

LUCIANO NASCIMENTO SILVA
TÂMISA RÚBIA SANTOS DO NASCIMENTO SILVA
LUIZA ALICE TORRES ÂNGELO
JULIANE SOUSA RÉGIS
(ORGANIZADORES)

LIÇÕES BÁSICAS EM DIREITO

UM DEBATE PROPEDÊUTICO

 eduepb



Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

Conselho Editorial

Luciano Nascimento Silva (UEPB) | José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB) | Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ) | Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB) | Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP) | Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Diego Duquelsky (UBA) | Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN) | Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB) | Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Germano Ramalho (UEPB) | Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB) | Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT) | Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB) | Vincenzo Milittello (UNIPA/IT)

Expediente EDUEPB

Erick Ferreira Cabral | *Design Gráfico e Editoração*

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes | *Design Gráfico e Editoração*

Leonardo Ramos Araujo | *Design Gráfico e Editoração*

Elizete Amaral de Medeiros | *Revisão Linguística*

Antonio de Brito Freire | *Revisão Linguística*

Danielle Correia Gomes | *Divulgação*



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

Luciano Nascimento Silva
Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva
Luíza Alice Torres Ângelo
Juliane Sousa Régis
(Organizadores)

Lições Básicas em Direito

um debate propedêutico



Campina Grande - PB

2020



Estado da Paraíba

João Azevêdo Lins Filho | *Governador*
Ana Lúgia Costa Feliciano | *Vice-governadora*
Nonato Bandeira | *Secretário da Comunicação Institucional*
Aléssio Trindade de Barros | *Secretário da Educação e da Ciência e Tecnologia*
Damião Ramos Cavalcanti | *Secretário da Cultura*

EPC - Empresa Paraibana de Comunicação

Naná Garcez | *Diretora Presidente*
William Campos | *Diretora de Mídia Impressa*
Alexandre Macedo | *Gerente da Editora A União*
Maria Eduarda Santos | *Diretora de Rádio e TV*



**EDITORA
A UNIÃO**

BR 101 - KM 03 - Distrito Industrial - João Pessoa-PB - CEP: 58.082-010

Depósito legal na Câmara Brasileira do Livro - CBL.

Ficha catalográfica elaborada por Heliane Maria Idalino Silva – CRB-157368

L711 Lições básicas em Direito: um debate propedêutico. [Livro eletrônico]. / Luciano Nascimento Silva, Tâmisia Rúbia Santos do Nascimento Silva, Luíza Alice Torres Ângelo...[et. al.] (Organizadores). –Campina Grande: EDUEPB, 2020. 1000 Kb - 112p.

ISBN 978-85-7879-584-9

1.Filosofia do Direito. 2.Direito natural. 3.Direito positivo. 4.Política regulatória brasileira. 5.Teorias constitucionais americanas. I.Silva, Luciano Nascimento (Organizador).

21. ed.CDD 340.1

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bodocongó - Bairro Universitário
Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br>
e-mail: eduepb@uepb.edu.br

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

SUMÁRIO

**ANTÍGONA EM CONFLITO:
REFLEXÕES SOBRE DIREITO NATURAL
E DIREITO POSITIVO 7**

Gustavo Henrique Queiroz dos Santos
Luciano da Silva

**ANTÍGONA:
ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO
NATURAL E O DIREITO POSITIVO 21**

Juliane Sousa Régis
Talden Farias

O VAZIO SEMÂNTICO EM TÛ-TÛ 31

Lucas Lacerda Aragão de Brito
Antônio Roberto Faustino da Costa

**A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO
NA CONSTRUÇÃO DA TEORIA
CONSTITUCIONAL AMERICANA 39**

Luíza Alice Torres Ângelo
Luciano Nascimento Silva

**A DURAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES
NACIONAIS E O CASO
MARBURY VS. MAISON 49**

Pedro Lucas Campos de Medeiros
Rômulo Rhemo Palitot Braga

A REFORMA PELA INTERPRETAÇÃO.....55

Raphael Bruno Veloni

Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão

**TEORIA DOS SISTEMAS E REGULAÇÃO
ECONÔMICA: UMA LEITURA DA ATUAÇÃO
DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DA
LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO.....63**

Renan Farias Pereira

Luciano do Nascimento Silva

**NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE
JUSTIÇA RESTAURATIVA E CÍRCULOS
DE CONSTRUÇÃO DE PAZ.....95**

Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva

Rômulo Rhemo Palitot Braga

Raquel Lauritzen de Lucena Melo

ANTÍGONA EM CONFLITO: REFLEXÕES SOBRE DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

Gustavo Henrique Queiroz dos Santos¹

Luciano da Silva²

Introdução

O objetivo do presente trabalho é examinar a obra *Antígona*, de Sófocles, identificando algumas convergências entre a lei dos Deuses e lei dos homens e os institutos do Direito Natural e Direito Positivo. Esta obra é a terceira de sua conhecida Trilogia Tebana, composta por *Édipo Rei*, *Édipo em Colono* e *Antígona*. Nesta última, Sófocles narra as dificuldades enfrentadas por Antígona, filha de Édipo, ao tentar conceder os rituais fúnebres ao seu irmão Polinices.

A questão-problema que se pretende desenvolver é a seguinte: Existem relações entre a dicotomia normativa presente na obra de Sófocles e os conceitos de Direito Natural e Direito Positivo?

1 Mestrando em ciências jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: ghenriquequeiroz@gmail.com. Bolsista CAPES. Agradeço a CAPES pelo fomento à pesquisa.

2 Professor de Filosofia da Universidade Federal de Campina Grande. Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: lucianojpb@gmail.com.

O artigo é desenvolvido com uma hipótese que responde positivamente a esse problema.

Para responder à questão-problema apresentada, a pesquisa toma por base a obra de Sófocles, bem como de alguns estudiosos do tema. No intuito de justificar a metodologia escolhida utiliza-se Silveira e Córdova (2009, p. 31), para os quais a pesquisa científica “[...] possibilita uma aproximação e um entendimento da realidade a investigar”. A partir disso, o presente trabalho propõe uma abordagem qualitativa que pretende explicar “[...] o porquê das coisas, exprimir o que convém ser feito, mas não quantificam os valores e as trocas simbólicas nem se submetem à prova de fatos, pois os dados analisados são não-métricos (suscitados e de interação) e se valem de diferentes abordagens” (SILVEIRA e CÓRDOVA, 2009, p. 32).

A pesquisa é de natureza básica, pois não prevê aplicação prática. O objetivo é exploratório, pois pretende “[...] proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipótese” (SILVEIRA e CÓRDOVA, 2009, p. 35). Para uma maior aproximação do objeto da pesquisa, o procedimento adotado é o bibliográfico, porque tem como fundamento um “[...] material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas” (GIL, 2008, p. 50).

Considerações sobre a tragédia

A tragédia é construída em torno da morte de Polínicês em combate pela mão de seu irmão Eteócles, no entanto, aquele não pôde ser sepultado em conformidade com os costumes locais por ordens de Creonte que, por meio de um decreto, proibiu o sepultamento de todos aqueles que tivessem investido contra Tebas durante a guerra. Neste decreto proibitivo, o governante punia com a morte qualquer pessoa que tentasse sepultar um desses “desertores”. Polínicês, que “regressou do exílio para incendiar a terra de seus pais” (SOFOCLES, 1990, p. 192, v. 227-229), estava incluído nesse rol, enquanto seu irmão Eteócles recebia todas as honras devidas e era tratado como herói.

Antígona, irmã de ambos, ficou indignada com o decreto, e decidiu por sepultar Polínicês tornando-se a principal personagem de uma verdadeira epopeia em meio à tragédia. Inicialmente, busca o auxílio de sua irmã, Ismene, a qual se nega a ajudá-la por medo do decreto de Creonte, mas isso não é suficiente para desestimular Antígona que irá até as últimas consequências e questionamentos em desfavor do decreto do Rei. Por esta razão, surgem os debates e conflitos normativos ao longo da obra, enquanto Antígona se apoia na lei dos Deuses, Creonte utilizará a legislação dos homens.

Cabe destacar que no contexto em que a obra foi escrita – entre 445 A.C a 441 A.C – não há uma clara divisão na sociedade grega entre Direito e Religião, e também não há uma menção direta ao termo direito natural. Lorena de Melo Freitas (2010, p. 61) pontua que “para expressar o direito natural, o texto traz expressões como leis não escritas, dos deuses, perenes, do reino dos mortos, para aludir ao direito positivo são usadas: leis do soberano, leis, decreto, edito”. Desse modo, quando Antígona

cita a lei dos Deuses, permite que seja feita uma relação desta lei com o chamado direito natural. Do mesmo modo, a lei dos homens estaria relacionada ao Direito positivo.

O direito natural e o direito positivo em *Antígona*

O direito natural na obra de Sófocles está relacionado à própria *physis*, uma palavra grega que implica em tudo o que é natural e, no contexto da época, tem mais abrangência sobre as condutas humanas do que a lei positiva. Esta, por sua vez, é limitada e, segundo a própria *Antígona*, não obedece aos ditames maiores dos Deuses. Por esta razão, o Direito positivo não alcança a plena justiça. Esta diferença já é presente em outros autores, a exemplo de Platão e Aristóteles, que compartilham de parte contexto histórico vivido por Sófocles. No âmbito da contemporaneidade, o debate é desenvolvido por Bobbio (2006, p. 16. Grifos do autor), ao afirmar que:

[...] o direito positivo é chamado “direito legal” (*nomikón díkaion*) e o natural é dito “*physikón*”: observamos que é impróprio traduzir o termo *díkaion* pela palavra “direito” (ainda que o façamos assim por motivos práticos) uma vez que o grego *díkaion* (bem como o latino *jus*) tem um significado dual indicando ao mesmo tempo a ideia de “justiça” e de “direito”

Nesse mesmo sentido e em complemento, cabe destacar uma das reflexões feitas pelo jusfilósofo italiano (BOBBIO, 2006, p.

15. Grifos do autor) sobre a distinção entre direito natural e positivo no período clássico:

[...] a contraposição entre positivo e natural é feita relativamente à natureza não do direito mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*).

É nesse enredo que se inicia o debate sobre direito natural e direito positivo, da contraposição entre Antígona e Creonte, respectivamente. Nos diálogos iniciais com sua irmã Ismene, Antígona cita a lei dos Deuses (SOFOCLES, 1990, p. 188, v. 85-86) implicando que sua irmã está dando preferência a injusta lei dos homens em detrimento de uma ordem suprema, que não poderia sob qualquer circunstância ser descumprida.

Nesse instante repousa em Antígona a figura do Direito Natural, um direito pressuposto e imutável, que é anterior as leis criadas pelos homens. Para ela, as leis humanas que não estavam em conformidade com a lei dos Deuses não gozavam de justiça e por isso não deveriam ser obedecidas. Corrobora a esse entendimento o posicionamento de SPARANO (2010, p. 29) ao afirmar que “na tragédia de Sófocles o conflito se estabelece entre o poder da cidade, representado por Creonte, e a lei divina, representada por Antígona.”

Ao falar na obra pela primeira vez, Creonte se auto intitula supremo guia do Estado (SOFOCLES, 1990, p. 191, v. 203-204)

e deposita sua confiança nas leis dos homens. Nesse caso, ele funciona como contraponto necessário a Antígona e representa o direito positivo, o direito que é fruto de convenções humanas, que é posterior a experiência e mutável, nessa passagem, de acordo com a vontade do soberano. É possível perceber que os olhares de ambos convergem para o mesmo objeto, o direito como forma de regular as condutas humanas, diferindo somente nos pressupostos de validade de cada um.

Sobre o direito positivo é necessário dizer ainda que deve ser produzido por quem tenha legitimidade e esse atributo de Creonte fica evidente na fala de Corifeu quando diz “Assim te apraz, filho de Meneceu, Creonte, tratar amigos e inimigos desta terra, **e tens poder – eu reconheço** – para impor a lei de tua escolha [...]” (SOFOCLES, 1990, p. 192. v. 242-245), indicando que Creonte fez o decreto com apoio da comunidade política.

Nesse meio tempo um guarda se aproxima de Creonte e conta-lhe que o cadáver de Polinices foi sepultado, o que desperta cólera e o deixa incrédulo, tendo em vista que o infrator – pensando até aqui que fosse um homem – estava abrindo mão da própria vida ao descumprir o decreto.

O debate sobre a dicotomia entre Direito Natural e direito positivo é ainda mencionado por outro representante da tradição contemporânea, embora seja tomado sob uma tônica enfraquecida, como aponta Tércio Sampaio Ferraz (2003, p. 172):

A busca do direito natural e de seu fundamento é a procura do permanente, do universal e do comum a todos os homens na definição do direito. Se o direito positivo se define por sua mutabilidade, sua

regionalidade, sua circunstancialidade, sua especialidade, a busca do direito natural expressa a angústia do homem num mundo em que tudo sendo positivo, é relativo.

Essa passagem designa a forma que o debate era tomado na época clássica. Interpretando a obra de Sófocles com apoio de Tércio Ferraz, percebe-se que Creonte usa em seu favor normas postas, mutáveis, regionais, e em resposta a desobediência praticada, nega e retruca argumentos que privilegiem o Direito Natural, como os de Corifeu ao dizer que seu coração já indagava há muito tempo se esse acontecimento não se devia aos Deuses (SOFOCLES, 1990, p. 196, v. 329-330). Para o rei era impensável que os Deuses tivessem dado cabo das honras fúnebres e pensando de forma empírica atribui de logo a responsabilidade do ato a alguém até então desconhecido, mas de carne e osso.

Posteriormente, Antígona é conduzida pelo guarda supracitado à presença de Creonte e afirma que ela foi a responsável pelo sepultamento do irmão. Nesse momento o debate sobre Direito Natural e Direito Positivo gera ainda mais frutos pois aqueles que respectivamente o representam travam um debate sobre qual lei é a mais justa e deve ser obedecida.

Antígona afirma constantemente que as leis dos Deuses “[...] não é de hoje, não é de ontem, é desde o tempos mais remotos que elas vigem [...]” (SOFOCLES, 1990, p. 202, v. 518-519). O Direito Natural reaparece na fala de Antígona sob a figura da Lei dos Deuses, mas analisando os elementos descritos é possível perceber algumas características, primeiro, a imutabilidade. Isso significa que esse tipo de lei não sofre os efeitos do tempo e do espaço, é o mesmo em todas as sociedades e tem efeito *erga omnes*. Segundo, sua elevada hierarquia diante do Direito positivo, como

se este pendesse de eficácia frente aquele. É importante destacar que o conceito de eficácia no contexto de Antígona não se confunde com a forma que a eficácia é tratada nos dias de hoje³. A eficácia aqui não diz respeito à aplicação no caso concreto ou dos efeitos da norma, mas sim em padecer força em eventual antinomia com a lei dos Deuses.

Essa passagem também evidencia o momento em que Antígona questiona a legitimidade de Creonte para legislar frente as leis dos Deuses, vinculando a eficácia de suas medidas à conformidade com o divino. Para ela as leis positivas só são exequíveis e justas se derivarem das leis dos Deuses, em outras palavras, o Direito positivo só é justo se estiver em conformidade com o Direito Natural.

As palavras de Creonte transpassam a confiança de quem detêm a legitimidade para governar e fazer leis ao dizer que “[...] aquele que entre os homens todos for escolhido por seu povo,

3 Duas correntes que trabalham o conceito de eficácia são o realismo jurídico e o positivismo jurídico. Acerca do realismo, para Bobbio (2006, p. 143) “Se as normas estão no mundo jurídico, mas não podem ser aplicadas, ou não são adequadas a realidade que se propõe regular então não há que se falar em Direito. As normas jurídicas são as que os juízes aplicam no exercício de suas funções para dirimir controvérsias. Ainda na perspectiva realista encontramos Cardozo (2004, p.02) para o qual “a decisão judicial não é fruto do acaso ou do destino, mas sim de uma escolha do Juiz que decidiu.” Na visão do autor, “é necessário investigar os elementos que motivaram essa escolha. Para isso, diferenciar o consciente do inconsciente é essencial.” Já na visão do positivismo jurídico Kelsen (2009, p. 236) a posição mais acertada seria a que considera que “a eficácia da ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade.” No sentido de que uma norma jurídica geral ou singular deixam de ser válidas a partir do momento que deixam de ser eficazes.

deve ser obedecido em tudo, nas pequenas coisas, nas coisas justas e nas que lhe são opostas” (SOFOCLES, 1990, p. 212, v. 755-758). Da fala do rei também é possível interpretar que o Direito positivo, segundo ele, é o responsável pela manutenção do Estado e sua ausência levaria a completa anarquia e desordem. Embora Creonte revele em alguns momentos a crença, mas não obediência, aos Deuses (SOFOCLES, 1990, pp. 211 v. 745; p. 226 v. 1155), para ele não são os Deuses que garantem a ordem social, mas sim o governante de posse da lei dos homens.

Cabe fazer um breve aparte. O descaso de Creonte por Antígona não se dá somente pelo desrespeito ao decreto, mas também por ser desafiado por uma mulher. Isso fica evidenciado na seguinte passagem: (SOFOCLES, 1990, p. 212, v. 769-773) “Devemos apoiar, portanto, a boa ordem, não permitindo que nos vença uma mulher. Se fosse inevitável, mal menor seria cair vencido por um homem, escapando à triste fama de mais fraco que as mulheres.” A figura da mulher na Grécia antiga era subjugada a do homem. Para Creonte, perder para uma mulher era inaceitável e humilhante. Desistir de aplicar a pena de morte à Antígona era motivo para ser considerado indigno de ocupar o posto de rei, além de ficar ridicularizado perante a sociedade.

No momento que seu filho, Hêmon, entra no diálogo, ele toma conhecimento de que muitos na cidade são contrários a condenação de Antígona e entendem que ela agiu corretamente ao privilegiar a Lei dos Deuses em detrimento da lei dos homens. Sabendo disso, Creonte questiona “Dita a cidade as ordens que me cabe dar? [...] Devo mandar em Tebas com a vontade alheia? [...] Não devem as cidades ser de quem as rege?” (SOFOCLES, 1990, p. 214, v. 836; 838).

Antígona é finalmente levada pelos guardas para cumprir sua sentença, mas em seu lugar surge outro defensor da lei dos

Deuses, Tirésias. Este profeta, dotado da capacidade de ler os presságios dos Deuses, alerta Creonte sobre as consequências de sua desobediência a lei natural ao dizer que (SOFOCLES, 1990, p. 227, v. 1184-1189):

[...] lançaste – Creonte – às profundezas um ser vivo e ignobilmente o sepultaste, enquanto aqui reténs um morto sem exéquias, insepulto, negado aos deuses íferos. Não tens, nem tu, nem mesmo os deuses das alturas, tal direito; isso é violência tua ousada contra os céus!

O coração do rei fica perplexo e este pede conselho a Corifeu que o recomenda que solte imediatamente Antígona e sepulte Polínicos. Neste momento Creonte cede e pela primeira vez no decorrer da obra se submete a regência da lei natural, seguindo a lei dos Deuses sob o argumento de que não há como insistir em um combate contra o inevitável. (SOFOCLES, 1990, p. 229, v. 1230). Prevalece nesse momento a hierarquia do Direito natural sobre o direito positivo, já citada no início do trabalho.

O fim arrebatador para Creonte é saber, pelo primeiro mensageiro, que seu filho Hêmon cometeu suicídio em resposta as atitudes do pai. Sofocles transparece nesse momento a predileção pela verdade da lei natural, pois realizaram-se as profecias de Tirésias. Ao retornar ao castelo Corifeu faz referência a Creonte que trazia consigo o corpo do filho e se lamentava de suas decisões anteriores, a que Corifeu responde “Como tardaste a distinguir o que era justo” (SOFOCLES, 1990, p. 235, v. 1411). Nessa passagem evidencia-se mais uma vez a força do direito natural

pela lei dos Deuses, pois carrega também o elemento justiça, o que o difere da lei dos homens.

O desfecho da obra escondia ainda um duro golpe em Creonte: a morte de sua mulher Eurídice, que ao saber da morte do filho também cometeu suicídio. Movido pelo desespero e pela culpa Creonte ordena, mas em forma de súplica, que seus servos tirem sua vida, mas estes não o fazem sob o argumento de que não tem autoridade pra isso e que poderiam enfurecer aos Deuses. Novamente tem-se a lei dos Deuses prevalecendo sobre as leis e desejos humanos.

Conclusão

Diante do exposto, percebe-se a ausência de uma clara separação entre Direito e Religião na Grécia antiga o que macula a forma como se entende o Direito Natural e o Direito positivo, a lei dos Deuses e a lei dos Homens. No decorrer da análise percebe-se que em várias ocasiões Creonte encontra-se sozinho defendendo a perspectiva de prevalência do direito positivo sobre o direito natural.

Para Antígona, que declara abertamente seu posicionamento, a lei dos Deuses é que deve conduzir as relações humanas, e no final das contas acompanham o seu posicionamento o profeta Tirésias, Corifeu, o Coro e Hêmon. É possível perceber também que as características das leis dos deuses, como imutabilidade, anterioridade e universalidade estão próximas as características atribuídas ao Direito Natural, bem como a contingência e regionalidade são semelhantes às características do Direito positivo.

Além disso, após a tragédia com seu filho e esposa, o próprio Creonte se arrepende de seu posicionamento, aceitando fazer o

que seria, naquele contexto, a vontade dos Deuses. É importante perceber que ao fazer isso Creonte está afirmando a supremacia do Direito Natural sobre o Direito positivo.

A partir da leitura da obra *Antígona*, confirma-se a hipótese inicial do trabalho, de que há convergências entre a lei dos Deuses e o Direito natural e o a lei dos homens e o direito positivo. Outro aspecto marcante é constante percepção de que o Direito Natural desponta como dominante no pensamento grego. A contribuição e a luz que o debate jurídico da antiguidade, retratado pela tragédia Sofocliana, lança sobre os séculos posteriores no debate entre Direito natural e Direito positivo é marcante.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini. Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone, 2006.

CARDOZO, Benjamin Nathan, **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale**. Tradução de Silvana Vieira. Coleção justiça e direito. Martins Fontes. São Paulo, 2004.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Lorena de Melo. As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo: Uma leitura marxista a partir da tragédia *Antígona* de Sófocles. *In: A Filosofia e o Trágico*.

Org. Fernando Magalhães e Vincenzo Di Matteo. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. pp. 57 – 64.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. A pesquisa científica. In. GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SÓFOCLES. **Antígona**. *In*: A trilogia Tebana: Édipo Rei – Édipo em colono – Antígona. Tradução: Mario da Gama Kury. 15ª reimpressão. Editora Zahar. 1990.

SPARANO, Maria Cristina de Távora. Antígona, Heroína ou vítima?. *In*: **A Filosofia e o Trágico**. Org. Fernando Magalhães e Vincenzo Di Matteo. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. pp. 29 – 41.

**ANTÍGONA:
ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO NATURAL
E O DIREITO POSITIVO**

Juliane Sousa Régis¹
Talden Farias²

Introdução

Sófocles nasceu em Colono perto de Atenas, entre 496 e 494 a. C. e faleceu na mesma cidade em 406 a. C.. Pouco se sabe a respeito de sua atividade política na *polis*. Ele era filho de um rico armeiro (fabricante de armas), recebendo zelosa educação, conseqüentemente, a sua carreira como escritor de peças foi brilhante. Dentre os 123 dramas escritos por ele, apenas sete foram preservados: *Ájax* (450 a.C.), *Antígona* (442 a.C.), *Édipo Rei* (430 a.C.), *Electra* (425 a.C.), *As Traquínicas* (entre os anos de 420 e 410 a.C.), *Filoctetes* (409 a.C.) e *Édipo em Colono* (obra póstuma de 401 a.C.). Dentre as demais obras do autor, algumas são conhecidas apenas por seu título ou por fragmentos.

As suas criações trazem a característica de ações basicamente psicológicas. Os temas abordados por ele em suas obras são, por exemplo, a inconsistência da felicidade, permanente luta pela

1 Mestranda em Ciências Jurídicas, com área de concentração em Direito Econômico do PPGCJ/UFPB. Bolsista CAPES.

2 Advogado, Professor da UFPB, Doutor em Direito da Cidade pela UERJ, Doutor em Recursos Naturais pela UFCG e mestre em Direito Econômico pela UFPB.

justiça, nobreza dos sentimentos da dor e do sofrimento. Os dois personagens de maior destaque em suas criações artísticas são Édipo e Antígona.

O problema a ser esclarecido no presente trabalho é: compreender se a peça de Sófocles realmente aborda a discussão acerca do que seja o Direito Natural e o Direito Positivo, pelo ponto de vista jurídico, com base nas ações e crenças antagônicas dos personagens Antígona e Creonte.

O Antagonismo proposto por Sófocles

Na Grécia antiga, as leis possuíam a função de impor a todos as visões e decisões daquele que está no poder, independente da forma de governo ao qual a população se submeta. Naquela época, as leis eram de extrema importância, mesmo existindo as tradições religiosas de grande relevância. Também é considerável mencionar que o maior número de contemporâneos à obra possuísse cunho religioso, moral e ético, tornando-os mais tradicional possível.

A história resume-se na discussão/embate entre ser obediente à lei divina (que fielmente acredita) ou à lei imposta pelos homens, cada uma contrapondo às crenças dos personagens. A lei dos deuses defendida por Antígona representa o Direito Natural, já a lei humana, personificada em Creonte, significa o Direito Positivo.

As leis positivadas na Grécia antiga desempenhavam a função de controle da sociedade em face das transformações dos costumes da época, mesmo predominando as tradições religiosas e morais. Pode-se chegar ao raciocínio de que a moral, a religião e o direito não eram vistos de modo fracionado, mas como um só.

Foi na tragédia familiar Antígona (século V a.C.) que o Direito Natural ganhou enfoque, ao apresentar a desobediência à lei humana em razão da lei natural (no que realmente a personagem principal acreditava).

Guido Fassó entende o Direito Natural como um complexo de leis, consagradas ou não em conjunto de normas numa determinada sociedade, onde esta resulta em uma ordem jurídica anterior às leis feitas pelo homem, sendo esta legislação humana considerada basicamente justa. Ele completa o seu raciocínio afirmando que o Direito Positivo consiste num complexo de leis que são impostas em um determinado período pelo Estado, em nome da autoridade que o representa na sociedade³.

Jacques Maritain entende que ao desobedecer a lei do tio e rei Creonte, a personagem que nomeia a obra afirma que a lei humana jamais poderá ser superior à lei divina (dos deuses) que cegamente acredita e confia⁴.

Para o enredo da obra, Antígona não admitia que seu irmão ficasse impedido de ser sepultado em razão de uma norma, já que em decorrência disso, na sua crença religiosa, ele nunca encontraria o seu repouso eterno. Portanto, não concorda com a regra imposta por Creonte, para tanto, invoca o Direito Natural de enterrar seu irmão com uma cerimônia adequada aos costumes gregos.

3 FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. In: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (orgs.) **Dicionário de política**. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 655.

4 MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1952, p. 114.

No antigo jusnaturalismo, o direito é dividido entre a natureza e a vontade (*physis* X *nomos*). Ou seja, a *physis* representa-se pelas normas provenientes das divindades e são classificadas como perfeitas tanto no tempo quanto no espaço, mesmo que vá de encontro com a vontade humana. Já o *nomos* refere-se às leis feitas pelo homem a partir da sua vontade por necessidade ou conveniência.

Assim sendo, as leis (vontade do homem) por serem provisórias não podem confrontar o direito natural (divino), mas caso ocorra esse embate, o Direito Positivo prevalece em detrimento de tal norma ter sido criada diante de uma necessidade, mesmo que seja provisoriamente.

Ronaldo Poletti afirma que o jusnaturalismo da Idade Antiga baseou-se amplamente na oposição clara entre as leis e a natureza/divino.⁵ Portanto, entende-se por jusnaturalismo às nomenclaturas dadas a todas as teorias presentes na filosofia do direito que entendem o direito como inerente a dois polos: Direito Positivo, representado pelo homem; e Direito Natural, retratado pelo natural, divino, metafísico.

Quanto ao dilema que ilustra o enredo da história, Enoque Feitosa e Lorena Freitas entendem que:

Tal confusão está presente, por exemplo, naquela concepção apologista do direito natural que se expressa na “Antígona” de Sófocles que retrata o direito a partir de valores transcendentais, imutáveis

5 POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

e universais, tal como identificar o direito com a realização da justiça.⁶

Já Bobbio entende o Direito Natural como: “aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme à justiça. Uma lei não conforme à justiça *non est lex sed corruptio legis*”⁷.

O que a personagem principal que intitula o livro galga é a luta contra a injustiça imposta a seu irmão já falecido, sendo assim, busca com todas as suas forças, inclusive paga com a vida, para que aconteça o que acredita ser justo.

Quanto à questão de Antígona representar fielmente o que se entende por Direito Natural, Ronaldo Poletti assevera que:

Já na tragédia de Sófocles, a sua personagem Antígona fazia a defesa do direito natural, pelo qual todos devem ter sepultura, direito a que todos devem obedecer, independentemente do direito humano ou do poder político.⁸

Confirma-se no apresentado acima por Ronaldo Poletti que um Direito Natural “divinizado” foi trazido na obra de Sófocles,

6 FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. Da Intransponibilidade entre Descrição e Prescrição: um ensaio sobre pragmatismo e direito. **Problemata**. v. 8. n. 3. 2017, p. 162.

7 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35.

8 POLETTI, Ronaldo. *op. cit.*, p. 152-153.

como sendo uma das primeiras referências ao tema na Idade Antiga.

Portanto é perceptível que o Direito Natural torna-se imperioso, pois como aborda a obra, especificamente no que se refere às divindades (gregas), tal direito faz-se fundamental, universalista e constante.

Segundo Arnaldo Vasconcelos, o Direito Natural é o pilar do Direito Positivo, pois em *Antígona* percebe-se que há nela a personificação do Direito Natural na personagem, pois ela respeita-o e ao mesmo tempo questiona as normas impostas tiranicamente pelo rei Creonte.⁹

Para tanto, muitos consideram a heroína da obra *Antígona* como a personificação do Direito Natural. Já o seu tio e rei de Tebas, Creonte é considerado autoritário e tirano, onde impõe regramentos e leis ao povo da polis grega, contrapondo-se ao Direito Natural (divino), portanto, claramente representa o Direito Positivo ou a norma positivada.

A oposição da personagem *Antígona* à lei imposta por seu tio, em respeito e crença à prevalência do Direito Natural, evidencia-se especialmente quando ela questiona se a norma por meio da tirania real sobrepõe-se à moral, à ética e ao divino (lei natural).

Mas do ponto de vista de *Antígona*, Creonte é um tirano irracional pelo seu desrespeito às leis divinas. Para ele, a sobrinha e noiva de seu filho Hêmon é uma pessoa totalmente irresponsável por causa de sua desobediência às normas criadas pelo homem,

9 BARBOSA, Francisco Valfrido. **A ideologia como objeto de reflexão e valor no pensamento de Paulo Bonavides, Alcântara Nogueira e Arnaldo Vasconcelos.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2004, p. 139.

ao querer enterrar seu irmão com a cerimônia religiosa adequada, mesmo após a desonra que o aflige.

O que se vê na obra são dois personagens em lados opostos e que acreditam fielmente nos seus pontos de vista (Direito Natural x Direito Positivo), bem como, fundamentando-os de acordo com o que entendem por ser certo ou errado.

A representação de Antígona, segundo Bárbara Freitag é que ela personifica as normas divinas, a família, a esfera privada (*oikos*), já Creonte representa as normas criadas não pelo divino, mas pelo homem, pelo Estado (*polis*).¹⁰

Essa evidente oposição que lembra a conhecida (não) mistura entre a água e o óleo concretiza a inflexibilidade de pensamento e de agir tanto de Antígona (que defende com a própria vida o Direito Natural) quanto de Creonte (que termina sem esposa e filho por seus posicionamentos), onde, no decorrer da obra perdem muito com a própria intransigência.

Conclusão

Por tudo o que já foi exposto, percebe-se em toda a obra as consideráveis oposições entre a norma (criada pelo homem), representada por Creonte e o pensamento divino, ético e moral de Antígona. Ela entende por correto seguir as regras divinas que, para elas constituam algo ético e moral (Direito Natural), em face das normas humanas, onde afirma e acredita que aquelas estão acima da vontade do homem (lei – Direito Positivo).

10 FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona**: a questão da moralidade. 3ª ed. Campinas, SP: Papyrus, 1992, p. 20.

Conclui-se que a obra de Sófocles aborda juridicamente é a discussão acerca do que seja o Direito Natural e o Direito Positivo, com base nas ações e crenças antagônicas dos personagens Antígona e Creonte, mesmo não utilizando expressamente os termos.

A personagem que intitula a obra pode ser considerada como a representante de uma plenitude de justiça, em detrimento de sua grandeza na vontade em lutar contra a injustiça, sendo denominada até mesmo como uma heroína eterna do Direito Natural por Jacques Maritain¹¹, pois Antígona se sacrificou em nome do que verdadeiramente acreditava ser justo, ético e moral. Já Creonte, como a personificação do Direito Positivo, por meio de suas normas, tirania e intransigência.

Por fim, a dicotomia que rege a presente obra analisada são os conflitos de cunho político, familiar e religioso: *nomos* (norma) X *diké* (justiça) ou *physis* (natureza das coisas).

Referências

BARBOSA, Francisco Valfrido. **A ideologia como objeto de reflexão e valor no pensamento de Paulo Bonavides, Alcântara Nogueira e Arnaldo Vasconcelos.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem – A Lei Natural.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967, p. 58.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo. In: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (orgs.) **Dicionário de política**. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona**: a questão da moralidade. 3ª ed. Campinas, SP: Papirus, 1992.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo a partir de uma leitura marxista-realista da “Antígona” de Sófocles. In: RUBIO, David Sánchez; OLIVEIRA, Liziane; COELHO, Carla. **Teorias críticas e direitos humanos**: Contra o sofrimento e a injustiça social. CRV: Curitiba, 2016.

_. Da Intransponibilidade entre Descrição e Prescrição: um ensaio sobre pragmatismo e direito. **Problemata**. v. 8. n. 3. 2017, p. 160-171.

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

_. **Os Direitos do Homem – A Lei Natural**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. SÓFOCLES. **Antígona**. Lisboa: Editorial Verbo, 1970.

O VAZIO SEMÂNTICO EM TÛ-TÛ

Lucas Lacerda Aragão de Brito¹
Antônio Roberto Faustino da Costa²

Introdução

Tû-Tû é uma obra do jurista e filósofo Alf Niels Christian Ross, Dinamarquês nascido em Copenhague e um dos grandes nomes do Realismo Jurídico Escandinavo e por esse motivo, defendia uma visão crítica ao que chamava de idealismo jurídico, de modo que antagoniza essas duas vertentes, realismo e idealismo, demonstrando que as ciências jurídicas, como uma ciências sociais, devem “consistir na interpretação da vigência do direito, em termos de efetividade social, isto é, de uma certa correspondência entre o conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais”.³

Ross, enquanto precursor do realismo escandinavo, pensava no direito enquanto ordenamento jurídico que é aceito a partir da interpretação da psique humana, de uma consciência psicológica

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Agradecimentos a CAPES pelo financiamento da pesquisa.

2 Professor do Departamento de Comunicação Social da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Doutor em Educação, mestre em Biblioteconomia e bacharel em Comunicação Social/Jornalismo pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Tem experiência nas áreas de Comunicação, Educação e Cultura e suas interfaces: teoria e metodologia da comunicação, jornalismo, folkcomunicação, cultura popular, educação a distancia e práxis educativo-coletiva

3 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 94

social e coletiva, de modo que o direito pode ser visto a partir desses dois pontos de vista, o primeiro dizendo respeito ao exercício da força, e o segundo relacionado às normas de competência (GRUBBA, 2015).

A partir desses pontos de vista, Ross apresenta em Tû-Tû o que ele chama de vazio semântico, fazendo uso das terminologias do Direito Nacional vigente e da contraposição, ou complementação, entre prescrição e descrição para apresentar ideias de uma perspectiva eminentemente realista do direito.

Nesse sentido, Tû-tû se inicia com a descrição da expressão que o intitula, expressão essa utilizada pelos habitantes da tribo Aisat-naf, como sendo o estado, ou *status*, de quem pratica determinadas infrações ou viola certos tabus daquela tribo. Essas violações carregam consigo um peso ético e moral, de modo que estar tû-tû significa que alguma força ou estigma perigoso recairá sobre aquele que atenta contra os valores da tribo, ficando o indivíduo afetado por esse status, devendo, como consequência disto, passar por um ritual de purificação.

O vazio semântico e o realismo jurídico

A partir da análise da obra em comento, é de se inferir, com base também nas proposições anteriores, que tû-tû nada significa, quando pensado de maneira isolada, posto que as situações de violação dos tabus supramencionados bem como suas consequências não são o que se designa a partir da expressão. Ou seja, tû-tû não serve como definição para os fatos os quais se aplica a consequência de precisar se submeter a um ritual de purificação. Tampouco significa o estado de abalo psicológico e repressão social sofrida por quem é acometido por esse *status*.

Não obstante a expressão carecer de sentido próprio, tû-tû, segundo Ross, consegue preencher as duas principais funções da linguagem, quais sejam: prescrever e descrever, ou seja, fazer afirmações sobre e fatos expressar ordens.⁴

Nesse sentido, a linguagem descritiva seria aquela que faz menção a um estado de coisas que se afirma como existente na realidade, algo que não é imaginário. Assim, para o autor, o estado de coisas ao qual uma determinada sentença se refere é denominado de “referência semântica”, de modo que, de acordo com o contexto no qual se insere determinada proposição, o estado de coisas a que ela se refere, em sendo considerado verdadeiro, será o estímulo para a construção daquela proposição.

Ou seja, para que uma sentença faça uso da linguagem descritiva ela precisa descrever um estado de coisas. Se eu digo que o céu é azul, essa afirmação é descritiva, diz respeito a um estado de coisas real, todos sabem que a cor que pode ser vista quando se olha para o céu é azul. O estímulo para fazer tal afirmação seria a observação, a constatação empírica deste fato. No contexto em que se insere a afirmação, onde se nomeia a cor do céu de azul, o céu é azul.

Por outro lado, quando uma expressão faz referência a um estado de coisas que não existe efetivamente, uma ordem ou diretriz, por exemplo, aquela proposição será prescritiva.

A título de ilustração, o autor faz uso da seguinte sentença proposição lógica:

1. Se uma pessoa ingeriu alimento do chefe, então está tû-tû.
2. Se uma pessoa está tû-tû, deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

4 ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin. 2004

3. Se uma pessoa ingeriu alimento do chefe, deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

A sentença (3) tem cunho prescritivo, segundo as observações de Ross, isto porque ela tem como referência semântica a consequência para o status de quem está tû-tû, a necessidade de ser submetido a uma cerimônia de purificação. Assim, a expressão, no contexto em que está inserido, considerando os costumes e as construções sociais e linguísticas oriundas desse contexto, tem, notadamente, uma referência semântica, qual seja, o ato de violar um tabu e sofrer a consequência do ritual de purificação.

Ross vai além, ao afirmar que, para se constatar se um indivíduo possui o status de tû-tû, basta que seja provada a existência da primeira ou da segunda parte da referência semântica, ou seja, que alguém cometeu tal violação ou que alguém deve ser submetido ao ritual de purificação. Isso se deve ao fato de que, segundo as regras em vigor naquela sociedade, um não se desliga do outro, um é condição *si ne qua non* para que o outro exista. Logo, sempre que alguém violar um daqueles tabus definidos como aqueles capazes de aplicar o status de tû-tû àquele indivíduo, ele será submetido ao ritual e purificação, assim como sempre que alguém for submetido a um ritual de purificação, saberá que o foi porque violou um dos tabus cuja consequência seria esta.

Posteriormente, o autor afirma que, apesar dessa estrutura parecer falha, e de haver um aparente ciclo vicioso nela, existem fundamentos sólidos para se prosseguir com o uso de expressões com a mesma estrutura de Tû-tû, ou seja, expressões que isoladamente possuem um vazio semântico, que não podem ser por si só definidas ou preenchidas de significado.

A partir do uso de expressões e terminologias jurídicas cotidianamente empregadas no vocábulo jurídico, o autor demonstra

que nosso sistema de normas tem como base, notadamente, a estrutura tû-tû, ou seja, uma estrutura que isoladamente não possui valor semântico.

Desse modo, direitos subjetivos, expressões como propriedade, crédito, entre outras, são vazias quando postas de maneira isolada. Essas expressões dizem respeito, de certa forma, a um “poder de natureza incorpórea, uma espécie de domínio interno e invisível sobre o objeto do direito subjetivo, um poder que somente se exterioriza no exercício da força (sentença e execução)”.⁵

Assim, é de se perceber que essas terminologias nos remetem muito mais a um pensamento sobrenatural, uma espécie de *status* que se atinge o proprietário ou o credor, um direito subjetivo imaginário. Portanto, aquele que adquire uma propriedade, ou possui um crédito para com outro, será imbuído das consequências jurídicas que lhes cabem, ou seja, a imposição *erga omnes* daquela propriedade, ou o direito de reclamar judicialmente aquele valor a ser creditado, apenas quando inseridos em um determinado contexto jurídico, ou dentro de um determinado sistema jurídico.

Como tû-tû, propriedade e crédito podem ser suprimidos nas sentenças e proposições lógicas as quais estejam inseridas, desde que estas possuam a parte descritiva e prescritiva que preenchem o referencial semântico dessas expressões. Assim, se alguém tem a propriedade sobre um bem, terá o direito de reclamar judicialmente que aquele bem lhe seja entregue, ou, se alguém adquire um bem por meio de um contrato, terá o direito de reclamar judicialmente que aquele bem lhe seja entregue. O mesmo serve para o crédito.

5 ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin. 2004

Quando inseridas em um contexto jurídico, considerando a norma prescritiva aplicável a essas expressões, pode-se seguir a mesma lógica utilizada para demonstrar que a referência semântica de tû-tû não pode existir sem que ambas as partes, prescritiva e descritiva, existam cumulativamente.

Isso diz respeito à efetividade da norma, porquanto uma norma jurídica sem consequências, seria vazia de significado, pois não implicaria em nada além de um direito imaginário, não palpável. Se alguém possui a propriedade sobre um bem mas não pode usufruir desta, ou aplicar seus efeitos à terceiros, de nada serviria tal direito, seria vazio.

Apesar da crítica a estrutura das expressões jurídicas e seu vazio semântico, é crucial perceber que essas expressões servem a um propósito. Elas são o que Ross chama de técnica de apresentação e servem, de certo modo, para encurtar o caminho das proposições lógicas acerca dos direitos subjetivos, ou dos direitos em geral.

Se em tû-tû é possível saber que existe uma consequência lógica aplicável a determinado indivíduo apenas pela descrição do ato praticado, assim também o é com as expressões propriedade e crédito.

Sempre que se aplicar a terminologia de propriedade, considerando o contexto jurídico na qual ela seja empregada, o fato consumativo para que aquele status de proprietário seja aplicado, implicará necessariamente em uma, ou todas, as consequências, ou prescrições, relativas ao direito subjetivo da propriedade, e só assim esse direito será preenchido de valor semântico, a partir da descrição e prescrição.

Apesar de não existir relação causal lógica entre o fenômeno de propriedade e suas consequências jurídicas, sua construção

contextualizada, sua inserção em determinada estrutura jurídica, o conhecimento de suas causas e consequências são suficientes dar-lhes significado. Isso, contudo, não altera o fato de que esta, se tomada isoladamente, não será capaz de ser definida, ou de preencher tal vazio.

Conclusão

Portanto, entender o vazio semântico é perceber que na verdade não existe um vazio per si, mas que a linguagem normativa passa por um processo de aceitação, de ratificação social através da consciência coletiva e que só a partir desse processo é que se preenche essa lacuna deixada pela descrição.

Para Ross, a utilização das técnicas de apresentação (com formato Tû-Tû) é extremamente efetiva no que diz respeito à linguagem jurídica, considerando que serve de ponte e encurta o caminho para proposições que, se assim não o fossem, seriam demasiadamente longas e ineficientes. Contudo, apenas um indivíduo inserido naquele contexto teria condições de afirmar, ou auferir, quais consequências jurídicas seriam aplicáveis ao detentor daquele direito que se faz presente.

Por outro lado, o uso dessas expressões também servem a um certo misticismo, um direito não palpável, pelo fato de serem expressões que apesar de completamente vazias de significado, têm o poder de invocar sentimentos e gerar expectativas de um direito natural, inerente ao cidadão, munido de eficácia e imponência, uma ilusão de algo tão mais grandioso do que apenas uma série de descrições e prescrições acerca de um fato jurídico, chamado de direito subjetivo.

Referências

GRUBBA, Leilane Serratine. O problema do essencialismo no Direito: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos. Tese de Doutorado. UFSC, Florianópolis: 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133222>> Acesso em: 04 jul. de 2019.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 94

ROSS, Alf. Tû-Tû. São Paulo: Quartier Latin. 2004.

A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NA CONSTRUÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONAL AMERICANA

Luíza Alice Torres Ângelo¹

Luciano Nascimento Silva²

Introdução

A formação do pensamento constitucional se dá com os questionamentos referentes aos problemas enfrentados pela sociedade no que tange a estruturação jurídica do Estado, seus poderes abrangentes e regulamentação inconcisa. Desta forma, como não havia uma diferenciação entre as leis e o direito, a estrutura jurídica do Estado se consistia na junção de todo esse

1 Mestranda em Ciências Jurídicas, na área de concentração em Direito Econômico, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) onde é bolsista CAPES. Advogada. Graduada em Direito – Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: luizaangelo92@gmail.com .

2 Professor Associado do *Centro di Studi sul Rischio della Facoltà di Giurisprudenza (Dipartimento di Studi Giuridici) dell'Università del Salento*, Lecce, Itália. Professor Visitante *Dipartimento di Scienze Penalistiche, Processualpenalistiche e Criminologiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo*, Sicilia, Itália. Investigador Científico no *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Departments of Criminal Law and Criminology – Freiburg in Breisgau – Baden Wüttemberg, Deutschland* (Alemanha). Pesquisador do CNPq no CCJ/UFPB (e-mail: lucianonascimento@hotmail.com e luciano.nascimento@pq.cnpq.br).

aparato legal, nesse sentido, pode-se observar que a “constituição” seria o extrato dessa conjugação jurisdicional.

Quando ao observar o direito costumeiro se pode notar que gradativamente ele passa por uma transição no qual se consolida na formação de um direito legislado voltado ao racionalismo e as liberdades individuais ressaltando uma conexão da teoria constitucional com o liberalismo. Em face a essa realidade, a influência desses conceitos liberais quando deparado ao constitucionalismo levariam a positividade do direito.

Em consequência disso, nota-se que foi proporcionado um ambiente próprio no qual levou o desenvolvimento dos pensamentos liberais. Portanto, O estado constitucional americano em sua história de formação recebe forte influência da teoria Liberal que comunga com ideias de liberdade, prezando pela limitação do poder político do Estado. Então, John Locke, tido como o pai do liberalismo, consagra-se como um filósofo predominante nesse período de formação constitucional norte-americano.

A influência do liberalismo na construção da teoria constitucional americana

O pensamento constitucional, em sua formação histórica se mostra como sendo o conjunto de problemas, debates e indagações referentes a estrutura jurídica do Estado nas suas limitações, garantias, divisão de poderes e leis fundamentais. O pensamento constitucional é todo aquele raciocínio que se refere a constituição, é a teoria da constituição. Não houve saltos bruscos na evolução do pensamento constitucional, mas uma transição, uma seqüência, um prosseguimento. Por conseguinte, só se estrutura

inteiramente, em conteúdo e forma, através da experiência do Ocidente contemporâneo. (SALDANHA, 2000, p. 3 - 14).

[...] a consideração das “origens” do pensamento constitucional poderia levar a extremas divagações, posto que em todo estudo histórico há fronteiras onde o objeto estudado não era ainda mas já era, tal como em outras já não é mas é ainda. Estas fronteiras, que têm de ser tidas em conta mas sempre relativizadas, estão um tanto na realidade, na efetiva diferença entre instituições ou entre experiências, e um tanto nos conceitos e esquemas do historiador, que pode calcar a tecla das semelhanças e estender bastante as correlações, ou calcar a tecla das diferenças e restringir demais os contornos. Assim é possível – já se sabe – afirmar que só o Estado contemporâneo condicionou uma teoria constitucional propriamente dita; mas é também viável declarar que as categorias essenciais de toda teoria constitucional radicam em arquétipos que provêm do mundo grego e das formas políticas que os gregos usaram e definiram. No presente estudo, o ponto de vista dominante é o de que o pensamento constitucional só se estrutura plenamente, por seu conteúdo e forma, dentro da experiência do Ocidente contemporâneo. (SALDANHA, 2000, p. 13-14).

Na Idade Média não existia uma distinção delineada entre lei e direito, ou um conceito para a constituição como uma espécie de lei. Pensava-se no direito como um todo e na estrutura política como um todo, portanto, a junção desse ‘todo’, do direito e da estrutura política, era tido como constituição (SALDANHA, 2000, p.2 - 5).

O direito costumeiro, que era um direito voltado ao costume de um determinado povo, passa gradualmente por um processo de elaboração de uma teoria da constituição no qual se encaminha para um direito legislado, um direito positivo. Portanto, nos três ou dois últimos séculos a teoria constitucional demonstra uma conexão com o liberalismo, que defende a liberdade do indivíduo e a limitação do poder do estado, devido o seu comportamento racionalista e individualista que era notadamente emergente na referida teoria.

O liberalismo preza pela delimitação do poder estatal, um Estado de direito, fundamentado por sua relação com a ordem jurídica. A predominância desse conceito liberal referente ao constitucionalismo acarretaria na própria noção de direito positivo. O movimento da secularização juntamente com o racionalismo desaguaria no positivismo e cientificismo, a burguesia é o principal protagonista desse processo. A mundialidade do positivismo jurídico se manifesta por meio de um rígido formalismo normativista. O positivismo jurídico se relaciona com o processo histórico de supressão do direito natural, ele substitui as normas de procedência religiosa e costumeira por leis estatais na Idade Moderna. Portanto, trata-se do surgimento da positividade do direito.

Com isso, o conceito de constituição no ocidente moderno assume nos começos do liberalismo um sentido específico e distinto dos adotados pelos gregos e pelos romanos (AMAR, 2012), esse sentido é coerente com o racionalismo, com o culto da lei e com a divisão do Estado em um sistema de poderes. O caráter nacional da constituição como lei, o “ser nacional”, aparece com a supressão dos feudos e dos corpos sociais (SALDANHA, 2000, p.5).

A passagem dos tempos medievais para os tempos chamados de modernos foram marcadas com o crescente racionalismo na teoria política. Com isso, dá-se o surgimento da ideia de um direito escrito, algo mais racional para se por no papel, algo palpável, aparece como uma tendência nos povos do continente, um movimento pelo direito escrito, ensejando nas constituições e nas codificações.

Na teoria constitucional ressalta-se a experiência da constituição americana, os traços da sua evolução político-jurídica. A guerra pela independência dos Estados Unidos, a Revolução Americana deram ensejo para a união dos povos iniciando a ratificação de uma constituição. Os Estados Unidos colocam a constituição como *paramount law*, caracterizando o seu sentido específico através dessa notória expressão adotada pelo país (SALDANHA, 2000, p. 32 e 50). No cenário histórico em que se pode observar os ingleses, juntamente com o seu posicionamento frente a revolução burguesa e o constante aumento deliberado dos impostos massivamente cobrados à colônia norte-americana favoreceram o surgimento do sentimento “antibritânico” (AMAR, 2012). Desta forma, devido a forte influência das teorias advindas de John Locke, o Liberalismo serviu como um dos ideais básicos fundamentais que corroboraram a levar os

norte-americanos a lutar pelos seus direitos e a almejamem a sua independência (AMAR, 2012).

Tais revoluções – que o consenso praticamente geral da historiografia considera como sendo a inglesa, norte-americana e a francesa – serão tomadas como balizas para nosso estudo, pois através delas (e dos debates que se geraram dentro delas e em torno delas) o legado clássico e o medieval se retemperam e refiguram, e as categorias do pensamento constitucional contemporâneo são colocadas e testadas. Elas assumem, portanto, tais revoluções, um sentido de *exemplaridade*. A historiografia jurídica e a política, bem como a historiografia de ideias, tem de trabalhar contemplando seletivamente certos “monumentos” ou certos marcos, que se tornam exemplares, já por concentrar significados maiores, já por receber a confluência das preocupações interpretativas da posteridade. No caso, as revoluções burguesas concentraram, em momentos específicos e em sequência, um significado comum: o de implantarem a ordem racional-burguesa em formas liberais. No exemplo inglês, uma revolução que recolocou antigas práticas que vinham da Idade Média, mas quebrando o absolutismo e cumprindo em modelo que afinal interessava à burguesia. No norte-americano, a criação de uma grande novidade, o federalismo (além

de outra, o presidencialismo), formado em ritmo diverso do Suíço; mas igualmente, o timbre burguês e liberal. No francês, o patético das guilhotinas e a violenta sucessão de etapas culminando com a negação política da obra revolucionária; mas consagração desta obra no plano sócio-econômico e no direito privado, com o *Code Napoléon* e o individualismo jurídico. (SALDANHA, 2000, p.32-33).

Em consequência disso, vê-se, a todo instante que a constituição americana dos Fundadores não se tratava claramente de apenas um texto, mas era uma ação que advinha do próprio povo. A constituição se faz de poderes divididos e de direitos garantidos, e é nesse íterim que entra a problemática do poder constituinte que deflagra que todo poder emana do povo. Deste modo, deve-se entender que pelo fato de ser soberana é que a nação é constituinte (AMAR, 2012). Deve caber a própria nação a titularidade do poder de fazer ou elaborar a constituição, o homem livre, como retrata o liberalismo, deve ser obediente as leis vigentes porque desse modo ele obedece a si mesmo, ou seja, também se aplica ao povo em geral, que deve obedecer a constituição por se tratar de obra que emana deles mesmos (AMAR, 2012). O soberano temporal da América, ou seja, o próprio povo, faria a sua constituição a própria imagem, com o “poder do Fiat”, faça-se (AMAR, 2012).

Todavia, do mesmo modo que os americanos detinham o poder do “fiat” constitucional, eles também tinham o direito de revogar, anular ou retomar o poder caso ele fosse oprimido ou lesionado, esse pensamento demonstra mais uma vez a influência

do liberalismo de John Locke que pairava sobre a mente do povo. Com isso, quando ordenaram a Constituição federal os americanos alteraram, na prática, as suas constituições estaduais e aboliram os artigos da Confederação (AMAR, 2012).

No tocante a intervenção estatal na economia, ela é prática necessária. O Estado intervém na economia a pressionando a fim de fazer um controle um tanto quanto compulsório por meio de normas e mecanismos, o Estado estabelece, de acordo com a lei, a sua manipulação conforme os instrumentos utilizados para intervir na sociedade. A intervenção, em tese, deve ser subsidiária, ou seja, o Estado só poderá intervir quando o particular não for capaz de regular-se. Em virtude do observado, para o liberalismo a cada atuação estatal é necessário averiguar se esta está em consonância com as delimitações determinadas pela legislação, e se é admissível conforme o cenário econômico que corresponde à intervenção.

Portanto, percebe-se que o liberalismo é um tema que está intimamente ligado ao constitucionalismo americano influenciando no que tange ao seu desenvolvimento constitucional econômico, que aparece como o movimento pelo qual emerge a conjugação de um ordenamento jurídico de um Estado, em razão da necessidade de um mínimo de ordem e direcionamento, como também de regras de conduta social, com o objetivo de regular o convívio entre os homens, proporcionando a harmonia nas relações humanas e dando ao Estado os seus devidos limites de atuação.

Conclusão

Por meio deste ligeiro ensaio, pode-se perceber, antes de qualquer coisa, que conforme as condições históricas nas quais a Constituição dos Estados Unidos foi elaborada é possível notar visivelmente que ela almejava especialmente a limitação do poder central sobre a sociedade, notadamente, herda características intrinsecamente ligadas a teoria liberal ao tratar cerceamento do poder. De fato, existe um forte sinal da influência de John Locke no traçado da construção da teoria constitucional norte-americana.

Dado o exposto, é perceptível que houve uma luta a partir dos primeiros debates relativos ao descontentamento sobre a situação em que se encontrava o Estado norte-americano por parte de seus fundadores. Almejavam a devida proteção dos seus direitos fundamentais, como também, que fosse instaurado uma rígida separação de poderes e um rompimento com a religião.

Desta forma, pela observação dos aspectos analisados se pode entender que a Constituição americana possui como alicerce ideológico o liberalismo econômico e, a partir daí passou a vigor por mais de duzentos anos. Sobre esse prisma, não se confronta o debate a respeito da efetividade da constituição, pois apesar de ser uma constituição sintética possibilita uma ampla interpretação de seu texto legal, e notoriamente o seu embasamento na teoria liberal não tem sido motivo de ameaça ou atraso social perante as inúmeras transformações nas quais a sociedade americana se submeteu por todos esses anos que se passaram desde a vigência do texto constitucional.

Referências

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A biography**. Random House, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Trad. Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

FERES JR, João. Aprendendo com os erros dos outros: o que a história da ciência política americana tem para nos contar. **Revista de Sociologia e Política**, n. 15, 2000.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer, introdução de Renato Janine Ribeiro. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAIM, Antonio. **O liberalismo contemporâneo**. Tempo Brasileiro, 1995.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

A DURAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS E O CASO MARBURY VS. MAISON

Pedro Lucas Campos de Medeiros¹

Rômulo Rhemo Palitot Braga²

A partir dos debates e reflexões feitos em sala de aula no decorrer da disciplina “História do Direito Constitucional”, ministrado pelo professor Ernesto Filho no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, e utilizando como ponto de partida a leitura do artigo “The Endurance of National Constitutions”, objetiva-se, portanto, através desse *paper*, desenvolver uma compreensão acerca do seguinte problema “Por que algumas Constituições duram enquanto outras falham?”. Essa indagação remete a estudos que são desenvolvidos em Universidades americanas e que se utilizam de estudos comparativos para definir possíveis respostas a esse questionamento.

ELKINS *et al.* definem a “morte Constitucional” (*Constitutional death*) como um epifenômeno³ que reflete outros

1 Discente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural de Semi árido (UFERSA). E-mail: pedrolcm@live.com

2 Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha. Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. E-mail: romulo.palitot@uv.es.

3 De acordo com o dicionário Houaiss, define-se epifenômeno como um processo de um fenômeno essencial sobre o qual não tem efeitos próprios. No sentido do texto, pode-se inferir que a designação de epifenômeno a

tipos de mudança na histórica do país. (2009, p.2) Para os autores, há duas possibilidades analíticas sobre a “causa de morte” de uma Constituição, dentre as quais: 1) a partir da identificação e medição dos efeitos de todas as crises, e não apenas de eventos em períodos que coincidem com a causa da morte; 2) identificação das causas estruturais da instabilidade constitucional.

Entende-se, portanto, que o fim de uma Constituição é parte de um processo histórico de uma Nação, e está associado a um conjunto de riscos estruturais a serem observados, dessa forma, os resultados podem variar de acordo com os parâmetros de análise. Esses riscos podem apontar aspectos das Constituições que as tornam mais resilientes ou não, ou fornecer condições políticas, sociais e econômicas que garantem ao Estado mais ou menos hospitalidade à sobrevivência constitucional.

A partir do resultado desses questionamentos pode-se analisar quão positiva pode ser uma Constituição duradoura. Neste sentido, aponta-se que a duração constitucional está associada com o bem-estar social e político, assim como a participação democrática, desenvolvimento econômico, unidade nacional e estabilidade política. Esses fatores remetem ao próprio conceito de Constituição e o seu significado jurídico e político.

No contexto da história dos Estados Unidos, alguns fatos históricos podem ilustrar a discussão teórica sobre a duração das Constituições e o *rule of law*, como ocorreu no caso *Marbury v. Madison* em 1803. Esse acontecimento foi marcante no que diz respeito a garantia do governo americano como um governo de leis, não dos homens. A eleição de Thomas Jefferson contra John

“morte da Constituição” a coloca na condição de acontecimento secundário, vinculado a outros fatores históricos.

Adams, em meio a crise revolucionária que também emergia na Europa, pressionou os estadunidenses a resolver dilemas acerca da estabilidade da ordem constitucional.

Jefferson acreditava que uma geração não poderia vincular-se a outra, e que os vivos deveriam governar, ao invés dos mortos. Também defendia que os problemas constitucionais não seriam resolvidos por alguma construção sábia, mas pelo apelo ao povo. Bercovic argumenta que “Jefferson é o líder americano que chegou mais próximo da ideia de revolução permanente, propondo, pelo voto, a realização de uma *Second American Revolution*.” Neste sentido, “a decisão da corte suprema no caso *Marbury v. Madison* foi esforço para fixar a identidade americana sob a estabilidade do Estado de direito, contrapondo-se à política de revolução proposta.” (2013, p. 177)

O caso deu início a partir da não consumação de Marbury (nomeado juiz de paz em Washington ao final do mandato de Adams) pelo novo secretário de Estado, James Madison, gerando uma disputa judicial. A intervenção da Suprema Corte teve uma grande importância para a corroboração, ou não, dos planos de Jefferson. Ao decidir contra a nomeação, a Corte suprimiu o conflito político pela juridificação.

Jefferson defendia que o povo é responsável por si mesmo e que o rule of law não pode ultrapassar o princípio republicado do governo da maioria. “A decisão também é uma disputa sobre quem representa o povo: o direito permanente da constituição ou a representação política temporária e mutável” (BERCOVICI, 2013, p. 177)

Neste sentido, ao declarar o que é direito, a Suprema Corte ainda declara o que é opinião do povo, como observa-se na seguinte passagem do caso:

That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent (Marbury v. Madison, 1803)

Em suma, as Constituições apresentam-se como ferramentas para a centralização das instituições e manutenção da ordem política e mecanismos de poder. Independente dos aspectos que diferenciam cada Constituição individualmente, é evidente a necessidade de adaptação às transformações constantes do mundo. Esse é um desafio do constitucionalismo moderno, e que, desde a sua origem, carrega consigo a problemática acerca da durabilidade, eficácia e legitimidade do texto constitucional. Esses elementos, analisados sob a ótica da história do direito, permitem visualizar de forma ampla a temática, a partir da relação entre os diferentes movimentos constitucionalistas e seus reflexos em cada país.

Referências

GINSBURG, Tom; MELTON, James; ELKINS, Zachary. *The Endurance of National Constitutions*. Chicago: Cambridge University Press, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

UNITED STATES. *Marbury vs. Madison*. Referência Processual: 5,US,137, 1803.

A REFORMA PELA INTERPRETAÇÃO

Raphael Bruno Veloni¹

Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão²

Introdução

A constituição dos Estados Unidos da América do Norte - EUA - foi ratificada há praticamente 230 anos, a experiência jurídica brasileira, por sua vez, elaborou sete constituições distintas. Diante dessa constatação, o presente trabalho tenciona investigar se a interpretação recreativa foi um importante elemento na formação e manutenção do constitucionalismo norte americano, sem esquecer da análise linguística na tradição romano-germânica.

1 Mestrando em Ciências Jurídicas, na área de concentração em Direito Econômico, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), onde é bolsista CAPES. Advogado. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

2 Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa, em Radialismo em Rádio e TV pelo Centro Federal de Educação Tecnológica da Paraíba e em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal da Paraíba. É professora da disciplina Prática Jurídica do UNIPÊ e da UFPB. Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Editora da Revista Direito e Desenvolvimento do UNIPÊ.

A Interpretação Recreativa e o Constitucionalismo Norte Americano

O aspecto linguístico do direito, enquanto o seu único elemento constitutivo, mostra-se como uma recente conquista teórica na tradição jurídica romano-germânica. Esse aspecto encontrou certa resistência no âmbito do *civil law*, em decorrência de uma restrição do papel do intérprete e apego as fontes formais do direito, consideras um todo acabado.

Em outros termos, a confusão entre os conceitos de texto e norma, bem como a separação absoluta entre a cultura e a ordem jurídica corroboraram para uma maior restrição da atividade do intérprete. Essa realidade tende a se modificar com a compreensão do caráter comunicativo do direito, ou seja, o direito enquanto forma de comunicação. A perspectiva é observada no pensamento de diversos teóricos do Século XX, especialmente após a segunda Guerra Mundial.

Nesse diapasão, a linguagem é não é vista como mero pressuposto para a manifestação do direito, mas também como um instrumento para sua interpretação, diante do reconhecimento da insuficiência do legislador (CAPELLA, 1968). A interpretação ressurgue como uma ferramenta de aproximação entre os conceitos jurídicos e o contexto que os rodeia, portanto, referenda o conhecimento popular ao enaltecer que “inexiste texto fora do contexto”.

Essa interação entre direito e sociedade encontra na teoria impura um espaço atuação, por ofertar adequação funcional aos institutos jurídicos (BOBBIO, 2007), ou melhor, o caráter interpretativo da linguagem torna o direito permeável às exigências sociais. Nessa comunicação, os institutos jurídicos adquirem

representatividade social, assim como a sociedade tem algumas de suas necessidades e liberdades protegidas em textos abertos.

O papel inovador da interpretação, também reconhecido na teoria impura, é melhor desenvolvido no âmago da hermenêutica jurídica³, todavia a importância do contexto na interpretação já era uma praxe anterior. A relação dos símbolos com pessoas, objetos e outros símbolos sempre acompanhou o direito, seja em maior ou menor medida. Assim, a relação entre o direito e contexto histórico sempre foi inevitável.

No *commom law*, essa adaptabilidade do direito ao contexto é evidente, pois essas ordens jurídicas, notadamente a Norte Americana, decorrem de um processo complexo de valoração da liberdade através do reconhecimento da força normativa da constituição, limitação do poder Estatal, instituição do sistema de *checks and balances* e reinterpretação das fontes do direito. Nesses termos, a interpretação participou da formação histórica do constitucionalismo norte americano.

Antes da independência das treze colônias, o aspecto linguístico do direito já cumpria importante papel na adaptação das fontes à realidade colonial. Esse é o caso da Carta Magna⁴ de 1215 que teria sentidos distintos a depender do contexto.

Em seu nascedouro, a Carta Magna representava apenas o reconhecimento dos direitos da nobreza e do clero (COMPARATO, 2007). O seu texto, posteriormente, passa a

3 Para Humberto Ávila, a separação entre texto e norma, bem como a atividade recreativa do intérprete advém em última análise do pensamento de Friedrich Müller (ÁVILA, 2005).

4 A Carta Magna foi um documento assinado pelo rei João Sem-Terra, em julho de 1215, sob a pressão da revolta armada dos barões (COMPARATO, 2007).

representar mais do que os direitos de uma classe privilegiada, permitindo a restrição do poder do Governante com esteio nos direitos do povo, ou seja, admite a liberdade enquanto uma zona de não intervenção.

A liberdade era um valor representativo da sociedade colonial, como pode-se observar na figura do “*Farmer*” que tinha sua autonomia sustentada por sua educação liberal, pequena fazenda, bons servos, ou seja, pelo seu modo de vida (DICKINSON, 1999). O fazendeiro americano era, portanto, símbolo da autonomia ao não depender da atuação do Estado para sua sobrevivência.

Essa liberdade é um dos argumentos das treze colônias para clamar ao Rei, o controle dos atos do Parlamento. A tributação determinada pelo Parlamento da Metrópole atentava contra a liberdade tributária das cláusulas 12 e 14 da Carta Magna. Para essas cláusulas, o poder de tributar era regido pelo brocardo “*no taxation without representation*” (COMPARATO, 2007, P. 81). Dessa maneira, um dos fundamentos da autonomia colonial era a Carta Magna de 1215, que na visão dos colonos não se destinava apenas ao clero e nobreza britânica, permitindo a suspensão dos atos do parlamento pelo Rei, especialmente para o caso o caso de *New York* (DICKINSON, 1999).

É interessante observar como o mesmo documento - Carta magna de 1215 - comportou interpretações tão variadas. Na metrópole, o texto era destinado para restringir o poder do Rei e garantir os direitos de um estamento social abastardo. Na colônia, a leitura da carta magna referendava a liberdade dos colonos e afastava as ingerências do parlamento inglês.

Palavras idênticas adquiriram sentidos distintos ao serem atreladas à diferentes documentos. Esse é o caso de alguns termos da constituição Norte Americana, que foram reproduzidos

dos Artigos de Confederação. Apesar da identidade formal, essas palavras adquiriram conteúdos díspares, em virtude do contexto de sua elaboração e dos documentos nos quais foram veiculados.

Dessa forma, as expressões *United States* e *Congress* são uma forma de reduzir as dificuldades da formação de um ente central, pois os intérpretes desavisados compreenderiam nos moldes dos Artigos de Confederação. Sobre a disparidade entre o conteúdo dessas expressões deve-se destacar:

Just as the word “Congress” under the Constitution described a different and more powerful institution than did the word “Congress” under the Articles, so the phrase “United States” in the Constitution meant something different and much stronger than did the same syllables in earlier document. (AMAR, 2005, p. 27)

A expressão perpetua também sofre com a disparidade conceitual nesses documentos. Sua veiculação nos Artigos de Confederação constrói um sentido próprio vinculado aos tratados multilaterais. Após descumprimento do tratado instituidor da Confederação, os Estados soberanos têm o direito de romper com o acordo ou exigir o seu cumprimento. Nessa ordem de ideias, só há perpetuidade na Confederação enquanto o seu tratado multilateral não foi descumprido (AMAR, 2005).

A interpretação do termo perpétuo viabilizou o fim da Confederação e instituição da Federação, por meio da ratificação da constituição Norte Americana. Outra compreensão impediria que a ratificação por apenas nove Estados fosse suficiente

perante ao quórum diferenciado de reforma dos Artigos de Confederação. Essa posição foi divulgada por Medison no *Federalista*: “It is an established doctrine on the subject of treaties, that all the articles are mutually conditions of each other; that a breach of any one articles is a breach of the whole treaty [...]” (MEDISON/PUBLIUS, 178-?).

O termo povo também exige algumas considerações, por sofrer modificações conceituais em toda história constitucional Norte Americana. O processo de ratificação buscou simbolizar uma transferência da soberania dos Estados ao Povo. Esse último poderia instituir, emendar e destituir a constituição para o bem de sua felicidade, sendo esse o argumento reproduzido nas convenções para ratificação (AMAR, 2005).

Mas qual o sentido do termo Povo no Preâmbulo da Constituição? A expressão, desde sua elaboração, tinha um conteúdo amplo para a sua época, portanto, não se bastava a monarquia e aristocracia nos moldes britânicos. O preâmbulo, juntamente com as inúmeras emendas, permitiu a ampliação do conceito de Povo. Esse processo de dilatação ensejou a participação dos homens negros, das mulheres e de outras minorias no âmbito da cidadania, após inúmeras emendas e reinterpretações do preâmbulo (AMAR, 2005).

Esses avanços, todavia, não foram uma dádiva divina, mas conquistas históricas que exigiram incontáveis lutas sociais. Em todo caso, um mesmo texto, o preâmbulo da Constituição Norte Americana, foi capaz de atender exigências sociais de vadiadas épocas da história dos EUA.

A atividade recreativa do intérprete é dependente da forma de escrita do texto, ou seja, do seu grau de abertura. Dessa premissa

é possível compreender que textos flexíveis comportam uma maior diversidade de entendimentos do que aqueles cerrados.

Assim, a flexibilidade textual da constituição, enquanto um dos elementos de seu design, amplia a liberdade do intérprete, bem como reduz os efeitos ambientais sobre a constituição (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009). Em outras palavras, a conjugação da flexibilidade com a interpretação enseja a estabilidade da constituição pela simplicidade de sua reforma em detrimento dos riscos de uma nova construção legislativa.

Conclusão

Os fatores textual e interpretativo permitem uma longevidade superior à aqueles 19 anos propostos por Thomas Jefferson (1789), pois a interpretação de um mesmo texto em épocas distintas comporta entendimentos dispares. A análise histórica permite concluir pela atuação da reformadora da interpretação no processo histórico do constitucionalismo americano, como alternativa viável para a questão da duração dos textos.

Referências

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a Biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de D. Beccaccia Versiani e revisão técnica de O. Seixas Bechara e R. Nagamine. São Paulo: Manole, 2007.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje.** Barcelona: Ed. Ariel, 1968.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DICKINSON, John. **Empire and Nation: Letters from a farmer in Pennsylvania (John Dickinson). Letters from the Federal Farmer (Richard Henry Lee).** Editor Forrest McDonald. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitution.** New York: Cambridge University Press, 2009.

JEFFERSON, Thomas. **Thomas Jefferson to James Medison.** Paris, 1789.

MEDISON/PUBLIUS, James. **The Federalist Papers: No. 43.** New York: 178-?. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed43.asp>. Acesso em: 24 jun. 2018.

TEORIA DOS SISTEMAS E REGULAÇÃO ECONÔMICA: UMA LEITURA DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DA LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO.

Renan Farias Pereira¹
Luciano do Nascimento Silva²

Notas introdutórias

O presente artigo é um compêndio dos principais trechos da Dissertação intitulada “Estado, Mercado e Aplicativos Over-the-Top: o setor de Telecomunicações e a Construção da Legitimidade Participativa como forma de prevalência da Regulação Social”, defendida em abril de 2019 no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

-
- 1 Doutorando em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: profrenanfariasp@gmail.com
 - 2 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento - CSRF-UNISALENTO (2013-2015); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC (2003-2007); Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo - USP (2001-2003).

Percursos históricos da atuação do Estado na economia

Na série histórico-temporal é possível afirmar formas de Estado que se formaram mediante a operação de poderio, corroborando para espécies de desempenho em face de a coletividade. Historicamente, quatro formas de disposição estatal são usualmente apresentadas: a sociedade feudal³; o sistema estamental⁴; o Estado absoluto e, por fim, o Estado representativo.

O Estado feudal foi delimitado pela descentralização do poder nas mãos dos senhores feudais, que detinham o controle jurídico, político e financeiro das relações. A economia feudal, na verdade, era caracterizada pela troca de produtos e mercadorias agrícolas, possuindo pouca administração e fabricação, acima de tudo por sua qualidade não unificada. O sistema estamental se deu como um composto entre o tempo Medieval e a Idade Moderna, estabelecido pelo início da fusão da dominação e a redução da descentralização feudal.

A Era Moderna foi acertada pela formação do Estado, surgindo como um sistema exclusivo de controle e disposição de poder, com a expressão que direcionava à fixação e garantia de durabilidade da tréguas. Sua formação se deu por meio da crise do sistema feudal e da urgência de conglobar o poder nas mãos de um único soberano.

3 Opta-se por não designar de Estado Feudal por observar que a formação do conceito de Estado se deu na Era Moderna, por meio da fusão da quantidade.

4 Opta-se da mesma maneira por não designar de Estado Estamental em virtude de que historicamente se trata de do poder exercido entre o sistema feudal e o Estado Moderno.

Com o começo da identidade nacional, os Estados-nação passaram a engendrar condições para a formação do colonialismo, com o objetivo de reforçar as riquezas, erguer a primazia e reforçar a imagem do soberano. O Estado, nos moldes prescritos nas obras de Hobbes e Locke, deveria projetar o “contrato social”, limitando direitos em favor do povo. Neste intuito, os monarcas passaram a moderar as atitudes econômicas em prol da sociedade.

Saliente-se que no Estado Moderno houve variadas condutas em relação à esfera econômica. Com a crise do sistema feudal, ocorreu uma forte fusão política, apoiada pela classe média com metas de extensão da operação comercial. Ressalte-se que o despotismo da mesma maneira entrou em crise, abrindo-se a base para a formação do Estado liberal.

A influência iluminista que fundamentou o Estado Liberal consubstanciou-se no contratualismo de Locke e à desaprovação ao predomínio monárquico de inspirações divinas, elaborando o discurso de urgência da sociedade para a viabilização da obrigação dos governantes.

No final do século XVIII ocorrem as Revoluções Burguesas (Revolução Francesa e Revolução Industrial). Foi por meio de destas revoluções que as ideias de livre mercado e o próprio capitalismo tiveram sua solidificação. O Estado, então, recuava no mênio do exercício econômico.

Acontece, porém, que o liberalismo não conseguiu manter-se de maneira hegemônica sem o desempenho do Estado. O sistema capitalista passa por demasiadas transformações na estrutura econômica, acima de tudo com as repercussões advindas da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da grande depressão de 1929. Além disso, é neste tempo que surgem as idealizações

ofertadas pelo socialismo – e suas facetas – apresentando novos ditames de pensamento da comunidade.

Com uma crise generalizada assente, se recorreu ao ente estatal como salvaguarda do mercado, vislumbrando-se a autorregulação do mercado como desvalida, enquanto que a urgência do Estado como condutor da economia impediria a extinção da competição pela formação de monopólios e oligopólios.

Dessa maneira, do século XIX até a segunda decêndio do século XX, consolidou-se a grande crise econômico-financeira mundial, que fez manifestar-se o Estado interventor, tomando as rédeas da economia. Não se pode conjecturar perfeito o mercado, tampouco o mercado financeiro. Assim, com a eclosão da crise de 1929, convocou-se o Estado a socorrê-lo, passando a imprimir na coordenação global da economia, feito especificamente evidente após a quebra da Bolsa de Nova York, evidenciando a fraqueza do liberalismo[...] (SOUZA, 2016, p. 18-19)

Os fatos supramencionados contribuíram para o surgimento do conhecido por Estado Social, voltando-se especialmente para solucionar a crise devastadora apresentada pelo capitalismo. A constituição de Weimar (1919) e a mexicana (1917) deram início ao que se convencionou designar globalização social. Este ciclo da história econômica do mundo se caracterizou pela forte operação estatal – na melhoria de serviços – a partir de uma agenda programática.

O Estado social foi modelado em desacordo do Estado liberal individualista, provocando uma publicização do direito que culminou a partir do resultado do agir do governo (FEITOSA, 2007). Porém, convém realçar que é a personalidade de conformidade aos interesses sociais por parte das políticas públicas que tinham a influência garantidora da eficiência estatal. Essa

situação, não se sustentou e o Estado do Bem-Estar da mesma maneira entrou em crise.

Uma série de causas culminaram na Crise do Estado Social, nos quais se destacam as pautas sociais com demandas em excesso, a burocratização das instituições políticas e a exiguidade de aprovação por parte das pessoas. Uma destacada razão para a crise “pode ser determinado no saldo negativo de autenticidade democrática que faz com que o Estado atual afronte sua própria ordem jurídica formal para exercer a administração (atitudes emergenciais, negociações informais macrocorporativas etc.)” (FEITOSA, 2007, p. 169).

Convém realçar a respeito de da construção luhmanniana, no momento em que de sua avaliação a respeito de da Teoria Política no Estado do Bem-Estar, necessitando uma explanação dos conceitos apresentados pelo sociólogo alemão. A ideia ofertada por Niklas Luhmann foi inspirada no conceito produzido por Maturana e Varela – biólogos – se desenvolvendo dessa maneira sua Teoria dos Sistemas Sociais.

O sistema se autoproduz, autorreferencia e autorregula e, ainda que haja o ocorra o fechamento operacional, há a comunicação com o meio (entorno), com a virtualidade de oscilação não por um intermediário externo, porém por sua própria estrutura.

A primeira percepção de Sistemas Sociais partiu de Talcott Parsons que, ao contrário de Luhmann, concebia a durabilidade de sistemas abertos com troca de generalidades entre si. A especulação luhmanniana, então, adentrou em uma oscilação de compreensão, uma vez que considera que os “sistemas sociais operam [...] fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação “ (RODRIGUES e NEVES, 2012, p. 79).

Essa citada operação, nos termos da tese, se traduz na imagem de um componente de um sistema autopoietico com as demais generalidades inseridas no mesmo sistema. Dentro desta coerência, alguns conceitos são fundamentais para percepção da teoria: sistema, entorno e autopoiesis. A comunidade dentro das circunstâncias de Luhmann não é formada pela unidade de pessoas ou aquilo que se faz humanas, porém por um sistema que produz e recria suas próprias condições de existência e de mudanças, verificando na comunicação o processamento seletivo de obra.

A percepção luhmanniana também estabelece que a qualidade fechada da operação do sistema conduz, por meio da percepção, à sua acessibilidade, em razão de que apenas existirá resposta à causalidade externa por meio de dos mecanismos que o próprio sistema desenvolve. Neste intuito, há a qualidade de autorreferenciabilidade dos sistemas em razão de que operação dentro de suas próprias operações e se comunicam com o entorno a começar por suas próprias operações.

Lançando-se desse ponto de vista, os sistemas exercem influência no momento em que limitam “a um número reduzido o conjunto das inúmeras operações sociais com possibilidade de fazerem parte do rol de suas operações internas, que serão dotadas de sentido a partir da diferenciação entre a organização interna do sistema e o restante da sociedade ” (NEVES, 2005, p. 18).

Sistema e ambiente não operam em conjunto ou tem influência as operações um do outro; não obstante, os sistemas não conseguiriam sobreviver de maneira autônoma e totalmente diferenciada se fossem anacrônicos em correlação ao ambiente, uma vez que não conseguiriam fazer-se nenhuma maneira de coexistência adaptativa ou de uso das generalidades de mais sistemas

para aprovar a operação de seus próprios elementos. (NEVES, 2005, p. 20).

É por meio dos Processos Comunicativos que se firmam os Sistemas Sociais. Análoga formação ocorre a partir de 3 partes: informação, participação e compreensão. Estas 3 partes se referem à escolha de uma comunicação – com seus elementos válidos e não-válidos; à maneira de participação desta mensagem e, por fim, à estrutura de compreensão em que se terá construída uma nova informação. Para que ocorra o processamento comunicativo, deve-se aferir a existência dos 3 processos supramencionados.

Do lado de suas próprias operações, o sistema além de fechado se diferencia de tudo o que não seja ele próprio, estabelecendo suas definições a partir precisamente de suas diferenças. Seleciona-se, então, aquilo que faz intuito para o seu próprio sistema e se acrescenta aos processos internos.

Retornando-se à crise do Estado do Bem-Estar, com base em Luhmann é possível compreender que se tratando de sistemas complexos e autorreferenciais, como os são os sistemas sociais, inexistente a eventualidade de planejamento. Isto se efetua visto que a Economia, sendo um sistema com autorreferenciabilidade, tem uma execução própria que impossibilita o controle por parte da Política. Neste intuito, somente a Economia seria capaz comportar-se por conta própria, de forma ulterior.

A política não tem elementos para que seja certo os estados sistêmicos aceitáveis para os demais sistemas existentes na sociedade, acrescentando-se nesta exposição a economia, traduzindo-se como uma ilusão o Estado ensejar a correspondência de desequilíbrios econômicos por meio de das decisões políticas (LUHMANN, 2016). Dessa maneira, é possível inferir que

a economia, dentro de um mecanismo procedimental autorreferencial imagina “com o meio dinheiro e de seu fechamento operacional, uma dinâmica própria que não pode ser controlada politicamente e à qual também a própria economia pode reagir apenas de maneira prática e a posteriori ” (Luhmann, 1994, p. 194).

Por essa razão que o Estado do Bem-Estar adentrou em crise, capa devido a 3 aspectos essenciais. O primeiro, seria o exagero de esperanças, em virtude de um ônus existente no sistema astucioso. O de acordo com seria o princípio da correspondência das desvantagens sociais, em que se amplia o sistema astucioso na luta com mais subsistemas. O alcoviteiro, por fim, é o conhecimento que o Estado Social não se trata de um sistema astucioso, porém de uma degeneração do modelo desapegado sóbrio.

Em Feitosa (2007) se vislumbra um panorama geral sobre a crise do Estado Social em que verificam 3 vieses para a crise. O primeiro seria aquele defendido pelos liberais ortodoxos, em que o intervencionismo estatal seria o grande vilão da crise econômica ocorrida nos anos 80. Um de acordo com viés aponta para a globalização dos processos econômicos como o encarregado pelo enfraquecimento do Estado nacional, em razão de novos atores em prismas internacionais passaram a emergir.

Por sua vez, o terceiro viés admite que a globalização alterou as feições do Estado, porém, se preocupa com a suplantação da dicotomia liberal e social-estatista para conquistar resultados mais favoráveis, com a transposição para novas utilidades. Surge, então, as primeiras nuances do conhecido por Estado Regulador.

Com a crise do Estado Social, um novo modelo (MAJONE, 1999) surge e possui por qualidades a “privatização, a liberalização, a reforma dos programas de bem-estar e similarmente a

desregulação”. Quanto ao despropósito do termo, visto que é fundamental salientar que o novo modelo não importa na decadência da regulação governamental, tampouco o retorno à política liberal clássica, porém um novo nível de administração.

O modelo protagonizado por um Estado Regulador envolve dentro de seu arcabouço um sistema de privatização e liberalização, segundo já explanado. Dessa maneira, serviços de comodidade pública acabam por ser privatizados, ocorrendo posteriormente uma regulação de preços. Nestes termos, a ingerência do Estado da economia termina por acontecer de maneira indireta, sendo, a terceira mais fundamental razão da durabilidade de um Estado regulador (SEIDMAN e GILMOUR (1986); MAJONE (2006)).

A Estruturação das Agências Reguladoras no Panorama Brasileiro

A nova política mundial se engendrou orientada pelo incentivo da prestação de serviços públicos por parte da iniciativa privada. Com as privatizações que os Estados promoveram no final do século XX e a conseqüente desmonopolização dos serviços, o discurso em torno da prestação eficaz e moderna destes serviços permeou a argumentação em torno de um novo Estado.

Muito embora estes serviços sejam delegados a terceiros da iniciativa privada - seja por concessão ou autorização - estes serviços permanecem com a titularidade do Estado. A execução é diferida e em contrapartida ao Estado cabe a fiscalização acerca de como se dá a prestação destes serviços.

A incumbência para tal função não poderia ser exercida pelo Poder Executivo, conforme atesta Mattos (1999, p. 73), visto que

a qualidade e as metas traçadas poderiam ser prejudicadas pela burocracia, ponto em risco a própria política econômica que foi desenhada com base em critérios de eficiência.

Foi nesse panorama que se deu a criação das agências reguladoras, entidade com competência e personalidade jurídica própria, sendo criadas como autarquias de caráter especial cuja função seria a de exercer tutela e poder de polícia mediante o prestador do serviço público. A experiência norte-americana teve influência no modelo brasileiro.

A agência reguladora surge, portanto, com o objetivo de traçar metas e regras para que os serviços públicos sejam desempenhados e entregues pela iniciativa privada em padrões de eficiência e a preço razoável, não maculando os fins precípuos da livre concorrência.

A primeira agência reguladora brasileira foi a ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, em seguida a ANATEL foi a segunda criada, estando diretamente vinculada ao Ministério das Comunicações. Convém ressaltar que muito embora a criação das agências no Brasil tenha uma inspiração norte-americana, nos Estados Unidos sua criação não se deu em momento posterior dos processos de privatização, como é o caso brasileiro. No caso norte-americano, sua criação se deu para acompanhar e proporcionar de forma sadia esse processo.

Capitaneados pelo Programa Nacional de Desestatização, aprovado no ano de 1990, o processo de privatização proporcionou a construção de marcos regulatórios para impedir a formação de “monopólios naturais” ou “quase-monopólios” que inclusive se encontrava anteriormente nas mãos dos entes estatais.

Embora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que foi proposto por Bresser Pereira, então Ministro da

Administração Federal e Reforma do Estado, contemplassem a necessidade de regulação dos mercados, as agências regulatórias não foram enfatizadas em sua elaboração, se dando este procedimento apenas anos mais tarde (RAMALHO, 2009, p. 132).

A reforma regulatória teve como principal visão a formulação de uma política que concretizasse propostas de governo de forma que trouxesse um padrão de eficiência por meio das agências reguladoras. Assim, as agências teriam um papel duplo, estruturação dos mercados com a atuação de entes privados e o estabelecimento de regras para promoção da concorrência, parâmetro guia para atuação das agências (SALGADO, 2003, p. 21).

A necessidade de um marco regulatório é estabelecer a concorrência onde possível e, quando se der alguma impossibilidade por questões econômicas ou técnicas, reproduzir as condições de competição por intermédio da regulação de forma que os usuários adquiram os serviços com qualidade e preço compatível com o ambiente em competição. Ao mesmo tempo, a “governança regulatória” tem um viés de imposição negativa de que os legisladores não interferirão no procedimento regulatório, salvaguardando o mercado financeiro (PIRES; GOLDSTEIN, 2001, p. 06).

Para atingir todos estes objetivos, um grau mínimo de independência seria necessário. Para tanto, a estrutura das agências regulatórias possui uma disciplina própria, capaz de reunir mecanismos que garantam sua atuação. Assim, o primeiro critério é o status de autarquia especial. Por meio desta dotação, as agências acabam possuindo personalidade própria, distinta da Administração Pública, embora prestem serviços caracterizados por públicos e ter sua personalidade vinculada ao chamado direito público.

Muito embora as autarquias em geral tenham uma vinculação ao poder do Estado - o que engessaria o propósito de modernização e gerenciamento proposto pela reforma estatal - a caracterização de especial lhe dá independência hierárquica, estabilidade dos dirigentes com mandato fixo e autonomia financeira.

Neste sentido, as agências reguladoras - em tese - possuem independência para atuação. Em Wald e Moraes (1999, p. 146) é possível constatar quatro dimensões para essa atuação: independência decisória, independência de objetivos, independência de instrumentos e independência financeira.

A independência decisória seria a capacidade de resistência por parte da agência em relação às pressões de grupos de interesse, ou seja, em procedimentos de curto prazo que envolvem nomeação e demissão de dirigentes; mandatos longos e não coincidentes com o ciclo eleitoral de forma a impedir interferências por parte do governo (RIGOLON, 1997, p. 24).

A independência de objetivos diz respeito à compreensão de escolha das metas que não prejudiquem o bem-estar do usuário do serviço. Estes objetivos devem ser bem definidos e não podem ser conflitantes. Por sua vez, a independência de instrumentos se vincula à capacidade de escolha dos instrumentos utilizados para a prática regulatória, de forma a atingir os objetivos traçados. Por fim, a independência financeira é a disponibilização de recursos - sejam estes materiais ou humanos - para fins de execução e eficiência da regulação.

Convém ressaltar a qualificação como independente das agências reguladoras é imprópria, visto ser mais adequado tratá-la como autônoma, visto que há um procedimento próprio para nomeação dos dirigentes que depende, essencialmente, dos poderes Executivo e Legislativo (ARAGÃO, 2005, p. 275). Ou seja, a nomeação se dá pelo presidente da República e, após

nomeado, o pretense dirigente passa por uma sabatina promovida pelo Senado Federal. Após a aprovação do indicado, entra em cena o que pode ser denominado como independência, visto que se veda a demissão imotivada pela simples vontade do chefe do Executivo.

Em que pesem as formas de independência supramencionadas, ressalta-se o posicionamento de Wald e Moraes (1999, p. 169) quando afirmam que há um poder de supervisão e tutela por parte do Poder Executivo, visto a vinculação da agência reguladora a algum ministério ou secretaria.

No que concerne à especialização da entidade reguladora, vislumbra-se a diversidade de serviços públicos e a criação - de acordo com a demanda - para o segmento específico de atuação. Entretanto, em alguns estados brasileiros existe a criação de agências reguladoras gerais, ou seja, sem que haja uma especialidade para o setor. É o caso da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ.

Independentemente da existência de especialização ou não, a competência para atuação das agências reguladoras deriva necessariamente de lei, visto que o próprio surgimento de uma autarquia possui o cumprimento deste requisito. Neste sentido, como são órgãos administrativos, os entes regulatórios não possuem competência para atuar fora das normas que definem suas atribuições - e também não existia razão para atuarem fora de sua própria especialidade.

Não obstante cada percurso político que culminou individualmente na criação de cada agência reguladora e sua configuração institucional, de regra, há uma padronização de um modelo geral, visto o próprio escopo de sua implantação no contexto de reforma brasileiro, sobretudo no que concerne ao setor de infraestrutura do país.

A primeira geração se deu com as criações da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e da Agência Nacional do Petróleo, respectivamente entre os anos de 1996 e 1997.

A segunda geração se deu entre os anos de 1990 e 2000, com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Ao seu turno, a terceira geração se deu entre o período de 2000 e 2001, com a criação da Agência Nacional das Águas - ANA, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e da Agência Nacional do Cinema - ANCINE.

Todas estas Agências Reguladoras, por sua vez, possuem funções e estruturas que asseguram seus objetivos e, dentre eles, está a participação dos usuários, ou seja, dos consumidores dos serviços regulados. Neste sentido, a lei das concessões públicas (Lei nº 9.074/1995) estabeleceu a edição de disciplina que abarcasse a participação dos usuários, prevendo mecanismos de publicidade às atividades desenvolvidas.

A Legitimidade da Política Regulatória Brasileira e As Agências Reguladoras

A Legitimidade e o Poder Normativo das Agências Reguladoras

A ótica luhmanniana acerca da legitimidade parte do pressuposto de sua utilização como forma de defesa de movimentos tirânicos, processo que se consolidou à época napoleônica, o que constituiu a perda do fundamento moral de positivação do

direito. Neste sentido, a legitimidade passou a estar no mesmo patamar de “poder efetivo” (LUHMANN, 1980, p. 29) para, posteriormente, ser utilizado como forma de positivação do princípio da legalidade.

À época da formulação de Luhmann acerca da teoria da Legitimidade pelo Procedimento, seu conceito se relacionou essencialmente à positivação de direitos, vinculando o imperativo das normas e decisões, ou ainda dos princípios que justificassem estes mesmos dispositivos. O questionamento de Luhmann, aliás, diz respeito à realidade em torno da legitimidade, consubstanciada em um plano fático em que apenas um grupo restrito possui o poder de decisão⁵.

Neste sentido, não se torna viável que determinado sistema se baseie unicamente sobre uma única forma de imposição, devendo almejar um maior consenso como forma de prevalecer a dominação por maior tempo. Ou seja, não apenas a coação é suficiente, mas igualmente o consenso deve atuar em conjunto como forma de “associação” (LUHMANN, 1980, p. 31).

Não obstante, a relevância para a efetivação de processos para a produção de aceitação da normatividade é ínfima, visto que tanto a noção de coação como a de consenso não possuem recursos suficientes para gerar a legitimidade. A própria aceitação das decisões - que pode ser proporcionada pelo medo ou ainda por apoio - podem ser provocadas inclusive de forma desmotivada, visto a generalização em torno do conceito da própria legitimidade.

5 Luhmann se questiona como é possível uma convicção real da legalidade ou da força vinculante de uma decisão em razão de uma lógica em que apenas alguns possuem em mãos os mecanismos para decidir sobre determinado aspecto.

Assim, a problemática da legitimidade se encontra estruturada na ausência de suportes suficientes. Luhmann (1980, p. 30) parte da noção da legitimidade racional Weberiana, cuja base está na legalidade dos institutos estabelecidos, prevalecendo-se a crítica de que o procedimento como único elemento a conferir validade de conteúdos jurídicos para a consequente institucionalização implica em uma ordem social provavelmente instável ou que exige garantias muito complexas e, principalmente, conjunturais.

Conforme já amplamente apresentado no primeiro tópico, quando da abordagem acerca da virada do Estado Social para o modelo Regulador, houve o surgimento das chamadas Agências Reguladoras, cujo papel essencial é o de controlar e disciplinar as atividades econômicas em sentido amplo, possuindo para tanto um poder normativo cuja discrepância é visível entre a doutrina - sobretudo a administrativista.

A natureza jurídica das normas produzidas pelas agências reguladoras tem intrínseca relação com a questão dos poderes e funções existentes dentro de um Estado Democrático de Direito. É possível inferir, aliás, que ao contrário do modelo elaborado por Montesquieu, hoje os poderes estatais possuem um leque de funções que se imbricam, sobretudo quando diz respeito à construção e interpretação de normas.

A par dessa rápida conceituação, convém a análise dos fundamentos da competência normativa das agências reguladoras. Uma série de críticas são tecidas acerca da vagueza dos dispositivos que atribuem competência normativa às agências, em que pese a consideração explícita de que os atos devem ser considerados normas jurídicas, inclusive com “abrangência ainda maior que as resoluções e outros atos que venham a ser expedidos por outras autarquias” (BRITTO, 2018, p. 58).

Acerca da função normativa das agências reguladoras, surgiu um número de correntes, de modo a justificar de onde surge a autorização para que essas entidades regulatórias construam e produzam regras que regem o comportamento dos mercados. Não é o objetivo do presente trabalho exaurir as correntes existentes, mas se faz necessário um panorama dos principais fatores que levam à emissão de tais regras.

Partindo-se então da análise acerca da função das agências, tem-se que o termo Regulação é encontrado de forma abstrata na Constituição, no artigo 174, cuja prescrição prevê que o Estado exercerá - como agente normativo e regulador da atividade econômica - as funções de fiscalização, incentivo e planejamento para o setor público e privado, de forma determinante e indicativa, respectivamente.

Há ainda duas menções ao termo “órgãos reguladores” realizadas no artigo 21, IX da Constituição, cuja previsão estabeleceu a competência da União para criar um órgão regulador das telecomunicações; bem como o artigo 177, § 2º, III, que previu constituir monopólio da União dispor sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador dos serviços dispostos no *caput* do artigo (essencialmente relacionados ao petróleo, gás natural, transporte marítimo e minerais nucleares).

Sendo escassas as disposições constitucionais que validem a competência normativa das agências reguladoras, convém dispor do suporte teórico do Direito Administrativo que dispõe de argumentações diversas acerca do fundamento normativo emitido por parte destas autarquias.

São três noções principais acerca das justificativas que estruturam o poder normativo das agências reguladoras, a saber: (i) exemplo de delegação do poder regulamentar realizada pela

legislação instituidora das agências; (ii) exemplo de deslegalização no direito brasileiro; e (iii) concepção ampla de execução dos serviços públicos (BRITTO, 2018, p. 65).

Para os defensores da competência normativa das agências reguladoras fundamentada na delegação, se interpreta que a função reguladora, tal como descrita no artigo 174 da Constituição Federal, pertence ao Estado. O exercício dessa função pode ser dado de forma direta ou indireta. Quando dada dessa última forma, os poderes e os deveres inerentes à atividade possuem transferência para a entidade personalizada.

A aptidão normativa abstrata seria, portanto, decorrente do poder regulamentar do Poder Executivo (JUSTEM FILHO, 2002, p. 498). Dessa forma, em virtude da delegação efetuada, a agência reguladora pode editar decretos regulamentares visando a melhor execução da lei. Este tipo de delegação - nos dizeres de Ferraz Júnior (2000, p. 147) - seria a imprópria. Tal nomenclatura é aplicada porque nos termos do artigo 68 da Constituição Federal, a delegação realizada é feita pelo Congresso Nacional ao chefe do Executivo. No caso da delegação imprópria, seria aquela feita pelo Presidente da República com fundamento na descentralização das atividades.

À primeira vista, uma tal solução se coaduna com o entendimento da maior parte da doutrina quanto aos limites do poder regulamentar, situando as normas expedidas pelas agências reguladoras numa posição de complementariedade e subordinação às normas legais, reproduzindo a máxima que somente à lei cabe a originalidade na previsão das condutas regradadas e que ao

regulamento cumpre somente pormenorizar os comandos já pré-existentes na lei. (BRITTO, 2018, p. 67)

Isso não implica na transferência da competência legislativa para o âmbito das agências reguladoras. Ao contrário, a lei permanece como a diretriz que estabelecerá os objetivos precípuos de seu dispositivo, cabendo à norma setorial construir mecanismos para sua execução.

Nesses termos, conforme apresentado por Ferraz Júnior (2009, p. 11), faz-se necessário ao Congresso a apropriação do discurso em torno de uma política setorial que direcione os objetivos e as alternativas que seguirão como diretriz para as normas produzidas pelas agências reguladoras, não podendo ultrapassar o comando legal ou ir de encontro a este.

Assim, a lei estabeleceria o escopo finalístico de sua imposição, cujos dispositivos necessitam adquirir a concretização, a ser alcançada por meio da política setorial e a regulação almejada. Ou seja, a atividade regulatória produzida por normas teria sua justificativa enquanto delegação do Poder Executivo para concretização de seus comandos.

Há, entretanto, forte divergência acerca do fundamento da competência normativa das agências reguladoras pelo viés da delegação. Isso se explica porque o Poder Legislativo - enquanto delegatário - não possui a titularidade do poder regulamentar, inexistindo a capacidade de outorga de poderes que não possui (DI PIETRO, 2004, p. 44).

Acolhendo este argumento, não há fundamento constitucional que atribua ao poder regulamentar a competência normativa das agências reguladoras. Afastada, então, a competência

regulamentar das agências reguladoras, a doutrina administrativista apresentou duas outras propostas que fundamentariam a competência normativa: a deslegalização e amplitude de execução dos poderes conferidos à Administração Direta.

A deslegalização seria uma espécie de delegação legislativa, em que o legislador retira determinadas matérias do domínio da lei e as atribui à disciplina das agências (MOREIRA NETO, 2001, p. 60). Esta concepção é bastante questionada por parte da doutrina, com o argumento de que não se aplica ao Direito brasileiro - sobretudo por seu nascimento vir do direito administrativo espanhol - embora parte minoritária considere que a experiência brasileira cabe ao conceito.

Para o administrativista, a necessidade de atendimento de uma normatividade que se caracteriza pelo seu tecnicismo, com um mínimo de influência político-administrativista do Estado na prestação de bens e serviços - seja público ou não - com a transferência completa da matéria delegada, caracterizaria a chamada deslegalização (MOREIRA NETO, 2001, p. 82).

O que ocorre na deslegalização é justamente a substituição do Estado - enquanto legislador -, suprimindo-se sua capacidade para a inovação normativa, entregando-se a outra entidade que seria a Agência Reguladora. A Constituição Federal, de fato, reserva expressamente determinadas matérias em que se afasta a atividade legislativa, como no caso do art. 227, em que estabelece a competência das entidades desportivas a elaboração de suas normas de organização e funcionamento.

Uma das críticas realizadas à deslegalização é a de admitir que o Poder Legislativo teria em mãos o poder de recusar de forma integral alguma de suas competências legislativas, o que feriria diretamente o Estado de Direito. É importante não esquecer de

que a função da Agência Reguladora é complementar a lei naquilo que for técnico e, também, prático. A partir do momento em que se concebe a ideia do Poder Legislativo, a quem possui constitucionalmente uma função primordial na democracia, a capacidade de abdicar de seu próprio poder e transferi-lo a outrem que não possui legitimidade democrática para inovação legislativa, enfraquece-se a segurança jurídica necessária para a determinação de padrões de comportamento.

Partindo, então, por outro aspecto, tem-se a corrente que defende que a regulação se trata de uma amplitude de execução dos poderes conferidos à Administração Direta. Ou seja, a regulação se trata de uma atribuição especial da Administração (BRITTO, 2018, p. 77). Não seria, portanto, caso de delegação do exercício do poder regulamentar, tampouco exemplo de deslegalização.

Principiando com essa interpretação, as Agências Reguladoras recebem a atribuição pela emergência de uma descentralização da atividade administrativa, sobretudo em virtude da necessidade de construção de critérios técnicos que - de regra - não fazem parte do arcabouço de conhecimentos necessários às atividades administrativas usuais.

Sob esse prisma, baseados na necessidade de se buscar uma eficiência da administração, essas normas possuem o condão de operacionalizar os objetivos estabelecidos por parte da lei, com a atribuição de competências normativas para execução do escopo legal. Seria, em outros termos, como uma delegação acessória para persecução dos fins.

Por este enfoque, a atividade da regulação funcionaria como um encadeamento dos poderes da Administração, partindo-se de um exercício direto, para um exercício indireto por meio de

outorga, a fim de que este alcance os *standards* e finalidades definidos em lei, mas com o aspecto da produtividade para se adequar às necessidades mais urgentes.

Como é possível interpretar de Marques Neto (2002, p. 82), existe uma complexidade, uma multiplicidade e uma velocidade de questões regulatórias que balizam a imprescindibilidade da delegação da atividade estatal ao órgão regulador. Isso ocorre, essencialmente, porque a instrumentalização das regras e decisões se dá com uma maior eficácia, o que suscita os próprios limites dos entes reguladores.

A implementação dos mandamentos legais, portanto, com sua necessária concretização, ensejaria a atividade normativa como implemento das agências reguladoras, de forma a trazer eficiência dos mecanismos instituídos pela norma legal. Assim, o ente regulador poderia emitir normas relacionadas a um setor específico, contanto que estejam em plena harmonia com as funcionalidades estabelecidas por lei.

Acrescente-se que esta atividade será posta de forma mais forte quando a lei instituidora deixar uma ampla margem de atuação, estabelecendo diretrizes genéricas o suficiente para que haja uma a operatividade proporcionada pela norma de setorial regulatória. A execução, conforme apresenta Justen Filho (2002, p. 510), deve ser interpretada como assecuratória do objetivo do Direito, mesmo quando esta operacionalização não está efetivamente descrita em lei. Ou seja, afasta-se a mera repetição do texto legal, acrescentando-se - de forma a trazer efetividade - determinações que coadunem com o espírito da lei.

Existem com reservas essa teoria, entendendo que mesmo quando existe previsão constitucional acerca da agência regulatória específica - como nos casos anteriormente citados

relacionados ao petróleo e às telecomunicações - as normas voltadas à regulação devem observar de forma direta a hierarquia das leis, de forma que mesmo quando existe regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, as normas de regulação não podem ultrapassar o disposto sob normas regulamentares (DI PIETRO, 2004, p. 44).

O posicionamento, embora válido para fins de orientação da atividade regulatória, também não pode servir como mecanismo para esvaziamento total da atividade das agências reguladoras. Se assim o fosse, os mecanismos de regulação acabariam por se tornar tão morosos como a própria inovação legislativa. Aliás, em situações como a do objeto da presente pesquisa - internet e novas tecnologias - acabaria por se tornar efetivamente inócua qualquer exercício de competência legislativa que necessitasse passar por uma série de estruturas hierárquicas superiores para ao final reproduzir tudo o que já fora reproduzido.

Não se pretende defender, com isso, o desacatamento aos regulamentos produzidos de forma direta pelo Poder Executivo. Ao contrário, deve ser levada em consideração para a construção das normas regulatórias. Entretanto, no caso das telecomunicações é a Constituição Federal que atribui a necessidade da regulação, instituindo que a lei criará sua respectiva agência.

Por mais que haja um esforço por parte da doutrina em justificar o poder normativo das agências reguladoras, este estímulo - sobretudo quando se refere a telecomunicações e petróleo de forma expressa, mas igualmente de forma genérica no art. 174 da Constituição - já existe quando há a necessidade de incentivo à regulação da atividade econômica (BRITTO, 2018, p. 81).

Não se trata - na questão apresentada - de uma tentativa de modificação da tripartição dos poderes, mesmo porque nos

tempos atuais a base teórica alavancada por Montesquieu ultrapassou uma série de modificações, e, inclusive, enfraquecimentos. Além disso, a dotação dos três poderes ultrapassa uma série de funções típicas e atípicas. Neste sentido, não se defende que a norma regulatória deva - de alguma forma - ultrapassar qualquer hierarquia normativa existente no Direito brasileiro. Entretanto, como se deu sua própria concepção, deve operacionalizar de forma a garantir que a lei atinja seus fins e não se torne inepta desde seu nascedouro.

Nestes termos, tendo em vista a não participação direta da sociedade na escolha dos dirigentes dos entes regulatórios, necessita-se justamente dessa participação social nos procedimentos determinantes de construção normativa que confeririam e reforçariam o nível de legitimidade das agências reguladoras.

O desprovimento de uma legitimidade democrática, portanto, será superada quando ocorrer uma aproximação entre o ente regulador e todos os espaços envolvidos na regulação: empresas, consumidores e usuários dos serviços, além do Estado, cuja contribuição deve ser estabelecida com a subscrição de objetivos de interesse público.

É por meio da deliberação que se torna possível vislumbrar o abrandamento ou, até mesmo, o fim do déficit democrático inerente ao setor de regulação, visto que a participação popular terá a influência não só dos agentes de mercado, mas dos consumidores e usuários que igualmente são interessados nos termos da regulação.

Por esse modelo, a instância de “controle democrático do órgão se torna uma condição para que seja aceita a autoridade regulatória. Assim, esse processo de legitimação

ocorrerá a partir: i) da agregação de opiniões dos diferentes entes regulados (resguardadas as suas capacidades de deliberação); ii) da transparência do processo decisório; iii) e da possibilidade de responsabilização de seus agentes. (AZEVEDO, 2017, p. 60).

É por meio da facilitação de canais de participação popular que ocorrerá o fortalecimento democrático contido nos instrumentos já construídos por parte das leis criadoras de cada agência e dos regimentos internos de cada uma. Convém ressaltar que a mera previsão abstrata e genérica com estruturas de participação social nos processos decisórios setoriais não é suficiente para conferir legitimidade ao órgão regulador.

Ao contrário, faz-se necessário uma estrutura que permita inicialmente construir uma aproximação entre as autarquias de regulação e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além dos entes reguladores. Esta virada regulatória deve possuir, portanto, uma estrutura com capacidade de própria avaliação dos procedimentos para tomada de decisão, como forma de prevalecer a deliberação e o controle democrático em questões de interesse para a sociedade (MATTOS, 2017, p. 27).

Esse processo será observado quando o procedimento de atuação da agência reguladora exercer inicialmente o fomento da participação dos entes regulados e, ao mesmo tempo, levar em consideração suas inserções, manifestações e opiniões na formação decisória que levará a regulação. Não basta a abertura de mecanismos de comunicação dos entes se estas opiniões serão apenas registradas e descartadas, sob o risco de aumentar o déficit democrático da instituição.

Nestes termos, há uma evidente desvantagem por parte da sociedade, sobretudo em razão da ausência de mecanismos suficientes para a disseminação do potencial participativo da população e da elucidação dos termos, conceitos e do conhecimento necessário para que haja a efetiva intervenção por parte dos usuários.

Há, portanto, a configuração do déficit democrático quando a participação dos consumidores é obstaculizada, em razão de que não possuem a representação adequada para intervir na construção da norma setorial, que é editada por dirigentes escolhidos na forma indireta e por empresas e concessionárias cujo interesse próprio termina por prevalecer.

Uma atuação voltada para a participação necessita, antes de mais nada, trazer as discussões setoriais para o cotidiano da sociedade, de forma a tornar comum a matéria tratada e despertar o interesse da população em deliberar acerca de um objeto que tem influência em sua rotina. Então, mesmo os termos técnicos, devem ser esclarecidos de forma que a deliberação não seja realizada de forma aleatória ou que ainda acabem por inserir - por pura ignorância - matérias que são alheias à discussão travada.

É importante ressaltar que a mera participação não implicará em um processo decisório plenamente eficaz, visto que a própria deliberação é dependente de uma série de fatores. Aliás, alguns destes fatores são essenciais para a construção normativa setorial, como a habilidade de organização por parte da sociedade, a predisposição para compreensão das temáticas abordadas, a capacidade de intervir de forma a produzir resultados etc.

Esses fatores demandam - nos dizeres de Mattos (2006, p. 192) - a existência de tempo, informação, recursos para que uma dada sociedade possa intervir na forma de regulação. Nesses

termos, menos que haja mecanismos suficientes para o acesso deliberativo, o processo de decisão pode não ocorrer e, mesmo que ocorra, a decisão pode não ser a adequada em virtude da captura - temática já abordada anteriormente.

Diante dessa perspectiva, o processo de deliberação viável é aquele que dispõe de mecanismos apropriados para que a participação esteja em sua máxima capacidade, de forma a resultar em uma legitimidade democrática. Para que isso ocorra, os envolvidos no processo de regulação devem alinhar seus mecanismos de forma a produzir eficácia no processo de construção normativa.

A possibilidade de que diferentes opiniões intervenham no processo de produção normativa favorece diretamente o grau de legitimidade, sobretudo porque a quantidade de *inputs* a serem fornecidos de forma a ocorrer uma interpretação e, ao fim, um resultado decisório incrementa a aceitabilidade por parte dos regulados.

É necessário compreender, todavia, que não se trata de legitimidade a partir da existência de um consenso, aos moldes estabelecidos por Habermas. O processo deliberativo ora exposto é aquele proposto por Luhmann, já amplamente estabelecido em tópicos anteriores.

Ora, a legitimidade democrática se faz fundamental para a construção normativa das agências reguladoras, entretanto, a depender dos aspectos que ensejam a regulação, a deliberação poderá ser prejudicial visto que burocratiza a própria atuação da agência reguladora.

Existem algumas matérias, por exemplo, que, por mais que estejam na alçada da construção normativa setorial, não possuem a potencialidade de despertar o interesse da participação da

sociedade, sobretudo por não apresentarem relevância suficiente para exercer influência na atividade.

Nesse sentido, muito embora a deliberação e a decisão final sejam fortes mecanismos de produção da legitimidade, esta permanecerá mesmo nos casos em que seu percurso seja dispensado, em razão na natureza do objeto a ser decidido por parte da agência de regulação, sob o objetivo de suprimir a burocracia estatal.

Isso não implica dizer que o afastamento participativo deva se tornar uma regra, tampouco que a agência de regulação deverá atuar nesses casos conforme almeja certos segmentos. Ao contrário, o seu objetivo precípua deve ser sempre o de criar uma decisão que se aproxime da aceitação da sociedade, sob pena dessa legitimidade se perder por seu próprio distanciamento. Em outros termos, a ausência de deliberação da coletividade não implica no necessário distanciamento da regulação aos seus interesses. Ao mesmo tempo, em todas as matérias com relevância para o interesse público deve haver a oportunidade da sociedade intervir e contribuir.

Para que este patamar seja alcançado por parte das agências reguladoras, faz-se necessária a associação entre mecanismos de participação social, alto nível de qualidade técnica e, por fim, que os dirigentes sejam imparciais na condução dos atos decisórios que importarão na construção das normas setoriais.

Destarte, é por intermédio da construção de procedimentos definidos, com a abertura à participação dos principais usuários dos serviços que serão, junto com os demais entes interessados e empresas, construído os mecanismos suficientes para que haja uma regulação legítima e coerente com os fins únicos da universalização dos serviços públicos.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm /> Acesso em: 15 de out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar. **Paradigmas inconclusos. Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados (Parte II)**. Coimbra: Coimbra, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Ed. Dialética, 1ª ed. 2002.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Col. Comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980

_____. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016

_____. **Sistemas Sociais. Esboço de Uma Teoria Geral.** 1ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança.** Revista do Serviço Público, Brasília, v.1, n. 1, p. 5-35, jan/mar 1999.

MARQUES NETO, Floriano. **A nova regulação estatal e as agências independentes.** In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo, Malheiros, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação Econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil.** In. Faria, José Eduardo (org). Regulação, direito e democracia. São Paulo: Fundação Percecu Abramo, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.** São Paulo, 2005.

PIRES, José Claudio Linhares; GOLDSTEIN, Andrea. **Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios.** Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, p. 6, dez. 2001.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil.** In Regulação e Agências

Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório. Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.). Brasília: Anvisa, 2009.

RIGOLON, Francisco José Zagari. **Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente o Brasil.** Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7 , p. [123]-150, jun. 1997.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema.** Porto Alegre: Edipucrs, 2012

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional.** Brasília: IPEA, 2003.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 141, p 145, jan.-mar. 1999.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E CÍRCULOS DE CONSTRUÇÃO DE PAZ

Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva¹

Rômulo Rhemo Palitot Braga²

Raquel Lauritzen de Lucena Melo³

Introdução

Pensar sobre o sistema de justiça criminal no ocidente é tratar acerca da forma que escolhemos para compreender e responder a determinados conflitos humanos. Esta afirmação nos traz duas compreensões importantes: a) crimes são conflitos humanos aos quais designamos esta nomenclatura e b) a experiência de justiça através do processo penal, que vincula os crimes às punições legais dentro de um preestabelecido conjunto de regras é a apenas uma possibilidade de pensar a administração desses conflitos.

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, pesquisadora bolsista da CAPES, facilitadora de Círculos de Construção de Paz. Email: tamisain@hotmail.com.

2 Doutor em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha. Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. E-mail: romulo.palitot@uv.es.

3 Psicóloga, pesquisadora e facilitadora de Círculos de Construção de Paz. E-mail: raquel0lauritzen@gmail.com.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Neste sentido, é possível – e tem sido realizada – a tarefa de repensar a forma que escolhemos para administrar os conflitos criminais, quer seja para empreender modificações ao modelo posto, quer seja para substituí-lo. Dentro desta concepção se desenvolve a Justiça Restaurativa.

Tendo sido aplicada no ocidente a partir dos anos de 1970 através de uma série de práticas que buscavam sanar as lacunas das respostas produzidas pelo sistema de justiça criminal – principalmente a ausência das vítimas do processo de resolução dos conflitos – a Justiça Restaurativa se expande e se afirma no âmbito internacional através das resoluções do Conselho Econômico e Social (CES) das Organizações das Nações Unidas (ONU), principalmente da Resolução 2002/12, responsável por definir os “Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”, que seria usada como base para aplicação da Justiça Restaurativa em diversos países, inclusive no Brasil.

Para além de modelo de administração de conflitos na seara criminal, entretanto, a Justiça Restaurativa tem sido compreendida também como um movimento social que objetiva a promoção da Cultura de Paz e de Não Violência mediante a transformação na forma de lidar com os conflitos, ensejando sua aplicação nos mais diversos espaços das relações humanas.

A Justiça Restaurativa se desenvolve essencialmente através de práticas norteadas por princípios e valores - como empoderamento, escuta respeitosa, igualdade das partes – que primam pelo protagonismo dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito em processos flexíveis e dialógicos para buscar transformar a situação conflitiva. Enquanto modelo de administração dos conflitos criminais não apenas possibilita que as respostas ao crime

sejam construídas em conjunto pela vítima, pelo ofensor e pela comunidade, mas também e principalmente transforma toda a nossa construção ocidental em torno das questões criminais – o que é crime, como fazer justiça, etc.

Dentre as diversas práticas da Justiça Restaurativa estão os chamados Círculos de Construção de Paz, teorizados pioneiramente por Kay Pranis e Carolyn Boyes Watson, mas cujas raízes podem ser encontradas nas mais diversas organizações comunitárias indígenas. A técnica propõe essencialmente a resolução/transformação de conflitos e igualmente a prevenção destes através da criação de um espaço seguro de diálogo e contação de histórias que promove conexão entre os seres humanos envolvidos.

Neste artigo, portanto, trabalharemos as questões supracitadas de maneira introdutória, com intuito de contribuir teoricamente com o debate sobre a Justiça Restaurativa e a prática dos Círculos de Construção de Paz.

Referencial Teórico

O marco teórico desta investigação parte dos fundamentos do paradigma de Justiça Restaurativa, especificamente considerado em sua perspectiva judicial enquanto modelo de administração de conflitos, e dos fundamentos do método dos Círculos de Construção de Paz, essencialmente as contribuições da construção teórica de Kay Pranis e Carolyn Boyes Watson.

Metodologia

Esta pesquisa foi desenvolvida com método de abordagem qualitativo e tem natureza de pesquisa explicativa, tendo sido analisados, a partir de uma revisão bibliográfica, os principais elementos da (s) teoria (s) da Justiça Restaurativa e dos Círculos de Construção de Paz. Utilizou-se como método procedimento a pesquisa bibliográfica, com consulta a livros e artigos.

Resultado e Discussão

De maneira sucinta o que chamamos de paradigma de Justiça Retributiva refere-se a um modelo de administração dos conflitos criminais, produto do processo de construção histórica empreendido a partir da modernidade ocidental e moldado segundo diversos interesses dominantes em cada contexto e sociedade, que estabeleceu uma nova compreensão em torno dos conflitos humanos no ocidente – o que são, quais são e como respondê-los.

Desta forma, é resultado do processo de apropriação dos conflitos pelo Estado e da conseqüente exclusão da vítima e da comunidade da construção de soluções ao conflito; da distinção estabelecida entre dano e infração/crime; da vinculação entre infração/crime e pena; do desenvolvimento de método próprio para averiguação da verdade, dentre outros. O paradigma Retributivo, portanto, pode ser compreendido como a forma que construímos para responder aos conflitos humanos que designamos como infrações/crimes.

Apresentando-nos o paradigma de Justiça Retributiva, Howard Zehr afirma que, dentro do seu contexto:

“Crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas” (2008, p. 170).

Deste modo, crime, como uma categoria específica de conflitos humanos, é assim considerado o comportamento violador da norma instituída pelo Estado. Uma vez praticado, a verdade sobre os fatos ocorridos será apurada pelo Estado, através de regras preestabelecidas – dentro de um processo – do qual fará parte, no outro polo, o infrator da norma e que deverá culminar com a determinação da culpa do infrator e a aplicação da pena ou com sua absolvição. Em decorrência desta atividade compreende-se que foi feita justiça.

Ocorre que em sendo esta forma de compreensão e resposta aos conflitos humanos denominados de crime consequência de um processo de construção histórica, não é de modo algum natural, mas uma escolha e, portanto, é possível questioná-la, buscando outras formas de administração de conflitos.

É neste sentido, e como resultado de diversos acontecimentos que favoreceram as críticas e desconstruções ao paradigma de Justiça Retributivo⁴ desenvolve-se a partir da década de 1970,

4 Daniel Achutti (2016, p.58) aponta a classificação das raízes mais relevantes da Justiça Restaurativa formulada Lode Walgrave (2008). Seriam

principalmente nos Estados Unidos, Canadá e alguns países da Europa, uma série de programas de mediação entre vítimas e ofensores, resolução de conflitos, conferências familiares e círculos de sentença que mais tarde, a partir de 1990, passaram a ser denominados de Justiça Restaurativa (ACHUTTI, 2016).

Ao final dos anos de 1990 e início dos anos 2000 surgem as primeiras regulamentações no âmbito internacional do modelo restaurativo através das resoluções do Conselho Econômico e Social (CES) das Organizações das Nações Unidas (ONU). Visando a adoção de um sistema de justiça menos burocratizado e que abrisse espaço para respostas alternativas de conflito, de resolução rápida é emitida a Resolução 1999/26, a qual dispõe sobre a “Elaboração e aplicação de medidas de mediação e justiça restaurativa em matéria de justiça criminal”; posteriormente a Resolução 2000/14, tratando acerca dos “Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”; e a Resolução 2002/12, definindo os “Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal” (AGUIAR, 2007, p. 113)⁵.

elas: a) os movimentos pelos direitos das vítimas e os temas feministas, b) Comunitarismo; c) o abolicionismo penal.

- 5 No Brasil, a resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ trouxe o estímulo aos órgãos judiciais para oferecerem mecanismos de solução de conflitos, por meio das denominadas vias consensuais. Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. Em 2019, o CNJ aprovou a Resolução nº 288 que estabelece a Política Institucional do Poder Judiciário para a aplicação das alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

Inicialmente vinculado estritamente ao âmbito do Sistema de Justiça Criminal, a proposta Restaurativa desenvolveu-se em múltiplas teorias e práticas aplicadas nos mais diversos espaços. Esta multiplicidade que envolve a proposta inviabiliza o estabelecimento de uma definição sobre o que é a Justiça Restaurativa, mas este fator, longe de ser considerado um ponto negativo da proposta, é aquele que muito contribui para o estabelecimento de um de seus elementos mais significativos, que a torna tão singular e diversa em relação ao paradigma Retributivo, a flexibilidade e, portanto, a capacidade de moldar-se, construir-se de acordo com as diversas realidades conflitivas que envolvem os seres humanos (ACHUTTI, 2016, p. 66).

A inviabilidade de definição não torna impeditivo, entretanto, o delineamento mínimo quanto ao que ela pode ser.

Compreendo que se está diante de uma proposta em constante processo de construção, com multiplicidade de significados e contextos diversos de aplicação, de um ponto de vista amplo, a Justiça Restaurativa enquanto proposta fundamentada em um sistema ético - que apresenta valores como o respeito, empoderamento, participação, busca de sentido e de pertencimento, restabelecimento de relações, responsabilização - apresenta-se como um movimento social que objetiva estabelecer uma nova forma de relacionamento humano, promovendo a Cultura de Paz e os Direitos Humanos (SILVEIRA E LUNA, 2016).

Se considerada em sua perspectiva judicial, a Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um outro modelo de administração de conflitos, diverso do paradigma de Justiça Retributiva.

Enquanto modelo de administração de conflitos, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma nova forma de compreender

os conflitos criminais e a experiência de justiça. Como afirma Zehr (2008, p. 168): “A lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação da sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado”, o que significa que compreendendo o fenômeno do crime a partir de outras perspectivas é possível construir outro entendimento em torno da experiência de justiça.

A Justiça Restaurativa compreende o crime para além da violação de uma norma instituída pelo Estado; compreende-o como um conflito que envolve pessoas e relacionamentos, provocando danos a todos os envolvidos (ZEHR, 2008). Esta afirmação traz como consequências: a) o conflito pertence às partes diretamente envolvidas na problemática, cabendo a elas definir a melhor forma de resolver/transformar a situação; b) a experiência de justiça não se realiza necessariamente através da aplicação da resposta-padrão (crime-punição), pois não tem como objetivo responder à ofensa cometida contra o Estado. Tem, em verdade, o intuito de sanar os prejuízos e atender às necessidades oriundas do conflito para todos os envolvidos, podendo ser construída de diversas maneiras.

Neste sentido, a Justiça Restaurativa como modelo de administração de conflitos se desenvolve através de práticas, fundamentadas em princípios e valores, que adotam a feição de processos dialógicos, flexíveis e cooperativos capazes de integrar os envolvidos diretos na problemática do crime – vítima, ofensor e comunidade - na busca pela melhor forma de sanar os prejuízos e atender as necessidades oriundas do conflito-crime.

Seguindo os princípios e valores norteadores – estabelecidos de maneira não taxativa e não impositiva na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social (CES) das Organizações das

Nações Unidas (ONU) e/ou em outros instrumentos internos dos países que estabeleçam diretrizes para aplicação da Justiça Restaurativa – as práticas serão consideradas de natureza restaurativa.

Dentre as múltiplas possibilidades de práticas restaurativas se inserem os Círculos de Construção de paz.

Círculos de Construção de Paz

Tradicionalmente nas sociedades indígenas primitivas, os círculos foram formas de encontro entre pessoas com o intuito de proporcionar aos envolvidos o estabelecimento de conversas respeitadas, quer seja para a busca de solução de conflitos ou para qualquer tipo de deliberação comunitária. Hodiernamente, com métodos que entrelaçam tradições das primitivas sociedades comunitárias indígenas e os modernos conceitos de democracia, integração e multiculturalismo, a proposta dos círculos oferece, nos mais diversos espaços de convivência humana nos quais são aplicados – do trabalho às escolas e à justiça criminal – uma nova forma de estabelecer relacionamentos humanos (BALDWIN e LINNEA, 2010).

Pioneiras no desenvolvimento dos círculos como instrumento de aproximação humana e transformação de conflitos no Ocidente, Kay Pranis e Carolyn Boyes Watson, do Centro de Justiça Restaurativa da Suffolk University, em Massachusetts, Estados Unidos, atribuíram ao método a nomenclatura de *Peacemaking Circles* - Círculos de Construção de Paz.

Como já nos indica seu nome, os círculos possibilitam o desenvolvimento de uma cultura de paz em torno dos relacionamentos humanos, isto porque diante da estrutura flexível,

dialógica, horizontal e participativa que assumem, favorecem a empatia e a aproximação dos sujeitos na experiência do “ser” humano. Nas palavras de Pranis (2005):

“Os círculos são processos de contar histórias. Cada pessoa tem uma história e cada história guarda uma lição. Nos círculos, pessoas tocam a vida umas das outras compartilhando histórias que tenham sentido para elas. [...] Histórias unem pessoas em sua humanidade compartilhada e ajudam-nas a apreciar a profundidade e a beleza da experiência humana (PRANIS, 2005, p. 4, tradução nossa)”.

Os Círculos de Construção de paz são “uma nova forma de aproximar as pessoas para promover o entendimento um do outro, estreitar os laços e resolver os problemas na comunidade. [...] (PRANIS, 2005, p.3, tradução nossa)”. Caracterizam-se, neste sentido, enquanto espaços propícios para o estabelecimento de relacionamentos e interconexões entre os envolvidos, de forma a fortalecer relações sociais, possibilitando o desenvolvimento de ferramentas que auxiliem na consolidação de relacionamentos saudáveis (Pranis e Boyes-Watson, 2011).

Conforme pontua Pranis (2010) existem diversos tipos de Círculos de Construção de Paz, variando de acordo com o objetivo ao qual se destinam. É possível falarmos em Círculos de Diálogo, Círculos Restaurativos, Círculos de Compreensão, Círculos de apoio, Círculos de restabelecimento do senso comunitário entre outros. Usualmente, entretanto, para fins de facilitação da compreensão, diversos autores e praticantes do método

têm se utilizado da classificação dos círculos em dois grupos: Círculos de Diálogo, categoria na qual estariam inseridos todos aqueles círculos não conflitivos e Círculos Restaurativos⁶, categoria na qual se encaixariam os processos circulares instalados com o objetivo de lidar com situações específicas de conflito (LAURITZEN, 2017).

Os Círculos de Diálogo, como são denominados aqueles que favorecem o entendimento entre os envolvidos que não têm estabelecido entre si um conflito, têm o condão de enfatizar a necessidade de compreensão mútua, de respeito às experiências de cada um, de empatia e desenvolvimento conjunto. Podem atuar, portanto, como vetores de construção de espaços pacificados e de seres humanos menos violentos.

Por outro lado, diante da ocorrência de um conflito, quer seja ele definido como crime ou não, os círculos denominados de Círculos Restaurativos – também chamados de transformativos ou não conflitivos - apresentam-se como uma forma não violenta e participativa de promover a busca pela melhor forma de sanar os múltiplos prejuízos oriundos da situação conflitiva. Buscam, nesse sentido, o abandono do recurso à violência como meio legítimo de solução das controvérsias.

Nesse sentido, os Círculos Restaurativos atuam de forma a proporcionar a participação horizontal de todos que estejam ligados ao conflito e objetiva promover a transformação do problema pré-estabelecido de forma a reparar danos e restaurar a

6 Insta observar que os processos circulares ganharam espaço no contexto da justiça criminal no Ocidente a partir das experiências de Círculos Restaurativos nas varas criminais, inicialmente em Yucon, no Canadá. Posteriormente, a prática se expande para diversos países e passa a ser aplicado em múltiplos espaços (FURTADO, 2012).

segurança e dignidade dos participantes. Para além do acordo efetivamente alcançado ou não, cria-se um espaço seguro onde podem ser colocados todos os anseios e necessidades dos envolvidos que, de algum modo, contribuiu para a instalação do conflito.

Destaca-se, entretanto, que os Círculos Restaurativos se constituem não apenas como uma forma de resolução de conflitos, mas como acesso à Justiça, tendo em vista a existência de etapas a serem seguidas, regras e técnicas que possibilitam sua execução e auxiliam no processo de consenso acerca da criação do acordo que podem ser visualizadas no Manual de Práticas Restaurativas (Brancher, et al. 2008).

O Manual especifica que a primeira etapa do Círculo é o Pré-círculo, momento no qual pode-se conversar individualmente com cada participante e buscar entender todas as esferas que dizem respeito ao conflito a ser trabalhado, além de explicar o procedimento e assegurar a participação livre e esclarecida dos envolvidos. O segundo momento apontado pelo Manual de Práticas Restaurativas (Brancher, et al. 2008) diz respeito a execução do Círculo em si, voltando-se a compreender a demanda de cada sujeito, proporcionar a auto responsabilização de cada componente e, por fim, buscar atender de forma satisfatória a todos as necessidades presentes, de forma a elaborar-se um acordo que deverá ser seguido por todos. A última etapa apresentada no Manual é o Pós-Círculo, no qual os participantes encontram-se para acompanhar o cumprimento exitoso do acordo, por parte dos envolvidos (LAURITZEN, 2017, p. 63).

Muito embora os Círculos – de Diálogo e Restaurativos - sigam todos os princípios e valores fixados para as práticas restaurativas, é possível afirmar que apresentam alguns elementos fundamentais para sua execução.

Segundo Pranis e Boyes-Watson (2011) é possível falar de três deles:

- a) construção de valores e diretrizes: os atores estabelecem em comum acordo quais os valores gostariam que norteassem a conversa – tais como respeito, solidariedade, empatia – e as diretrizes ou regras que compreendem ser essenciais para o desenvolvimento de um espaço seguro de diálogo – como uso consciente do celular, escuta respeitosa;
- b) objeto da palavra: uma simbologia atribuída a algum objeto escolhido pelo grupo que indicará a necessidade de escuta atenta das falas de cada um. Desta forma, a ideia de controle é distribuída nos Círculos a todos os participantes;
- c) realização das perguntas norteadoras e geradoras de consenso: as primeiras facilitam a discussão, encorajam os participantes a colaborar com suas observações pessoais, gerando aproximação e as segundas, mais comuns nos círculos Restaurativos, representam tentativas de iniciar o estabelecimento de consenso em torno da problemática conflitiva (LAURITZEN, 2017, p. 63).

Outros elementos destacados como essenciais para a execução dos Círculos são:

- a) a presença de um facilitador, um terceiro não interessado, que não precisa ter formação específica em nenhuma área, mas tão somente ser legitimado pelas partes e ter capacidade para compreender o conflito e orientar os participantes no caminho a ser trilhado;
- b) realização de atividade de abertura e de encerramento, também chamadas de Cerimônia de abertura e de

encerramento, que vão marcar o início e o fim do processo circular;

- c) realização de Check in e Check out, como uma forma de compreender ao início e ao término dos processos circulares como estão se sentindo os participantes, considerando que todo o processo requer a presença consciente e ativa de todos os envolvidos;
- d) utilização de peça de centro, com objetivo de permitir que os participantes possam repousar o olhar caso não se sintam confortáveis para direcioná-lo aos outros participantes (LAURITZEN, 2017).

Os Círculos, portanto, com um arcabouço teórico próprio e elementos específicos, são considerados como uma das práticas de Justiça Restaurativa mais integrativas em razão de constituírem um instrumento capaz de viabilizar grande aproximação dos envolvidos no processo circular, promovendo o encontro e o reconhecimento do outro e facilitando a prevenção e a resolução/transformação de conflitos.

Conclusões

Concluimos que diante da constatação de que a forma de compreender e responder aos conflitos humanos e, especificamente, os conflitos criminais é resultado de um processo de construção histórica empreendido no ocidente, é possível e necessário pensar sobre outros modelos de administração de conflitos.

Nesse sentido tem se apresentado a proposta do paradigma de Justiça Restaurativa, compreendida como movimento social que objetiva ressignificar a forma de resolução/transformação

dos conflitos humanos e, quando considerada em sua relação com o sistema de justiça criminal, como um novo modelo de administração desses conflitos.

A Justiça Restaurativa pode ser realizada através da aplicação de práticas flexíveis e dialógicas que envolvam os atores diretamente impactados na relação conflitiva – vítima, ofensor, comunidade – seguindo, preferencialmente, os princípios e valores estabelecidos na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social (CES) das Organizações das Nações Unidas (ONU) e as resoluções internas dos países que estabeleçam diretrizes para sua aplicação, buscando a resolução/transformação e prevenção de conflitos.

Dentre as múltiplas práticas possíveis de Justiça Restaurativa estão os Círculos de Construção de Paz, classificados didaticamente em Círculos de Diálogo e Círculos Restaurativos/transformativos/não conflitivos. A metodologia dos Círculos, desenvolvida de forma pioneira no ocidente pelas teóricas Kay Pranis e Carolyn Boyes Watson, do Centro de Justiça Restaurativa da Suffolk University, em Massachusetts, Estados Unidos, estabelece uma série de elementos que objetivam promover a aproximação e o desenvolvimento de espaço seguro de diálogo para todos os participantes, possibilitando de maneira democrática e integrativa a resolução/transformação e prevenção de conflitos, inclusive de natureza criminal.

Referências

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal** – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª Edição - São Paulo: Saraiva, 2016.

BALDWIN, Christina and LINNEA, Ann. *The Circle Way: A Leader In Every Chair*. San Francisco: BK Business Book, 2010.

Brancher, L., Todeschini, T. B. & Machado, C. (2008). **Justiça para o século 21: instituindo práticas restaurativas**: Manual de Práticas Restaurativas. Porto Alegre: AJURIS.

FURTADO, Flávia Vasata. **Círculo de Construção de Paz como alternativa de prevenção ao *bullying*: uma experiência no Centro de Formação para a Cidadania da Região Norte em Caxias do Sul**. Monografia (Curso de Especialização em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

LAURITZEN, Raquel de Lucena Melo. **Círculos de Construção de Paz: acesso à justiça e promoção de saúde**. Monografia (Curso de Psicologia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

PRANIS, Kay. **The Little Book of Circle Processes : A New/ Old Approach to Peacemaking**. Good Books, 2005.

PRANIS, Kay. **Processos circulares: Teoria e Prática**. (Trad. Tânia Van Acker.). São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRANIS, Kay. & Boyes-Watson, C. (2011). **No coração da esperança: guia de práticas circulares**. (Trad. Fátima de Bastiani).

Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

SILVEIRA, Maria de Fátima Galdino e LUNA, Maria José de Matos. Introdução. In: PELIZZOLI, Marcelo L. **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Editora UFPE, Recife, Pernambuco, 2016.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça – Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Sobre o livro

Projeto Gráfico e Editoração	Leonardo Araujo
Design da Capa	Erick Ferreira Cabral
Formato	15 x 21 cm
Mancha Gráfica	10,5 x 16,5 cm
Tipologia utilizada	Garamond 12 pt