

*Anais do I Colóquio sobre conceitos
e desafios na pesquisa da*

HISTÓRIA DAS JUSTIÇAS



*Anais do I Colóquio sobre conceitos
e desafios na pesquisa da*

HISTÓRIA DAS JUSTIÇAS

www.direito.ufes.br
www.historia.ufes.br
www.opiniodoctorum.ufes.br



Ficha técnica

Coordenação do Colóquio

Prof^ª. Dr^ª. Adriana Pereira Campos (UFES)

Prof^ª. Dr^ª. Andréa Slemian (UNIFESP)

Organização Executiva do Colóquio

Prof^ª. Dr^ª. Adriana Pereira Campos (UFES)

Prof^ª. Dr^ª. Andréa Slemian (UNIFESP)

Anna Luíza Sartorio Bacellar (UFES)

Miryã Bregonci da Cunha Braz (UFES)

Organização dos Textos

Prof^ª. Dr^ª. Adriana Pereira Campos (UFES)

Anna Luíza Sartorio Bacellar (UFES)

Miryã Bregonci da Cunha Braz (UFES)

Revisão dos Textos

De responsabilidade exclusiva dos autores

Editoração Eletrônica

Fernando Luiz do Nascimento (UFES)

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Colóquio sobre Conceitos e Desafios na Pesquisa da História das
Justiças (1. : 2020 : Vitória, ES)

C719a Anais do I Colóquio sobre Conceitos e Desafios na Pesquisa
da História das Justiças [recurso eletrônico] / [organização dos
textos, Adriana Pereira Campos, Anna Luíza Sartorio Bacellar,
Miryã Bregonci da Cunha Braz]. - Dados eletrônicos. - Vitória :
UFES, Programa de Pós-Graduação em Direito Processual ;
Vitória : UFES, Programa de Pós-Graduação em História, 2020.
72 p.

Inclui bibliografia.

Modo de acesso: <<https://opiniodoctorum.ufes.br/anais-do-coloquio-sobre-conceitos-e-desafios-da-pesquisa-da-historia-das-justicas>>

1. Direito - História - Congressos. 2. Tribunais superiores. 3.
Justiça. I. Campos, Adriana Pereira, 1966-. II. Bacellar, Anna
Luíza Sartorio, 1984-. III. Braz, Miryã Bregonci da Cunha, 1994.
IV. Título.

CDU: 34(091)

Elaborado por Perla Rodrigues Lôbo – CRB-6 ES-000527/O



Índice

*Anais do I Colóquio sobre conceitos e desafios na pesquisa da História das Justiças
Dezembro de 2020*

04

Apresentação

Organizadoras

05

Notificação extrajudicial: da experiência do Processo Civil Romano ao instrumento de resolução de conflitos e de contenção da litigiosidade no século XXI

*Adriana Pereira Campos
Anna Luíza Sartorio Bacellar
Lívia Heringer Pevidor Dias*

20

Cultura jurídica: uma discussão conceitual para a compreensão de sua formação e transformação no Estado brasileiro

*Anna Luíza Sartorio Bacellar
Miryã Bregonci da Cunha Braz*

34

Origem da advocacia como profissão e sua influência no tratamento dos conflitos

*Caio de Sá Dal'Col
Daniel Ferreira de Melo Belchior
Paula Paraguassu da Silva*

44

Emenda Constitucional nº 45/2004: uma análise sob o prisma da proteção aos direitos humanos

*Luma Vilela Ramos Fonseca
Igor Gava Mareto Calil
Lara Abreu Assef*

47

Morgado de Mateus e Lobo de Saldanha: as corrupções em tramadas administrativas

Marina Passos Tufolo

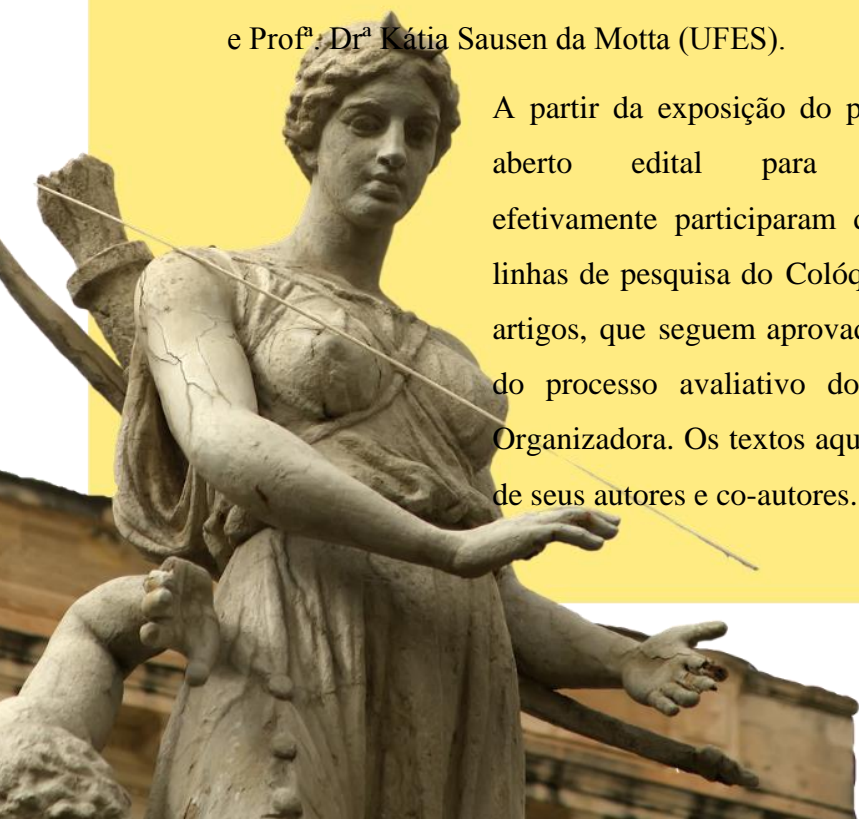
Apresentação

Com a proposta de nucleação de pesquisadores com competência em História do Direito para o desenvolvimento e a articulação de pesquisas sobre a hierarquização da Justiça por meio da estruturação de Tribunais Superiores e de procedimentos judiciais, dois programas de pós-graduação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), um em Direito Processual (PPGDIR) e outro em História (PPGHIS) promoveram o **“Colóquio sobre Conceitos e Desafios da Pesquisa da História das Justiças”**.

Durante 04 (quatro) dias de evento, que aconteceram em 30/04/2020, 07/05/2020, 14/05/2020 e 21/05/2020, renomados jushistoriadores apresentaram suas pesquisas com especial enfoque nas seguintes linhas: História da Justiça no Império Romano, História da Justiça no Antigo Regime Ibérico, História da Justiça no Brasil do Oitocentos e História da Justiça Civil.

O colóquio teve o apoio da FAPES, do CNPq e da CAPES e contou com a participação de palestrantes nacionais e internacionais, como: Prof^ª. Dr^ª. Adriana Pereira Campos (UFES), Prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender (UNB), Prof^ª. Dr^ª. Andrea Slemian (UNIFESP), Prof. Dr. Carlos Antonio Garriga Acosta (Faculdade de Direito da Universidade do País Vasco – UPV), Prof^ª. Dr^ª. Cláudia Maria das Graças Chaves (UFOP), Prof^ª. Dr^ª. Érica Cristhyane Morais da Silva (UFES), Prof^ª. Dr^ª. Fátima Regina Fernandes (UFPR), Prof. Dr. Gilvan Ventura da Silva (UFES); Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC), Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior (UFES) e Prof^ª. Dr^ª. Kátia Sausen da Motta (UFES).

A partir da exposição do pensamento desses jushistoriadores foi aberto edital para permitir aos inscritos, que efetivamente participaram do evento, apresentassem artigos nas linhas de pesquisa do Colóquio para publicação em ANAIS, e os artigos, que seguem aprovados e estão nesta compilação, resultam do processo avaliativo dos trabalhos submetidos à Comissão Organizadora. Os textos aqui apresentados são de responsabilidade de seus autores e co-autores.



NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL: DA EXPERIÊNCIA DO PROCESSO CIVIL ROMANO AO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE NO SÉCULO XXI

EXTRAJUDICIAL NOTIFICATION: FROM THE EXPERIENCE OF THE ROMAN CIVIL PROCESS TO THE
INSTRUMENT OF CONFLICT RESOLUTION AND CONTAINMENT OF LITIGATION IN THE 21ST CENTURY

Adriana Pereira Campos¹
Anna Luíza Sartorio Bacellar²
Lívia Heringer Pevidor Dias³

A notificação extrajudicial é trazida neste artigo como importante instrumento de comunicação e potencial meio de resolução e desjudicialização de conflitos. Na intenção de pensar em formas mais efetivas de prestação jurisdicional, analisa-se o objeto sob a perspectiva da ressignificação do acesso à justiça por possuir elevada capacidade de autocomposição de litígios, sem a interferência do Poder Judiciário. Pretende-se, outrossim, surpreender os operadores do Direito com a percepção de que, para solucionar problemas atuais, podem ser tomados como exemplo subsídios do passado, apresentando-se a *editio formula* como ferramenta do processo civil romano à semelhança da notificação extrajudicial, que traz indícios do interesse dos romanos na solução extrajudicial dos conflitos. Para a viabilidade deste estudo, utilizou-se a revisão bibliográfica e a análise quantitativa de dados.

Palavras-chaves: Processo civil romano; Período formular; *Editio formula (editio actionis)*; Notificação extrajudicial; Contenção da litigiosidade.

Extrajudicial Notification is presented in this article as an important communication tool and a potential means of resolving and de-judicializing conflicts. With the intention of thinking about more effective forms of jurisdictional provision, the object of this study is analyzed from the perspective of redefining access to justice because it has a high potential for self-composition of litigation, without the interference of the Judiciary. It is also intended to surprise the operators of the law with the perception that to solve current problems can be taken as an example subsidies from the past, presenting the *editio formula*, as a tool of the Roman civil process similar to the extrajudicial notification, which brings evidence of the Romans' interest in the out-of-court settlement of conflicts. For the feasibility of this study, a bibliographic review and quantitative data analysis were used.

Keywords: Roman civil procedure; Formular period; *Editio formula (editio actionis)*; Extrajudicial notice; Containment of litigation.

¹ Doutora em História Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora Associada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: acampos.vix@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. E-mail: annalusartorio@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. E-mail: liviahpdias@gmail.com.

RESUMO

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO

Este estudo se debruça sobre a notificação extrajudicial como instrumento de comunicação e potencial meio de resolução e desjudicialização de conflitos. É importante ressaltar as vantagens da sua utilização no atual cenário do Poder Judiciário, que enfrenta diversos problemas, dentre eles, a cultura da litigiosidade, o gerenciamento de novos conflitos sociais e o congestionamento processual. Como mais um destaque será mostrado que, apesar do objeto deste artigo estar positivado na legislação vigente, ele não é novidade no âmbito jurídico, pois instrumento à sua semelhança foi criado pela ciência processual, desde o período formular do processo civil romano.

Então, respeitando os limites propostos para o texto e após breve esboço das fases do processo civil romano, será apresentada a *editio formula* como um sofisticado e obrigatório instrumento de comunicação prévia, que era requisito para a oficialização da pretensão diante da autoridade competente para a administração dos litígios e que traz indícios do interesse dos romanos na autocomposição dos conflitos. Será também discutido como essa criação teria efetiva utilidade para os problemas do século XXI e sob tal perspectiva, o estudioso do Direito poderá se surpreender com o grau de noção processual do Direito romano. Ainda como objetivo, pretende-se mostrar a relevância de aprender com aqueles que construíram a ciência processual, porque soluções para problemas atuais, como o auxílio no gerenciamento do conflito e a consequente contenção da litigiosidade, podem ser tomadas a partir de subsídios do passado.

A principal metodologia de pesquisa será a revisão bibliográfica da História do Direito Romano e artigos de renomados historiadores do Direito, mas não se olvidará da análise quantitativa para demonstrar a significativa litigiosidade na cultura brasileira.

Este trabalho foi desenvolvido apoiando-se, principalmente, nas lições de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996), que ensinam sobre o processo civil romano e trazem em destaque os três grandes períodos convencionalmente estabelecidos: o da *Legis Actiones* (Ações da Lei), o *Per Formulas* (Formular) e o da *Extraordinaria Cognitio*. Contudo, é nesse segundo período que se concentra a exposição deste artigo, por ser o momento em que encontramos a menção sobre a criação da *editio formula*.

2 A EDITIO FORMULA (OU EDITIO ACTIONIS) DO PERÍODO FORMULAR – COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA E PRÉVIA À INTENTIO

Seguindo, em marcha, a linha evolutiva do Direito Processual romano, é possível se surpreender com a identificação de diversas contribuições procedimentais, quando comparadas com o sistema processual então vigente.

E, mesmo que não seja uníssona a afirmação⁴ de que toda a sociedade, inclusive a romana, “partiu inicialmente de um sistema de autotutela, na caminhada em direção ao monopólio estatal do poder de eliminar conflitos mediante decisões imperativas e de impor tais decisões e a vontade do direito material (jurisdição)” (DINAMARCO, 2000, p. 31), ela será adotada e trabalhada neste artigo.

O traslado da evolução processual iniciou sem noção de Poder Judiciário, com um sistema de arbitragem voluntária que passou à *ordo iudiciorum privatorum*, isto é, quando a arbitragem se tornou obrigatória, por meio de um *iudex* (árbitro) investido pelo magistrado competente para a resolução dos conflitos, e chegou, enfim, ao monopólio estatal da jurisdição.

Sem olvidar da dinâmica historiográfica – pois é impossível precisar com exatidão os momentos de criação dos instrumentos processuais do Direito romano e em que cada sistema processual era utilizado, havendo indícios, inclusive, de coexistência de sistemas – este ensaio acompanhará as lições de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996) no desenvolvimento do tema.

Ensinam estes historiadores do Direito, que o processo civil romano foi, convencionalmente, delimitado em três grandes períodos: o da *Legis Actiones* (Ações da Lei), o *Per Formulas* (Formular) e o da *Extraordinaria Cognitio*:

O primeiro, em vigor desde os tempos da fundação de Roma (754 a. C) até os fins da república; o segundo, constituindo com o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum*, teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a. C) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum*, no ano 17 a.C., aplicado, já de modo esporádico até a época do Imperador Diocleciano (285-305 d. C.); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, instituído com o advento do principado (27 a. C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano no Ocidente (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 39).

⁴ Segundo Candido Rangel Dinamarco (2000), a paternidade da mencionada tese da evolução social - da autotutela à jurisdição - é atribuída a Wlassak, tendo sido enfaticamente sustentada por Betti, na Itália, por Von Mayr e por Moreira Alves, sendo contrariada por Ulhoa Cintra.

Apesar da fragilidade das fontes sobre o processo civil romano anteriores ao Império – tendo em vista que todos seus historiadores se baseiam nas Institutas de Gaio, isto é, em relatos escritos por Gaio –, depreende-se, nas lições dos referidos autores, que ele nasceu em meio a uma mistura de Direito e religião, na qual a autoridade pontífice era imbuída na tarefa de administrar os conflitos, em procedimento oral.

Outrossim, registram os autores que neste período – como já dito, não havia noção de Poder Judiciário, pois as competências se confundiam com o Poder Administrativo – os sacerdotes auxiliavam o rei do primeiro ao último ato do julgamento nas pretensões oficializadas. Nesse cenário, não se dispensavam excessivas formalidades, como símbolos e rituais solenes, além de haver regras comportamentais a serem ditadas aos demandantes. Com o passar do tempo, despertou-se para a exigência da citação do réu (*in ius vocatio*) como ato do próprio demandante e condição necessária para o início do processo (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 41-63).

Já no período Formular, seguinte à *Legis Actiones*, uma nova modalidade de processo foi introduzida de forma paulatina para mitigar o rigor do sistema processual anterior, trazendo consigo mais racionalidade e caracterizando-se por ser “menos formalista, mais ágil e funcional” (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 76). Nela, o processo passa a ser parcialmente escrito, conforme modelos jurisdicionais previstos para aquele sistema processual, quando se inicia uma melhor distribuição da justiça, porque as partes litigantes, juntamente com o magistrado, tinham maior participação nos atos processuais. Para Austréia Magalhães Candido:

O processo *per formulas* apresenta-se como a mais importante fase pela qual passou o sistema processual romano. Sua singularidade e seu brilho residem no fato de que é neste período que temos a mais intensa atividade dos *iurisconsulti* e, sobretudo, dos praetores, magistrados cuja atuação foi essencial para a transformação e perpetuação do Direito Romano até os nossos dias (CANDIDO, 2012, p. 655).

Indícios dessa fase apontam para a preocupação dos romanos com a autocomposição, isto é, o gerenciamento dos conflitos sociais sem a necessidade de interferência da autoridade competente para administrá-los, uma vez que o processo não se iniciava sem a *editio formula*, “que consistia na comunicação prévia da pretensão (*intentio*) do demandante, ao réu como condição primeira de seu exame pela autoridade. Tratava-se de ato extrajudicial, que devia preceder a citação e poderia ser escrito, mediante a entrega de um *instrumentum*” (TUCCI; AZEVEDO 1996, p. 80).

É, portanto, no *Per Formulas* que a notificação extrajudicial, aqui objeto de estudo, encontra suas raízes e onde este ensaio detém mais atenção para demonstrar a semelhança do instrumento com a criação romana da *editio formula*. Também denominada de *editio actionis*, ela deveria ocorrer antes da *in ius vocatio* (citação), em ato obrigatório para o autor, constituindo-se como comunicação prévia imprescindível à oficialização da pretensão, o que é “por certo, uma das mais significativas criações do direito pretoriano” (TUCCI; AZEVEDO 1996, p. 80).

A sofisticação desse procedimento evidencia que os romanos, ao criarem a ferramenta, já pensavam em meios para o gerenciamento dos conflitos a serem resolvidos fora do ambiente oficial de administração do litígio, o que nos traz a seguinte reflexão: como o instituto da *editio formula*, originário do Direito romano, poderia nos servir em pleno século XXI?

3 A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A notificação extrajudicial é um instrumento formal de comunicação, que tem por finalidade levar alguma informação ao conhecimento da pessoa a quem é direcionada (noticiado). É ato voluntário, isto é, não obrigatório, a ser realizado tanto através dos cartórios de registro de títulos e documentos, quanto através dos correios (com aviso de recebimento – AR).

No primeiro caso, o instrumento está previsto no ordenamento brasileiro vigente na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Público), no artigo 160:

Art. 160. O oficial será obrigado, quando o apresentante o requerer, a notificar do registro ou da averbação os demais interessados que figurarem no título, documento ou papel apresentado, e a quaisquer terceiros que lhes sejam indicados, podendo requisitar dos oficiais de registro em outros Municípios, as notificações necessárias. Por esse processo, também, poderão ser feitos avisos, denúncias e notificações, quando não for exigida a intervenção judicial.

§ 1º Os certificados de notificação ou da entrega de registros serão lavrados nas colunas das anotações, no livro competente, à margem dos respectivos registros.

§ 2º O serviço das notificações e demais diligências poderá ser realizado por escreventes designados pelo oficial e autorizados pelo Juiz competente.

Para a confecção de uma notificação, é necessário que a parte interessada procure um cartório de registro de títulos e documentos, informe o teor da mensagem e o destinatário, podendo ser pessoa física ou jurídica. Esse ato possui fé pública, o que lhe reveste de

segurança jurídica e pode ser utilizado como importante meio de prova. O Conselho Nacional de Justiça, em seu site oficial, traz a seguinte orientação a cerca notificação extrajudicial:

A notificação pode ser feita por qualquer pessoa e nela deve constar nome e endereço completos da pessoa a ser notificada, ou seja, o destinatário da notificação, e o título 'Notificação Extrajudicial'. O conteúdo deve ser exposto de forma clara, não podendo atentar contra a moral e, ao final, deve conter data e assinatura. [...]

Outro aspecto importante é indicar sempre o prazo para cumprimento da notificação. Alguns prazos são previstos em lei, enquanto outros devem ser estipulados pela pessoa que faz a notificação, sempre de forma razoável. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018b)

Como pode ser observado, é instrumento relativamente simples, que também é elaborado por advogado porque sua assinatura é revestida de fé pública. É possível que sua prática pelos operadores do Direito seja mais comum no processo de execução, onde a notificação é utilizada com outras finalidades para além da informação, quais sejam constituir-se em interpelação ou em protesto, como bem aponta Marcelo Abelha (2016, p. 908):

Se esta notificação for para prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, o nome jurídico que a ela se dá é protesto. Porém, quando se dá conhecimento ou ciência de sua vontade a outrem exigindo o cumprimento de uma obrigação do devedor, sob pena de constituir em mora, o que se tem aí é interpelação.

Importante lembrar que o CPC/1973 considerava a notificação judicial, o protesto e as interpelações dentro das cautelares em espécies, mas o CPC/2015, nos artigos 726 a 729, traz a notificação judicial e a interpelação entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, tratando a primeira, em seu artigo 726, da seguinte maneira: “quem tiver interesse em manifestar formalmente sua vontade a outrem sobre assunto juridicamente relevante poderá notificar pessoas participantes da mesma relação jurídica para dar-lhes ciência de seu propósito”.

O CPC/2015 refere ainda a outras possíveis formas de uso, como, por exemplo, instrumento de cooperação jurídica internacional (artigo 27) ou na homologação de penhor judicial extrajudicial feita nos cartórios (artigo 703, §3º). Outros dois exemplos comuns em que a notificação extrajudicial é ferramenta útil para a solução de conflitos são em casos de dívidas de taxa condominial e de perturbação do sossego entre vizinhos. Na primeira situação, o pagamento da taxa é obrigação de cada condômino, conforme previsto no artigo 1.336, inciso I do CC/2002. Quando alguém deixa de cumprir a sua

obrigação, ficando inadimplente, o síndico, pessoa responsável pela administração do condomínio, poderá fazer uma notificação extrajudicial com intuito de lhe comunicar sobre sua dívida, na tentativa de solucionar aquela questão sem que haja necessidade de um processo judicial. Trata-se de ferramenta por extensão e previsão em cada regimento condominial interno.

No segundo exemplo, o artigo 42 da Lei de Contravenção Penal estabelece como infração penal “perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios”, com pena de multa ou até prisão, em casos extremos. Além desse dispositivo legal, é de competência dos Municípios⁵ e até dos condomínios estabelecer normas de limites para o barulho e a boa convivência, garantindo os direitos de vizinhança, sendo comum, quando ocorrem casos de descumprimento, atuarem, em primeiro ato, com a prática de notificação dos transgressores. Com tudo isso, não restam dúvidas quanto à grande utilidade da notificação em solucionar conflitos de forma consensual e extrajudicial, inclusive como prova de futuro processo judicial.

Embora se constitua como “uma importante ferramenta de trabalho dos advogados, tanto para tentativas de conciliação, como documentação de provas iniciais do processo” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018b), a notificação extrajudicial não possui seu potencial devidamente explorado no ambiente jurídico. Trata-se, portanto, de instrumento que deve ser estimulado como um meio de resolução de conflitos de forma consensual com capacidade em auxiliar diretamente na desjudicialização de demandas. Nesse viés, Afonso Soares Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho (2016, p. 463) dispõem sobre a diferença entre a notificação judicial e extrajudicial e como a última pode promover o acesso à justiça:

A notificação extrajudicial em essência trata de uma comunicação de manifestação unilateral de vontade ou relação jurídica em razão de não se valer do judiciário para a prática do ato como importante incremento no acesso à justiça. Assim extrai-se a partir do art. 160 da lei 6015 que o notificante se vale de papel a fim de proceder a comunicação ao notificado sem necessidade de comprovação da relação jurídica entre ambos. Diferente da comunicação por notificação judicial que em regra decorre de uma relação jurídica e, conforme art. 726 do CPC/2015, o juiz competente vai fazer um juízo de valor sobre assunto juridicamente relevante.

⁵ A título de exemplo, cita-se a Lei nº 4.429, de 28/05/1997, que institui o serviço de Disque Silêncio no Município de Vitória e estabelece em seu artigo 3: “o Serviço de Disque Silêncio consiste em oferecer à população de Vitória um número de telefone, disponível vinte e quatro horas por dia, em todos os dias da semana, para adotar as providências necessárias, quando a paz e o sossego do cidadão estiverem sendo perturbados por algazarra, som alto, ou qualquer outro tipo de barulho, incompatível com os padrões de normalidade, sendo garantido o anonimato do denunciante”. Através desse serviço o Município irá apurar a denúncia e notificar o infrator.

Contudo, na prática, a sua não obrigatoriedade como comunicação prévia de uma pretensão talvez seja o que ainda embace os olhos dos operadores do Direito quanto a sua utilidade prática e seu alto potencial no auxílio ao gerenciamento do conflito. Outrossim, é seu caráter facultativo que a faz diferir da *editio formula*, sendo que as demais características essenciais permanecem preservadas.

Sem delongas, é de conhecimento geral a grave crise de congestionamento processual e a ineficácia na prestação jurídica que assola o Poder Judiciário brasileiro. É ele o maior solucionador de conflitos na atualidade, isso porque trouxe para si a tarefa de resolver todos os problemas sociais que lhes são postos. Fato é que enfim o Estado despertou e percebeu que é ilusão difundir “que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, que lhe assegurará o pleno gozo desse direito” (GRECO, 2009, p. 01).

Embora o conflito social seja normal e deva ser entendido como essencial para o desenvolvimento social e para a evolução do Direito, a desjudicialização é elementar numa sociedade pós moderna, porque é preciso devolver às partes a capacidade de resolver seus próprios conflitos.

Ao analisar pesquisas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nas obras *Justiça em números 2017*, *Justiça em números 2018* e *Justiça em números 2019*, os quais se utilizaram como ano-base, respectivamente, 2016, 2017 e 2018 – isto é, após o início da vigência do CPC/2015 –, foram registrados na esferas estadual, federal e trabalhista: no ano de 2016, 27.871.359 novos casos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 38); no ano de 2017, 28.394.608 novos casos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32); e no ano de 2018, 27.243.993 novos casos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 36).

Diante desse cenário de elevada litigiosidade e na tentativa de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, o Estado implementou novas técnicas processuais para a solução de conflitos com capacidade de resolução de litígios, sem onerar tanto o Poder Judiciário. A efetivação dessas técnicas tem como pano de fundo direcionar a uma necessária mudança na cultura litigante. Como exemplo, tem-se a opção político-legislativa escolhida pelo novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, ao colocar em harmonia técnicas processuais com as garantias do vigente Direito Constitucional.

O novo caderno processual seguiu, desde as primeiras linhas de sua elaboração, a constante preocupação de solucionar problemas e de alinhar o processo com a teoria

comprometida com sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos e efetivação dos valores constitucionais, para alcançar a celeridade processual que atenda à garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e contenha a litigiosidade. Acompanhando a coerência desse raciocínio, por que não estimular e pensar na notificação extrajudicial como meio de promoção ao acesso à justiça?

4 A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE PROMOÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA

O termo *acesso à justiça* não possui um conceito fechado na doutrina brasileira, pois tem sofrido modificações e adaptações ao longo dos anos. Assim, trataremos o tema sob o prisma constitucional e processual, como um direito que vai além do acesso ao judiciário. A razão disso é o fato de que o judiciário tem enfrentado barreiras na promoção do acesso à justiça eficiente, como, por exemplo, a morosidade, a falta de eficiência e efetividade das decisões judiciais, e a representatividade nos processos.

Apesar de a Constituição Federal prever o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário no seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, Kazuo Watanabe (2012, p. 88-89) apresenta a ideia do acesso à ordem jurídica justa, o qual acredita que o Direito Constitucional de acesso à justiça vai além do mero acesso ao Poder Judiciário:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa.

Isto porque o acesso à justiça também é entendido como direito fundamental. Para os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), ele “pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Ademais, os referidos autores se debruçaram sobre o tema na década de 80 e concluíram que, para que o acesso à justiça seja efetivo, seriam necessárias três soluções, ou “ondas” do movimento, como chamaram:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas

tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

O que eles chamaram de “enfoque de acesso à justiça”, que seria a terceira onda, buscava ferramentas adequadas para solucionar diferentes tipos de conflitos, incentivando o uso dos meios consensuais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71). É justamente isso que o CPC/2015⁶ fomenta.

Em verdade, o CPC/2015 não só incentiva o uso dos meios adequados de solução de conflitos dentro do procedimento judicial, mas também a utilização de ferramentas extrajudiciais, tirando do judiciário o monopólio na resolução dos conflitos. Esse posicionamento está de acordo com a promoção do acesso efetivo à justiça, visto que proporciona que as partes envolvidas construam resultados justos, por meio da comunicação, com respeito às peculiaridades do caso em concreto, em detrimento da sentença impositiva. Nesse viés, concluiu Kazuo Watanabe (2012, p. 88-89):

Pode-se afirmar assim, sem exagero, que os meios consensuais de solução de conflitos fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso à justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.

Sobre o tema em questão, aludem Afonso Soares Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho (2016, p. 463):

A inclusão e revalorização de meios de autocomposição como a mediação, conciliação e arbitragem, bem como a notificação extrajudicial (de competência do cartório de registro de títulos e documentos) demonstram que se começam a disponibilizar ferramentas que têm o objetivo de melhorar o acesso à justiça e mantendo a segurança jurídica necessária.

⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

Tem-se que o acesso à justiça vai além do ingresso ao judiciário, sendo sua finalidade tornar efetiva a justiça na solução de conflitos através do meio mais adequado e levando em consideração as particularidades do caso concreto. Essa ressignificação do termo exigirá um fortalecimento dos instrumentos possíveis para tal fim, principalmente no que tange ao conhecimento a respeito deles, com o objetivo de oportunizar a cada pessoa escolher a melhor forma para resolver a sua demanda (QUINTELA, 2019, p. 2). Seguindo esse raciocínio, concluem Afonso Soares Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho (2016, p. 463):

Por fim, ações inovadoras e de abrangência nacional vêm se somando aos novos procedimentos com o propósito empoderar o cidadão de meios judiciais e extrajudiciais a significar a adoção de procedimentos seguros e a efetivar direitos e apaziguar conflitos, contribuindo à construção de uma justiça dialógica, centrada no respeito mútuo e inclusão participativa e democrática. Dessa forma, a ideia de uma justiça e de um direito justo somente se realiza quando se rompem os vários obstáculos criados e a desestimular o pleno exercício e efetivação dos direitos assegurados. Nesse diapasão, identifica-se a notificação como relevante incremento no acesso à justiça, entre os atos de comunicação como manifestação de vontade, seja pela via judicial ou extrajudicial.

Dessa maneira, é possível considerar a notificação extrajudicial um ato de comunicação entre as partes envolvidas no conflito, a serviço e como instrumento autocompositivo para solução dos conflitos, sem a necessidade de interferência do judiciário, de modo a promover o efetivo acesso à justiça. Além disso, para que essa ferramenta ganhe lugar e escala, é preciso que a sociedade e os operadores do Direito a valorizem, a utilizem e se oponham à litigiosidade, que, infelizmente, é comumente preferível.

5 O INCENTIVO A MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO BRASIL DO OITOCENTOS

De modo complementar a esta pesquisa, não se poderia deixar de comentar que incentivar o uso de meios consensuais para a resolução de conflitos na busca por soluções extrajudiciais na legislação brasileira também não é novidade. O primeiro método consensual de conflitos pensado e implementado foi positivado na Constituição de 1824, ainda no Brasil Império. O instituto da reconciliação foi previsto em seu artigo 161 com a seguinte redação: “sem se fazer constar que se tem tentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

Essa previsão foi inserida por forte influência da tradição portuguesa, advinda de meados do século XV, que trazia a concórdia como solução das demandas (CAMPOS; FRANCO,

2017, p. 265-267). Contudo, com o passar dos anos, a conciliação se deparou com vários obstáculos, conforme descrevem Adriana Pereira Campos e João Vitor Sias Franco (2017, p. 270):

Em verdade, as conciliações alcançavam êxito parcial, uma vez que o procedimento lograva, em média, a composição de cerca de um terço dos casos. Como na França, o instituto encontrava barreiras importantes para sua exequibilidade. A revelia revelou-se empecilho relevantíssimo. As críticas à falta de efetividade da conciliação, assim, acompanhavam as censuras às autoridades conciliadoras – os juízes de paz.

Após a Proclamação da República em 1889, foi promulgado o Decreto nº 359, que extinguiu a obrigatoriedade da conciliação prévia como condição preliminar ao processo, sob argumento de onerosidade e ineficiência do instituto, tendo como responsável pelo declínio o forte aumento do formalismo jurídico (CAMPOS; FRANCO, 2017, p. 272). Desse modo, mais uma vez a história nos permite lembrar de institutos que, com o passar dos anos, foram deixados de lado e que agora possuem capacidade de desjudicialização das demandas, podendo auxiliar no enfrentamento de problemas sociais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentados os três grandes períodos do Processo Civil romano, as linhas deste ensaio se concentraram no segundo período, o Formular, que inaugurou uma nova modalidade de processo com o início do litígio por fórmulas e por escrito, retirando o caráter essencialmente oral do período anterior.

Destacou-se que o processo somente se iniciava se comprovasse a *editio formula*, “que consistia na comunicação prévia da pretensão (*intentio*) do demandante ao réu, como condição primeira de seu exame pela autoridade” (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 80). Isto é, tal instrumento, além de obrigatório, deveria ser entregue ao réu e preceder à oficialização do litígio e, obviamente, à citação.

A partir da essencialidade dessa significativa criação do Direito romano, foi permitido pensar que nem tudo era resolvido litigiosamente e que a *editio formula* é um instrumento que se aproxima da notificação extrajudicial, apesar desta não ser revestida de obrigatoriedade.

Foi demonstrado ainda que esse instrumento formal de comunicação está previsto no ordenamento brasileiro, na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Público), no artigo 160, tendo por finalidade levar alguma informação ao conhecimento da pessoa a quem é

direcionada (noticiado). Trata-se de ferramenta considerada simples e até subestimada no ambiente jurídico, mas que pode ser estimulada e mais utilizada pelos operadores do Direito, principalmente advogados, como potencial meio de resolução de conflito sem a interferência judicial.

Esse importante instrumento é trazido na perspectiva do CPC/2015, ante uma reflexão sobre sua potencial capacidade resolutiva na solução consensual de conflitos e sua utilidade na promoção de acesso à justiça, seguindo uma ordem jurídica justa e que prescinde a judicialização das demandas.

Por fim, ressalta-se o principal propósito do presente estudo: chamar a atenção para a grande utilidade prática da notificação extrajudicial como instrumento de elevado potencial no auxílio do gerenciamento do conflito para o enfrentamento e contenção da litigiosidade, e a partir deste propósito, estimular seu uso aos operadores do Direito que devem despertar e, assim, perceber que soluções para problemas atuais podem ser extraídas de subsídios do passado.

7 REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 359, de 26 de abril de 1890*. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D359.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20359%2C%20DE%2026%20DE%20ABRIL%20DE%201890&text=Revoga%20as%20leis%20que%20exigem,nas%20causas%20civeis%20e%20commerciaes>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. *Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano – base 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79_337945c1dd137496c.pdf> Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018: ano – base 2017*. Brasília, 2018a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a_58cee3d92d2df2f25.pdf> Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ Serviço: como fazer uma notificação extrajudicial*. Brasília, 2018b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-como-fazer-uma-notificacao-extrajudicial/>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019: ano – base 2018*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João V. Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 263-281, set./dez. 2017.

CANDIDO, Austréia Magalhães. A tríade do processo *per formulas formulae, praetores, aequitas*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106, p. 655-676, jan./dez. 2011/2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias no Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 4-28, 2009. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21605/15632>>. Acesso em: 7 out. 2020.

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. A ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça: a autocomposição como pressuposto de mudança do paradigma na tutela dos direitos fundamentais das partes no novo processo civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 61, p. 243-261, abr./jun. 2019.

SOBRINHO, Afonso Soares Oliveira; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. Considerações acerca da comunicação: da notificação judicial e extrajudicial como incremento no acesso à justiça. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 4, p. 444-466, out/2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VITÓRIA. *Lei municipal nº 4.429, de 07 de maio de 1997*. Vitória, 1997. Disponível em <http://sistema.cmv.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html_impressao/L44291997.htm>. Acesso em 07 out. 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.



CULTURA JURÍDICA: UMA DISCUSSÃO CONCEITUAL PARA A COMPREENSÃO DE SUA FORMAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

*LEGAL CULTURE: A CONCEPTUAL DISCUSSION TO UNDERSTAND ITS FORMATION AND
TRANSFORMATION IN THE BRAZILIAN STATE*

*Anna Luíza Sartorio Bacellar¹
Mirya Bregonci da Cunha Braz²*

Este artigo analisa a formação da cultura jurídica brasileira a partir de uma discussão conceitual sob a perspectiva dos campos jurídico, historiográfico, filosófico e sociológico com o objetivo de condensar os fatores que explicam o lento rompimento com a velha legislação portuguesa. Utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica, buscou-se destacar suas transformações no Estado brasileiro.

Palavras-chave: Cultura jurídica; Conceito; Formação; Transformação; Estado brasileiro.

RESUMO

This article analyzes the formation of Brazilian legal culture from a conceptual discussion from the perspective of the legal, historiographic, philosophical and sociological fields in order to condense the factors that explain the slow break with the old Portuguese legislation. Using linguistic contextualism and bibliographic review, we sought to highlight its transformations in the Brazilian state.

Keywords: Legal culture; Concept; Formation; Transformation; Brazilian state.

ABSTRACT

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. E-mail: annalusartorio@hotmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora voluntária. Fomento: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: mbdacunha@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio foi desenvolvido a partir da análise do conceito de cultura jurídica em meio aos argumentos de historiadores do Direito. Essas linhas condensam alguns pontos comumente discutidos sob a perspectiva jurídica, historiográfica, filosófica e sociológica, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema. O objetivo inicial será buscar uma melhor definição e especificação terminológica para corrigir sua generalização e auxiliar o intérprete nos estudos da evolução da ciência do Direito brasileiro.

Partindo da ambiguidade do signo cultura, neste artigo serão expostos seus diversos sentidos e significados, como natureza, civilização, história e ordem simbólica. Em desdobramento, e de igual forma, será analisada a polissemia do termo “cultura jurídica”, para a qual serão aplicadas técnicas de especificação e adjetivação terminológica para uma melhor definição e clareza na identificação de suas diferenças e dos seus pontos de convergência nos argumentos dos pesquisadores e no seu relevante papel de formação e de transformação do Direito de uma sociedade.

Essa discussão se torna mais acalorada quando tomamos o exemplo da necessária formação de uma cultura jurídica-legal própria no Estado brasileiro recém independente até a concretização de sua autonomia e verdadeira libertação. O longo tempo de permanência do direito português, isto é, das Ordenações Filipinas em terras brasileiras, cravaram marcas medievais que somente foram rompidas nas primeiras décadas do século XX, ruptura esta que não ocorreu por descaso ou desleixo, mas sim em decorrência de um peculiar e longo processo de codificação observado no Brasil, o que também é objeto deste artigo, sobretudo no campo do direito processual cível.

Sendo assim, partindo do conceito de cultura e cultura-jurídica, o presente trabalho traçará o histórico da cultura jurídica-legal no Brasil, utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica, ao colocar em destaque seu processo de formação e de transformações, desde a Independência até o rompimento com a velha legislação portuguesa.

2 O QUE É CULTURA JURÍDICA?

Em busca de um refinamento metodológico e para se lançar ao conhecimento da evolução da ciência Direito, é necessário alinhar o olhar do jurista ao olhar do historiador, pois somente assim é possível examinar e apresentar a História do Direito com segurança.

Para isso, foi imprescindível conhecer o negócio do historiador (POCOCK, 2003, p. 63-82) e o Estado da arte (POCOCK, 2003, p. 23-62) como submissão a um processo de aprendizado estruturado na interação entre ato de fala e linguagem, isto é, na análise do texto como linguagem e, ainda, analisar esse texto em contexto linguístico. Este processo foi didaticamente apresentado, numa espécie de passo a passo, por John G. A. Pocock (POCOCK, 2003, p. 23-82).

A partir da aplicação de métodos baseados na escola do contextualismo linguístico foi possível passar à análise da cultura jurídica e, enfim, colocá-la sob exame em cenários específicos da História do Direito brasileiro. Reservados os conhecimentos específicos da abordagem contextualizada, não se escapa da discussão sobre a origem do Direito que, de imediato, tem como resposta comum a máxima do direito romano *ubi societas, ibi ius* (onde existe sociedade, existe direito).

A partir de então a historiografia e a ciência jurídica se alinham às demais ciências que lhes são essenciais para a análise das culturas jurídicas estabelecidas em cada sociedade, povo ou nação e em diversos momentos históricos. Aqui um parêntese é necessário: quanto mais o jurista se debruça sobre a ciência dos Direito, mais percebe a necessidade de maior conhecimento sobre filosofia, sociologia, história e tantas outras ciências. Embora se reconheça, como ensina Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 1989), a autonomia do Direito com seus agentes investidos de autoridade para dizer o direito, assim como os hábitos próprios, não se olvida que outras ciências colaboram significativamente para melhor compreensão do funcionamento do campo.

Os jushistoriadores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, p. 22) afirmam que “O Direito utilizado por um povo constitui uma das expressões mais significativas do grau de sua cultura”, mas qual a é definição de cultura? E o que compreendemos por Cultura Jurídica?

Marilena Chaui (2003) aprofundou-se no significado da palavra “cultura” e nos mostrou sua ambiguidade, visto que a empregamos “[...] em sentidos muito diferentes e, por vezes, contraditórios” (CHAUI, 2003, p. 244) e por isso devemos apreender que “[...] não existe a cultura, no singular, mas culturas, no plural” (CHAUI, 2003, p. 251).

Um primeiro significado, ainda na Antiguidade Romana seria “o cuidado do homem com a natureza” (CHAUI, 2003, p. 245) porque advinda do signo latino *colere*, e sua definição epistemológica possui sentido de “[...] ‘cultivar’, ‘criar’, ‘tomar conta’ e ‘cuidar’” (CHAUI, 2003, p. 245). Outra acepção de cultura apontada pela filósofa é no sentido de “[...] aprimoramento da natureza humana pela educação em sentido amplo [...]” (CHAUI,

2003, p.245), sob o fundamento de que “[...] a natureza do homem não pode ser deixada por conta própria porque tenderá a ser destrutiva, ignorante, precisando por isso ser educada, formada, cultivada de acordo com os ideais de sua sociedade” (CHAUI, 2003, p. 246).

Já no século XVIII, a cultura amplia seu significado para “[...] os resultados e consequências daquela formação ou educação dos seres humanos, resultados expressos em obras, feitos, ações e instituições: as técnicas e os ofícios, as artes, a religião, as ciências, a filosofia, a vida moral e a vida política ou o Estado” (CHAUI, 2003, p. 246), ou seja, cultura como sinônimo de civilização. Nesta acepção cultura-civilização, a natureza distancia-se da cultura.

Ainda segundo as lições de Marilena Chauí (2003, p. 247), mas em outro giro, cultura toma definição de história quando todo o contexto passa “a significar a relação em que os outros seres humanos socialmente organizados [...] estabelecem como o tempo e o espaço, com outros seres humanos e com a natureza”. Em outras palavras, é a cultura como história que estabelece no tempo e em determinado meio social, leis, costumes comportamentais, vestuário, alimentação, linguagem etc.

Por derradeiro, Marilena Chauí traz a ordem simbólica como última definição de cultura e que possuiria três sentidos principais: i) como criação simbólica da lei, isto é como conjunto de normas que determinam deveres, obrigações e sanções por atribuir valor às coisas; ii) como ordem simbólica que surge para representar a realidade, tomando como exemplo o que é sagrado e o que é profano através de símbolos; iii) e como “conjunto de práticas, comportamentos, ações e instituições pelas quais os humanos se relacionam e com a natureza e dela se distinguem, agindo sobre ela ou através dela, modificando-a” (CHAUI, 2003, 250-251). Este último sentido de cultura é o que entendemos melhor por *habitus* como elemento de permanência ou provocador de transformações comportamentais a partir da prática reiterada e individualizada em rituais de trabalho, rituais religiosos, etc, e que Pierre Bourdieu define como “espécie de senso prático do que se deve fazer em dada situação” (BOURDIEU, 1996. p. 42).

Doravante, apresentadas as definições da palavra cultura, ampliamos a análise do termo adjetivado nos textos estudados, ou seja, da expressão cultura jurídica, e observamos que a terminologia é utilizada em diversos sentidos, e por vezes com mais de um sentido em um mesmo texto.

Ricardo Marcelo Fonseca (2006), em seu interessante trabalho, “A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX”, traz a cultura jurídica em

duplo sentido: ora no sentido de ordem simbólica como conjunto de leis de direito privado, ora como formação jurídica acadêmica, isto é, resultado da qualificação educacional enquanto cultura-civilização. A primeira acepção é percebida no resumo do texto

RESUMO: Este texto busca, num primeiro momento, compreender algumas vicissitudes da formação da cultura jurídica brasileira, sobretudo de direito privado, desde o período colonial (quando a legislação brasileira confundia-se, em termos gerais, com a legislação portuguesa) até a codificação civil. (FONSECA, 2006, p. 61)

O segundo significado pode ser percebido no trecho sobre as vicissitudes da legislação privada brasileira:

Um primeiro fator se encontra na ausência de uma cultura jurídica logo nos anos que se seguiram à independência do Brasil. De fato, no período colonial a metrópole portuguesa não teve como política, ao contrário da Espanha, o estabelecimento de universidades em seus domínios ultramarinos. (FONSECA, 2006, p. 69)

Já Carlos Garriga e Andrea Slemian (2013), no artigo “‘Em trajes brasileiros’: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850)”, tiveram o cuidado de separar claramente os sentidos de cultura na acepção de ordem simbólica, em espécies, conforme aqui apresentadas por Marilena Chauí, mas preferiram distingui-las em tradição jurídica e cultura jurídica.

No mencionado texto tradição jurídica possui acepção de ordem simbólica como conjunto de práticas, comportamentos, ações da praxe jurídica e cultura jurídica como ordem simbólica, mas no sentido de criação simbólica da lei, isto é, como conjunto de normas que determinam deveres, obrigações e sanções. O seguinte trecho marca bem a distinção feita pelos autores:

Não se pense, contudo, que este trajeto ocorreria de forma linear e inexorável. Seu caminho foi errático e apontava estarem intrinsecamente enlaçados, em todos esses processos, a construção de uma cultura jurídica nacional e os problemas colocados na emergência de uma cultura legal, ao fim e ao cabo, uma cultura de código. Ele prolongava-se enquanto se movia todavia no marco da tradição: não somente se mantiveram as velhas fontes jurídicas, como o direito respondeu, em seu conjunto, a uma lógica jurisprudencial, desenvolvendo-se "numa situação de extrema indecisão sobre o corpo normativo do direito. (GARRIGA; SLEMIAN, 2013)

A expressão “cultura jurídica”, de fato, é muitas vezes empregada pela Ciência do Direito sem critérios distintivos, logo podemos afirmar que, assim como a cultura, não existe a cultura jurídica, no singular, mas culturas jurídicas, no plural.

Portanto, torna-se interessante a utilização de um método para auxiliar o intérprete. Sem discordar da diferenciação terminológica feita por Garriga e Slemian, apenas preferimos utilizar sempre o gênero cultura jurídica e especificá-lo em três principais sentidos: i. cultura jurídica – *habitus* no sentido de ordem simbólica que signifique conjunto de práticas, comportamentos, ações dos aplicadores do direito; ii. cultura jurídica – legal para significar a ordem simbólica do conjunto de leis que forma o ordenamento jurídico de determinado Povo/Estado/Nação; iii. e ainda cultura jurídica – civilização no sentido de formação jurídica acadêmica, isto é, como resultado qualificação educacional dos seres humanos tomando como sentido a cultura-civilização.

3 A FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA-LEGAL BRASILEIRA E SUA TRANSFORMAÇÃO

Após as necessárias definições de cultura jurídica, pode-se avançar sobre sua formação e transformações no Estado brasileiro, desde a independência, com a fundação de uma cultura jurídica nos três sentidos explicitados neste artigo.

Sob a perspectiva de Airton Cerqueira-Leite Seelaender (2017), observamos que aquele Brasil recém independente, com uma Monarquia Constitucional, seguiu o mesmo modelo de casa enquanto espaço privado. O mesmo conceito relaciona-se ao Antigo Regime no plano institucional, isto é, a casa como modelo natural de organização para o Estado “vista como uma unidade social autogovernada que agregava, em uma pacificadora estrutura hierárquica, um chefe natural e seus dependentes [...]” (SEELAENDER, 2017, p. 327), trazendo consigo características fortemente patriarcais e autoritárias.

Como desdobramento lógico da independência, o rompimento com a legislação portuguesa era inevitável, inclusive, já previsto na Constituição do Império (BRASIL, 1824) por meio do comando contido no artigo 179, inciso XVIII: “[...]quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Embora o século XIX tenha sido profícuo em codificações como o Código Criminal (1830), o Processual Criminal (1832), o Comercial (1850), Lei de Terras (1850), Lei de Processo Comercial (1850), entre outros, o Código Civil e Processual Civil levariam quase um século para completar a formulação e aprovação pela elite política brasileira. Ainda que o Brasil tivesse projeto formulado ao longo de décadas pelo jurista Teixeira de Freitas e outros, a finalização sempre se postergava.

Nos anos seguintes da aprovação Código Criminal, pela Lei de 16 de dezembro de 1830 (BRASIL, 1831), já se preparava o Código Processual Criminal (BRASIL, 1832),

aprovado pela Lei de 29 de novembro de 1832. Notadamente, o legislador brasileiro, incomodado com a ausência de codificação cível, providenciou ao final do Código Processual Criminal título único com apenas 27 artigos, intitulado “Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil” (BRASIL, 1832), a fim de contornar a ausência de moderna legislação.

Contudo, a vigência da antiga legislação portuguesa no direito privado por muitos anos era realidade, ainda que existissem legislações supressivas e aditivas, além de interpretações judiciais divulgadas como assentos do Supremo Tribunal. As Ordenações Filipinas (PORTUGAL, 1870) e demais Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal até o dia 25 de Abril de 1821 estariam em pleno vigor na parte em que não tivessem sido revogadas, enquanto se não organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alteradas. Assim, o arcabouço legal Filipino permanecia autorizado pela Lei de 20 de outubro 1823 (BRASIL, 1823).

Passando em revista, Rodrigo Mazzei (2014) apresenta breve esboço da marcha histórica dos ordenamentos jurídicos processuais que vigoram no Brasil, desde as Ordenações Afonsinas (1500 a 1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603-1939), esta última com vigência excepcionada apenas pela Disposição provisória do Código de Processo Criminal de 1832, e no que era pertinente à matéria comercial pelo Regulamento nº 737/1850.

A vigência das Ordenações era situação incômoda para um Estado declarado independente e, por este motivo, o Governo Imperial encomendou ao Conselheiro Antonio Joaquim Ribas a reunião, “[...] em forma de consolidação, das principais normas processuais (entre as quais as Ordenações e as leis extravagantes)” (MAZZEI, 2014, p. 183).

Ainda, segundo o referido autor, a Consolidação de Ribas, aprovada em 1876, teve vida curta e deixou de ter validade em 1890, por força do Decreto nº 763, quando a aplicação do Regulamento Comercial nº 737 passou a ter aplicação estendida integralmente e como primeiro corpo de leis completo para o campo processual civil, diante da ausência de um Código Processual Civil próprio. Ressalta-se, porém, que os processos não disciplinados continuavam regidos pelas Ordenações (MAZZEI, 2014, p. 183). E neste mesmo ano foi criada a Justiça Federal.

No ano seguinte, a Constituição da República de 1891 dividiu a competência legislativa sobre a matéria processual entre Estados e União, quando então foi encomendado “[...] ao jurista José Higino Duarte Pereira um trabalho de sistematização de material legal

(também perfilado ao estilo de consolidação), a fim de que as questões de competência da Justiça Federal possuíssem uma regulação processual própria [...]” (MAZZEI, 2014, p. 184). A Consolidação de Higino Duarte Pereira foi aprovada em 05 de novembro de 1898, pelo Decreto nº 3.084.

Autorizados pela Constituição 1891, os Estados produziram seus próprios Códigos Processuais. Rodrigo Mazzei ressalta que aqueles que se abstiveram dessa produção “[...] permaneceram regidos pelo Regulamento nº 737, até quando sobreveio o Código Processual Civil de 1939” (MAZZEI, 2014, p. 185) que marcou a reunificação da competência legislativa desta matéria à União. Para este autor um mérito que não pode ser negado à codificação processual de 1939 é a libertação, embora tardia, das Ordenações Filipinas (MAZZEI, 2014, p. 188)³⁴.

Mesmo que a nossa área de interesse seja o campo processual cível, estaria incompleto este trabalho se deixássemos de acrescentar a marcha histórica do Direito Civil apresentada por Marcelo Fonseca (2005). Este autor destacou que na década de 50, no século XIX, foi iniciado um processo de codificação pelo governo imperial, mas “[...] tamanho era o labirinto legislativo então existente [...]” (FONSECA, 2006, p. 67) que decidiu-se, de antemão, por uma Consolidação das leis civis, isto é, a sistematização de uma legislação já existente, incluindo a medieval legislação portuguesa no que permanecia vigente, e esta por sua vez, foi seguida de um Esboço do código civil que nunca chegou a ser aprovado, mas “[...] acabou inspirando fortemente algumas das codificações oitocentistas, sobretudo na América Latina” (FONSECA, 2006, p. 69), como o Código Civil Argentino.

Marcelo Fonseca (2006, p. 67) lembra de outras tentativas de codificação da legislação civil como a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881), mas que também foram barradas. Enfim, o Código Civil de 1916 foi revogado pela Lei nº 10.406 de 2002, que instituiu o atual e vigente Código Civil 2002. Mas por quais razões o Brasil demorou tanto a adotar a codificação das leis civis?

³ Segundo o autor, esta desvinculação ainda não se deu de forma absoluta, pois na parte dos recursos o CPC de 1939 se valeu de institutos previstos na legislação portuguesa.

⁴ Apenas a título de informação complementar, em 1973, um novo Código de Processo Civil foi implementado pela Lei nº 5.869, em pleno regime militar ditatorial e ultrapassou a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe marcas visivelmente democráticas ao processo, mas bem distante do formalismo proposto pela legislação processual infraconstitucional. Somente com a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu-se o Código de Processo Civil de 2015 que trouxe inúmeras mudanças e novidades marcantes para a evolução do direito Processual.

4 A VIGÊNCIA DE UMA CULTURA JURÍDICA LEGAL COM MARCAS MEDIEVAIS ATÉ O INÍCIO DO SÉCULO XX

Preliminarmente, precisamos apontar ressalvas na pergunta proposta. Em primeiro lugar, a legislação civil no Brasil era preocupação constante dos legisladores. Ainda em 1832, a administração da Justiça Civil foi inserida no Código Processual Criminal porque os parlamentares entenderam impossível prosseguir no novo quadro constitucional do país sem disciplinar, minimamente, o campo do direito privado em contraposição à manutenção da ordem jurídica ditada exclusivamente pelas Ordenações Filipinas. É preciso, outrossim, destacar o longo processo de discussão da atuação dos juízes de paz como conciliadores no país: exemplo de justiça conduzida por cidadãos escolhidos localmente e dentro da perspectiva mais democrática do liberalismo da época (CAMPOS; SLEMIAN; MOTTA, 2017).

Merece destaque a Lei de Terras, como ficou conhecida a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, que visou organizar a propriedade privada no Brasil, pois não existia documento de regulamento da posse de terras no país. Embora a Constituição de 1824 disciplinasse o direito à propriedade privada, faltava a normatização do direito agrário brasileiro. Mesmo sem a abolição formal das sesmarias, a Lei de Terras tornou o antigo sistema ultrapassado. A partir de então, a ocupação de terras somente poderia ocorrer por meio de compra e venda. A titularidade das terras desocupadas passou ao Estado, cuja ocupação somente se faria com a anuência estatal.

Em geral, aponta-se a limitação da Lei de Terras quando permitiu a legitimação das terras ocupadas pelos grandes fazendeiros sem a instituição de imposto territorial. No entanto, José Murilo de Carvalho considerou a lei um “veto aos barões” na medida em que separou terras privadas das terras públicas (CARVALHO, 1996). A delimitação não se efetivou de maneira exemplar, mas inaugurou nova política de terras enquanto mercadoria.

Na perspectiva de Airton Seelaender, no século XIX, o Estado passou à posição de regulador mais ativo nas relações privadas, imiscuindo-se em assuntos que, até então, eram extrajurídicos, principalmente em relação ao poder doméstico. A progressão legislativa pelo “direito à vida dos dependentes da casa (mulher, filhos, criados e escravos) geravam tensões que [...] por sua vez, acabaram tendo forte impacto no debate político e no pensamento jurídico” (SEELAENDER, 2017, p. 327).

As tensões afetavam crenças arraigadas e concepções tradicionais, por isso havia resistência a códigos que regulamentassem em excesso as relações privadas. A

historiografia mostra que esse tipo de regramento não era bem-vindo e precisava ser adiado por ser considerado um mal pela sociedade da época.

A intensidade do regramento é o que se entende por expansão da estatalidade, e ela não foi poupada pela resistência social, sobretudo, quando foi percebida a invasão do Estado no espaço da casa. Uma das provas desse argumento de resistência à invasão do Estado nos assuntos privados é demonstrado pelo Senador Diogo Antônio Feijó, considerado um liberal à época, que mostrava real incômodo, registrado nas seguintes palavras “Se o governo pode criar penas arbitrárias e mandar dar açoites nos escravos dos outros, então estamos à discrição do governo” (FEIJÓ apud SEELAENDER, 2017, p. 328).

A progressiva produção legislativa brasileira do século XIX regulamentava inúmeros institutos importantes do direito privado e lentamente rompia com a velha legislação portuguesa marcada pelo *ius commune*, dando contornos cada vez mais particulares à cultura jurídica legal brasileira.

Marcelo Fonseca observa que, na cena pública, a instituição de uma monarquia constitucional no recém-criado Estado brasileiro tinha traços visivelmente autoritários e buscava regulamentar, “[...] pela primeira vez com uma legislação autóctone, várias relações privadas” (FONSECA, 2006, p. 66).

Ainda para Marcelo Fonseca, a adoção tardia de uma codificação do direito civil pode ser explicada por quatro fatores: i) a ausência de uma cultura jurídica – civilização, isto é, por não haver qualificação educacional com formação jurídica acadêmica instituída em solo brasileiro quando aconteceu a Independência e logo nos primeiros anos do recém Estado brasileiro; ii) a influência da ciência jurídica alemã, isto é, da Escola Histórica de interpretação, da qual Savigny era o maior expoente, exerceu sobre a cultura jurídica-civilização brasileira, na segunda metade do século XIX⁵; iii) a ausência de uma vontade codificadora para regular todas situações de ordem local, familiar, religiosa, etc, “[...] dentro de uma estrutura social agrária, maciçamente rural, predominantemente analfabeta, patriarcal e com significativa presença escrava” (FONSECA, 2006, p. 71) que resistiam em assegurar efetivamente a aplicação das “garantias jurídicas asseguradas pela legislação e o real atendimento às necessidades do povo (FONSECA, 2006, p. 71); iv) e a resistência das elites agrárias brasileiras “[...] à ideia de um sistema jurídico coerente, harmônico e plenamente inspirado nos ideais liberais que nortearam as revoluções burguesas” (FONSECA, 2006, p. 72)

⁵ A título de curiosidade, somente em 1827 foram inaugurados dois cursos jurídicos no Brasil: um na cidade de São Paulo e o outro na cidade de Olinda, que posteriormente, no ano de 1854, foi transferido para Recife.

Da lista desses fatores, restou nítido que a cultura constitucional brasileira, que assegurava um rol de liberdades individuais copiadas da Constituição Francesa de 1791, caracterizava-se por grande flexibilidade, conveniência e adaptabilidade com a cultura política da casa como organismo de gestão dos problemas privados.

Contudo, em outro giro, acrescente-se as formulações de GARRIGA e SLEMIAN para a compreensão do atraso na codificação. A cultura jurídica brasileira extremamente enraizada no âmbito jurídico e presente naquele contexto de transição entre os séculos XVIII e XIX, demarcou forte permanência do antigo *habitus*:

[...] de que “a ‘boa administração da justiça’ dependia do ‘bom juiz’, e do seu reto comportamento, e não das leis e de sua devida aplicação. A partir da prevalência de uma justiça de juízes, conclui-se que, sem códigos, no sentido moderno, foi impossível se implantar um regime de justiça de leis. (GARRIGA; SLEMIAN, 2013)

Os autores demonstram que no processo histórico de formação da cultura jurídica-*habitus* brasileira foi consolidado um perfil autoritário que privilegiava a posição individual e particular do julgador naquele ambiente de transformações e de estruturas sociais em que o poder se concentrava, principalmente no âmbito jurídico. Conclui-se, portanto, pela conveniência em se adiar a codificação das relações privadas no Estado recém independente em que “[...] graduados de Coimbra dominavam tanto a política quanto o judiciário [...]” (BARMAN; BARMAN, 1976, p. 428 – 429) até a década de 1870.

Teixeira de Freitas acusa a Lei da Boa Razão por esta prevalência de uma justiça de juízes:

[...] a famosa Lei de 18 de agosto, de 1769, que deu largas ao arbítrio com o título de - boa razão; o outro subsídio dos - estilos e costumes; tudo concorreu para que os nossos juristas carregassem suas obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raiais dos casos omissos. As cousas têm chegado a tal ponto que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem; do que pelos praxistas que as invadiram. (TEIXEIRA DE FREITAS, 1859, p. XXXII)

A exposição de todo esse arcabouço histórico mostra que a cultura jurídica brasileira, nos três sentidos apresentados nesse texto, acompanhou a expansão da estatalidade e consolidou características autoritárias e patriarcais em torno da imagem paternal do Estado. Embora, as bases legais de separação entre público e privado tenham sido fortalecidas vagarosamente, e que o antigo marco da casa já não conseguiu mais se sustentar, ainda que tenha se constituído como verdadeiro obstáculo às mudanças pretendidas pelo liberalismo.

5 CONCLUSÃO

Para uma melhor compreensão do longo processo histórico de formação e transformações da cultura jurídica-legal genuinamente brasileira foi necessário, preliminarmente, destacar um equívoco comum na literatura: a generalização da expressão cultura jurídica. Após a demonstração de que não existe uma cultura jurídica, no singular, mas sim culturas jurídicas, no plural, definiram-se seus principais sentidos, quais sejam, cultura jurídica – legal, cultura jurídica – *habitus* e cultura jurídica – civilização para, em seguida, avançar sobre sua formação e suas transformações no Estado brasileiro, desde o processo de Independência.

A marcha do processo de expansão da estatalidade do Estado brasileiro foi passado em revista, evidenciando as relações privadas de ordem formal e material, com o propósito de destacar a demora na codificação das leis civis, mormente nos assuntos que invadiam a casa e que extrapolavam os interesses das elites agrárias brasileiras que dominavam a cena pública.

Foram condensados nessas linhas os fatores considerados pela literatura da História do Direito como os principais motivos para esse lento rompimento até o alcance de uma cultura jurídica-legal própria, além de destacar a coexistência e o papel influenciador de cada uma das três principais espécies de cultura jurídica na permanência da legislação medieval portuguesa.

Nesse contexto histórico de desvinculação legislativa, que rompeu barreiras seculares e sociais, mereceu atenção a cultura jurídica-*habitus* como reação às transformações legislativas e reflexo de um processo de formação da sociedade brasileira com base em um perfil autoritário e paternalista, também investido na figura do julgador, na praxe jurídica de privilegiar sua posição individual para realizar uma justiça de juízes e prescindir de uma justiça de leis como real dificuldade às mudanças pretendidas pelo liberalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The Role of the Law Graduate in the Political Elite of Imperial Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, n. 4, p. 423-450, 1976

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil (25 de janeiro de 1824)*. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. *Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 08 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. *Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça*, Rio de Janeiro, 05 jan. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Lei de 20 de outubro 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. *Palacio do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 20 out. 1823. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

_____. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papyrus, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. A política de terras: o veto aos barões. In _____. *Teatro de sombras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/UFRJ, 1996.

CAMPOS, Adriana Pereira; SLEMIAN, Andréa; MOTTA, Kátia Sausen da. *Juízes de Paz – Um Projeto de Justiça Cidadã nos Primórdios do Brasil Império*. Curitiba: Juruá, 2017.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2008.

DELGADO, Marcia. Veto ao novo CPC impede celeridade no Judiciário. Iniciativa: Associação dos Magistrados Brasileiros. 2015. Disponível em: <

https://www.amb.com.br/veto-ao-novo-cpc-impede-celeridade-no-judiciario/?doing_wp_cron=1586961096.0129320621490478515625>. Acesso em 11 abr. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Cultura Jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade da UFPR*, Curitiba, v. 44, p. 61-76, 2006. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9415>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

GARRIGA, Carlos.; SLEMIAN, Andrea. “Em Trajes Brasileiros: justiça e constituição na América Ibérica (C.1750-1850). *Ci. Inf.*. São Paulo. 09 out. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-83092013000200181&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 11 abr. 2020.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade Órfã". *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p.183-202, 2000.

MAZZEI, Rodrigo. *Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jururídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014.

POCOCK, John G. A. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003.

PORTUGAL. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I. Decima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o presente*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomatico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A longa sombra da casa, Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 473, p.327-424, jan./mar. 2017. Disponível em: < <https://www.ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/itemlist/filter.html?ftitle=a+longa+sombra+da+casa&moduleId=218&Itemid=174> >. Acesso em: 11 abr. 2020.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. XXXII.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ORIGEM DA ADVOCACIA COMO PROFISSÃO E SUA INFLUÊNCIA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS

ORIGIN OF LAWYER AS A PROFESSION AND ITS INFLUENCE IN TREATING CONFLICTS

Caio de Sá Dal'Col¹
Daniel Ferreira de Melo Belchior²
Paula Paraguassu da Silva³

O advogado é o primeiro profissional jurista a ter contato com as relações materiais e, por tal motivo, é o primeiro profissional a ter contato com os conflitos gerados neste âmbito. Deve portanto, estar preparado para conduzi-los da forma mais eficiente possível a fim de apresentar o melhor resultado para o seu cliente. Entretanto, a crise de litigiosidade que assola o Poder Judiciário Brasileiro demonstra que talvez o conflito existente no campo das relações materiais pode não estar sendo adequadamente gerido pelo primeiro profissional que com ele tem contato. Este trabalho tem como objetivo analisar a forma como se deu a construção das bases da atividade advocatícia no Brasil tal como esta está proposta nos dias atuais para servir como base a pesquisas futuras acerca das razões pelas quais a gestão dos conflitos materiais não tem sido adequadamente realizada pelo primeiro profissional que a eles tem acesso, o advogado. Trata-se do primeiro passo a ser dado para o desenvolvimento de um estudo que permita a análise da possibilidade de modificação positiva de tal cenário a fim de que se crie o ambiente mais propício à efetivação dos mecanismos de tratamento de conflitos disponibilizados pela legislação pátria, iniciando pela atuação do profissional advogado.

Palavras-chave: Advocacia; Justiça; Pacificação; Conflito; Tratamento.

The lawyer is the first legal professional to have contact with the material relations and, for this reason, he is the first legal professional to have contact with the conflicts generated in this scope. Therefore, he must be prepared to conduct them as efficiently as possible in order to present the best result to his client. However, the litigation crisis that plagues the Brazilian Judiciary shows that perhaps the conflict in the field of material relations may not be adequately managed by the first professional who has contact with him. This work aims to analyze the way in which the foundation of the legal activity in Brazil was built as it is proposed today to serve as a basis for future research on the reasons why the management of material conflicts has not been properly carried out by the first professional who has access to them, the lawyer. This is the first step to be taken in the development of a study that allows the analysis of the possibility of positive modification of such a scenario in order to create the most conducive environment for the effectiveness of the conflict treatment mechanisms made available by national legislation starting with the professional lawyer.

Keywords: Advocacy; Justice; Pacification; Conflict; Handling.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. E-mail: caiodalcol@hotmail.com.

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Delegado de Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. E-mail: danielbelchiorpces@gmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Assessora de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: pparaguassu@hotmail.com.

RESUMO

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO

O termo advogado deriva do latim *advocatus*, particípio passado de *advocare*, que significa chamar junto a si, já que é formado por *ad*, que exprime a ideia de aproximação, perto, junto, mais *vocare*, que exprime a ideia de chamar, apelar para. Segundo o vernáculo (FERREIRA, 2019), também significa patrono, defensor, padroeiro, intercessor, medianeiro, mediador.

Outra definição presente no vernáculo aponta o advogado como o “bacharel em direito legalmente habilitado a advogar, i.e., a prestar assistência profissional a terceiros, em assunto jurídico, defendendo-lhes os interesses, ou como consultor, ou como procurador em juízo”.

O advogado é, portanto, em sua essência, aquele a quem se chama ao apoio da defesa de alegado direito – segundo Sêneca (2008, p. 5), é alguém que fala no lugar de outra pessoa - e que possui as características que o possibilitam defender os indivíduos contra as agressões de seus direitos.

Carnelutti (2006, p. 15) afirma que o nome mesmo de advogado soa como um grito de ajuda, já que significa, como visto, *chamado a socorrer*, tal qual o médico é chamado a socorrer. Entretanto, segundo o jurista, só ao advogado se dá esse nome e aquilo que se pede ao profissional da advocacia é a dádiva da amizade, antes de qualquer coisa:

Advogado é aquele, ao qual se pede, em primeiro plano, a forma essencial de ajuda, que é propriamente a amizade.

E da mesma forma a outra palavra "cliente", a qual serve a denominar aquele que pede ajuda, reforça esta interpretação: o cliente, na sociedade romana, pedia proteção ao patrono; também o advogado se chama patrono. E a derivação de patrono, de "pater", projeta sobre a correlação a luz do amor.

Aquilo que atormenta o cliente e o impele a pedir ajuda é a inimizade. As causas civis e, sobretudo, as causas penais são fenômenos de inimizade. A inimizade ocasiona um sofrimento ou, pelo menos, um dano como certos males, os quais, tanto mais quando não são descobertos pela dor, minam o organismo; por isso da inimizade surge a necessidade da amizade; a dialética da vida é assim. A forma elementar da ajuda, que se procura na guerra, é a aliança. O conceito de aliança é a raiz da advocacia.

Tem-se, pois, que a parte, leiga, não procura diretamente o juiz, o promotor ou outro jurista que não o advogado para resolver seu problema, em especial aquele advogado com o qual, se não tem a relação de amizade a qual alude Carnelutti, possui uma relação de alta confiança.

A consequência de tal circunstância é a de que é o advogado, via de regra, o primeiro

profissional jurista a ter contato com as relações materiais em si e, por tal motivo, com os conflitos gerados neste âmbito. Deve, portanto, estar preparado para conduzi-los da forma mais eficiente possível a fim de apresentar o melhor resultado para o seu cliente.

Entretanto, dado o crescente avanço da litigiosidade no Brasil e a dependência dos litigantes da resposta estatal – resposta esta que pode não ser a mais adequada para a solução de todos os conflitos –, é forçoso concluir que a grande dificuldade de se conferir o melhor tratamento aos conflitos de interesses pode estar localizada na forma como o advogado opera a gestão do problema do seu cliente, na base.

A gestão adequada do conflito, segundo Ricardo Goretti, (2019, p. 23), caracteriza-se pela “prática de cognição, condução e resolução de situações conflituosas, promovida mediante o emprego do método ou técnica que melhor atenda às particularidades do caso concreto” e se tal atividade não é eficazmente desenvolvida pelo primeiro jurista a ter conhecimento do conflito, as chances de as partes serem encaminhadas para um processo judicial, muitas vezes desnecessário – ou até mesmo prejudicial – pode ser grande.

Dada esta circunstância, é preciso voltar a atenção à forma como se deu a construção das bases da atividade advocatícia no mundo e no Brasil tal como esta está proposta nos dias atuais, a fim de que se tenha fixa uma base para pesquisas futuras acerca das razões pelas quais a gestão dos conflitos materiais não tem sido adequadamente realizada pelo primeiro profissional que a eles tem acesso, o advogado

Chamar a atenção para tal circunstância é o que pretende este trabalho.

Para resolver o problema colocado, ou seja, para identificar forma como se deu a construção das bases da atividade advocatícia no mundo e no Brasil tal como esta está proposta nos dias atuais, o trabalho utiliza-se do método indutivo de pesquisa, tendo por base a utilização de pesquisa bibliográfica.

O primeiro passo a ser dado é verificar como se deu a evolução da advocacia como atividade profissional no mundo e, em seguida, no Brasil, de modo que pretende-se, inicialmente, identificar a figura do advogado e o desenvolvimento da advocacia como profissão desde as origens mais remotas, passando pela evolução da inserção de tal atividade no contexto brasileiro.

Em seguida, será analisada a organização da profissão por meio da Ordem dos Advogados do Brasil, que precedeu o reconhecimento da atividade pela Constituição de 1988 fixando, assim, o primeiro passo a ser dado para o desenvolvimento de um estudo que permita a análise da possibilidade de modificação positiva de tal cenário a fim de que se crie o ambiente mais propício à efetivação dos mecanismos de tratamento de conflitos

disponibilizados pela legislação pátria, iniciando pela atuação do profissional advogado.

2 ORIGENS REMOTAS DA ADVOCACIA

Neste tópico identificar-se-á a figura do advogado e o desenvolvimento da advocacia como profissão desde as origens mais remotas, passando pela evolução da inserção de tal atividade no contexto brasileiro.

Pois bem.

Ao aliar as acepções do termo “advogado” na introdução deste trabalho, é possível concluir que este profissional é, em sua essência, aquele a quem se chama ao apoio da defesa de alegado direito e que possui as qualificações necessárias que o possibilitam e autorizam defender, profissionalmente, os indivíduos contra as agressões de seus direitos. Paulo Luiz Netto Lôbo (2017, p. 19) afirma que se formos considerar apenas dados históricos conhecidos e comprovados, a advocacia, entendida como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, já que desde o Código de Manu, passando pelo Antigo Testamento, pelo Egito e pela Grécia, registra-se a possibilidade de sábios e oradores apresentarem argumentos e fundamentos para quem precisasse se defender perante autoridades e tribunais.

Não se tratava, entretanto, do exercício de uma profissão, de uma atividade profissional permanente e reconhecida.

Ruy de Azevedo Sodré (1975, p. 267) aduz que, segundo os historiadores, nos primeiros tempos, a defesa era feita por um parente ou amigo que “emprestava à ignorância ou à fraqueza o apoio de sua coragem ou de seu saber” e, posteriormente, os imperativos de justiça fizeram com que fosse necessária a presença de homens especializados aos lado dos litigantes, versados no conhecimento das leis, para assisti-los na reivindicação de seus direitos, sendo esta a origem da profissão do advogado.

Afirma ainda, Sodré, que, se de início, embora ainda leigo, o advogado estava a serviço de interesses privados - uma vez que a demanda era um duelo entre as partes, em que o triunfo era alcançado pelo mais forte, pelo mais astuto, pelo mais esperto e o Estado era um mero expectador passivo -, quando o Estado assumiu a função de julgar, dado o interesse público que passou a ter na aplicação das leis, a participação do advogado passou de necessária para obrigatória, pois este se tornou figura indispensavelmente posicionada entre a parte e o juiz.

Indica, o autor, que são várias as razões que tornaram obrigatória a presença do advogado

entre as partes e o juiz e que uma delas foi a capacidade deste profissional de racionalizar a disputa, oferecendo mais segurança à defesa do indivíduo e, conseqüentemente, à solução do conflito. Confira-se:

A parte lesada em seu direito apresenta-se sempre, diante da pessoa incumbida de repará-lo – o juiz, chefe ou rei – com forte dose de paixão; a defesa de seus interesses torna-os maus juizes de seus próprios direitos, confundindo estes com aqueles; a falta de conhecimento da lei, da doutrina e da jurisprudência torna-lhe difícil e complexa a adequação dos fatos à norma a ser aplicada.

Só o advogado, com sua cultura, com a técnica jurídica, pode extrair das circunstâncias que envolvem o caso, o que interessa ao julgamento, apresentando a defesa com mais segurança. Ele transforma os fatos em lógica e o juiz transforma a lógica em justiça.

Vê-se, pois, que, ainda que haja divergência doutrinária, entre os historiadores, acerca da origem da advocacia como profissão organizada no mundo⁴, o que se tem certo é que a atuação desinteressada, prestativa e informal do advogado se tornou necessária e, com o passar do tempo, obrigatória, no tratamento dos conflitos – o que levou à profissionalização da atividade - justamente pela capacidade de tal indivíduo, como um terceiro em contato com o impasse existente entre outros indivíduos, de racionalizar os interesses em colisão e permitir a adequada composição dos litigantes.

3 EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA NO BRASIL E CRIAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Em solos brasileiros, o regime aplicado inicialmente (no Brasil Colônia) ao profissional advogado era aquele definido pelo colonizador, Portugal, que delineou a organização da advocacia, pela primeira vez, nas ordenações Afonsinas culminando, nas ordenações Filipinas (em 1600) , com a edição de regras mais completas e que restringiram sua prática àqueles que haviam cursado Direito Civil ou Direito Canônico na Universidade de Coimbra.

Interessante ilustrar esta narrativa com o que se infere do Livro I, Título XLVIII das Ordenações Filipinas⁵, a seguir transcrito:

⁴ Segundo Paulo Luiz Netto Lobo (2017, p. 20), há quem afirme que tal se deu quando o Imperador Justiniano, antecessor de Justiniano, constituiu, no século CI, a primeira Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro e exigindo requisitos rigorosos, como “ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a defender quem o pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade”, etc. Há, entretanto, quem defenda que o marco legal da regulamentação da advocacia é a Ordenança francesa do Rei São Luiz, que no século XIII indicava requisitos para o exercício da profissão e há quem defenda que a primeira menção que se tem dos advogados foi em um capitular de Carlos Magno, em 802, mas que os gregos e romanos ignoraram a profissão.

⁵ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em 08/10/2020.

Mandamos que todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito annos de estudo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canonico, ou Civel, ou em ambos. E o que procurar, ou advogar, sem ter o dilo tempo, pagará pola primeira vez cincoenta cruzado, ametade para quem o accusar, e a outra para a area da Universidade. E pola segunda incorrerá na mesma pena. E postoque acabe de estudar os oito annos, não usará o dito Officio, até passarem dois annos.

As Ordenações, portanto, impunham aos brasileiros, a fim de exercerem a profissão de advogado no Brasil, entre outras exigências relacionadas ao efetivo exercício de sua função⁶, que recorressem aos estudos em Portugal e, por óbvio, tal exigência limitava o acesso à formação jurídica a poucos que tinham condições para tanto.

A imposição da formação em terras lusitanas durou até o advento do Alvará Régio de 24 de julho de 1713, que declarou que, fora da Corte, poderia ser advogado “qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão” (LOBO, 2017, p. 22). A Provisão era conferida pelo presidente da Relação – autoridade judicial da época -, tinha a validade de dois anos, renováveis mediante exames teóricos e práticos e o poder postulatório estava restrito à primeira instância e, predominantemente, a causas criminais, analisadas por um tribunal do júri.

Criou-se, no Brasil, com a referida legislação, o que se denominou de *rábulas* ou *provisionados*, pessoas não formadas na academia, que aprendiam o mister da advocacia em manuais, ementários e na observação dos colegas, dentre os quais, por sua atuação marcante, podem-se citar Antonio Evaristo de Moraes, Luis Gama (ex-escravo), Floro Bartolomeu e Cosme de Farias⁷.

Entretanto, é importante ressaltar que a atuação dos rábulas ou provisionados estava

⁶ Era exigido de tal profissional atuação seguramente proba, de modo que as Ordenações determinavam que os advogados falassem a verdade e emitissem com franqueza a sua opinião, impunham-lhes o dever de guardar o sigilo profissional para o que dispensavam-lhes de ser testemunhas; responsabilizavam-lhes pelos danos causados ao constituinte por culpa, desleixo ou ignorância; proibiam-lhes de demorar o feito, bem como abandonar a causa sem justo motivo ou licença do juiz; alterar, diminuir ou acrescentar qualquer coisa nos libelos, artigos ou razões sem licença do juiz e audiência da parte contrária, sob pena de degredo por dois anos e privação do ofício; proibiam-lhes, ainda, de procurar os juízes em suas casas ou aconselhar ou alegar contra as Ordenações, conforme relato de Mário Guimarães de Souza, citado por Sodré (1975, p. 270). Em contraponto, gozavam os advogados de diversos privilégios, tais como os foros de nobreza e todas as homenagens estabelecidas pelo uso do foro e, ademais, não eram obrigados a jurar fora de casa e possuíam também privilégios militares.

⁷ Embora grande a crítica dos bacharéis contra os rábulas, a autorização do exercício da profissão pelos provisionados foi mantida no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil de 1963 para proteger aqueles que já exerciam a profissão. Esta somente foi extirpada do ordenamento pelo atual Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 1994.

sujeita apenas ao juiz da causa, único competente para puni-los quando em falta – já que não havia uma instituição imbuído do controle do exercício da profissão e, mesmo assim, somente em certas hipóteses e com certas penas, o que colaborava para a impunidade dos maus profissionais⁸ (SODRÉ, p. 241).

Proclamada a independência, foi mantida, no Brasil Império, a vigência das Ordenações – com as alterações promovidas pelo Alvará Régio de 1713 - até a edição do Decreto 763, de 1980, que ampliou a aplicação do Regulamento 737/1850 para o âmbito do processo civil⁹.

Entretanto, já em 1827 (no dia 11 de agosto, data em que hodiernamente se comemora o Dia do Advogado) foi dado, no Brasil, o ponto de partida que identifica a advocacia como profissão reconhecida, qual seja, criação de dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais no país – que poderiam conferir os graus de bacharel e doutor -, um em São Paulo e outro em Olinda.

Em agosto de 1843 o Imperador D. Pedro II aprovou os Estatutos do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros¹⁰, associação civil com a finalidade de congregar os profissionais da advocacia e criada para facilitar, quando fosse oportuno, o advento da Ordem dos Advogados “em proveito geral da ciência e da jurisprudência”, conforme art. 2º do referido diploma legal.

O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, possuía filiados “Institutos de Advogados” em alguns Estados brasileiros, mas nenhum possuía alguma ingerência na vida profissional do advogado. “Não podiam punir nem advertir os advogados que

⁸ Como se infere da leitura de todo o Título XLVIII do Livro I, das Ordenações Filipinas – que não se traz à colação aqui por não ser o objeto deste estudo estender tal análise para além do que é necessário para a compreensão da importância da figura do advogado e do rábula o recorte temporal em comento - a atuação dos advogados, chamados pela legislação de “Procuradores” e daqueles a quem era autorizado o exercício da profissão era permeada de deveres a serem observados e cujo descumprimento era passível de análise e punição pelo juiz da causa em que configurado, mas em algumas hipóteses lhe era permitido, inclusive, após o pagamento de certas quantias, o retorno às atividades normais de Procurador.

⁹ Sobre o tema, necessária a leitura de MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a decorada do Código de Processo Civil de 1973*. In Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015.

¹⁰ Segundo informações colhidas no sítio eletrônico do Conselho Federal da OAB, “a iniciativa da fundação do Instituto dos Advogados foi inspirada pelas entidades congêneres existentes na França e em Portugal e tinha por finalidade reunir os “cultores” e “agitadores” do Direito, que viriam constituir a Ordem dos Advogados, regularizar o serviço de administração da justiça e completar a organização do Poder Judiciário. A maioria de seus fundadores era composta de graduados das primeiras turmas dos cursos de Olinda e São Paulo, e além da advocacia, alguns serviam à magistratura, atuavam no Legislativo, no Executivo em Ministérios, ou no Conselho de Estado. Quase todos os integrantes eram membros do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro”. Disponível em <https://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm#ia>. Acesso em 08/10/2020.

tivessem praticado qualquer falta profissional, nem podiam, de qualquer modo, fiscalizar sua atuação” (SODRÉ, p. 241).

A efetiva institucionalização da Ordem dos Advogados somente se deu em 1930 e o instituto primevo, então, desdobrou-se em suas entidades: a Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados Brasileiros, este (e seus filiados) com finalidade de promoção da cultura e ciência do direito entre os advogados¹¹.

A resistência contra a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, durante o Império e a República, foi grande, diante da existência de uma importante corrente de profissionais que defendia a ampla liberdade do exercício da profissão, impeditiva de correção aos excessos que imperavam nos diversos setores da advocacia¹². “Foi difícil vencer a corrente que sustentava a ampla liberdade do exercício da profissão, impeditiva de correção aos desmandos que então imperavam nos diversos setores da advocacia” (SODRÉ, p. 237).

Para Ruy de Azevedo Sodré (1975, p. 248) a criação da Ordem, durante um governo discricionário – que, porque castrador das liberdades individuais, tinha o advogado como seu pior inimigo – foi uma surpresa¹³ e se deu graças à oportuna e eficiente intervenção do Desembargador André de Faria Pereira, que convenceu o então Ministro da Justiça do Governo Provisório a encaixar no Decreto n 19.948, de 18/11/1930, que reorganizou a

¹¹ Levy carneiro, em seu parecer por meio do qual submeteu ao Ministro da Justiça o decreto que, mais à frente, aprovou o Regulamento da OAB, acentuou que “Os Institutos dos Advogados existentes entre nós prepararam a criação da Ordem, realizaram-na em certo sentido limitadamente, voluntariamente, sem sanção legal; constituíram-se órgãos de verdadeira seleções, do ponto de vista intelectual e moral. Por tudo isso, ainda agora há de caber, na organização prática da Ordem, missão de maior relevância (SODRÉ, 1975, p. 248).

¹² Como dito alhures, desde o advento do Alvará régio de 24 de julho de 1713, poderia ser advogado, no Brasil, “qualquer pessoa idônea, ainda que não formado, desde que tenha tirado a Provisão” e, com base em tal regramento, alguns Códigos de Processo Cívico estaduais, como o do Rio Grande do Sul, facultavam a qualquer pessoa, no uso do mandato, requerer e alegar perante os tribunais, sem dependência de alguma prova de habilitação, o que tornava – como já afirmado em subtópico anterior - a fiscalização da atuação do profissional uma atividade exclusiva do juiz da causa, circunstância que dificultava – ou até mesmo impedia – o controle de desmandos e excessos, favorecendo, assim, alguns setores da advocacia.

¹³ Para outros, a criação da Ordem naquele momento histórico, possui fundamento: o fortalecimento dos profissionais liberais e dos jovens políticos causado pela Revolução de 1930. De acordo com informações colhidas no sítio eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil (Disponível em <https://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm#ia>. Acesso em 08/10/2020.), “a Revolução de 1930 fez nascer um novo Estado, que se distanciou do modelo oligárquico pelo caráter centralizador e pela maior autonomia. E, ainda que fosse caracterizada pela heterogeneidade dos grupos comprometidos - que conseguiu aliar uma parcela das oligarquias regionais a um grupo de oficiais descontentes egressos do movimento tenentista e intelectuais liberais -, e por uma troca da elite processada sem grandes rupturas, a revolução fez emergir novas forças no cenário político. Foi o caso dos profissionais liberais e dos jovens políticos que, antes de 1930, formaram a Aliança Liberal e articularam o golpe de estado, como Getúlio Vargas, Osvaldo Aranha, Flores da Cunha, Lindolfo Collor e Francisco Campos, entre outros”.

Corte de Apelação do Distrito Federal, um artigo que declarou criada a Ordem dos Advogados do Brasil, a caracterizou como um órgão de disciplina e seleção de seus membros e delegou à classe a faculdade de elaborar seus próprios estatutos.

Após a criação da entidade, em 1930, foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, adotando-se o modelo do *Barreau de Paris*, tanto para a organização da entidade quanto para o paradigma liberal da profissão de advogado.

Investiu-se a classe dos advogados, pois, no poder de se autorregular, determinar as regras de seleção de seus membros e, muito importante, de se autodisciplinar, visando não somente à defesa dos interesses de seus membros, mas também à preservação dos caracteres essenciais da profissão.

A Ordem dos Advogados do Brasil organizou-se numa forma federativa nacionalmente abrangente e com divisões em seções e subseções regionais e locais que passaram a exercer seu poder autorregulador que permanece com tais características até os tempos atuais.

Vale ressaltar que somente com a Ordem dos Advogados do Brasil passou-se a exigir formação universitária (salvo nas regiões onde ainda se fazia necessária a figura do rábula ou provisionado) e até 1994 os estatutos da advocacia somente trataram o advogado como o profissional liberal, autônomo, sem contemplar a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado.

Tem-se, pois, que a atividade da advocacia, que no Brasil Colônia e no Brasil Império ainda era bastante direcionada pelas influências lusitanas, foi sendo modelada em âmbito estritamente nacional e os advogados profissionais brasileiros – influenciados pelo pensamento liberal dominante à época - passaram a ser regulados por suas próprias normas e passaram a definir, por si sós, o alcance e o sentido de sua atuação.

Entretanto, foi somente a Constituição de 1988 que passou a qualificar o advogado, em seu art. 133, como indispensável à administração da justiça e a protegê-lo com o manto da inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observação de como se firmaram as bases da advocacia no Brasil é o pontapé inicial para a efetiva análise da formação da atividade advocatícia em solo brasileiro e de como tal constituição influenciou a formação jurídica dos bacharéis que, desde então e até a atualidade, alcançaram o posto de advogados, ou seja, de profissionais aptos a auxiliar as

partes na condução e, de preferência, solução de seu conflito.

O que se tem, ao certo, a partir deste estudo preliminar, é a fixação do entendimento de que o advogado, que surgiu na sociedade como aquele em quem se confia para a solução de um conflito seu, passou a ser tão necessário na mediação das contendas e, portanto, na administração da justiça, que sua atuação evoluiu pra a adequada profissionalização, que restou pormenorizadamente regulamentada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

A clara influência lusitana demonstrada neste estudo preliminar sobre a profissão da advocacia em terras brasileiras – encharcada do pensamento liberal dominante à época – já é capaz de trazer algumas respostas sobre algumas características da cultura jurídica brasileira e, especialmente, da cultura advocatícia brasileira firmada a partir de então, mas o desenvolvimento de tal raciocínio será relegado – por ainda depender de análises mais profundas e que demandam, pois, certo tempo de maturação do pensamento – para estudos futuros.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. *As misérias do processo penal*. Editora Pillares, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa* – 5. ed. - Curitiba: Positivo, 2019. 516MB; ePUB.

FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia saraiva do direito*. V.4 1977.

FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia saraiva do direito*. V.5 1977.

GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de Conflitos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LOBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a decorada do Código de Processo Civil de 1973. *In Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015.

SÊNECA, Lucio Anneo. Sobre a brevidade da vida. Tradução Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas, Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SODRÉ, Ruy A. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 45/2004: ANALYSIS UNDER THE PRISM OF THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS

Luma Vilela Ramos Fonseca¹
Igor Gava Mareto Calil²
Lara Abreu Asséf³

O presente trabalho tem por escopo tecer uma análise acerca dos efeitos surtidos pelo advento de uma regulamentação legislativa específica para disciplinar o processo de incorporação dos Tratados Internacionais, mormente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil. Destarte, põe-se em xeque o *status* normativo que lhes é atribuído após uma burocrática penetração no direito interno positivo, no que tange à hipótese de submissão das normas jurídicas de direito internacional público ao rito tradicional de ratificação parlamentar. À luz do exposto intento, exorta-se, em pormenores, a significância da promulgação da Emenda Constitucional de nº 45/2004 na tentativa de uniformizar os critérios a serem observados no momento da atribuição de primazia hierárquica entre os sistemas jurídicos supracitados. Questiona-se, por fim, a magnitude da contribuição do referido dispositivo na ampliação da proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, tendência contemporânea que indubitavelmente permeia o cenário jurídico mundial.

Palavras-chave: Tratados internacionais; Direito internacional público; Dignidade humana; Emenda constitucional nº 45/2004.

The purpose of this labor is analyzing the effects caused by the elaboration of a specific legislation to discipline the process of incorporation of International Treaties, mainly, the International Human Rights Treaties, into the legal system of the Federative Republic of Brazil. Thus, their constitutional status, given after their bureaucratic penetration in positive internal law, is put at stake, regarding the possibility of public international law being submitted to the traditional procedure of parliamentary ratification. Following the exposed intent, the significance of the promulgation of Constitutional Amendment nº 45/2004 will be exhorted furthermore in an attempt to standardize the criteria to be observed in the attribution of hierarchical primacy among the legal systems mentioned above. Finally, is questioned the magnitude of its contribution in the enhancing of the protection to the fundamental human rights, contemporary tendency that pervades the global scenario, undoubtedly.

Keywords: International treaties; International public law; Human dignity; Constitutional amendment nº 45/2004.

RESUMO

ABSTRACT

¹ Mestranda em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. Coordenação de aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: lumavramos@gmail.com.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estudante. E-mail: igorgcalil@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estudante. E-mail: laraabreuasfef@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A formulação de tratados relativos à proteção internacional dos direitos humanos fez-se imperativa diante da recente e bárbara eclosão de ideologias racistas e segregacionistas vivenciadas em meados do século XX. As correntes modernas totalitárias, a exemplo do Nazismo, constituíram-se de um discurso incompaciente, que suprimiu, por meio de diferentes brutalidades – v.g. o Holocausto – direitos fundamentais de milhares de homens e de mulheres. Nessa perspectiva, deu-se por crucial o estabelecimento de organismos internacionais, com vistas a tutelar a incolumidade da pessoa humana e garantir a amistosidade entre as nações. O principal expoente do movimento foi a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, consolidando um marco perene na história da humanidade.

Ademais, o cenário mundial no pós-guerra exibiu a decadência de significativas potências, o que fragilizou a possibilidade de manutenção do poderio sobre suas respectivas áreas de influência ao redor do globo. A eclosão de movimentos emancipatórios diante dessa fragilização política derivou o surgimento de inúmeras nações independentes e o conseqüente crescimento de uma rede de relações globais. Nessa perspectiva, o direito internacional torna-se protagonista na contemporaneidade, na medida em que se demonstra como pressuposto essencial para a disciplina dessas novas relações e para a garantia do bem-estar entre as nações. Outrossim, destaca-se que tal sistema jurídico adentra nas relações internacionais com vistas a dirimir as tensões decorrentes de tal dicotomia político-ideológica imposta pela Guerra Fria. Dessa forma, diante dessa conjuntura, o movimento de globalização no epílogo do século XX fragiliza a soberania estatal, mas não a cessa, de modo que se perpetua a necessidade do preponderante diálogo entre o direito internacional e o direito pátrio de tais nações.

À luz do exposto, urge uma análise pormenorizada das teorias que se dispuseram a decifrar os hiatos da relação entre direito pátrio e direito internacional. Serão, em primeiro momento, abordadas as correntes ideológicas do Monismo e Dualismo jurídicos, que sustentam, respectivamente, a existência de uma unidade absoluta do sistema jurídico e o reconhecimento de uma dicotomia entre os ordenamentos em questão, autônomos entre si e, portanto, obrigatoriamente consonantes.

Em abordagem sequencial, expor-se-á a vasta divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o status normativo das normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao direito pátrio. Trata-se de uma polêmica que adquire notoriedade diante dos diversos

entendimentos do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, suscitando a busca do presente artigo por uma apreciação crítica perante tal metamorfose consuetudinária, de modo a ressaltar a heterogeneidade de perspectivas no que tange ao nível hierárquico dessas normas: supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade ou caráter ordinário.

Por fim, em face dessa problemática conjuntura, será desenvolvida uma averiguação aprofundada da Emenda Constitucional nº 45/2004, que buscou dirimir as lacunas acerca dessa temática ao estabelecer que:

Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 2004).

Destarte, inquirir-se a magnitude da serventia do referido dispositivo ao zelo da dignidade humana, haja vista tal aparente solução conceitual ter resultado na fragilização da unidade das normas de direitos fundamentais sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, ter oportunizado uma estratificação entre normas de mesma natureza, incumbindo ao poder legislativo o discernimento sobre o *status* que lhes é conferido.

Com vistas à realização de seus propósitos, este artigo utiliza de metodologia qualitativa, partindo de pesquisa de cunho bibliográfico e documental, que provê embasamento teórico e jurídico para a tese defendida, a saber, a adoção de um sistema discricionário no que tange à validação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio brasileiro.

2 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Em primeiro plano, preliminarmente ao estudo detalhado da burocracia de incorporação dos tratados, faz-se necessário conceituar as duas vertentes ideológicas que se propõem a decifrar os hiatos da relação entre direito pátrio e direito internacional.

A primeira corrente, denominada Monismo Jurídico, reconhece a existência de um único ordenamento jurídico, de modo que o direito nacional e o internacional estariam sob um mesmo prisma. Em pormenores:

Criado por Hans Kelsen no ano de 1926 em oposição à existência de duas ordens jurídicas, sustenta a existência de apenas uma delas, que não se distingue em interna ou externa. Até porque a necessidade de regulamentação seria a mesma nas duas esferas. (PEREIRA, 2006, p. 48)

Vale, ainda, pontuar que a ideologia monista pode subcategorizar-se, à medida que atribui primazia a um dos sistemas em detrimento do outro. Nesse sentido, o monismo com primado do direito interno, também conhecido como “monismo tradicional”, teve seu florescimento na figura de Georg Jellinek, sob influência do hegelianismo. Defende-se a soberania irrestrita dos Estados Nacionais, cujos ordenamentos seriam invariavelmente proeminentes ao direito internacional, sendo esse último nada mais do que um direito interno aplicado pelas nações para disciplinar o âmbito das relações internacionais. É, pois, anulada sua existência (TREVISAN, 2016).

Nas palavras de Rezek (2008, p. 78), faz-se “inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à revelia”, novamente exortando a submissão do que lhe é estrangeiro perante à Administração pátria.

Já a vertente do monismo com primazia do direito internacional, foi desenvolvida inicialmente pela Escola de Viena e parte da formulação original de Hans Kelsen. No vértice da pirâmide hierárquica proposta pelo doutrinador na Teoria Pura do Direito, estaria a *Grundnorm*, ou norma hipotético-fundamental. Seria ela a fonte única de fundamento e derivação, a partir da qual se subseguiriam as normas inferiores (KELSEN, 2009). Era, pois, de notável constatação a inviabilidade da existência de conflito, material ou formal, entre normas de ordenamento interno e internacional.

Todavia, a teoria monista radical kelseniana sofre uma importante atualização, fazendo com que já não seja descartada a possibilidade de antinomias entre os sistemas normativos. Conforme muito bem colocado pelo jurista Mello (2000, p. 112):

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI [direito internacional].

Sob o prisma do monismo moderado, então, deve-se relativizar a soberania dos Estados em prol do império das normas internacionais. É, ademais, passível de “processo” de responsabilidade internacional a nação que venha a descumprir cláusula convencional, independentemente da promulgação de lei interna superveniente que a modifique, conforme o artigo 27 da Convenção de Viena⁴ (GNOATO, 2013).

Por fim, traz-se à luz da discussão uma doutrina diametralmente oposta às anteriores, que tem suas bases fincadas em 1889 pelo jurista germânico Triepel. Seu ponto de partida é a tese de absoluta independência e autonomia entre a normatividade interna e externa

⁴ “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” é o que dispõe o citado artigo da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

(BEDIN; SCWEDE, 2017). A teoria, que fora denominada dualista, portanto, pauta-se no ideal de que os tratados internacionais, sendo firmados por força da vontade comum dos Estados, debruçar-se-iam sobre objetos e relações jurídicas alheios ao ordenamento pátrio, inviabilizando uma aplicação interna sem uma devida recepção (SILVA, 2017).

Destarte, reitera-se a eminência do procedimento, ainda que deveras burocrático, de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno positivo do país. Tal relevância emana do caráter aberto e, conseqüentemente, passível de incompatibilidades do sistema jurídico brasileiro. Nesse entendimento, a ocorrência de antinomias é dirimida pela observância rígida do rito de anexação, de modo a garantir um diálogo harmônico e consonante entre ambas as fontes de direito.

Ademais, é apenas assegurada a plena eficácia da norma internacional uma vez submetida ao processo de validação supracitado, adentrando de fato o direito pátrio. Nas palavras de Flávia Piovesan (2011, p.103):

A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.

Nesse entendimento, resta nítido que a obrigatoriedade dos tratados internacionais se impõe aos sujeitos de direito internacional exclusivamente mediante a ratificação de seu corpo normativo pelos órgãos estatais pátrios. Somente assim, caso imbuídos de boa-fé, poderão ser dignos da máxima *pacta sunt servanda*, brocardo latim que significa “o pacto deve ser cumprido”⁵ (MORE, 1998).

Vale ressaltar que, em caso de tratados internacionais que venham a versar sobre os direitos humanos, o referido procedimento de incorporação, é responsável por conferir às normas o atributo da validade em seu âmbito exclusivamente formal, haja vista que a redação do § 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 confere espontaneamente a validade material de tais regulamentações legislativas, *in verbis*, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (ARRUDA, 2014)

⁵ O reconhecimento da aplicação da regra tradicionalíssima do *pacta sunt servanda* é reiterado no preâmbulo da aludida Convenção de 1929, sob as amarras dos princípios de boa-fé e livre consentimento. Não obstante, o brocardo latim é também título do artigo 26 do mesmo documento, que retoma a importância dos princípios elencados ao regulamentar a obrigatoriedade das partes em cumprir, com boa-fé, todo tratado em vigor.

O entendimento sinóptico que se extrai da totalidade do disposto acima é a adoção da vertente dualista moderada⁶ pela nação brasileira, haja vista o reconhecimento da imprescindibilidade de um rito formal de penetração das normas de *jus cogens*⁷ para que gozem de sua imperatividade em grau máximo, fato que reforça um ideal de distinção e autonomia entre os ordenamentos, muito embora não se descarte a possibilidade de diálogo e interpenetração de suas normatividades (MEDEIROS, 2015).

Em síntese, o dualismo mitigado se manifesta na juridicidade brasileira pela estrita necessidade de incorporação formal das normas internacionais para que criem direitos e deveres aos sujeitos particulares, “ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus cocontratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio” (ACCIOLY, 2012, p. 239)

Observa-se, pois, que os tratados internacionais, independentemente de sua natureza, devem ser formalmente validados para que adquiram plena força vinculante no ordenamento interno brasileiro, sob o regime de competências prescrito no Título IV da Lei Maior de 88, seguindo as etapas que serão a seguir discriminadas.

2.1 CELEBRAÇÃO

A priori, faz-se relevante destacar que a celebração dos tratados internacionais de direitos humanos pode advir de duas hipóteses. A primeira refere-se a um acordo firmado entre dois ou mais Chefes de Estado, enquanto a segunda trata das resoluções provenientes dos órgãos e entidades internacionais de proteção aos direitos fundamentais.

Nos termos do inciso VIII do artigo 84 da CRFB, compete exclusivamente ao Presidente da República celebrar convenções, tratados e atos internacionais, sendo posteriormente submetidos à avaliação parlamentar. Ademais, conforme parágrafo único do artigo supracitado, há a possibilidade de delegação: o “Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV (...)”, dessa forma a competência continua exclusiva do presidente ainda que possível a delegação.

⁶ Sobre a subcategorização da teoria dualista, em radical e moderada, ver Costa e Melo, *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, 2016, p. 1180.

⁷ Direito cogente e inderrogável, nas palavras de Piovesan (2011).

2.2 APROVAÇÃO

Tendo o Brasil adotado a teoria dualista moderada, faz-se necessária a aprovação dos Tratados Internacionais pelo Congresso e a promulgação do Presidente. Assim, após o processo de celebração, processa-se a aprovação, um ato interno que recorre às negociações preliminares, envolvendo a arquitetura do tratado bem como sua averiguação. Dessa forma, explicitou Roberto Luiz Silva (2002, p. 58):

No caso de tratado multilateral, ocorre nos congressos e conferências internacionais, onde é discutido o objeto do acordo internacional. Esta fase se encerra com a elaboração do texto final do tratado, que deverá ser aprovado, segundo o artigo 9º da Convenção de Viena, por no mínimo 2/3 dos presentes, nos casos das conferências internacionais.

No caso do Brasil, antes que ocorra a assinatura no tratado, o texto é submetido à avaliação da Consultoria Jurídica do Itamaraty (CJI), a qual averigua o aspecto jurídico, e a Divisão de Atos Internacionais (DAI), que analisa o aspecto processual. Além disso, o tratado deverá passar pelo crivo da constitucionalidade para então estar apto a receber o aval das partes, pelo ato da assinatura (CIELO, 2013).

No entendimento de Valerio de Oliveira Mazzuoli, dessa forma, a assinatura é um passo importante da celebração do tratado revelando o consentimento das partes em aderir o acordado e, ainda que fiquem proibidas quaisquer alterações no texto do acordo, há a possibilidade de serem apresentadas objeções ao texto do instrumento caso necessário. Desse modo, as partes ao assinarem apenas demonstram aceitar a forma e o conteúdo do que foi negociado.

A próxima fase se constitui pelo processo de avaliação do parlamento que, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil em seu inciso I, do artigo 49: “(...) é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...)”. Em caso de aprovação, esse concretiza seu ato por meio da expedição de um decreto legislativo, seguindo para o processo de ratificação de responsabilidade presidencial (CIELO, 2013).

2.3 RATIFICAÇÃO

Após a fase de aprovação do Congresso, o tratado segue para um processo de caráter internacional, a ratificação. Somente poderá realizá-lo o Presidente da República, com fins de expressar definitivamente a sua vontade em se responsabilizar com os termos do

instrumento perante a comunidade internacional. Nada obstante, a possibilidade de o Estado vir, no futuro, a denunciá-lo (HUSEK, 2003). Outrossim, a partir dessa etapa, o acordo internacional condiciona a exigibilidade de outras nações e admite vigência internacional, desde que satisfeitos todos os requisitos (MELLO, 2017) .

2.4 PROMULGAÇÃO

Depois de ser ratificado, o tratado, mediante decreto, será promulgado e publicado oficialmente. Com a promulgação, tal ato normativo passará a ser aplicado a todos de maneira obrigatória, ainda que subsista vasta divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do status hierárquico dessa norma (ARRUDA, 2014).

Faz-se oportuno, ao trazer a etapa final do procedimento à luz da discussão, reproduzir as sábias palavras de Mazzuoli (2006, p. 63):

A promulgação tem por finalidade, pois, atestar que o ato internacional já existe e que foram cumpridas todas as formalidades internas para sua celebração. Indica, ademais, que o compromisso internacionalmente firmado já é juridicamente exigível, obrigando a todos sua observância. Mas, para que a norma jurídica se considere efetivamente promulgada, é indispensável sua publicação, dando conhecimento à população de sua existência.

Ademais, o Direito Internacional tem ocupado importante papel no cenário geopolítico mundial e, da mesma forma, na esfera política brasileira. À vista disso, tais procedimentos tornam-se essenciais no processo de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos de maneira a consolidar e reconhecer seu conteúdo e sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico nacional.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

A temática da incorporação de Tratados Internacionais, mormente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao sistema jurídico brasileiro suscitou o debate sobre o *status* hierárquico dessas normas no ordenamento pátrio, de modo a florescer um caloroso debate calcado na vasta divergência doutrinária e jurisprudencial. Dessa forma, a diversidade de entendimentos advindos do Supremo Tribunal Federal corporifica e exemplifica a polêmica e as latentes discordâncias no que tange a essa matéria. Sob essa ótica, há de se analisar a heterogeneidade evolutiva de posicionamentos da Corte Suprema acerca do caráter formal e material dessas normas, de modo que se enxergam, nas palavras de Frederico Koehler:

Quatro possíveis níveis hierárquicos que se pode atribuir aos tratados e convenções internacionais: 1) hierarquia supraconstitucional; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) paridade hierárquica entre tratado e lei federal. (KOEHLER, 2007, p. 1557).

A *a priori*, ressalta-se que a perspectiva supraconstitucional mencionada acima, responsável por atribuir superioridade às normas em tela frente à Constituição da República, apesar de dissertada por famigerados hermeneutas, como Agustín Gordillo em sua obra *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, não foi uma concepção latente nas deliberações do Supremo Tribunal Federal, de modo a não se fazer necessária e oportuna sua apreciação pormenorizada no trabalho em questão.

Na República Velha, durante o governo de Getúlio Vargas, constata-se o inicial entendimento kelseniano⁸ do Supremo Tribunal Federal, embasado na Lei de nº. 2.416, de 28 de junho de 1911, sobre a preponderância no sistema jurídico brasileiro da vertente do monismo com primazia do direito internacional, de modo a reconhecer a prevalência de normas internacionais frente as demais vigentes no ordenamento pátrio (SANTOS, 2013). Dessa forma, diversos julgados da Corte Suprema, como o pedido de extradição nº 07/1913 e as Apelações Cíveis de nº 7.872/RS e 9.587/DF, consolidaram tal predomínio de dispositivos internacionais diante de casos de antinomias.

Outrossim, ressalta-se que esse entendimento, o qual até 1945 apresentava-se como unânime no STF, tem sua fragilização no ano de 1977, perante o emblemático julgamento do Recurso Extraordinário de nº 80.004 (MAZZUOLI, 2001). Essa inovadora resolução passa a representar, portanto, uma revolução no que tange a perspectiva analítica da incorporação das normas em tela ao ordenamento pátrio, de modo a deliberar sobre o caráter ordinário desses dispositivos internacionais quando incorporados ao âmbito nacional. Nas palavras de Fábio Andrade Medeiros:

Nesse julgado, que tratava da Convenção de Genebra (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), ficou decidido que os conflitos entre uma disposição normativa de direito interno e uma decorrente do direito internacional seriam resolvidos pela regra geral

⁸ Em análise sistemática do entendimento internacionalista do STF, o autor Jacob Dolinger expõe: “Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente [*sic*], sua negação. De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista.” (*A Nova Constituição e Direito Nacional*, 1987, p. 13)

destinada a solver antinomias normativas de mesma hierarquia. (MEDEIROS, 2015, p. 292).

Nessa perspectiva paritária, reconheceu-se a equânime hierarquia normativa entre dispositivos pátrios ordinários e convenções internacionais, de modo a tornar-se latente o critério cronológico, *lex posterior derogat priori*, como fator primordialmente decisivo quando há antinomias entre essas. Com efeito, ressalta Medeiros (2015, p. 292) que “após 1977 e antes da EC nº 45 [Emenda Constitucional n.º 45/2004], a posição é de que todos os tratados - de direitos humanos ou não - fossem recebidos como lei ordinária”.

Posteriormente, verifica-se que essa nova interpretação se faz reiterada na Cúpula Maior diante do hodierno julgamento do HC 72.131-RJ, de alta repercussão, relativo a suposta possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel. Nesse caso, deliberou-se a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário infiel, de modo a reconhecer a constitucionalidade da prisão civil por dívida em questão. Com efeito, ressalta-se a divergência dessa decisão para com o art. 7º, VII do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é parte. Diante dessa aparente contradição, convém a exposição de um trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello na ocasião do julgamento supracitado:

A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). *Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição*, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (STF, 1995). (grifo nosso)

Entretanto, em maio de 2000, no julgamento do RHC de nº. 79.785-RJ “que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos” (PIOVESAN, 2011, p.126), o Ministro do STF Sepúlveda Pertence adotou em seu voto o entendimento do caráter infraconstitucional, porém supralegal, dos dispositivos internacionais de direitos humanos. Essa perspectiva foi minoritária, de modo que se preponderou a ótica vigente de paridade ordinária. Porém, há de se destacar, com ênfase, a representatividade desse entendimento para com o início do processo de diferenciação e de estabelecimento de natureza especial desses dispositivos frente aos demais. Sob essa ótica, o magistrado proferiu em um trecho de seu discurso, o seguinte:

Creio na outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes (STF, 2000).

Nessa conjuntura dialética, com vistas a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º, o qual confere natureza materialmente constitucional a essas convenções (LAFER, 2005), promulgou-se a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, a qual, em seu § 3º, art. 5º, estabelece que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição (BRASIL, 2004).

Dessa forma, esse último entendimento do ordenamento jurídico brasileiro coaduna à compreensão de que todas as normas internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, porém, apenas aquelas incorporadas após a EC nº 45/2004 e que seguirem o quórum, disfrutem da extensão desse status para o âmbito formal (PIOVESAN, 2009, p.71-78).

Contudo, por fim, prevalece atualmente o entendimento do Ministro Gilmar Mendes acerca dessa temática, de modo que, *vide* o RE nº 466.343.1/SP, passou-se a reconhecer o caráter supralegal dos dispositivos internacionais despidos de quórum e/ou aprovação de acordo com positivado na EC nº 45/2004. Assim, reiterando a questão da impossibilidade de prisão do depositário infiel, proferiu o Ministro Gilmar Mendes em um trecho de seu voto:

Não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o *caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna*. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação (STF, 2009). (grifo nosso)

Com efeito, é preciso destacar que, apesar da prevalência atual do entendimento do Ministro Gilmar Mendes sobre a temática em análise, é latente a permanente divergência no seio da Suprema Corte. Sob essa ótica, alude-se, como fator exemplificativo, o voto do Ministro Celso de Mello nesse mesmo julgamento supracitado, o qual considerou que “os tratados de direitos humanos, em si mesmos considerados, possuiriam força de norma constitucional, diante da previsão do art. 5º, §1º e 2º da Constituição Federal, (...) de modo

a consolidar a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos” (FEILKE, 2013, p.6).

Nesse diapasão, há de se considerar notória a evolução das posições do Supremo Tribunal Federal acerca da incorporação desses dispositivos legais internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo a ser incontestável sua contribuição, a partir do reconhecimento do caráter especial das normas em tela, para a temática dos direitos humanos no Brasil. Essa confluência de fatores, todavia, coaduna à necessidade de que se analise crítica e metodicamente as benesses e supostas incoerências que floresceram no ordenamento jurídico pátrio como frutos da EC nº 45/2004, o que virá a ser dissertado no tópico a seguir.

4 DISCUSSÃO: A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Vieram as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 30 de dezembro de 2004, a promulgar a Emenda Constitucional (EC) de número 45, fazendo vigorar com redação alternativa os artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, bem como lhe acrescentando os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A.

Para os fins do proposto artigo, cabe uma análise fragmentada do dispositivo de reforma, trazendo ao lume o novo corpo textual do artigo 5º, que, ao ser-lhe inserido o parágrafo 3º, disciplina a atribuição de caráter constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que obtenham aprovação parlamentar, em dois turnos – passando por ambas as casas do Congresso Nacional –, com *quorum* de três quintos dos votos.

Visou-se, com tal edição legislativa, assegurar em máxima magnitude os direitos fundamentais da pessoa humana, partindo da atribuição do *status* hierárquico mais elevado aos tratados internacionais de direitos humanos como meio para atingir a plena salvaguarda dos aspectos personalíssimos dos homens.

Não é diferente o olhar de Juan Antonio Travieso (1990), que defende invariavelmente o que advém da assinatura dos tratados modernos sobre direitos humanos. Estes, ao invés do tradicional caráter multilateral de tratados confeccionados em função do benefício mútuo dos Estados contratantes, gozariam de natureza *sui generis*, tendo por objeto e fim último a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, a despeito de sua

nacionalidade. Ao aprová-los, os Estados se submetem a uma ordem legal e assumem obrigações frente aos cidadãos que se encontram abaixo de sua jurisdição.

Sob essa ótica, o parágrafo aludido acima introduziu a possibilidade formal e material da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir de sua incorporação como emenda constitucional, quando, *e somente quando*, houver aprovação em dois turnos, por maioria qualificada dos membros.

Com efeito, adverte-se a incoerência que se perfaz no ordenamento jurídico, no que tange aos tratados incorporados a tempo anterior ao advento da EC nº 45/2004:

Há o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo. (PIOVESAN, 2011, p. 19)

Nesse prisma, é imperioso ressaltar que seria alheio à razoabilidade que os tratados de direitos humanos já ratificados mantivessem o caráter de lei federal, enquanto aos demais, cuja data de penetração seja posterior a 2004, fosse atribuído status constitucional, exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação. Seria, desse modo, desrespeitada a teoria geral da recepção, configurando um quadro de “agudo anacronismo” da normatividade jurídica do Brasil (PIOVESAN, 2011).

Ainda na mesma perspectiva, nota-se que a suposta uniformidade propiciada por essa Emenda se mostra de cunho ilusório, na medida em que suscitou não uma homogeneização doutrinária, mas o *florescimento do debate* acerca da diferença hierárquica entre normas de mesma natureza. Diferença essa vedada pelos princípios de horizontalidade e igualdade jurídica dos Estados – os sujeitos de direito internacional – restando, assim, nítida a percepção da lesão que se lhe configura.

Por outro lado, o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello⁹, defendeu que a suposta incongruência possa ser desmantelada por uma hermenêutica fundada em premissas axiológicas, realçando o valor ético-jurídico da primazia dos direitos humanos e assim, possibilitando uma atualização jurisprudencial da Suprema Corte em favor do caráter constitucional subordinante dos tratados internacionais de direitos humanos.

Muito embora o partidarismo de juristas, dentre os quais o Min. Celso de Mello, a favor de um avanço esplendoroso trazido pela Emenda nº 45/2004, evidente é que tal legislação

⁹ No julgamento do HC nº 87.585/TO, em 2008, sob liderança teórica do referido ministro, o Pretório Excelso exortou seu entendimento favorável à adaptação da Lei Maior da República em face do novo contexto de internacionalização dos direitos humanos, devendo-se atribuir aos tratados internacionais de direitos fundamentais caráter constitucional, independentemente de serem ou não aprovados pelo rito prescrito no o artigo 5º, § 3º.

não se encontra imune à pecha de retrocesso. Torna-se indubitável que, ao invés de complementar a normatividade dos parágrafos que lhe são anteriores, o § 3º veio a “ceifar sua eficácia”, impondo uma natureza deveras formalista ao procedimento de incorporação dos tratados, tornando, pois, menos efetivos os dispositivos de salvaguarda da dignidade humana (SANTOS, 2013).

Corrobora-se, dessa forma, a Teoria dos direitos fundamentais de Mello (*apud* PIOVESAN, 2011), no ideal de que o primado do aspecto material de um bem jurídico a ser tutelado – a saber os direitos e a dignidade da pessoa humana – deve ser condicionante de sua forma no plano jurídico normativo. Em palavras outras, ao prezar-se pela lógica de que a hierarquia de valores deva ditar a hierarquia de normas, descredita-se o intento da Emenda em incumbir à arbitrária vontade dos parlamentares o posicionamento, na normatividade do ordenamento pátrio, dos tratados internalizados.

Como salienta Carlos Frederico Santos (2013), pode se concluir de uma abordagem analítica do referido parágrafo 3º que sua natureza é de norma permissiva facultativa, a partir do momento em que permite, ao gosto da discricionariedade do poder legislativo, a não adoção do quórum de votação qualificado pertinente, quando da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Faculta-se, assim, aos membros das Casas do Congresso a atribuição de estatura formalmente constitucional à norma de *jus cogens* a ser internalizada no ordenamento jurídico pátrio.

Em abordagem última, ressalta-se a severa crítica que tece Canotilho (*apud* GNOATO, 2013) à Emenda Constitucional em xeque, “mal redigida e mal formulada”, haja vista que configura uma incontestável involução na abertura constitucional às garantias de direitos consagrada pela redação original de 1988. No tangente aos tratados aprovados anteriormente a 2004:

Cria um *imbróglio* tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano. [...] Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. (CANOTILHO, 2007, p. 209).

Portanto, o que não se enxerga pelos “triumfalistas” da EC, é o vínculo *ipso iure* que advém da celebração do tratado, não obstante os “malabarismos pseudo-jurídicos” – isto é, a facultativa aprovação parlamentar por quórum qualificado – para oferecer ao Estado subterfúgio que o exima de sua responsabilidade internacional.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo, em síntese, debruçou-se em vasto arcabouço documental e doutrinário para denunciar as falhas e contradições enredadas na promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, no inicial escopo de suprir as lacunas interpretativas do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Subseguiu-se à análise da heterogeneidade evolutiva de posicionamentos da Corte Suprema – STF – acerca do caráter formal e material das normas provenientes de tratados internacionais a constatação de que o advento da referida EC não foi capaz de cumprir seus propósitos a contento.

Restou indubitável que o novo parágrafo 3º do mesmo artigo deixou-se permear por um invólucro vazio de juridicidade, na medida em que uma concepção exacerbadamente formalista e artificial do procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos fez sucumbir à égide da discricionariedade dos membros das Casas do Congresso Nacional o intento-mor de todo o Direito, quer interno, quer internacional: a salvaguarda em última instância da dignidade da pessoa humana, bem como todos os seus aspectos mais fundamentais.

Desse modo, faz-se urgir uma alternativa à indeterminabilidade suscitada pela promulgação do referido documento quanto ao *status* hierárquico da normatividade de *jus cogens* que adentra o ordenamento pátrio. Requer-se, pois, uma atualização hermenêutica da jurisprudência do Pretório Excelso, no intuito de uniformizar e consolidar os critérios de atribuição de constitucionalidade às normas de proteção internacional aos direitos humanos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARRUDA, Wesley Rodrigues. Tratados internacionais: processo de incorporação ao ordenamento jurídico interno. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51529&seo=1>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BEDIN, Gilmar Antônio; SCHWEDE, Matheus Antes. O conflito entre normas externas e internas e a incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. In: XXV Seminário de Iniciação Científica, 2017, Salão do Conhecimento. UNIJUÍ, 2017.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; DOTTO, Adriano Cielo. Tratados internacionais: processo de formação e relação com o direito interno. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24732>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados – VIENA Convention on the Law of Treaties. Viena, 23 mai.1969.

COSTA, Ismael Saraiva da; MELO, Ana Cecília Pereira. Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. *In: Seminário de Iniciação Científica, 2016, Anais do ICESP. Brasília, 2016.*

DOLINGER, Jacob. *A Nova Constituição e Direito Internacional – Propostas e Sugestões*. RIO DE JANEIRO: FREITAS BASTOS, 1987.

FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. A Posição dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: DIREITO E HUMANIDADES: revista eletrônica. São Caetano do Sul, SP: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, n. 25, 2013.*

GORDILLO, Agustín A. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2ed., 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. *Jus Navigandi (Teresina)*, v. a. 11, 2007.

LAFER, C. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1. Ed. Barueri-SP: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MEDEIROS, F. A. *Monismo e dualismo no direito internacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional. Direito internacional dos direitos humanos III*. 1ed., 2015.

MELLO, Bernardo de. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro: recepção e hierarquia normativa*. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/tratados-internacionais-direitos-humanos-recepcao-hierarquia/>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. 1 – 12ª ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORE, Rodrigo Fernandes. Fontes do Direito Internacional. Jus Navigandi (Teresina), 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de direitos humanos: jurisprudência do STF. In: Sidney guerra e Lilian Balmant Emerique (org.). (Org.). Perspectivas Constitucionais Contemporâneas. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2011.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: Curso Elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Carlos Frederico. Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 41, 2013.

SILVA, Maria Clara Marussi. As teorias do monismo e dualismo jurídico e a opção brasileira para a internalização das normas de tratados de direitos humanos no brasil. In: Anais do Encontro Internacional de Produção Científica, 2017. Campinas, GALOÁ, 2018. Disponível em: <<https://proceedings.science/epcc/papers/as-teorias-do-monismo-e-dualismo-juridico-e-a-opcao-brasileira-para-a-internalizacao-das-normas-de-tratados-de-direitos->>. Acesso em: 27 jun. 2019.

SILVA, Roberto Luiz. Direito internacional público. 2.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº. 72.131-1/RJ, de 23 nov. 1995. Relator: min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: min. Moreira Alves. Diário da Justiça, DF. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/170_3.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em habeas corpus no 79785 ED de Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, DF, 10 abr. 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça, DF, de 25 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/HC87585_VISTA.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019

TAVARES, Aderruan. A promulgação dos tratados de direitos humanos após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19,

n. 3911, 17 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26958>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos humanos y derecho internacional. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

TREVISAN, Rosaldo. A Internacionalizacao da Disciplina do Imposto de Importação: Contornos para uma Regulação Internacional da Incidência. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

MORGADO DE MATEUS E LOBO DE SALDANHA: AS CORRUPÇÕES EM TRAMAS ADMINISTRATIVAS

MORGADO DE MATEUS AND LOBO DE SALDANHA: CORRUPTIONS IN ADMINISTRATIVE PLOTS

Marina Passos Tufolo¹

A temática da corrupção no Brasil tem sido assunto bem debatido na historiografia dos últimos anos. Questões que abarcam os atos que podem ser enquadrados dentro do termo e as formas de denúncias vêm mostrando outra dimensão dos estudos sobre a colônia portuguesa. Se por um lado a concepção de corrupção estaria alinhada à figura do *Judex Perfectus*, por outro implicou em uma nova abordagem e compreensão das formas de fiscalização dos agentes. É nessa perspectiva que este trabalho se enquadra: analisando a documentação do Conselho Ultramarino (Avulsos) referente à Capitania de São Paulo e produzida na governação do Morgado de Mateus e Lobo de Saldanha, pretendemos discutir as ações de juízes e ouvidores que poderiam ser enquadrados sob a óptica da corrupção, e debater formas *ex officio* de denúncia. Assim, problematizaremos os mecanismos burocráticos existentes e repensaremos, sob a concepção de querela, formas alternativas de denúncia e regulação dos comportamentos dos agentes régios.

Palavras-chave: Magistrado; Querela; Corrupção; Morgado de Mateus; Lobo de Saldanha.

The subject of corruption in Brazil has been debated in the historiography of recent years. Issues that include the acts that can be framed within the term and the forms of complaints have been showing another dimension of studies on the Portuguese colony. If, in part, the concept of corruption would be aligned with the figure of *Judex Perfectus*, on the other view it implied a new approach and understanding of the agents' inspection forms. It is in this perspective that this work will be developed: analyzing the documentation of the Overseas Council (Avulsos), respectively referring to the Captaincy of São Paulo in the governments of Morgado de Mateus and Lobo de Saldanha, we intend to discuss the actions of judges and words that could be framed under the idea of corruption, and to discuss other forms of complain. Thus, we will problematize the existence of bureaucratic mechanisms and rethink, under the concept of 'querela', alternative ways to denouncing and regulating the behavior of royal agents.

Keywords: Magistrate; Quarrel; Corruption; Morgado de Mateus; Lobo de Saldanha.

RESUMO

ABSTRACT

¹ Mestranda em História pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Professora. E-mail: matufolo@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O tema da corrupção vem sendo cada vez mais estudado colocando sob os holofotes a ação de juízes e magistrados em diversos contextos e tempos. Como é sabido, são inúmeras as citações que expõem roubos e práticas ilícitas de agentes que, devendo zelar pelo bem público, acabam cometendo infrações e sendo denunciados. Via de regra, as queixas girariam em torno de crimes que, tanto iam contra o ideal de como o magistrado deveria agir, como contra o bem social comum. Estes crimes foram compreendidos pela historiografia como corrupção.

Dentro desta ceara, este artigo tem como objetivo pensar a concepção de corrupção nas queixas contra os magistrados no governo do Morgado de Mateus e Lobo de Saldanha na São Paulo colonial, problematizando os caminhos adotados para as denúncias e a forma como a historiografia leu os mecanismos de controle desses mesmos agentes.

Para isso, discutiremos brevemente o que se entende por corrupção e os termos adotados para expô-la, assim como as formas de fiscalização dos agentes existentes. Após esta análise, pretendemos discutir, partindo da ideia de ‘querela’, as formas alternativas que as denúncias e queixas encontravam para chegar às mãos régias.. Desse ponto, passaremos para uma apresentação de estudo de caso que ilustre a importância dos órgãos administrativos e os conflitos existentes para este fim. Aqui, não buscamos expor uma análise aprofundada do caso *per si* por se tratar do início de um projeto de mestrado, mas sim demonstrar a forma como a historiografia vem tratando o objeto e o potencial analítico proposto para a compreensão do tema.

2 DOS TERMOS AO CONCEITO

As proposições sobre a corrupção foram muito estudadas durante a história, estando em evidência nos últimos anos. Estando vinculada a seu contexto, a matéria foi analisada quanto aos termos empregados para caracterizá-la e quanto as ações atribuídas a tal categoria. Como Aponta Pilar Ponce Leiva,

Si el contexto es en gran medida el elemento determinante para la comprensión del fenómeno de la corrupción, resulta imprescindible también prestar atención al ámbito en el que se desarrolla el análisis, porque será en función del ámbito escogido que el concepto adquiera unos significados u otros. Mientras los estudios de carácter eminentemente político asocian la corrupción al nepotismo, al soborno, al abuso de poder -incluso a la tiranía-, en los análisis de carácter económico se vincula al fraude, a la estafa, al desfalco o -erróneamente- a la venalidad; mientras en el campo jurídico el fenómeno se asocia a la

prevaricación o al cohecho, desde el punto de vista moral la corrupción que minaba los valores sociales se percibía en la Edad Moderna a través del engaño, la simulación, la ambición desmedida –que desemboca en la avaricia–, la vanidad, la deshonestidad, la deslealtad, la adulación, la ociosidad, la afectación. (PONCE, 2018, p. 64)

Ainda que se possa afirmar que todas as definições girariam em torno da égide “prejuízo ao bem comum”, a análise do termo estaria vinculada num primeiro momento a um contexto médico, sendo atribuída até o fim do século XVII na descrição de doenças, na qual o corpo estaria sendo degradado. Como apontou Adriana Romeiro, essa ideia de decomposição logo se estenderia a tratados morais quanto ao comportamento dos agentes régios e juristas, a qual se encaixaria perfeitamente ao analisar a sociedade como metáfora do corpo régio. Segundo a autora,

O emprego do conceito de corrupção na tradição política europeia, sobretudo a partir do século XIII, é inseparável do paradigma organicista, isto é, da metáfora do corpo político -entendido como governo politicamente organizado, expresso por termos como República, cidade e reino- como corpo humano. Remontando aos escritos de Platão sobre a pólis, esse paradigma baseava-se na existência de uma série de similitudes entre ambos os corpos, que iam desde as estruturas, o funcionamento até o ciclo de nascimento, crescimento e morte. Tal concepção assentava-se, por sua vez, na ideia do corpo humano como microcosmo concebido à semelhança do macrocosmo, com o qual mantém relações de correspondência (ROMEIRO, 2017, p. 68)

Essa concepção corporativista viria da época medieval e seria uma das bases do Antigo Regime, permeando várias das tratadísticas de então: as doenças seriam causadas por desequilíbrios, os quais teriam origem ou por questões energéticas internas, ou por abusos externos. Se o corpo humano poderia adoecer por abusos e excessos, a república também o poderia. É dessa perspectiva que a ideia de equilíbrio ficaria tão evidente, assim como a de punição. Ao cometer abusos e permitir o desequilíbrio, o corpo – e a república, - sofreria as mazelas vindas de Deus (providencialismo) (ROMEIRO, 2017).

Neste discurso, a percepção de equilíbrio e equidade estaria em constante evidência, pautando então o que seria esperado de um magistrado, ou seja, o Ethos Jurídico. Se, por um lado, tal discurso formaria a imagem de um juiz perfeito, por outro correlacionaria o conceito de corrupção: corrupto seria todo aquele que agisse contra a imagem de juiz perfeito (HESPANHA, 2018). Como discute Carlos Garriga,

Concebido como ministro de Dios, toda la construcción jurídica de la figura del magistrado estaba inspirada en la idea de que el desempeño del oficio exigía condiciones o calidades y virtudes que se hacían derivar en último término del “temor de dios” [...]. Sobre este zócalo levantó la cultura del ius commune un arquetipo, el iudex perfectuz, que

por ser fiel trasunto de la antropología católica cubró todo el tiempo largo que solemos llamar antiguo régimen [...] (GARRIGA, 2017, p. 3)

Assim, ao falarmos do tema, o ícone de um jurista limpo de mãos e imparcial, que estaria acima da sociedade representando tal moderação deve ser salientado. Como aponta o mesmo autor, falar de corrupção significa falar de subversão de uma situação primeira correta, ou seja, subversão da figura desejada de juiz, podendo esta ser física ou moral (GARRIGA, 2017).

Se, o conceito de corrupção estava implicado ao ethos jurídico, o que tornava as definições um tanto vagas, os termos utilizados acabavam transpassando esta imprecisão: nos escritos do século XVI, os atos estariam vinculados a ação de receber dinheiro para julgar, denominado então de ‘pecúnia’ (GARRIGA, 2017). Em cima deste ato os termos “barattare” (“barataria”), exporiam o intercambio da justiça por recompensa.

Passando da Idade Média para a Moderna, encontrando respaldo no direito comum, esta ação passou a ser relacionada com o mau julgamento, em que o jurista não cumpre seu papel corretamente, com ou sem intenção. Com novos tratados, os termos passam a abarcar cada vez mais atos

Ordenando la matéria criminal, de manera novedosa, en atención al bien lesionado (“divisio ab obiecto sive causa material”), Desiano podía sistematizar los Desarrollos jurisprudenciales precedentes para ofrecer una visión ordenada y coherente, que resaltaba especialmente “il voto politico repressivo della giustizia penale”, esto es, la escala de valores y la jerarquía de los intereses que, sirviendo de fundamento a la Republica, sostenían el orden y la pax civitatum. Clasificados los delitos en cuatro categorias, según que atentasen cntra Dios, contra el Príncipe o la República, contra el prójimo o contra si mismo (GARRIGA, 2017, p. 14 e 15).

Chegando ao século XVIII, a concepção de corrupção foi relacionada com o ato de “extorsão feito por empregado público” (FREIRE, 1823, p. 211), definição realizada por Pascoal José de Melo, e adotada em 1880 por João de Deus e Antônio José de Carvalho.

Chegando ao século XIX, um novo tratado relacionaria o termo corrupção com a ação de

[aquele] que abusando da sua jurisdição compra alguma cousa a litigante, que perante elle requer, tendo officio de julgar. [Assim como] Os julgadores temporaes, que casarem com mulheres da sua jurisdição, durante o tempo das suas judicaturas, sem licença régia [...]; Privação do officio. Perdimento dos bens para a Coroa. (SOUSA, 1830, p.105)

Daí que o termo ganharia cada vez mais generalidade:

acto de corromper ou corromper-se; alteração para peor; depravação, infecção: soborno. [...] [O mesmo que consussão] que he o crime de que se fazem culpados todos aquellos que estão revestidos de alguma autoridade quando succumbem à sedução. He tambem o crime

daquelles que procurão corrompe-los. [...] Corrupto se diz o que está alterado do estado natural. Em sentido moral he o mesmo que pervertido de costumes. Assim se diz mulher corrupta a que não he virgem. (Op. Cit. FREIRE, 1823, p. 230).

Em estudos mais recentes, Adriana Romeiro apontou vários crimes que poderiam ser enquadrados na concepção de corrupção: enriquecimento ilícito, roubo, traição, contrabando, entre outros. Neste estudo, a autora apontou, ao analisar as denúncias encontradas nas fontes presentes no Arquivo Histórico Ultramarino para Minas Gerais, o potencial que esta documentação poderia ter ao transparecer denúncias e queixas através de vias administrativas (ROMEIRO, 2017).

Estudando os juízes de fora de Salvador e Mariana, Débora de Souza também apontou como as denúncias dirigidas ao monarca eram capazes de transparecer atos e comportamentos indesejados. Segunda a autora, “a grande maioria dos juízes de fora analisados se utiliza de sua posição de prestígio dentro daquela sociedade não somente para angariar bens, mas também, sobretudo, para traçar redes de interesses e de relações que lhes renderiam algum tipo de lucro ou mesmo mais status” (SOUZA, 2018, p. 92).

Por se tratar de uma figura responsável pela aplicação da justiça no Antigo Regime, à temática de quem julgaria aqueles que julgam é deveras antiga e importante.

Se, por um lado, haveria formas de fiscalização existentes e de controle que evitariam ações irregulares, muitos estudos as marcaram como burocráticas e pouco funcionais, sendo vistas como uma forma de ascensão de carreira.

Por um lado, se o ethos dos agentes régios pautava um comportamento ideal, o que acabava cerceando algumas ações, por outro havia formas que incidiam diretamente no comportamento dos juízes e ouvidores: nas Ordenações Filipinas, se estabeleciam formas de conduta e vestuário, assim como instruções precisas sobre punições e normas de fiscalização que deveriam ser aplicadas constantemente². Como discute Carlos Garriga, todas essas normas buscavam colocar o agente em um patamar acima da sociedade, de modo que este não entrasse em redes clientelares e mantivesse sua isenção e imparcialidade (GARRIGA, 2013).

Incidindo nas formas de inspeção dos agentes, havia o juízo de residência e as correições, as quais consistiam em formas de fiscalização do período de atuação do agente (HOMEM, 2003). Ainda que a historiografia tenha apontado tais mecanismos instaurados na cultura do Antigo Regime como pouco efetivos, há indícios de outros caminhos de se recorrer ao

² Para mais, Ordenações Filipinas, Livro I e V; Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11ind.htm> acessado em 28/09/2020.

Rei. Através das petições vindas dos súditos na forma de querela, a queixa avançaria por vias administrativas periféricas até o Conselho Ultramarino, órgão incumbido de mediar às relações entre metrópole e colônia. Este ato de demandar diretamente ao Rei estaria atado à cultura da época. Chamado de direito de petição,

O chamado direito de petição existia desde tempos imemoriais, apoiado na ficção de que todas as petições eram lidas pelo rei durante a reunião dos três estados, podendo, deste modo, os procuradores receber diretamente a resposta do monarca. [...] Assim, a petição era uma espécie de canal de expressão do protesto, forma autorizada pela Coroa, a qual reconhecia o poder terapêutico que poderia ter uma sessão de cortes. O exemplo ilustrativo deste ato era o do pai que ouvia os seus filhos, uma imagem extremamente recorrente na literatura da época (CARDIM, 2010, p. 25)

Tal forma de queixa, travestida de pedido, torna-se primordial para se estudar a corrupção. Como aponta Andréa Slemian, essa via de contestação acabava enlaçando administração e justiça, características da Época (SLEMIAN, 2019)

Se os atos de decisão baseavam-se tradicionalmente na apreciação dos casos, e mesmo nos argumentos das partes, havia sempre a possibilidade de serem contestados pelos envolvidos perante a mesma autoridade que o avaliara ou a outra legitimamente reconhecida como superior (por via de apelação). Em linguagem precisa, isso significava que ações por nós hoje chamadas de meramente administrativas poderiam ser automaticamente metamorfoseadas em questões de justiça se tocassem, ou agredissem, direitos (SLEMIAN, 2019, p. 256).

Desse ponto, analisar a documentação produzida pelo Conselho Ultramarino, possui grande potencial para entrever os conflitos e resoluções que ocorriam na colônia portuguesa. Tomando como objeto de estudo a capitania de São Paulo durante os governos do Morgado de Mateus (1765 a 1775) e de Lobo de Saldanha (1775 a 1782), caracterizados pela historiografia ora alinhados às políticas pombalinas, ora autônomos, pretendemos refletir sobre o papel das denúncias.

Seriam marcadas as ações irregulares dos agentes régios? Seriam repreendidas? Quais dessas denúncias e pedidos chegariam de fato ao Conselho Ultramarino? Através da apresentação de um caso de queixa por via peticionárias, pretendemos neste próximo item, discutir as antigas e novas tensões presentes na São Paulo colonial e suas possíveis resoluções, focando a importância do órgão supracitado.

3 DENÚNCIAS ATRAVÉS DO CONSELHO ULTRAMARINO

No ano de 1769, o provedor da Fazenda Real da capitania de São Paulo, José Honório de Valadares de Aborim, escreveria ao Secretário da Marinha e Ultramar se queixando de uma indisposição com o ouvidor-geral Salvador Pereira da Silva. Segundo o oficial da comarca de São Paulo, o agente estaria prejudicando-o ao se unir com o procurador da Coroa e Fazenda e impedindo-o de realizar suas atividades de provedor³.

Estas e outras denúncias fazem parte dos documentos tramitados pelo Conselho Ultramarino. Órgão responsável pela mediação centro-periferia, a instância ultramarina tinha grande potencial de resolução de conflitos (CAETANO, 1968.). Constituído aos moldes do Conselho da Índia em 1642, passaria por várias transformações ao passo da expansão ultramarina, mantendo, no entanto, a ação jurisprudencial. Como aponta Pedro Cardim, este agiria através da “concepção “regulativa” e não “activa” da política” (CARDIM, 2006, p. 68), ou seja, buscava normatizar resoluções sem criar de fato uma jurisdição própria.

No limite, podemos pensar que este foi responsável por resolver grande parte dos conflitos e querelas que surgiam nas colônias o que delimitou a funcionalidade de outros tribunais. Segundo Edval Barros,

o Conselho seria antes do mais, um órgão mediador entre as demandas pulverizadas dos diversos agentes ultramarinos e o rei, e um órgão consultivo. Neste sentido não inova e a alegada centralização a que daria lugar escapa à sua esfera de atribuições. De fato, sua criação instaura mais um polo de negociação e conflito, e se canaliza junto ao monarca as petições e requerimentos de particulares ou oficiais régios, o faz por transferência de jurisdição e não por criação específica de uma lhe fosse própria (BARROS, 2008, p. 24).

Daí, pensar a documentação composta por este órgão buscando compreender as denúncias presentes e as resoluções encontradas pode revelar diversas relações administrativas dentro da temática ‘corrupção’. Fernanda Bicalho, estudando as consultas do Rio de Janeiro, afirma que é possível encontrar ofícios régios, queixas de súditos descontentes e pareceres sobre questões administrativas, em que os conselheiros respondiam com pareceres e podiam (ou não) resolver os conflitos apresentados (BICALHO, 2017). Estas também, quando não solucionadas, eram encaminhadas ao monarca que daria o parecer final. Segunda a autora,

As consultas eram elaboradas pelo presidente e conselheiros do tribunal a partir de uma solicitação ou ordem direta do soberano, transmitida por

³ AHU_ACL_CU_023, Caixa 6 doc. n. 351

meio de aviso do secretário de Estado para que se consultasse sobre determinada matéria ou requerimento particular. O destinatário da consulta é sempre o rei. A consulta menciona no seu formulário as indicações sobre o processo burocrático e o circuito do documento. Refere o nome dos autores ou requerentes, dos procuradores da Coroa e/ Fazenda [...]. A resolução régia é escrita à margem da consulta, com a rubrica do soberano ou assinatura do Secretario de Estado (BICALHO, 2017, p. 140).

A historiadora, ainda, ressalta como a pluralidade de instâncias e órgãos que estavam subordinados à metrópole daria margem para diversas formas de resolução de conflitos e de queixas. Segundo a autora, “a ordenação administrativa na América portuguesa experimentou uma pluralidade de soluções que variou de acordo com suas diferentes regiões e com conjunturas econômicas e políticas específicas” (BICALHO, 2012, p.86). Estudando a América espanhola, Pilar Leiva também ressalta a forma como as petições possuíam potencial para cercear abusos e ações indesejadas. Segunda a autora,

Junto a las medidas hasta ahora mencionadas, quizás la herramienta más utilizada contra los excesos cometidos por quienes detentaban la autoridad a cualquier nivel era el derecho que tenían los súbditos para dirigirse directamente al rey y denunciar los abusos y las injusticias padecidas; no hay posibilidad alguna de cuantificar cuántas de esas denuncias fueron atendidas y cuántas desestimadas, pero sí hay plena constancia de que buena parte de las visitas y pesquisas ordenadas por el Consejo de Indias tuvieron su origen en denuncias de particulares llegadas hasta la Corte (PONCE. Op. Cit. p. 344-345).

Assim, podemos inferir que as petições trariam denúncias que, no limite, funcionariam como uma possibilidade de controle dos agentes régios: sob a perspectiva de querela, podemos ter uma compreensão de como os pedidos de correção da justiça carregavam uma queixa intrínseca. Segundo Carlos Garriga, querela era um

Expediente residual para acoger todos aquellos supuestos que por una u otra razón no tenían cabida en los remedios más formalmente establecidos, sin necesidad de especial tratamiento jurisprudencial ni regulación en el derecho propio. [...] son los términos genéricos y habituales para designar respectivamente cualquier atentado o alteración indebida del estatus o posición jurídicamente reconocida y la petición o quejo que buscaba de quien tenía poder para ello el amparo o la reparación (GARRIGA, 2009, p. 25)

A forma da documentação, ou seja, sua composição, também é capaz de transparecer, através das anotações marginais, o ‘caminho’ tomado nos procedimentos, ilustrando então a relação das instâncias entre si. Andrew Masters, estudando as consultas para o Peru, expõe como as assinaturas à margem poderiam indicar, além das instâncias percorridas, se houvera criação de decretos a partir das denúncias e requerimentos (MASTERS, 2018).

Outro estudo focado na diplomática deste tipo documental, realizado por Erica Souza, discute como as consultas, em particular, possuem potencial apelativo, revelando uma grande seara de queixas.

A expositio das Consultas de Partes denota que, apesar de qualquer súdito poder ser a “parte” autora da actio (daí, então, o nome da Consulta), o assunto nela tratado é de interesse real. Isso reitera as palavras de Martinheira (2001, p. 50) de que, assim como as Consultas do Serviço Real, as de Partes são “sobre matérias do interesse da coroa e do interesse dos súditos ou das partes”. Como mencionado anteriormente, na Secretaria do Conselho Ultramarino estas Consultas eram registradas juntamente com as de Serviço, recebendo no livro de registro o nome de “Consultas Mistas”. (SOUZA, 2007, p. 59).

É nesta perspectiva que nosso estudo se enquadra. Partindo das petições marcaremos as ações que podem ser lidas dentro da chave da corrupção, para tentar compreender se estes mesmos atos teriam consequências. Ainda que não pudéssemos chamar isso de controle, podemos notar que as petições trazem potencial para ações disciplinares, que, no limite, poderiam ser lidas como uma alternativa aos mecanismos já existentes e burocratizados.

4 CONCLUSÃO

O que pretendemos até o presente momento foi ilustrar brevemente o que a historiografia abarca dentro da temática ‘corrupção’, demonstrando como os termos e as condutas atribuídas a eles foram inúmeros e imprecisos. Por conseguinte, partindo das formas de fiscalização existentes e já analisadas pela historiografia, buscamos colocar em pauta o conceito de ‘querela’ para a análise do tema, demonstrando o potencial que este possui. Sendo uma forma peticionária que unia uma demanda por correção de injustiça com uma denúncia de ação vista como irregular, este meio pode trazer à tona uma nova compreensão do cenário colonial paulista. O estudo dos termos, assim como da carreira dos agentes e das vias que essa documentação tomou até encontrar uma resolução, serão os próximos passos desta pesquisa.

Ainda que não possuamos resultados finais quanto ao estudo, é importante salientar as análises que a história da administração colonial vem recebendo, problematizando as concepções já existentes e propondo um olhar sobre a realidade do Antigo Regime no além-mar.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Edval de Souza. *Negócios de tanta importância*. Lisboa: Centro de História de Além mar. Universidade de Lisboa, 2008.

BICALHO, Fernanda. COSTA, André. O Conselho Ultramarino e a emergência do Secretário de estado na comunicação política entre reino e conquistas. In FRAGOSO, João. MONTEIRO, Nuno Gonçalo (orgs). *Um Reino e suas repúblicas no Atlântico*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CAETANO, Marcelo. *O Conselho Ultramarino: esboço da sua história*. Lisboa: Agência-Geral do Ultramar, 1968.

CARDIM, Pedro. “Administração” e “governo”: uma reflexão sobre o vocabulário do Antigo Regime. In BICALHO, Maria Fernanda. FERLINI, Vera Lúcia. *Modos de governar: ideias e práticas no império português*. São Paulo: Alameda, 2006.

CARDIM, Pedro. La aspiración imperial de La monarquía portuguesa (siglos XVI y XVII). In: SABATINI, Gaetano (org.). *Comprendere Le monarchie iberiche: risorse e rappresentazioni del potere*. Roma: Viella, 2010.

FREIRE, Pascoal José de Melo. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Segunda edição. Lisboa: estampava no mez de agosto o Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823. Presente em <https://bibdigital.fd.uc.pt/C-16-8/rosto.html> acessado em 06.06.2018.

GARRIGA, Carlos. Os limites do reformismo borbônico: a propósito da administração da justiça na América espanhola. *Almanack*, Guarulhos, n. 6, p. 38-60, Dec. 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-46332013000200038&lng=en&nrm=iso>. access on 15 June 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320130604>

GARRIGA, Carlos. Crimen corruptionis. Justicia y corrupción em la cultura del ius commune. *Revista Complutense de História da América*. Março-junio de 2017

GARRIGA, Carlos. Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica. In: LORENTE, Marta (coord.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España*. Una historia de sus orígenes. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 61-104

HESPANHA, Antônio Manuel. O modelo moderno do jurista perfeito. Dossiê: o governo da justiça e os magistrados no mundo luso-brasileiro. *Tempo*. Vol. 24 n.1 Jan-Abri. 2018. DOI: 10.1590/TEM-1980- 542X2018v240105 presente em <http://www.scielo.br/pdf/tem/v24n1/1980-542Xtem-24-01-59.pdf> Acessado em 15.06.2018.

HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus - Função Jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.

MASTERS, Adrian. A Thousand Invisible Architects: Vassals, the Petition and Response System, and the Creation of Spanish Imperial Caste Legislation. *Hispanic American Historical Review* 1 August 2018; 98 (3): 377–406.
doi: <https://doi.org/10.1215/00182168-6933534>]

PONCE, Pilar. Mecanismos de control de la corrupción en la Monarquía Hispánica y su discutida eficacia. In ANDUJAR, Francisco Castillo. Andújar. PONCE, Pilar Leiva. (org). *Debates sobre la corrupción en el mundo Ibérico, siglos XVI-XVIII*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2018. presente em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0928763> acessado 17/06/2020”.

ROMEIRO, Adriana. A corrupção da república como enfermidade nos discursos políticos-morais da Época Moderna. In ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autentica editora, 2017.

SOUZA, Débora Cazelato. *Homens de letras: juízes de fora em Salvador e Mariana (1696-1777)*. 2018. 271 f. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Belo Horizonte, 2018.

SOUZA, Erica Cristina Camarotto. *Apontamento diplomático sobre Consultas do Conselho Ultramarino referentes à Capitania de São Paulo*. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filologia e Língua Portuguesa. Área de concentração: Filologia e Língua Portuguesa) - Departamento de Letras Clássicas e Vernáculas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 2007. p. 59

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira. *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico: remissivo às leis compiladas, e extravagantes*. Lisboa: Na Typographia Rollandiana, 1825-1827. Presente em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/30301> Acessado em 06.06.2018.

SOUZA, José Caetano Pereira. *Classe dos crimes Tomo II*. 1830. Presente em <https://archive.org/details/primeiraslinhas00sousgoog>. Acessado em 06.06.2018.

SLEMIAN, Andréa. Pelos “negócios da província”: apontamentos sobre o governo e a administração no Império do Brasil (1822-1834). *Outros Tempos*, vol. 16, n. 27, 2019, p. 252 - 275. ISSN: 1808-8031.

Anais do Colóquio sobre conceitos e desafios na pesquisa da
HISTÓRIA DAS JUSTIÇAS

