doutrinárias e a processos judiciais¹¹⁰.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto - Lei n. 145, 11 jul. 1893. Autoriza o governo a fundar uma colônia correcional no próprio nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Paraíba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, e dá outras providências. 11 de jul. de 1893.

¹⁰⁹ KARVAT, Erivan Cassiano. *A Sociedade do Trabalho: Discursos e práticas de controle sobre a mendicidade e a vadiagem em Curitiba, 1890-1933*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 1998.

¹¹⁰ Em sua obra “Diccionario de jurisprudencia penal do Brasil”, Vicente Piragibe analisa uma série de processos judiciais de maneira detalhada, expondo a argumentação das partes e as ideias que fundamentavam suas visões acerca dos vadios. O autor atua de maneira crítica em relação ao ímpeto punitivista do período em destaque.

A Ideologia da Defesa Social almeja se estruturar como uma teoria que detém um papel justificador em face do sistema penal e, para concretizá-la, seis princípios desempenham papéis fundamentais, conforme enumera Alessandro Baratta: (I) princípio da legitimidade; (II) princípio do bem e do mal; (III) princípio de culpabilidade; (IV) princípio da finalidade ou da prevenção; (V) princípio da igualdade e (VI) princípio do interesse social e do delito natural.¹¹¹

O princípio da legitimidade afiança que o Estado, como expressão da sociedade, é legítimo para reprimir e penalizar condutas que violam bens jurídicos. Essa configuração se dá por meio de instâncias oficiais, como, por exemplo, legislação, polícia, magistratura e penitenciárias.

Desse modo, os artigos 399 a 402, do Código Penal de 1890, guardam íntima relação com o referido princípio. Em outras palavras, o Estado está legitimado a exercer o direito de punir indivíduos que infringissem a norma penal: os desviantes¹¹².

O segundo princípio, denominado princípio do bem e do mal, assegura que a sociedade é o bem, a ordem. O indivíduo que viesse a quebrar essa ordem estaria causando um mal a todo contexto social. Portanto, trata-se de um elemento negativo e disfuncional do sistema.

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2011: 42.

¹¹² BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza Xavier de Barros. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008.

Esse pensamento dicotômico expõe o cenário de rivalidade a ser construído pelos diplomas normativos, em uma verdadeira batalha: de um lado, o vadio e, do outro, a população considerada honesta. É de fundamental importância problematizar a postura do Estado.

Em muitos casos, o histórico de vida dos indivíduos enquadrados como vadios é marcado pelo abandono familiar, como também pela ausência de tutela do aparato estatal, que surge somente no instante de promover a criminalização e o expurgamento do convívio. Configura-se uma verdadeira corresponsabilidade dos detentores do Poder Político, nesta toada de negar direitos a certas camadas da sociedade, que ingressam no mundo das contravenções.

Outro princípio é o designado como culpabilidade. Tal princípio estabelece que o delito é uma atitude interna reprovável pela totalidade do contexto social, infringindo valores importantes e normas estabelecidas consensualmente para o convívio da população. Podemos relacioná-lo com a moral do trabalho, instituída pela sociedade e corrompida pelos ociosos, consoante assinalado por Vicente Piragibe:

A obrigação de trabalhar é, ao mesmo tempo, natural e social e já que, segundo as leis econômicas hodiernas, quem não trabalha ou não dispõe de meios próprios de subsistência, ou não é amparado, deve sem dúvida recorrer a expedientes e artifícios ilícitos, a falta de ocupação torna-se perigosa.¹¹³

¹¹³ PIRAGIBE, Vicente. *Diccionario de jurisprudencia penal do Brasil*. 1º Suplemento. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva, 1934, p. 147.

O quarto princípio é alcunhado de princípio da finalidade ou da prevenção. Esse princípio determina que a pena deve ter como escopo a função de prevenir o crime e não apenas reprimi-lo. O princípio comina numa prevenção contra acontecimentos a serem verificados no tempo futuro. Seria, na verdade, uma contramotivação ao delito. Essa visão reflete diretamente na geração de um forte medo, por parte das pessoas consideradas comuns e uma constante perseguição das forças do Estado em relação àqueles que não trabalhavam.

Já o princípio da igualdade estabelece que a lei penal é igual para todos e, por conseguinte, a reação penal se aplica de modo igual aos infratores. No entanto, ao tratar-se de vadiagem, percebemos justamente o oposto, ou seja, a lei penal não é igual para todos, trata-se concretamente de um mito. O *status* de criminoso é desigualmente distribuído entre os indivíduos. Em poucas linhas, o João Viera de Araújo demonstra: “o simples parasitismo dos ricos, dos doentes, dos inaptos, dos desocupados sem culpa própria não pode ser punido.”¹¹⁴

Por fim, o princípio do interesse social explicita que os tipos penais protegem valores considerados essenciais a uma sociedade. Dessa forma, o delito representa uma ofensa a esses valores e, conseqüentemente, ao bem-estar de todo o convívio social. Vale destacar que há também delitos artificiais que são aqueles que violam certo arranjo econômico e político. Em consonância com os dizeres do criminólogo Alessandro

¹¹⁴ ARAUJO, João Vieira de, 1844. *O código penal interpretado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004: 395.

Baratta, a reação da sociedade revela-se dirigida à reprovação do comportamento classificado desviante e à reafirmação dos valores compartilhados.

Diante dessa forte carga principiológica, verifica-se uma suposta proteção social e, por conseguinte, é interessante estabelecer uma crítica à utilização do Direito Penal que se legitima por meio da ideologia da defesa social:

A defesa social reivindica o mérito de haver liberado a política criminal das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e míticas e de havê-la reconduzido a uma prática científica através da qual a sociedade se defende do crime. A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade.¹¹⁵

3. A Construção Social do Delito de Vadiagem na Primeira República

O estudo do fenômeno da vadiagem, do fim do séc. XIX e das duas primeiras décadas do séc. XX suscita uma série de questionamentos. Como, por exemplo, os motivos de o ócio tornar-se delito, a definição de quem eram os vadios, as diversas classificações doutrinárias, as circunstâncias sociais que influenciaram a postura repressora do Estado e as sanções aplicadas.

¹¹⁵ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira. Op., cit.: 282

O fim da monarquia e o advento do regime republicano promoveram transformações em diferentes esferas da sociedade brasileira¹¹⁶. Especialmente, no âmbito da transição do uso de mão de obra escrava para o trabalho livre. Sob esta ótica, há uma relação direta com a construção de uma suposta cidadania, que leva em consideração, preponderantemente, a atuação do indivíduo enquanto trabalhador. Consoante observa Erivan Karvat:

O regime político que se instituiu no Brasil, a partir de 1889, se assentou sobre a representação do homem livre, ou seja, do trabalhador, aquele que era – por sua ocupação – cidadão. A cidadania assim tornava-se uma consequência do ingresso do homem livre no mundo do trabalho.¹¹⁷

Essa lógica está inserida em um projeto político mais amplo de empreender a ordem a qualquer custo, em vista da obtenção do progresso¹¹⁸. Nessa conjuntura, o alcance da ordem

¹¹⁶ É de fundamental importância fazer a ressalva de que a despeito das inúmeras transformações geradas pela transição política vivenciada no Brasil, certas características se mantiveram. Dessa forma, em especial, a imensa desigualdade social, que, a partir desta mudança, passara a atingir os trabalhadores livres, camada composta essencialmente por negros libertos e imigrantes. Este quadro é constatado pelas autoras Lilia Schwarcz e Heloisa Starling na obra “Brasil: uma biografia.”

¹¹⁷ Cf. KARVAT, Erivan Cassiano. Op., cit.: 36.

¹¹⁸ CARVALHO, José Murilo de, 1939. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

social perpassa pela criminalização do indivíduo avesso ao trabalho, por meio da configuração de um verdadeiro inimigo da sociedade.

Conseqüentemente, o progresso econômico seria fruto da convergência de esforços, reflexo de homens disciplinados, de modo que os indivíduos que não se enquadravam nesse modelo praticavam a contravenção¹¹⁹ de vadiagem e deveriam ser corrigidos. A imposição das atividades laborativas se manifestava como um componente essencial ao projeto ordeiro. Nesse sentido, como enuncia Ary Franco: *“É fora de dúvida que à sociedade assiste o direito de impor aos seus membros o dever de trabalhar, não só para sua conservação e bem estar, como também para benefício de sua pátria”*.¹²⁰

O apontamento do jurista reflete uma visão permeada pela moral do trabalho do período em destaque, pautada no labor como obrigação, um dever social¹²¹. Quem

¹¹⁹ O Código em análise positivou o conceito de contravenção em seu artigo 8º, como se lê: *“contravenção é o facto voluntario punível que consiste unicamente na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos.”* Nas palavras de Galdino Siqueira: *“Na contravenção o que se exige é que o agente tenha agido voluntariamente, isto é, sem coacção mechanica ou psycho-physica, sem necessidade de indagar se tinha intuito de violar o preceito legal.”*

¹²⁰ FRANCO, Ary de Azevedo. *Aspectos legais e sociaes da contravenção de vadiagem*. Rio de Janeiro: Editora Coelho Branco F. 1930: 9.

¹²¹ Como expressa de forma contundente Erivan Karvat: *“O trabalho é um dever social. Os que vivem sem trabalhar são parasitas mórbidos, que usurpam aos outros homens uma parte de seu labor comum. A mais justa fórmula da moral social ordena imperativamente: “quem não trabalha não come.”*

não conquistava um ofício contravertia o sistema e, por conseguinte, era marginalizado¹²².

Curiosamente, o sujeito ativo do delito de contravenção detinha como traço característico a condição econômica deficitária, compondo uma legião de empobrecidos, alçados à condição de protagonistas dos processos de criminalização. Dessa forma, o Direito Penal mostra sua postura anti-isonômica e as palavras da professora Vera Malaguti Batista confirmam esse raciocínio:

No Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas. O ordenamento introduzido pela escravidão na formação socioeconômica sofre diversos abalos a qualquer ameaça de insurreição. O fim da escravidão e a implantação da República (fenômenos quase concomitantes) não romperam jamais aquele ordenamento. Nem do ponto de vista socioeconômico, nem do cultural. Daí as consecutivas ondas de medo de rebelião negra, da descida dos morros. Elas são necessárias para a implantação de políticas de lei e ordem. A massa negra, escrava ou liberta, se transforma num gigantesco Zumbi que assombra a civilização; dos quilombos ao arrastão nas praias cariocas.

¹²² Ao refletir sobre o contexto verificado na Primeira República, Sidney Chalhoub expõe: “*sobre o antagonismo trabalho assalariado versus capital que se erguerá o regime republicano fundado em 1889, regime este que tinha como seu projeto político mais urgente e importante a transformação do homem livre – fosse ele o imigrante pobre ou o ex-escravo – em trabalhador assalariado.*”.

A criminalização da vadiagem empreendida na Primeira República refletia um tratamento desigual dirigido aos indivíduos, fruto, principalmente, da gigantesca disparidade socioeconômica¹²³. Assim, para os mais abastados, o não exercício de atividades laborais não culminava em sanções penais. Em casos mais extremos, seria possível apontar apenas a existência de sanções de cunho moral. Em contrapartida, os mais pobres sofriam as penas cominadas pelo tipo.

Os escravos, libertos pela Lei Áurea, se tornaram os principais alvos da legislação criminal e, por conseguinte, do poder de polícia, marcado por uma forte truculência e desrespeito a qualquer garantia do indivíduo considerado criminoso. A condição de liberto convergia, na maioria dos casos, com cenários de pobreza extrema e falta de direitos mínimos para a sobrevivência.¹²⁴

A construção desse quadro expressa um comprometimento histórico e evidente com a definição do pobre como um alvo social¹²⁵, exacerbando as condições de vulnerabilidade vividas

¹²³ Nas palavras de Sidney Chalhoub, em seu trabalho “Trabalho, lar e botequim”: “o corpo dos despossuídos, pois estes, ao serem estigmatizados pelas autoridades policiais e judiciárias como “vadios”, “promíscuos” ou “desordeiros”, podem ser arremessados, repentinamente, ao xilindró, onde seriam supostamente “corrigidos” – vale dizer, transformados em trabalhadores, por mais inverossímil que isto possa parecer.”.

¹²⁴ Como expressa Sidney Chalhoub em sua obra “Medo branco de almas negras: escravos e republicanos na cidade do Rio”: “O fato é que os primeiros governos republicanos só souberam exibir truculência e intolerância em relação à cidade negra.”.

¹²⁵ O pobre, vítima das mais variadas sanções sociais, também figurava como o protagonista dos processos de criminalização.

por essa camada da população. O delito está relacionado à produção de riquezas, ao trabalho e à ocupação do tempo de forma produtiva, o que, por conseguinte, afastaria o uso ilícito da liberdade.

Nesse cenário, a contravenção de vadiagem era caracterizada como uma verdadeira porta de entrada no âmbito da criminalidade. Desse modo, o vadio seria um criminoso em potencial, apontado pelo aparato estatal como uma ameaça ao convívio, um perigo ascendente para a sobrevivência pacífica da coletividade. Conforme enumera Waldyr de Abreu: *“pune-se o estado perigoso, o sistema de vida insólito, que ameaça o meio social. (...) Ele é nocivo socialmente, sempre na iminência de praticar delitos menores e, por vezes, dos mais graves.”*¹²⁶

Por último, é interessante trazer à baila as palavras do jurista Vicente Piragibe, que, em seu dicionário de jurisprudência penal do Brasil, expõe que *“o que a lei reprime na vagabundagem é a adoção voluntária de um gênero de vida socialmente perigoso”*¹²⁷. Consequentemente, expurgar essa figura se apresentava como o objetivo principal desse forte ímpeto criminalizante manifesto no nascente Brasil republicano. Outrossim, a utilização de mecanismos abusivos, por parte das forças estatais, não se revelava incomum; a arbitrariedade era a regra geral, infelizmente.

¹²⁶ ABREU, Waldyr de. *O submundo do jogo de azar, prostituição e vadiagem: aspectos jurídicos, sociais e psicológicos*. 2 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1984: 161.

¹²⁷ Cf. PIRAGIBE, Vicente. Op., cit.: 144.

4. Viés Jurídico do Personagem Desviante: origem e classificações

Como já abordamos, a proclamação da República trouxe consigo profundas modificações, inclusive no cenário do exercício do *ius puniendi*. É essencial ressaltar que essas novas ideias influenciaram manifestamente o legislador penal, no processo de tipificação dos delitos.

O Código Penal de 1890 mergulhou no projeto de instituição da ordem empreendido pela República positivista. Em consonância com esse raciocínio, é fundamental observar as previsões legais da compilação em destaque, especialmente, os artigos que abordam a questão da vadiagem.

A figura do vadio, além de construída no ambiente histórico e social, passara a contar com uma disciplina legal rígida e comprometida com a repressão. Do artigo 399 a 401¹²⁸ nota-

¹²⁸ “Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de ocupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:

Pena de prisão cellullar por quinze a trinta dias.

§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tresannos, a coloniaspenaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.

se uma empreitada no sentido de criminalizar aqueles que não trabalham.

Contudo, é fundamental perceber que o próprio código enumera alguns elementos para que o indivíduo seja considerado um vadio. Sendo assim, é preciso executar a observância dos requisitos, embora eles possuam certa vagueza e abarquem uma série de polêmicas quanto à aplicação. São eles (I) falta de domicílio; (II) não possuir meios de subsistência; (III) não exercer profissão, officio ou qualquer mister em que ganhe a vida.

O primeiro requisito, enumerado no caput do artigo 399 do Código Penal de 1890, é a falta de domicílio. Para a maior parte dos doutrinadores do período, como João Vieira de Araújo e Galdino Siqueira, a ausência de um local para viver, de um espaço físico, seria o fator preponderante para a classificação da pessoa como vadia. João Vieira de Araújo, ao empreender comentários aos dispositivos do referido código, deixa claro que o termo domicílio não é utilizado em sua acepção técnica, típica da seara do Direito Civil, mas sim por meio de uma constatação fática. Em suas palavras, “*é um facto que serve de garantia à ordem pública.*”¹²⁹.

Paragraphounico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.

Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente aquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.

Paragraphounico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.”

¹²⁹ Cf. ARAUJO, João Vieira de, 1844. Op., cit.: 393.

Como segundo requisito, é possível indicar a ausência de meios para garantir a própria sobrevivência, atrelada a necessidades básicas, como a alimentação. Sob essa ótica, aquele que possuía trabalho não teria necessidade, para viver, de se apropriar dos bens de outras pessoas, ou seja, o meio indicado seria a execução, especialmente, de atividades laborais. É de fundamental importância recordar que certa parcela da sociedade vivia de heranças familiares, fortunas deixadas por seus ascendentes. Aqueles, embora não trabalhassem, detinham meios de subsistência próprios, não podendo ser enquadrados como violadores da legislação do período.

Em terceiro lugar, figura o não exercício de profissão ou ofício que pudesse estruturar-se como meio de sustento. Há uma visão unânime, dos juristas do período, de que as atividades desempenhadas não poderiam ser proibidas pelo ordenamento jurídico, caso contrário, o indivíduo poderia ser alvo da tipificação da vadiagem, se houvesse o acúmulo dos demais requisitos, com o exercício de ofício defeso em lei.

Importante salientar que a imposição, já enunciada, de que o trabalho seria um mecanismo que traria dignidade ao homem, seguindo a lógica de que apenas por intermédio das suas próprias forças seria possível conquistar as fontes mais básicas de subsistência, influenciou diretamente a adoção desse último elemento do caput do artigo 399 do Código Penal.

A pena consistia em privação da liberdade com trabalhos forçados e, mesmo após o seu cumprimento, o infrator ainda ficava vinculado ao processo anterior, porque nele firmara o

compromisso de não mais vadiar – frequentemente descumprido, diga-se.

As sanções eram aplicadas nas Colônias Correcionais, sendo a mais famosa delas a Fazenda da Boa Vista, localizada no Paraíba do Sul.¹³⁰ Não havia uma preocupação em reinserir o indivíduo na sociedade, por meio da oferta de empregos. Construía-se um estigma muito forte em relação às pessoas tidas como vadias. A visão pessimista acerca dos mecanismos de sanção é representada pela fala de Vicente Piragibe:

condemnado, vae para a Colonia, onde nada aprende, onde nada ganha, para voltar, pouco depois, industriado no vicio e de antemão indicado a regressar á Colonia distante. Essas idas e vindas, essas entradas e saídas no presídio se repetem por cinco, dez, quinze e mais vezes.¹³¹

5. Considerações Finais

Ao longo deste breve trabalho, ficou evidente que o ilícito de vadiagem consiste em um mecanismo de controle do Estado sobre a liberdade do indivíduo. Sendo assim, a Ideologia da Defesa Social proporcionou um norte eficiente para o intento analítico.

¹³⁰ O Decreto nº 145, de 11 de jul. de 1893 regulamentou a Colônia Correcional da Fazenda da Boa Vista apresentando as regras para a disciplina dos apenados, como também regramentos para os funcionários que compunham a estrutura da colônia.

¹³¹ Cf. PIRAGIBE, Vicente. op., cit.: 179.

Nesse sentido, a sociedade por meio de um projeto de instituição da ordem e o anúncio do progresso expurgara ferozmente os infratores. Sob essa ótica, o delito está relacionado à produção de riquezas, ao trabalho e à ocupação do tempo de forma produtiva, o que, por conseguinte, afastaria o uso ilícito da liberdade.

Os principais alvos do ímpeto criminalizante, relegados a uma condição de subcidadania, eram excluídos das garantias essenciais para a subsistência, exceto das manifestações estatais que ocorriam por intermédio das sanções penais.

Dessa forma, percebe-se que a visão de que o Estado possui duas faces diferentes, uma voltada para os mais pobres e outra, para os setores sociais mais abastados, manteve-se ao longo do tempo. O presente, de alguma maneira, repete o passado, em suas raízes mais profundas no âmbito da desigualdade e da repressão.

Referências

ABREU, Waldyr de. **O submundo do jogo de azar, prostituição e vadiagem:** aspectos jurídicos, sociais e psicológicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, João Vieira de, 1844. **O código penal interpretado.** Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ICC, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, mar. 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza Xavier de Barros. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Decreto - Lei n. 145, de 11 de julho de 1893**. Autoriza o governo a fundar uma colônia correccional no próprio nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Paraíba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, e dá outras providências. 11 de julho de 1893. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi / José Murilo de Carvalho. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

_____. 1939. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CHALHOUB, Sidney. Medo Branco de Alma Negra: Escravos, Libertos e Republicanos na Cidade do Rio de Janeiro. *In: Revista Brasileira de História*, ANPUH, São Paulo, v. 8, n. 16, mar./ago. 1988.

_____, **Trabalho, lar e botequim**: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da *belle époque*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2001.

FRANCO, Ary de Azevedo. **Aspectos legais e sociais da contravenção de vadiagem**. Rio de Janeiro: Editora Coelho Branco F, 1930.

KARVAT, Erivan Cassiano. **A Sociedade do Trabalho**: Discursos e práticas de controle sobre a mendicância e a vadiagem em Curitiba, 1890-1933. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 1998.

PIRAGIBE, Vicente. **Dicionário de jurisprudência penal do Brasil**. 1º Suplemento. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva, 1934.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SIQUEIRA, Galdino, 1872, **Direito penal brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.



Classes Populares, Direitos e Cidadania: a Luta pela Cidade no Rio de Janeiro

Popular Classes, Rights and Citizenship: the Fight for the City in Rio de Janeiro

*Katiuscia Quirino Barbosa*¹³²

Resumo

Este artigo propõe a análise e a compreensão da construção da cidadania e da luta por direitos das classes menos favorecidas frente aos interesses governamentais e das elites no que tange ao controle e ao direito à cidade. Nosso *locus* é a cidade do Rio de Janeiro em dois momentos distintos: o primeiro momento refere-se à cidade na passagem do século XIX para o XX, período em que se observa o fim da era dos cortiços e o nascimento das favelas; o segundo momento refere-se aos primeiros anos no século XXI e a guerra travada aos pobres nas favelas cariocas que priva esse grupo de sua cidadania e dos direitos que dela advêm, limitando o direito à cidade.

Palavras-chaves: Cidadania; direitos sociais; direito à cidade; pobres; favelas; Rio de Janeiro.

¹³² Graduanda de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Abstract

This article proposes the analysis and understanding of the construction of citizenship and the struggle for rights of the lower classes opposite Government interests and elites in relation to the control and the right to the city. We choose Rio de Janeiro City as spatial reference at two different moments: the first refers to the city in the late nineteenth and in the beginning of the twentieth century, during which we observe the end of the era of the crowded and dirty houses in the downtown and the birth of slums; the Second moment refers to the earliest years in the XXI century and the war waged against the poor in the shantytowns that deprives this group of citizenship and the rights linked to it, which leads to a restriction of the right to the city.

Keywords: Citizenship; social rights; right to the city; poor; slums; Rio de Janeiro.

1. Introdução

A luta pela apreensão do espaço da cidade pelos diversos grupos sociais não é uma novidade, mas sim uma herança da era industrial que também recebeu esse legado do antigo regime que, por sua vez, o herdou dos burgos baixo-medievais. O controle e a moralização do espaço físico, simbólico e social da cidade estão diretamente relacionados com o controle de seus habitantes e isso os governantes entendem bem. Por um lado, o grupo dominante querendo impor hegemonicamente sua presença nas áreas mais valorizadas. Por outro, a resistência dos menos favorecidos.

O controle da miséria no espaço urbano sempre passou pelo controle dos miseráveis que de uma forma o de outra, de acordo

com o contexto histórico em que se inserem, foram acusados de sua própria condição e condenados por isso. No panorama contemporâneo emerge o que Loic Wacquant denominou *Estado de insegurança social*,¹³³ onde se generaliza o medo e falta de segurança, uma vez que a miséria, expressa no cotidiano das grandes metrópoles mundiais, pelo desemprego massivo, pelo excesso de moradores de rua, pelo aumento da violência urbana, pelo consumo em larga escala de drogas ilícitas, dentre tantos outros fatores, perverte o ideal de prosperidade e desenvolvimento pregado pelo Capitalismo.

Cada vez mais, as mazelas da sociedade são entendidas como problemas individuais que devem ser tratados em foro privado. Nessa perspectiva, a precariedade social passa a ser penalizada e os indivíduos que, porventura, integrem os quadros das classes menos favorecidas constituem-se como ameaças à ordem pública, tornando-se alvos do controle estatal. Tal controle se dá de muitas formas que vão desde o assistencialismo, com pouca ou nenhuma intenção de mudança de *status quo* à punição desses elementos subversivos.

Essa percepção de que alguns grupos representam uma ameaça à cidade e à sociedade como um todo nos remete não só à conjuntura contemporânea, mas a diversos momentos históricos em que a luta pela cidade esteve no cerne de alguns conflitos sociais. Diante disso, o que este artigo propõe é a análise e compreensão da construção da cidadania e da luta

¹³³ Sobre o conceito de “Insegurança Social” ver WACQUANT, Loïc. *Punir Os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

por direitos das classes menos favorecidas frente aos interesses governamentais e das elites no que tange ao controle e ao direito à cidade.

Nosso *locus* é a cidade do Rio de Janeiro em dois momentos distintos: o primeiro momento refere-se à cidade na passagem do século XIX para o XX, no alvorecer da República, período no qual a higienização urbana era entendida também como a eliminação da pobreza, o que por sua vez era percebido como signo de civilização. Assiste-se nessa época ao fim da era dos cortiços e ao nascimento das favelas, entendidas aqui como espaços de resistência e luta; o segundo momento, por sua vez, remete-se aos primeiros anos no século XXI e à guerra travada aos pobres nas favelas cariocas que priva esse grupo de sua cidadania e dos direitos que dela advêm, limitando o direito à cidade.

Considerando os objetivos propostos para este artigo, dividimo-lo em duas partes. Primeiramente traremos uma discussão conceitual sobre as noções de cidadania e de direito à cidade, em seguida partiremos para uma análise histórico-sociológica da situação dos pobres na cidade do Rio de Janeiro, buscando compreender a relação estabelecida entre cidadania, direitos e pobreza.

2. Cidadania e o Direito à Cidade

Cidadania é um conceito complexo que inclui várias esferas do Direito. Tradicionalmente, entendemos a cidadania vinculada a uma tríade de direitos, quais sejam: direitos civis, direitos

políticos e direitos sociais. Tal concepção de cidadania plena advém das formulações teóricas do sociólogo britânico Thomas H. Marshall, que, em 1949, publicou o primeiro trabalho sociológico acerca do tema. Intitulada *Cidadania, classes sociais e status*, a obra de Marshall problematiza no capítulo III a relação entre classes sociais e cidadania.

A análise feita pelo autor utiliza como ponto de partida um ensaio feito por Alfred Marshall, no qual o economista britânico, com base numa hipótese sociológica e num cálculo econômico, demonstrava que “*se poderia esperar que os recursos mundiais e a produtividade seriam suficientes para fornecer as bases materiais necessárias para capacitar cada homem a tornar-se um cavalheiro*” (MARSHALL, 1967: 61). A questão subjacente para o economista referia-se à necessidade de se ter recursos materiais mínimos para cada cidadão, mantendo o livre mercado e determinado padrão de “civilização”. Quanto a isso Thomas Marshall assinala o seguinte:

Marshall nos dá uma pista adicional ao sugerir que, quando dizemos que um homem pertence às classes trabalhadoras, “pensamos no efeito que seu trabalho produz sobre ele ao invés do efeito que ele produz em seu trabalho”. O objetivo da frase era apelar para a imaginação e apontar para a direção geral dentro da qual o pensamento de Marshall se movia. E aquela direção se afastava de uma avaliação quantitativa dos padrões de vida em termos de bens consumidos e serviços recebidos em direção de uma avaliação qualitativa da vida como um todo em termos dos elementos essenciais na civilização ou cultura. Marshall aceitava como certo e adequado um raio amplo de desigualdade quantitativa ou

econômica, mas condenava a diferenciação ou desigualdade qualitativa entre o homem que era “por ocupação, ao menos, um cavalheiro” e o indivíduo que não o fosse. Podemos, penso eu, sem violentar o pensamento de Marshall, substituir a palavra “cavalheiro” pela expressão “civilizado”. Pois está claro que estava tomando como o padrão de vida civilizada as condições consideradas por sua geração como apropriadas a um cavalheiro. Podemos ir mais adiante e dizer que a reivindicação de todos para gozar dessas condições é uma exigência para ser admitido numa participação na herança social, o que, por sua vez, significa uma reivindicação para serem admitidos como membros completos da sociedade, isto é, como cidadãos (Ibid.: 61-62)

Para Thomas Marshall a hipótese norteadora observada no ensaio do economista é a de que há “*uma espécie de igualdade humana básica associada com o conceito de participação integral na comunidade.*” A essa participação integral Marshall vai denominar cidadania, a qual deve estar fundamentada no princípio de igualdade para todos os membros da sociedade, admitindo, nesse sentido, a desigualdade do sistema de classes sociais. Para o alcance dessa igualdade de cidadania, Marshall aponta a necessidade de conquistas civis, políticas e sociais.

Para Marshall, o elemento civil é aquele composto pelos direitos necessários à liberdade individual, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, de pensamento e de fé; o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último, segundo o autor, “*difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de*

igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual (Ibidem: 67). O elemento político, por sua vez, constitui-se como o direito de participar no exercício do poder político, quer como um membro de um organismo investido da autoridade política, ou como um eleitor. Por fim, o elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito ao bem-estar econômico mínimo e à segurança ao direito de participar integralmente da vida social.

Essa tríade de direitos apontada por Marshall como critérios para o alcance da cidadania plena apresenta, em sua perspectiva, uma sequência lógica de evolução dos direitos. No entanto, há que se ressaltar que tal formulação teórica refere-se a um fenômeno histórico que foi a formação dos Estados-nação europeus ao longo do século XIX, após, portanto, o movimento iluminista e a revolução francesa. Dessa forma, se formos analisar a construção da cidadania no Brasil, esperando encontrar tal encadeamento lógico na evolução e aquisição dos direitos civis, políticos e sociais, observaremos de plano que a evolução de tais direitos aqui se deu de forma distinta.

Nesse sentido, destaca-se a obra *Cidadania no Brasil*, do historiador José Murilo de Carvalho (CARVALHO, 2002:15). Tomando como eixo os direitos civis, políticos e sociais, Carvalho analisa em que medida eles estiveram presente na construção da cidadania no Brasil. O autor aponta que, em um primeiro momento, quando da independência do Brasil e promulgação da primeira carta constitucional, em 1824, houve um avanço no que tange aos direitos políticos, considerando a possibilidade da participação popular, ainda que limitada, no processo político. Segundo Carvalho, muito embora o voto fosse censitário, o valor

de cem mil réis estipulado para participar do pleito eleitoral era uma quantia considerada baixa para os padrões financeiros da época. Todavia, o Brasil no início do império possuía uma população de aproximadamente quatro milhões de habitantes. Nesse montante, havia cerca de oitocentos mil índios e mais de um milhão de escravos.

A escravidão fora sem dúvida o maior empecilho para o avanço dos direitos civis, sociais e também políticos. Mesmo os negros forros não tinham direito à participação política durante o império. Com a abolição da escravidão, em 1888, e a proclamação da República, em 1889, a situação não avança muito. Se por um lado a constituição de 1891 garante direitos civis, como a liberdade, por exemplo, por outro não há nenhuma contrapartida em termos de direitos sociais. Ademais, desde a reforma política de 1870 os direitos políticos sofreram uma limitação aprofundada com a restrição do voto para analfabetos, imposta pela carta de 1891.

Observa-se, portanto, que o nascimento da República no Brasil não alterou a situação dos pobres, que permaneceram como um grupo cuja cidadania era restrita e sem perspectivas de integração plena na sociedade. Destaca-se, sobretudo, a questão dos negros no país, cujas marcas da escravidão tornavam ainda mais complicada a sua integração, notadamente nos primeiros anos da República.

Em cada fase da República é possível observar o avanço de uma esfera de direitos em detrimento de outras. Por exemplo, durante a Era Vargas tivemos avanços dos direitos sociais e o recrudescimento dos direitos políticos e civis. O mesmo fenômeno

pode ser observado durante a Ditadura. Já os direitos civis e políticos tiveram um notável avanço no período entre 1945 e 1964. Com a constituição de 1988 são observados muitos avanços legais no que tange às três esferas aqui trabalhadas. Contudo, as garantias constitucionais não são acompanhadas de práticas que as efetivem e, nesse sentido, observa-se que os pobres ainda representam o grupo cuja conquista da cidadania plena mantém-se limitada pela não concretização de direitos civis, políticos e, sobretudo, sociais. Nessa perspectiva, destaca-se a luta dos pobres pelo direito à moradia, à segurança, à educação e pelo direito à cidade e os seus serviços, ao longo da história do Brasil republicano.

No que concerne ao direito à cidade, este é um conceito criado pelo filósofo francês Henri Lefebvre, no final da década de 1960. O autor de vertente marxista, cujos estudos eram voltados à produção social do espaço, foi um dos precursores da chamada geografia crítica, que busca perceber o espaço a partir das práticas sociais nele estabelecidas. O direito à cidade aparece inserido nessa produção do espaço e deve ser “entendido como *uma plataforma política a ser construída e conquistada pelas lutas populares contra a lógica capitalista de produção da cidade, que mercantiliza o espaço urbano e o transforma em uma engrenagem a serviço do capital*” (TRINDADE, 2012).

Para Lefebvre, o direito à cidade e à produção do espaço urbano não deveria estar submetido ao Capitalismo e sim ser apreendido pelo valor de uso e não pelo valor de troca. A formulação do conceito pelo filósofo francês refere-se a uma ruptura com a ordem capitalista de estruturação da cidade, advogava pelo resgate do homem como o protagonista da cidade

que construiu. Dessa forma, não era intuito do autor transformar a noção de direito à cidade como algo a ser juridicamente institucionalizado.

Atualmente, o direito à cidade é entendido dentro do mundo jurídico como um direito social. Entende-se dentro da esfera do direito à cidade o direito à mobilidade urbana, à moradia, ao saneamento básico, à segurança, dentre outros. No entanto, a luta por esses direitos e pela cidade como um todo é um fenômeno anterior a qualquer institucionalização jurídica sobre o assunto. No Brasil, assim como em diversos lugares do mundo, a luta pela cidade passou sempre pela luta de classes, colocando ricos e pobres em lugares distintos nesse conflito. Estes últimos, via de regra, sofrem mais gravemente na disputa pelos espaços urbanos. Assim sendo, na seção seguinte abordaremos alguns aspectos da luta dos pobres pela cidadania plena e pelo direito à cidade no Rio de Janeiro.

3. O Rio de Janeiro no Alvorecer da República: pobreza, classes perigosas e o nascimento das favelas

A necessidade de controlar e disciplinar os pobres nos remete a tempos imemoriais da história da cidade do Rio de Janeiro. O início de um movimento organizado e racionalizado a esse fim, contudo, tem sua origem nas políticas de reordenamento urbano e higienização da cidade que remontam à alvorada da República. A destruição dos cortiços localizados no centro do Rio de Janeiro

para a construção de avenidas largas e mais salubres foi o ponto de partida para o surgimento das primeiras favelas cariocas. Nesse processo o fim do maior cortiço da cidade, o *Cabeça de Porco*, em 1893, marcou o início da era das favelas, como bem aponta o historiador Sidney Chalhoub:

A destruição do Cabeça de Porco marcou o início do fim de uma era, pois dramatizou, como nenhum outro evento, o processo em andamento de erradicação dos cortiços cariocas. Nos dias que se seguiram, o prefeito da Capital Federal foi calorosamente aclamado pela imprensa- ao varrer do mapa aquela “sujeira” ele havia prestado à cidade “serviços inolvidáveis”. Com efeito, trata-se de algo inesquecível: nem bem se anunciava o fim da era dos cortiços, e a cidade do Rio de Janeiro já entrava no século das favelas. (CHALHOUB, 1996: 17)

O argumento para a remoção das antigas habitações era de ordem sanitária, uma vez que se alegava que os cortiços eram a origem de diversas doenças epidêmicas que assolavam a cidade, mas, sobretudo, moral, pois os cortiços eram, de acordo com autoridades da época, “*valhacontos de desordeiros*” (Ibidem: 25). Neles residia toda a sorte de elementos marginais daquela sociedade: bandidos, malandros, prostitutas, negros, imigrantes pobres, etc. Essa horda de pobres que habitava os centros das grandes cidades da época eram chamadas pelas autoridades de “classes perigosas”. Quanto a elas um alto funcionário da polícia francesa, da década de 1840, escreveu o seguinte:

As classes pobres e viciosas, diz um criminalista notável, sempre foram e hão de ser sempre a mais abundante causa de todas as sortes de malfeitores: são elas que se designam mais propriamente sob o título de classes perigosas; pois quando o mesmo o vício não era acompanhado pelo crime, só o fato de se aliar à pobreza no mesmo indivíduo constitui um justo motivo de terror para a sociedade. O perigo social cresce e torna-se de mais a mais ameaçador, à medida que o pobre deteriora a sua condição pelo vício e, o que é pior, pela ociosidade (FRÉGIER apud CHALHOUN, 1996).

No Brasil, somava-se aos “vícios” dessas classes perigosas a questão racial. À época, abundavam teorias racistas que apontavam elementos biológicos como a causa da degeneração social.¹³⁴ Nessa perspectiva, os negros seriam naturalmente inclinados ao crime e à desordem. Com a remoção dos cortiços, nascem não apenas as favelas, mas uma política oficial de criminalização da pobreza, que passa pelas tentativas de disciplinar e controlar os pobres, considerados vetores do mal dentro da sociedade.

As classes pobres, de acordo com a ideologia higienista, eram perigosas não apenas em razão dos problemas que geravam para a manutenção da ordem pública, mas também pelo risco de contágio que ofereciam. Esse contágio refere-se ao fato de que tais classes continuariam a se reproduzir, uma vez que as

¹³⁴ Sobre as teorias raciais e sua influência no Brasil no século XIX ver: SCHWARCZ, Lilia Moritz. Uma História de diferenças e desigualdades. As doutrinas Raciais do século XIX. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*. São Paulo: Companhia das letras, 2005: p. 43-65.

crianças pobres cresceriam em meio aos vícios de seus genitores, mas também pode ser encarado em sua literalidade, pois, para os intelectuais-médicos da época, os hábitos dos pobres eram nocivos à sociedade, considerando que os cortiços eram focos de epidemias (CHALHOUB, op. cit :29).

Afastando os pobres do centro da cidade, valorizava-se a região e se lhe concedia um aspecto mais sóbrio e “civilizado”. Se isso é uma verdade, também o é que na história do Rio de Janeiro essa segregação social do espaço sempre contou com a resistência dos seus grupos e, diferente do que ocorre em outras cidades do Brasil, como São Paulo, por exemplo, a “favela carioca” não está espacialmente afastada das áreas nobres da cidade, mas ao seu redor. Uma proximidade inconveniente, pois clarifica a distância entre os grupos mais abastados e os menos favorecidos. Aqui as margens são simbólicas e evidenciam o distanciamento que não é físico, mas social.

O mito de origem da favela carioca é a demolição do *Cabeça de Porco* e a ocupação irregular do morro localizado atrás das dependências do cortiço, logo após a sua destruição, uma vez que o prefeito Barata Ribeiro teria autorizado às pessoas que ali habitavam a retirada das madeiras para serem reaproveitadas em outras construções. Note-se que o local já possuía suas encostas habitadas por alguns casebres e que em 1897, após a Guerra de Canudos, os soldados que nela lutaram foram autorizados a ocupar o local, momento no qual ele ficou conhecido como Morro da Favela. Quanto a esse processo, a socióloga Lícia Valadares aponta o seguinte:

O morro da Favella, até então denominado morro da Providência, passa a emprestar seu nome aos aglomerados de casebres sem traçado, arruamento ou acesso aos serviços públicos, construídos em terrenos públicos ou de terceiros, que começam a se multiplicar no centro e nas zonas sul e norte da cidade do Rio de Janeiro (VALLADARES,2000: 05)

De acordo com a socióloga, o morro da Providência não foi o primeiro morro a ser ocupado e já existiam relatos da década de 1880 de ocupações irregulares na quinta do Caju e na Quinta da Mangueira. Contudo, a documentação existente sobre essa ocupação, coloca-a histórica e simbolicamente como a origem das favelas na cidade. A autora assinala que a partir da década de 1920 o nome *favela* passa a rotular todo tipo de ocupação da população pobre em morros. Já nessa época, o termo estava eivado de preconceitos, como mostram trechos de jornais da época que se referiam às favelas como “lepras” a serem eliminadas e a seus moradores como marginais.

A favela no imaginário popular aparece representada como um espaço caótico alheio ao controle estatal, onde o ordenamento jurídico não alcança. Na verdade, entendemos que, desde o seu surgimento até os nossos dias, ela é, como bem aponta Alex Ferreira Magalhães, “o local em que o Estado, historicamente, tem procurado controlar através de suas leis, de seus aparelhos administrativos e de seus recursos ideológicos, discursivos e simbólicos” (MAGALHÃES, 2013: 26). No entanto, a seus moradores restam os estigmas da criminalização da pobreza e a limitação à cidadania plena,

consubstanciada na dificuldade em acessar direitos, notadamente os direitos sociais e os direitos civis.

4. A Favela e os Pobres no Rio de Janeiro do Século XXI

Aqui buscamos compreender como o controle do espaço e dos grupos menos favorecidos se dá na Metrópole do século XXI, utilizando como exemplo o Rio de Janeiro e as restrições do direito à cidade e a cidadania, bem como o Estado de Exceção instaurado em determinadas áreas para garantir a cidadania plena dos grupos socialmente privilegiados.

Entender as organizações socioespaciais que se impõem à sociedade brasileira do século XXI é fundamental para a compreensão de como as novas formas de sociabilidade estabelecidas em seu interior são apreendidas pelo mundo jurídico, bem como o Direito pode ser utilizado para a estruturação de relações de poder tanto em uma perspectiva microfísica, no âmbito dos contatos interpessoais e locais, por exemplo, quanto em um sentido macro, na esfera da gestão do poder público sobre os territórios e os seus habitantes.

Considera-se que o recrudescimento da indústria na cidade do Rio de Janeiro e a perda de sua importância política com a transferência da capital para Brasília, na década de 1960, apontam para um gradativo processo de deterioração econômica do estado e da cidade, culminando na década de 90 em uma crise estrutural, que englobava fatores econômicos e sociais, sendo

endossada pela explosão demográfica, notadamente nas favelas, pelo surgimento de outras regiões favelizadas e pelo aumento dos índices de criminalidade (PEREIRA, 2014: 03).

Nessa conjuntura de crise, Cezar Maia é eleito prefeito, assumindo em 1993, implantando um modelo de *city-marketing*,¹³⁵ que visava atrair capitais para o Rio de Janeiro a partir do empreendedorismo urbano. Uma das estratégias adotadas por Cezar Maia foi a candidatura da cidade para sediar eventos internacionais, com o intuito de desenvolver projetos que garantissem o crescimento econômico e melhorassem a estrutura da cidade como um todo. O prefeito também revelou preocupação com a questão das favelas cariocas, criando o programa intitulado “favela-bairro”, cuja finalidade, ao menos no plano teórico, consistia em urbanizar essas comunidades, oferecer serviços e moradias aos seus habitantes, ou seja, fazer presente o Estado dentro dessas regiões historicamente marginalizadas e integrá-las à cidade.

De acordo com Alex Ferreira de Magalhães, o *Programa Favela-Bairro*, que teve início em 1994, e a edição do *Plano Diretor Decenal*, em 1992, “configuram um novo e particular período na trajetória da regulação das favelas cariocas” (MAGALHÃES, 2013: 19). Na perspectiva do autor, o *Favela-Bairro* representou uma tentativa do Estado de entrar nas favelas. Uma das formas

¹³⁵ Por *City Marketing* entendemos a política estratégica de valorização de determinados aspectos da cidade, a fim de atrair investimentos, transformando-a em um tipo de mercadoria, o que favorece as classes mais altas. Sobre o conceito de *city marketing* ver HARVEY, D. *A produção capitalista do espaço*. 2 ed. São Paulo: Annablume, 2005.

dessa entrada seria a forma Estado Legal, o qual, segundo Magalhães:

Se propõe a intervir nas favelas no sentido de induzir seus moradores a superar e reformular os costumes locais e as práticas normativas adotadas e seguidas até então, introduzindo um novo ordenamento jurídico editado pelo próprio Estado. Isto exigiria dos moradores da favela a adesão a um processo de assunção de novos comportamentos, o que vem sendo definido pelos agentes públicos como um processo de mudança cultural, que envolveria ações específicas de natureza socioeducativa, conforme documentos institucionais editados pela Prefeitura da cidade. (IBIDEM: 19)

Tanto o Plano Diretor quanto o Programa Favela-Bairro apresentam propostas de integração da favela à cidade formal, o que constituiu uma novidade legislativa no tratamento dado às favelas pelas autoridades. A estratégia adotada pelo então prefeito César Maia primou pela urbanização, em vez da simples exclusão e remoção dos espaços marginalizados. No entanto, seguiu-se a reestruturação urbanística da cidade com base em uma pauta neoliberal. O modelo de urbanístico adotado pela prefeitura mirou-se no exemplo de Barcelona, que, por ocasião dos jogos olímpicos, empreendeu uma profunda reforma, revitalizando as áreas centrais da cidade (PEREIRA, op. Cit: 02). Note-se a ausência, na gestão de César Maia e Luís Paulo Conde, mas, sobretudo, na gestão de Eduardo Paes, de projetos que integrem moradias populares em áreas revitalizadas da cidade.

No que concerne ao *Favela-Bairro*, a despeito de seu caráter inovador como política pública de integração de áreas marginalizadas, este careceu de obras de continuidade e manutenção na maioria das favelas onde foi instaurado¹³⁶. Além disso, não cumpriu com uma de suas propostas que dizia respeito à gestão democrática do espaço, sendo todas as decisões acerca das obras de infraestrutura tomadas de modo vertical. Não houve, portanto, uma integração cidadã dos habitantes da favela que se mantiveram “tutelados” pelo Estado. O programa foi encerrado em 2008, com o fim do mandato de César Maia. Outros projetos de urbanização de áreas favelizadas e moradias populares o suplantaram, tendo o apoio tanto dos governos municipal e estadual, quanto do governo federal.

Destaca-se que ao longo do governo de Maia, mesmo após frustradas as pretensões de sediar os jogos olímpicos de 2004, houve a consolidação da cidade do Rio de Janeiro como uma cidade-investimento, atendendo aos interesses de investidores e não aos da população, tornando a capital fluminense uma das cidades com o custo de vida mais alto do país e também do mundo e aumentando ainda mais o abismo entre as classes sociais. Esse processo foi aprofundado após a confirmação da cidade como

¹³⁶ No que concerne ao problema da falta de manutenção das obras do *Favela-Bairro*, ver CABRAL, Vanessa *Favela-Bairro: 20 anos depois*. Disponível em <http://vivafavela.com.br/513-favela-bairro-20-anos-depois/> Acesso em: 20 mar. 2016; VIEIRA, Andreia Gouveia. *Programa Favela-Bairro I E II Uma Visão Construtiva De Sua Execução E Manutenção*. Disponível em <http://www.andreagouveavieira.com.br/upload/235086_dossie_bid_%20favela_bairro_%2028_07.pdf> Acesso em: 03 ago.2015.

sede de megaeventos¹³⁷, tais como os Jogos Olímpicos Militares, em 2011, a Jornada Mundial da Juventude Católica, em 2013, a Copa do Mundo, em 2014 e, por fim, as Olimpíadas, em 2016.

No que tange à população mais pobre do Rio de Janeiro, esta é sem dúvida a mais prejudicada com o processo de mercadificação da cidade.¹³⁸ Nesse sentido, destacam-se as constantes remoções feitas em áreas próximas aos locais de realização de eventos e também em regiões de grande especulação imobiliária. Quanto a isso, é possível citar os casos de remoção de casas e de pessoas que habitavam prédios abandonados da região portuária¹³⁹; da Favela

¹³⁷ De acordo com os economistas da UFRN, Fábio Fonseca Figueiredo, Elaine Carvalho de Lima e Marcelo Augusto Pontes de Araújo, os impactos mais nefastos de um megaevento esportivo “*são os mega projetos estruturantes, que para sua concretude desapropriam e reloca a população local, especialmente em espaços que se localizavam nas áreas mais pobres, ocasionando uma valorização econômica da área e levando a perda de seu ambiente social. Para tanto, o mercado imobiliário sinaliza para o governo onde e como tais projetos devem intervir na estrutura urbana de uma cidade. Como conseqüências há o aumento da renda da terra urbana das áreas de interesse do mercado imobiliário, o que provoca conflitos e desigualdades sociais.*”. (FIGUEIREDO; LIMA; ARAÚJO, 2013: 07).

¹³⁸ Acerca dos impactos sociais negativos dos megaeventos v. TAVARES, Otávio. Quem São Os Vencedores E Os Perdedores Dos Jogos Olímpicos? In: *Quem são os Vencedores e os Perdedores dos Jogos Olímpicos?* Espírito Santo: UFES.

Disponível em: <<http://revistas.ufg.emnuvens.com.br/fef/article/view/105>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹³⁹ Sobre as remoções na região portuária ver: Guimarães Isabela Bacellar B; AYRES Madalena Junqueira.

Procedimentos de remoção de moradores da Região Portuária: relato e comentários à reunião pública. Disponível em: <<https://direitourbanismo.wordpress.com/2011/06/15/procedimentos-de-remocao-de-moradores-da-regiao->

do Metrô, no Maracanã; da Vila Autódromo¹⁴⁰, na Barra, dentre muitos outros.

Destacamos também a nova política pública voltada para as grandes favelas presentes em áreas nobres da cidade e/ou em áreas de grande especulação imobiliária, que integra a favela dentro da lógica da *city-marketing*, transformando-a em mercadoria. Nessa perspectiva, o projeto “Unidades de Polícia Pacificadora” atua como principal agente estatal dessa política de privatização e mercadificação da cidade e do espaço urbano. Dentro das próprias favelas, observa-se uma segregação espacial e uma limitação do acesso, sobretudo, à moradia, considerando que a especulação imobiliária também alcançou as favelas que receberam “Unidades de Polícia Pacificadora”.¹⁴¹

portuaria-relato-e-comentarios-a-reuniao-publica/>. Acesso em: 5 jul. 2015; Lauriano, Carolina. Remoção de famílias para obras da Copa e das Olimpíadas gera polêmica disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/remocao-de-familias-para-obras-da-copa-e-das-olimpiadas-gera-polemica.htm>>. Acesso em: 21 ago.2015.

¹⁴⁰ Sobre as remoções na vila autódromo ver NABACK, Clarissa Pires Almeida. *Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência da Vila Autódromo*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2015.

¹⁴¹ Sobre a especulação imobiliária nas favelas cariocas ver: Especulação imobiliária faz moradores se mudarem de favelas da Zona Sul do Rio disponível em <<http://cbn.globoradio.globo.com/rio-de-janeiro/2014/04/17/ESPECULACAO-IMOBILIARIA-FAZ-MORADORES-SE-MUDAREM-DE-FAVELAS-DA-ZONA-SUL-DO-RIO.htm>>. Acessado em 10 de jul. de 2015; BAYARRI, Gabriel. UPPs, especulação imobiliária e desigualdade. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/brasil/upps-especulacao-imobiliaria-e-desigualdade/>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Atualmente o número de mortes em decorrência da denominada violência urbana no Rio de Janeiro compara-se aos de zonas de conflito. A “cruzada” ao tráfico, estabelecida ao longo de vários governos, demonstra-se ineficaz e custosa. Custos estes que não são apenas financeiros, mas, sobretudo, sociais. A população pobre e, em sua maioria, negra que habita essas comunidades é a mais prejudicada com as políticas de segurança pública, que, além de promoverem um verdadeiro extermínio desse segmento da sociedade, corroboram para um processo de criminalização da pobreza fomentado pela mídia, gerando um constante estado de temor e insegurança social. (PEREIRA, 2011:09)

Um dos pilares da política de segurança no atual governo do estado do Rio de Janeiro é a implantação de “Unidades de Polícia Pacificadora”, as UPPs. O projeto, que teve início em 2008, tem como objetivo a retomada do governo de territórios que há décadas encontram-se sobre o poder do tráfico, integrando essas comunidades à cidade, levando serviços básicos à população e eliminando o tráfico (Pereira, *Ibidem*: 2). O mapa das UPPs, no entanto, obedece claramente a interesses econômicos, notadamente aos investimentos imobiliários, observados na cidade.

Em última análise, essas “Unidades de Polícia Pacificadora” atendem às expectativas dos patrocinadores e investidores dos megaeventos programados para as cidades entre 2011 e 2016. Assim, observamos, em seis anos, o estabelecimento de UPPs na Zona Sul, região mais abastada da cidade, na área da Grande Tijuca, região onde está localizado o Maracanã, no Centro do Rio, área que está sendo “revitalizada”, notadamente a região

portuária, em Jacarepaguá, região que dá acesso à Barra e ao Recreio, zonas de grande expansão comercial e imobiliária (Pereira, *Ibidem*: 09).

Entende-se que a UPP, como política de segurança na cidade do Rio de Janeiro, age como instrumento de vigilância e controle biopolítico de populações consideradas de risco por parte do Estado. Ela não traz uma integração de fato entre as comunidades e a cidade, mas atua, ao invés, como um instrumento de segregação social. Em síntese, podemos dizer que as UPPs não apenas fazem uma gestão da violência, como também a gestão da pobreza.

Assim, no que concerne ao acesso a direitos sociais, como o direito à moradia e o direito à cidade, entende-se que as políticas públicas atuais ainda impõem sérias limitações à população pobre do Rio de Janeiro. Nesse sentido, destacam-se também as restrições de direitos fundamentais no âmbito das políticas públicas de combate à criminalidade nas favelas cariocas, que atingem diretamente os seus moradores.¹⁴²

5. Conclusão

Aqui procuramos problematizar questões concernentes à criminalização da pobreza no Rio de Janeiro, ao forte controle e vigilância das populações carentes por parte do Estado e ao

¹⁴² Sobre as percepções da violência e seus impactos nos moradores de favelas cariocas. Ver SILVA, Luiz Antônio Machado; LEITE, Márcia Pereira. *Violência, Crime E Polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

desrespeito aos direitos fundamentais e sociais expressos pela truculência dos agentes estatais, que historicamente nos remetem às remoções forçadas dos cortiços no final do século XIX, bem como pelo descaso do Poder Público com as demandas dos pobres na cidade.

Referimo-nos a temáticas que são muito discutidas em nossa sociedade e que estão longe de se esgotarem. Desse modo, acreditamos poder contribuir para os debates acerca da marginalização da pobreza, da tutela dos direitos humanos, da tutela dos direitos sociais, sobre a questão do direito à cidade e, sobretudo, acerca da evolução histórica do conceito de cidadania no Brasil.

Apontamos que, no que concerne à luta pela cidade e pela cidadania plena, ainda há um longo caminho a ser seguido pela população pobre no Rio de Janeiro. Desde o fim da era dos cortiços e do início do processo de favelização na cidade, esses grupos sociais são representados como classes perigosas a serem combatidas. Nesse sentido, destaca-se a contribuição dos meios midiáticos, em diferentes períodos, para a construção de um imaginário social negativo sobre a favela e o favelado. Entende-se que os pobres sempre tiveram seus direitos de civis, sociais e políticos restritos pela dificuldade de acesso a recursos materiais e simbólicos mínimos capazes de possibilitar a integração plena desse grupo ao corpo social.

No que concerne à situação atual das favelas na cidade do Rio de Janeiro, entende-se que o seu processo de militarização e vigilância contínua, restringe alguns direitos fundamentais

dos moradores dessas comunidades, corroborando para a criminalização e estigmatização dos pobres, limitando o direito à Cidade e segregando as comunidades e seus habitantes. Por fim, conclui-se que o gozo da cidadania plena ainda está longe de se tornar uma realidade para as pessoas menos favorecidas.

Referências

- BAYARRI, Gabriel. **UPPs, especulação imobiliária e desigualdade**. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/brasil/upps-especulacao-imobiliaria-e-desigualdade/>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- CABRAL, Vanessa. **Favela-Bairro: 20 anos depois**. Disponível em: <<http://vivafavela.com.br/513-favela-bairro-20-anos-depois/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CHALHOUB, Sidney. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial**. São Paulo: Cia da Letras, 1996.
- FIGUEIREDO, Fábio Fonseca; LIMA, Elaine Carvalho de; ARAÚJO, Marcelo Augusto Pontes de. **Geografia Socioeconômica e Geografia Cultural**. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal14/Geografiasocioeconomica/Geografiacultural/31.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.
- HARVEY, D. **A produção capitalista do espaço**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2005.
- GUIMARÃES, Isabela Bacellar B; AYRES Madalena Junqueira. **Procedimentos de remoção de moradores da Região Portuária: relato e comentários à reunião pública**. Disponível em: <<https://>

direitourbanismo.wordpress.com/2011/06/15/procedimentos-de-remocao-de-moradores-da-regiao-portuaria-relato-e-comentarios-a-reuniao-publica/>. Acesso em: 5 jul. 2015.

LAURIANO, Carolina. Remoção de famílias para obras da Copa e das Olimpíadas gera polêmica. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/remocao-de-familias-para-obras-da-copa-e-das-olimpiadas-gera-polemica.html>>. Acessado em: 21 ago. 2015.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. **O direito das favelas.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e “Status”.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

NABACK, Clarissa Pires Almeida. **Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência da Vila Autódromo.** Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Pontifícia universidade católica, 2015.

PEREIRA, Luiz Antônio de Souza. **Pacificação do Complexo do Alemão em Tempos de Megaeventos Esportivos na Cidade do Rio de Janeiro - Brasil** In: *XIII Coloquio Internacional de Geocrítica El controldelespacio y losespacios de control Barcelona*, 5-10 de mayo de 2014. Disponível em <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2014/Luiz%20Antonio%20de%20Souza%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SILVA, Luiz Antônio Machado; LEITE, Márcia Pereira. **Violência, Crime e Polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direitos e Cidadania: reflexões sobre o direito à cidade.** In Lua Nova. São Paulo, 2012, n., pp. 87:139-165. ISSN 0102. Disponível em Acessado em <www.scielo.br/pdf/ln/n87/07.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

VALLADARES, Licia. **A Gênese da Favela Carioca.** A Produção Anterior às Ciências Sociais. In BCS, vol. 15, n. 44, Out./2000, p. 05. Disponível em <www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4145>. Acesso em: 11 de jun. 2015.

VIEIRA, Andreia Gouveia. **Programa Favela-Bairro I e II Uma Visão Construtiva de Sua Execução e Manutenção.** Disponível em http://www.andreagouveavieira.com.br/upload/235086_dossie_bid_%20favela_bairro_%2028_07.pdf.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres:** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade (Capítulos II e III)

Law and Democracy: Between facticity and validity (Chapters II and III)

Autor: Jürgen Habermas

Carlos Araújo

Gabriela Butter de Carvalho Martins

Hanna Aguiar de Araújo

Laís Damasceno Silva

Maria Clara Conde Morais Cosati

Samuel Felipe Nascimento Horn¹⁴³

Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão, nascido no dia 18 de junho de 1929, em Düsseldorf. É considerado um dos mais importantes intelectuais do século XX. É o principal herdeiro da Escola de Frankfurt, conhecida por desenvolver uma “teoria crítica da sociedade”, integrando a reflexão filosófica com a Sociologia. Depois, tendeu a uma Filosofia próxima do pragmatismo americano. Lecionou Filosofia e Sociologia na Universidade de Frankfurt, foi professor da *New School for*

¹⁴³ Estudantes de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF.

Social Research, localizada em Nova Iorque, assumiu a direção do Instituto Max-Planck e também foi cronista político. O principal eixo das discussões do filósofo é a crítica ao tecnicismo e ao cientificismo que, a seu ver, reduzem todo o conhecimento humano ao domínio da técnica e modelo das ciências empíricas, limitando o campo de atuação da razão humana ao conhecimento objetivo e prático.

Introduzindo uma nova visão a respeito das relações entre linguagem e sociedade, em 1981, Habermas publicou aquela que é considerada sua mais importante obra: “Teoria da Ação Comunicativa”. Essa teoria mostra que a verdadeira racionalidade só pode ser atingida em situações ideais de discurso, nas quais todas as partes têm igual oportunidade de se envolver no diálogo, sem restrições nem distorções ideológicas. A linguagem detém elementos que, antes de serem ideológicos, antes de estarem voltados para exercer uma dominação, são cognitivos, capazes de fundamentar o saber, o conhecimento. Um conhecimento válido só pode emergir de uma situação de diálogo livre, aberto e ininterrupto. Só esse modelo estabelece as condições para uma ciência social crítica e verdadeiramente emancipada. O agir comunicativo servirá de base para a garantia da democracia no cenário político, com a crítica da repressão, da censura e de outras formas que não propiciem o diálogo dentro da sociedade. A finalidade de seu trabalho é inserir o direito moderno na ótica da Teoria do Agir Comunicativo.

Em entrevista, Habermas disse que o principal eixo de seu trabalho é a democracia, considerada por ele a melhor forma de

governo e serviu de base para a construção de sua Teoria do Agir Comunicativo. Em 1994, Habermas aposentou-se, sem nunca deixar de contribuir para com o conhecimento por meio de palestras e de uma vasta obra publicada.

Na primeira seção do capítulo II, da sua obra supramencionada, o autor procura mostrar como as ciências sociais desencantam o direito, examinando os aspectos desse fenômeno no ramo jurídico por obra das ciências sociais, seguindo a linha da Teoria dos Sistemas. O sociólogo alemão procura, em um primeiro momento, apresentar a Teoria Contratualista, com o objetivo de contrastá-la com a sociologia do direito de NiklasLuhmann, cujas ideias minam as teorias que colocam o direito no lugar central da sociedade.

O contratualismo apresentava a ideia de que a sociedade era resultado de uma associação de pessoas iguais e autônomas, antes livres em um estado de natureza, que fecham contratos entre si e estabelecem, portanto, direitos. Dessa forma, o direito seria apenas a chave que mediará relações sociais. O direito formal deveria ser a declaração de um direito racional. Assim, as instituições da sociedade derivariam também de um direito natural.

Partindo desse pensamento, não parece haver problemas em relação à legitimidade do direito, uma vez que o próprio derivaria de um direito natural, sendo, portanto, legitimado por ele. No entanto, quando contrastado com a sociedade, esse direito natural encontrava certa resistência por parte dela. Como destaca o autor, “os contextos naturais de práticas vitais, costumes e instituições, resistem a uma reconstrução em termos de direito

formal.”¹⁴⁴. Dessa maneira, a categoria do direito oscilava entre um prescritivismo de um direito racional, que ultrapassaria as particularidades históricas e os dados socioeconômicos, e o racionalismo, que propunha a positivação das relações sociais consuetudinárias.

Por outro lado, o autor também apresenta as teorias de economia política, com Adam Smith e David Ricardo, além dos pensamentos de Marx, em que os indivíduos não possuem liberdade real e a sociedade burguesa domina anonimamente sobre os indivíduos, sem levar em conta suas intenções, seguindo apenas interesses econômicos e de produção. Agora, o grande mediador que mantém a sociedade coesa não é mais o direito, e sim, as relações de produção. O direito, junto com as ideologias, passa a fazer parte da superestrutura de Marx, que é simplesmente regulada pela economia (estrutura). O direito passa a ser um mero coadjuvante na sociedade.

Entrando finalmente na Teoria dos Sistemas, o autor apresenta que a crescente complexidade da sociedade e a sua cristalização “sob as coerções de um processo de acumulação ditatorialmente repetitivo (...), transformando-se num mundo de relações socialmente reificadas”¹⁴⁵, fizeram com que as linhas da Teoria dos Sistemas objetivista questionasse o pensamento do modelo marxiano por meio de seus conceitos. Nesse diapasão, percebe-se a constante especialização das esferas sociais em sistemas autopoieticos, contrapondo-se à ideia de totalidade social em Marx.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997: 67

¹⁴⁵ *Ibid.*: 72

A sociedade, antes entendida como uma totalidade, é, então, apresentada como uma sociedade descentrada, composta de vários sistemas que formam “mundos circundantes”¹⁴⁶ uns para os outros, sem intervirem diretamente no outro, apenas se refletindo pela observação.

O direito então reconquista parte de sua autonomia, de seu sentido próprio, porém, em contrapartida, o observador sociológico percebe que ele se torna apenas um sistema e um discurso em meio a muitos outros sistemas e discursos, assumindo uma posição periférica na sociedade.

O autor também mostra que, segundo esses conceitos, o direito passaria, então, a ser um sistema autopoiético, tornando-se um círculo fechado de comunicação que desenvolve suas relações com o exterior apenas pela observação. Assim, apresentam-se duas perspectivas do direito:

Numa perspectiva ampla, o sistema jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito. E, em sentido estrito, ele abrange atos jurídicos que modificam as situações do direito e, neste caso, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito.¹⁴⁷

Então, o direito passa a ser entendido sob o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento,

¹⁴⁶ *Ibid.*: 71

¹⁴⁷ *Ibid.*: 73.

especializando-se na permissão de uma solução de conflitos de acordo com o código binário lícito/ilícito.¹⁴⁸

A primeira consequência desse conceito, segundo o autor, é que o sistema jurídico não mantém mais uma troca direta com outros sistemas, nem pode orientá-los de forma regulatória. A segunda consequência é a redução do direito à sua aplicação jurídica, o que, segundo o autor, desliga o direito de todas as relações internas com a moral e com a política. Por fim, a terceira consequência é que um direito marginalizado só pode reagir a problemas próprios que, quando muito, são provocados a partir de fora.

Porém, conforme afirma o autor, tais consequências não são comprovadas empiricamente. Diante disso, Habermas mobiliza o pensamento de Teubner, procurando fazer uma crítica à Teoria dos Sistemas.

Em linhas gerais, Teubner afirma que é necessário que haja uma comunicação mínima e comum entre os sistemas, como, por exemplo, afirma Habermas: “na conclusão de um contrato de arrendamento, o ato jurídico ‘cruza-se’ com uma transação econômica e com fenômenos do mundo da vida dos participantes.”¹⁴⁹

Além disso, uma sociedade completamente descentrada não possui lugar para uma comunicação social ampla, uma vez que cada sistema parcial só pode se comunicar consigo mesmo. Logo, o autor parece apoiar o pensamento de Teubner, que

¹⁴⁸ HANSEN, Gilvan Luiz; Hamel, Marcio Renan. *Filosofia do Direito e Teoria Jurídica em Habermas: Implicações reconstrutivas para uma teoria da sociedade*. Porto Alegre, 2011: 75

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*: 78.

afirma existir um “mundo da vida”, sendo este uma linguagem que circula em todos os sistemas e torna possível a tradução para todos os códigos.

Por fim, o direito é apresentado como o elo entre os sistemas e o mundo da vida, devendo estar ligado à linguagem coloquial, bem como à de sistemas dirigidos por códigos especiais; sempre aberto a se adaptar ao ambiente. Finalmente, nas palavras do autor:

Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não contrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.¹⁵⁰

Nesta parte de sua obra, Habermas primeiramente cita o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional. A filosofia do direito, seguindo a reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, passou a revalorizar a tradição do direito racional. Dessa forma, o discurso normativo retoma a questão acerca da impotência do dever-ser, que já motivara Hegel a estudar Adam Smith e David Ricardo, a fim de entender a constituição da moderna sociedade civil como um momento de realidade da ideia ética¹⁵¹. Habermas, assim como outros filósofos, distancia-se, em sentido hegeliano, da impotência do dever-ser.

¹⁵⁰ Ibid.: 82.

¹⁵¹ Ibid.:83.

No entanto, o enfoque principal deste tópico do livro “Direito e Democracia” é a crítica à obra “Uma Teoria da Justiça” (1971), do filósofo norte-americano John Rawls. Habermas critica o discurso filosófico de Rawls sobre a Justiça, alegando que fora desenvolvido em um nível puramente normativo, não partindo para o sistema empírico de ações, que é próprio do direito. Ou seja, Rawls não se aprofundou de fato na sociedade, não a estudou de forma suficiente para criar uma Teoria da Justiça, caindo em uma perspectiva deveras filosófica. É importante entender que Habermas está preocupado em não permanecer somente no discurso filosófico vazio sobre a Justiça, mas sim num discurso filosófico sobre a Justiça capaz de estar aliado a um sistema empírico de direito possível. Ademais, o filósofo alemão deixa claro que seu interesse pela teoria jurídica são as questões de uma teoria da sociedade. Sua perspectiva não é somente filosófica, mas, ao mesmo tempo, sócio-teórica. Seguindo palavras do próprio autor alemão: *“Servindo-me do conceito de direito desenvolvido por Rawls, gostaria de mostrar as dificuldades complementares de um discurso filosófico sobre a justiça, desenvolvido num nível puramente normativo.”*¹⁵²

Outrossim, Rawls se preocupou muito com as condições de aceitação de sua Teoria da Justiça, tratando do velho problema da realização do projeto racional de uma sociedade justa.

Seguindo um modelo contratualista, Rawls refere-se a um “contrato hipotético” que os sujeitos fariam sob certas condições ideais e no qual é respeitado o caráter de seres livres e iguais de

¹⁵² Ibid.:66.

cada um. O referido contrato tem como objetivo estabelecer determinados princípios básicos de Justiça, os quais surgem mais como critérios que se destinam a ser aplicados na estrutura básica da sociedade¹⁵³. Por conseguinte, baseado nesse modelo contratualista, Rawls desenvolveu uma ideia de sociedade bem ordenada, pautada na *Justiça* como forma de regular a estrutura básica da sociedade. As instituições fundamentais de tal sociedade devem seguir um esquema fundamentado à luz da Justiça entendida como imparcialidade, como o devido assentimento racionalmente motivado de todos os cidadãos. Rawls também sugere que os princípios supremos da Justiça sejam fundamentados seguindo um procedimento que pode ser interpretado como a explicação do ponto de vista da avaliação imparcial de questões de justiça política, detentoras de um conteúdo moral.

No primeiro nível de justificação normativa, Rawls se envolve com o problema da auto-estabilização de uma sociedade bem ordenada pautada nos moldes de Justiça. Para isso, Rawls apoia-se na “Teoria Fraca do Bem”, a fim de mostrar que instituições justas poderiam criar condições sob as quais é do interesse de todos perseguir os próprios planos de vida sob as mesmas condições que permitem a outras pessoas concretizar seus planos de vida. “*A auto estabilização da sociedade justa não se apoia numa coerção do direito, mas sim na força socializadora de uma vida sob instituições justas; tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça.*”¹⁵⁴

¹⁵³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008: 14-19.

¹⁵⁴ HANSEN, Gilvan Luiz; HAMEL, Marcio Renan, op. cit.: 85.

Tudo isso faz sentido no caso de já existirem instituições justas. Todavia, como estabelecer instituições justas em circunstâncias já dadas? Como o conceito teórico normativo da sociedade bem ordenada pode ser situado no contexto de uma cultura política e de uma esfera pública existente, a fim de encontrar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento? Esse é o tema do segundo nível de argumentação de Rawls, que desenvolve o conceito de equilíbrio reflexivo para tentar resolver essa questão. Equilíbrio reflexivo nesse contexto significa o procedimento segundo o qual o saber intuitivo de sujeitos competentes pode ser explicitado de forma racional, lançando mão de proferimentos exemplares. Nele é informado de que forma as pessoas razoáveis e racionais atingem um consenso sobreposto, pois é o elo que une uma construção teórica e os julgamentos morais particulares. Com isso, haveria um ajuste entre a construção teórica e os fatos e, por consequência, a possibilidade de alteração de algumas intuições morais. Quando esse ajustamento atinge um estado de equilíbrio, estaria estabelecido um compromisso coerente. Dessa forma, o equilíbrio reflexivo é um processo de ajustes e reajustes contínuos das intuições e dos princípios morais. Esse conceito, segundo Habermas, é ambivalente e não é suficientemente esclarecido por Rawls para justificar esse segundo nível de argumentação normativa.

A partir daí, Rawls reconheceu que precisava fazer uma distinção mais nítida entre o nível da fundamentação filosófica e o nível das considerações sobre a aceitação da teoria da justiça em uma sociedade já constituída.

Para Habermas, numa sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com aceitação quando se limitar a uma concepção pós-metafísica, ou seja, se evitar tomar partido na disputa entre formas de vida e cosmovisões.

Defendendo sua teoria, Rawls imagina que uma teoria pós-metafísica da justiça representa uma média de proposições normativas, na qual as interpretações mais amplas, porém contextuais, se sobrepõem parcialmente. Assim, para Habermas, Rawls certamente mostrou que sua teoria normativa da justiça pode se aplicar na sociedade pluralista em que vivemos.

Voltando a criticar Rawls, Habermas alega que, mesmo o filósofo norte americano tendo dado ênfase a questões acerca da institucionalização constitucional dos princípios da justiça, os quais são fundamentados inicialmente de forma abstrata, ele não consegue esclarecer a relação entre direito positivo e justiça política. Rawls se concentra na legitimidade do direito, sem tematizar a sua dimensão institucional. A tensão entre facticidade e validade, inerente ao próprio direito, não entra em seu campo de visão. Por isso também, a dimensão externa entre pretensão de legitimidade do direito e a da facticidade social é captada de modo reduzido¹⁵⁵.

Além disso, o autor de “Uma Teoria da Justiça” procura perceber até que ponto os princípios da justiça são plausíveis perante as tradições políticas e no contexto cultural da comunicação pública de uma sociedade contemporânea pluralista, porém não se refere aos processos de decisão realmente

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, op. cit.:92.

institucionalizados, nem às tendências de desenvolvimento políticas e sociais que possivelmente se contrapõem aos princípios de Estado de direito, transformando em ironia as instituições da sociedade bem ordenada. Ademais, Rawls confrontou-se com a realidade do processo político em toda a sua extensão, pois não tratou da forma como deveria o problema da reação entre norma e realidade, sem tomar como ponto de partida a diferença entre moral e direito e não levou em consideração a tensão entre facticidade e validade embutida no próprio direito positivo, como já mencionado. Para fazer esse estudo de maneira correta, Rawls deveria ocupar-se da reconstrução normativa do desenvolvimento do Estado de direito e de sua base social.

Para Habermas, as análises sociológicas do direito têm que unir a intervenção externa com uma reconstrução que inicia internamente. Uma teoria normativa, desenvolvida para a reconstrução do desenvolvimento do Estado de direito de sociedades concretas, poderia encontrar o seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos contatáveis.

No mesmo tópico de “Direito e Democracia”, Habermas dialoga com outro autor representante do liberalismo igualitário, Ronald Dworkin, que se preocupa em explicar como nasce o conceito abstrato de justiça. O conceito de justiça pós-metafísico não pode estar separado de esboços motivadores de uma vida bem sucedida. No lugar da moral que atribui precedência deontológica ao correto frente ao que é bom, Dworkin propõe colocar uma ética liberal suficientemente formal, que seja compatível com o

provável dissenso sobre as orientações vitais preferidas de cada cidadão.

Os filósofos liberais que adotam a visão restrita segundo a qual o liberalismo é uma teoria do justo e não do bom, enfrentam o problema de explicar os motivos que levam as pessoas a serem liberais. [...] Os liberais devem, ao contrário, conectar a ética e a política ao construir uma visão sobre a natureza ou caráter da vida boa, que faz a moralidade política liberal parecer algo muito mais contínuo do que descontínuo, com visões filosóficas atraentes sobre a vida boa.¹⁵⁶

O projeto de Dworkin põe a descoberto o dilema de qualquer ética que pretenda validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico. Durante essa parte da obra, Jürgen Habermas utiliza as obras de Talcott Parsons e Max Weber para fundamentar sua crítica a John Rawls e justificar a função social integradora do direito. Apesar de Parsons ter traduzido inúmeros escritos do sociólogo alemão, eles possuem divergências estruturais quanto à forma mediadora do direito. Weber defende a durabilidade das ordens sociais enquanto ordens legítimas, ganhando o Estado de direito sua legitimação, em última instância, a partir do exercício da dominação política conforme o sistema jurídico; enquanto Parsons persegue a evolução social do direito sob o aspecto de sua função própria, da garantia da solidariedade social, não sob o viés da contribuição trazida para a gênese da dominação.

¹⁵⁶ *Ibid.*: 91.

De fato, Talcott Parsons visualiza o agir institucionalizado como uma seleção de valores culturais reconhecidos, sendo que as normas ganham concretude a partir das ordens sociais, já que aquelas devem regular o comportamento esperado. Segundo o sociólogo norte-americano:

Os valores internalizados devem corresponder a valores institucionalizados. Ou seja: os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados na norma.¹⁵⁷

Entretanto, para ocorrer essa internalização, a repressão acontece inúmeras vezes, mas o interessante é como os destinatários se deixam obrigar pela ordem social vigente. Parsons enxerga o sistema jurídico a partir da evolução social, diagnosticando o surgimento de um modo de legitimação democrático que confere às pessoas o status de cidadão.

Por outro lado, Max Weber recorre às ordens legítimas e ao conceito de dominação para analisar a produção de uma ordem social, visto que apenas o embate de interesses não é capaz de produzi-las. Entretanto, é importante ressaltar que Weber, assim como Talcott Parsons, enxerga o agir institucionalizado como uma realização seletiva, porém de ideias e de interesses, já que este o concebe a partir de valores culturais. Para Max Weber, o agir de toda a sociedade exige um acordo legítimo para orientar a ação do coletivo, ou seja, uma maneira de agir por consentimento. Nesse

¹⁵⁷ Ibid.: 95.

ponto, Habermas enxerga os atores respeitando as pretensões normativas ao traduzirem-nas para motivos próprios, gerando uma coerção moral em si mesmos. Dessa forma, para Max Weber, o direito moderno possui um nexó funcional com a dominação legal, tendo o seu maior expoente na burocracia da instituição estatal, fazendo com que o direito perca ou deixa de lado a sua função socialmente integradora.

Como explicitado acima, Jürgen Habermas critica John Rawls acerca da sua obra “Uma Teoria da Justiça”, alegando que o tema teria uma relação com a interação social real muito distante, o que inutilizaria parte da obra, a qual seria voltada unicamente para o sistema. O autor de “Direito e Democracia” coloca que a partir do diálogo se podem obter conceitos universalizáveis, depois de passar por um debate de ideias racional entre a sociedade para analisar o proposto. De fato, Habermas mostra como concebe o direito e estabelece de certa forma uma crítica a Rawls, nesse trecho em “Direito e Democracia”:

O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ibid.: 110 e 111.

Dessa forma, Jürgen Habermas prefere realizar a distinção entre moral e direito, alegando que John Rawls se importa unicamente com o sistema, sem levar em conta o “mundo da vida”, não partindo para o sistema empírico de ações, próprio do direito, mantendo-se apenas no nível das puras pretensões normativas. Por essa abordagem mais ampla, assevera Fernando Vallespín que “a obra habermasiana oferece uma ampla indagação de filosofia e sociologia do direito, que muito excede aos limites da obra rawlsiana”.¹⁵⁹

Outro ponto importante a se destacar, é que Habermas utiliza a sociologia compreensiva de Max Weber para estabelecer uma relação de complementaridade entre os diferentes tipos de teorias, como se pode observar com a teoria normativa e a teoria de descrição explicativa e de compreensão interna. O autor de “Direito e Democracia” irá propor “seguir o pensamento de Weber, associando a consideração de ideias aos interesses, ou seja, os valores subjetivos inseridos dentro das normas, estabelecendo uma filosofia política renovada, cruzando a filosofia moral e a filosofia do direito”.¹⁶⁰ Sendo assim, a filosofia moral presente no sistema, no plano das pretensões normativas e a filosofia do direito, além do sistema, participando ativamente do “mundo da vida”. É importante ressaltar que esse encontro entre a filosofia e a sociologia no pensamento de Jürgen Habermas é um produto típico da Escola de Frankfurt, desde o pensamento de Max Horkheimer, que influenciou o autor em sua forma de visualizar o mundo.

¹⁵⁹ HANSEN, GilvanLuiz; HAMEL, Marcio Renan, op. cit.:83.

¹⁶⁰ Ibid.:81.

No seguinte parágrafo do artigo feito pelo professor Gilvan Luiz Hansen e por Marcio Renan Hamel, fica evidente como o direito pode exercer na vida em sociedade uma função integradora e proporcionar a inclusão do outro, através do discurso realizado pelos cidadãos na esfera pública:

A função integradora do direito reside no papel atribuído aos sujeitos que são os destinatários da norma de direito de participarem da elaboração desta, que lhes garante sua autonomia e liberdade por meio de iguais direitos de participação e comunicação. A proposta que Habermas traz em “Direito e Democracia” de uma política deliberativa localiza sua força legitimadora na estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade pública coletiva.¹⁶¹

Não há dúvida de que, para Habermas, não devemos enxergar o direito como um “medium” para a dominação legal do Estado Moderno, mas utilizá-lo para realizar uma igualdade material e não apenas formal, como se percebe atualmente. A função social surgirá a partir da integração realizada, que irá gerar uma mudança na esfera pública, permitindo que mulheres, negros, trabalhadores e outras classes que sofrem algum tipo de discriminação exponham seus argumentos no sentido de se formar um consenso para a elaboração normativa, expressando uma manifestação racional e livre, transformando o direito em fonte de integração social. Para que isso ocorra, torna-se necessário

¹⁶¹ Ibid.:84.

o desenvolvimento de métodos e técnicas que possibilitem condições de debate e discussões na esfera pública.

Em suma, inúmeras vezes, o sistema jurídico não reflete em suas normas a realidade vivida pela sociedade. Nessa perspectiva, Jürgen Habermas acredita ser o direito um dos possíveis transformadores da comunicação entre sistema e “mundo da vida”, realizando uma análise sociológica em busca do agir comunicativo entre os cidadãos. Pode-se observar essa constatação, a partir da seguinte passagem do livro: *“Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.”*¹⁶²

No terceiro capítulo de seu livro, Habermas se empenha em explicar os alicerces do direito moderno para, posteriormente, poder reconstruir a sua autocompreensão. Como forma de iniciar seu raciocínio, traz novamente à tona os direitos subjetivos, imprescindíveis para se alcançar uma visão contemporânea do direito, explicitando os seus limites às ações das pessoas, por meio do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis.¹⁶³

¹⁶² HABERMAS, Jürgen, op.cit.:112.

¹⁶³ Ibid.:113-114.

Em seguida, traz em foco a legitimidade do direito moderno produzido, afirmando que, com ele, os indivíduos deixam de ter diretamente sobre si as normas morais, uma vez que elas passam a estar positivadas nas leis. E é no processo legislativo que é garantida a legitimidade das normas ali produzidas, pelo fato de estarem amparadas no princípio da soberania do povo.

Habermas começa a seção I fazendo um apanhado de visões de juristas a partir do início do século XIX até tempos contemporâneos, de Savigny a Raiser. De início, em tempos de uma fundamentação idealista do direito, acreditava-se que a autonomia privada dos cidadãos era garantida pela proteção do direito subjetivo às manifestações de vontade, judicialmente possíveis, de cada um. Em cima disso, o direito seria, segundo Savigny, legítimo por si próprio. Ao longo do século XIX, no entanto, fortaleceu-se o pressuposto de que essa máxima só seria verdadeira caso cada autonomia privada estivesse sustentada por uma autonomia moral.

Com o advento do juspositivismo, aquela fundamentação idealista é rompida. Nenhum direito poderia ser justificado externamente ao direito posto. Quaisquer pretensões que pudessem ser fundamentadas por direitos subjetivos deveriam estar previstas em normas positivadas. Hans Kelsen separa a moral do direito, defendendo a autonomia do sistema jurídico, não cabendo uma busca por fontes que já não tenham sido produzidas dentro dele. Habermas se refere a essa separação como uma “*interpretação puramente funcionalista dos direitos subjetivos*.”¹⁶⁴ Com o fim da II

¹⁶⁴ Ibid.:119.

Guerra, houve uma tímida tentativa de se reatar uma dimensão moral ao direito, muito em virtude dos horrores produzidos pelo ordenamento jurídico nazista, mas durou pouco.

Habermas ainda traz a tentativa do jurista alemão Ludwig Raiser de novamente adicionar ao direito um núcleo moral. Ele defende que a autonomia privada de cada um deve continuar sendo protegida pelos direitos subjetivos. Raiser diverge, no entanto, da abordagem feita por Savigny, na qual “o direito no sentido subjetivo é legítimo por si mesmo”¹⁶⁵, pois, para serem plenamente legítimos, estes devem ser complementados por direitos sociais.

Habermas termina seu resgate histórico expondo suas próprias visões quanto aos temas, deixando clara sua posição em prol de uma autoridade moral totalmente autônoma em relação ao processo legislativo, assim como criticando a falha de não se achar uma explicação convincente para a origem da legitimidade do direito positivo. Isso está melhor esclarecido no seguinte trecho:

Não se conseguiu esclarecer de onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo. Todavia, o modo como o positivismo jurídico introduz esse princípio não preserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ibid.:116.

¹⁶⁶ Ibid.:122.

O principal objetivo do autor, aqui, é destrinchar a barreira entre os direitos humanos e a soberania do povo, tendo-se em vista que são sobre eles, segundo Habermas, que repousam a justificativa do direito moderno. Trazendo as correntes políticas do liberalismo e do republicanismo em voga, é feita uma relação destas com os direitos humanos e a soberania do povo nos Estados Unidos. Sob esse ponto de vista, estes não podem ser interpretados de forma complementar, pois são dispostos de forma que seus conceitos se disputam entre si, uma vez que entre os direitos humanos e a soberania do povo, o primeiro é tomado como uma *“expressão de uma autodeterminação moral”* e o segundo, *“como expressão da autorrealização ética.”*¹⁶⁷

Além disso, liberais e republicanos diferem entre si no que tange a como lidar com essa concorrência. Os primeiros defendem o estabelecimento de direitos pré-políticos e limites ao Poder Legislativo, enquanto os segundos enaltecem o reconhecimento da manifestação de vontade dos cidadãos, sustentando que direitos humanos só serão determinados a partir do que acredita a coletividade. Buscando romper com a disputa, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant buscaram interpretar os direitos humanos e a soberania do povo de forma a interligá-los. Ainda assim, cada um acaba por se aproximar mais de alguma das correntes políticas anteriormente citadas, com o iluminista de Genebra mais próximo do republicanismo e filósofo alemão, do liberalismo.

¹⁶⁷ Ibid.:133

Kant visualiza um sistema de direitos legitimados a partir de preceitos morais que independem da autonomia política do povo, ao passo que, mesmo que o cidadão quisesse, não poderia abrir mão dele. O filósofo interpreta que não há de se falar em rompimento ou concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, já que, no momento de manifestação da vontade do cidadão, este nunca o faria de forma a ferir os pressupostos morais que o beneficiam e, assim, ferir sua autonomia privada.

Rousseau, por sua vez, vê no ideal republicano a forma de se resolver tal conflito. Segundo ele, como a vontade do povo só pode ser expressa em leis abstratas e gerais, naturalmente serão sempre redigidas normas que respeitarão as liberdades de cada um. Rousseau vê que qualquer interesse que não atenda à universalidade dos cidadãos não será sequer considerado no processo legiferante republicano, protegendo-se, assim, os direitos humanos.

Habermas, entretanto, julga que nenhum dos dois encontrou uma solução ao problema. Ele expõe, de forma clara, as falhas das formulações feitas por Kant e Rousseau no seguinte trecho:

Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de

um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta.¹⁶⁸

A forma correta de se solucionar a concorrência entre os direitos humanos e a soberania do povo deve ser um sistema de direitos em que se apresentem as condições necessárias para se estabelecer uma comunicação eficiente entre todos os que se encontram dentro da esfera de alcance do ordenamento jurídico, para se chegar a normas sobre as quais todos os afetados verdadeiramente opinem. Habermas, defendendo também que vê como maléfico um sistema jurídico no qual a autonomia pública sobreponha-se à privada ou vice-versa, dá os primeiros indicativos de sua Teoria do Discurso.

A Teoria do Discurso é criada e mobilizada por Jürgen Habermas para solucionar o problema da legitimidade do direito em sociedades pluralistas. Em sociedades onde há diversidade de cultura, valores e moral, é difícil estabelecer algo que seja comum a todos os cidadãos e aí está o problema, segundo Habermas, para legitimar o direito, visto que a legitimidade precisa ser reconhecida por todos os que sofrerão influência das normas estabelecidas em dado sistema de direitos.

Ao buscar um elemento universal na sociedade diversificada, Habermas observa que somente o exercício da cidadania de forma democrática pode unificar todos os cidadãos numa sociedade com valores tão distintos e, conseqüentemente,

¹⁶⁸ Ibid:138.

só esse exercício poderá conferir legitimidade ao direito. Nesse contexto, os cidadãos são vistos como autores, e não apenas destinatários das normas, e o foco se desloca para o procedimento normativo. Tal procedimento é interpretado na teoria habermasiana por meio de um princípio do discurso, que pode ser denominado como um procedimento que visa instaurar um direito de forma politicamente autônoma, de modo a assegurar a liberdade de discurso com garantia de direitos fundamentais.

Dentro do princípio do discurso, Habermas cita e explica dois tipos de liberdade: a liberdade comunicativa e a liberdade subjetiva, que é abordada no seu sentido original e também sob a ótica de um princípio kantiano. A liberdade comunicativa é aquela que permite a um indivíduo tomar posição frente aos proferimentos de um oponente, observando pretensões de validade reciprocamente levantadas. Isso depende sempre de uma relação intersubjetiva e resulta em obrigações ilocucionárias. Já a liberdade subjetiva não se importa se os argumentos decisivos para um são aceitos pelo outro e assim surge um problema quanto ao estabelecimento de um consenso, pois não haverá, no discurso, uma ideia compartilhada. Um desdobramento dessa liberdade é visto por Habermas ao abordar esse tema sob uma ótica kantiana e afirma que “a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos”. Essa liberdade é garantida e controlada por uma lei geral, que está baseada na moral e, portanto, não pode ser vista como algo convencional nas sociedades pluralistas.

A partir dessas problemáticas da liberdade, Habermas desenvolve um princípio do discurso concebido como um procedimento que visa instaurar um direito, devendo ser politicamente autônomo (autonomia como algo geral e neutro), de modo a assegurar liberdades de discurso com garantia de direitos fundamentais. Habermas estabelece cinco categorias de direitos fundamentais que devem ser garantidos no discurso:

1. “Resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”;
2. “Resultantes da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros de direito”;
3. “Resultantes da possibilidade de postulação judicial e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”;
4. “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, exercício da autonomia política na criação do direito legítimo”;
5. “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos citados nos 4 itens anteriores”.

A garantia desses direitos fundamentais no discurso é essencial para que haja democracia, um conceito que, para Habermas, “resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”, denominando-se “gênese lógica de direitos”. Essa gênese lógica de direitos forma o sistema de direitos, o qual visa regular, por meio do direito positivado, as condições necessárias para a institucionalização de processos democráticos de discussão.

O direito para Habermas adquire sentido normativo por meio de um procedimento que instaura o direito, gerando assim sua legitimidade. Por intermédio da Teoria do Discurso, Habermas supera o grande desafio da democracia contemporânea, equilibrando a autonomia pública e privada e reconstruindo a relação do direito legítimo com o poder político por meio de uma relação interna entre direitos fundamentais e democracia.

Essa teoria consegue que os cidadãos estranhos entre si tenham consciência de que são autores e destinatários das normas e isso leva à participação ampla de toda a comunidade no processo de discussão política na produção normativa. Nessa discussão os cidadãos têm sua liberdade e igualdade protegidas por direitos fundamentais com o objetivo de conferir legitimidade a tal processo.

Habermas acredita que as constituições modernas, ao adotarem um sistema de direitos que contemple os direitos fundamentais, têm por objetivo fazer com que esses princípios sejam considerados universais e comuns a todos os cidadãos. Ao tornar esses direitos fundamentais universais, Habermas atribui a tais direitos um sentido deontológico, para que possam assumir

a posição de comuns a todos os cidadãos. Para Habermas é importante que haja um espaço público de discussão onde todos tenham liberdade de discurso com os direitos fundamentais assegurados; isso garantiria um igual exercício de cidadania a todos e conferiria legitimidade ao direito.

Pode-se perceber que na visão habermasiana o foco da legitimidade está no procedimento e não mais no conteúdo moral do direito. Isto pressupõe um processo de normatização baseado num debate público com caráter de imparcialidade, que seria atingido com a garantia de liberdade e preservação de direitos fundamentais dos cidadãos participantes da discussão.

Para Habermas democracia e cidadania pressupõem participação dos cidadãos e seria por meio de um reconhecimento recíproco da cidadania que os cidadãos poderiam lidar com questões jurídicas tão complexas existentes nas sociedades modernas cada vez mais diversificadas.

Referências

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONSCIENCIA.ORG. **Ética e liberdade no pensamento de Kant.** Disponível em: <<http://www.consciencia.org/etica-e-liberdade-no-pensamento-de-kant>>.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANSEN, Gilvan Luiz; HAMEL, Marcio Renan. Filosofia do Direito e Teoria Jurídica em Habermas: Implicações reconstrutivas para uma teoria da sociedade. **Veritas**, v. 56, n. 3, p. 72-86, set./dez. 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

PRESTES, Nadja Hermann. **Educação e racionalidade:** conexões e possibilidade de uma razão comunicativa na escola. 1. ed. Rio Grande do Sul: PUCRS, 1996.

ZANELLA, Diego Carlos; OLIVEIRA, Liliana Souza de. **Liberdade e moralidade em Kant.** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/004e2.pdf>>.



Informações Gráficas
Formato: 14,5 x 20,5 cm
Mancha: 10,5 x 17,5 cm
Tipologia: Adobe Garamond Pro
Papel: AP 90 g/m² (miolo) – Triplex 250 g/m² (capa)
Dezembro de 2018.