

VOLUME 1 - NÚMERO 1

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

VOLUME 1 - NÚMERO 1

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

EDITOR CHEFE

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana

EDITORES EXECUTIVOS

Profa. Dra. Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Prof. Me. Thiago Santos Aguiar de Pádua

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

EDITOR EXECUTIVO RESPONSÁVEL POR ESTA EDIÇÃO

Prof. Me. Thiago Santos Aguiar de Pádua

CONSELHO EDITORIAL

Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Ministro Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro

Prof. Dr. Fábio Libório Rocha

Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva

Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Prof. Me. João Marcelo Barbosa Ribeiro Dantas

Prof. Me. Joao Carlos Souto

PRODUÇÃO EDITORIAL

Núcleo de Publicações Institucionais (NPI)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Filipe Carvalho de Almeida

DIAGRAMAÇÃO

Raiff Pimentel Félix Almeida

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria que apresentamos a 1ª edição da Revista Cadernos de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Ela é fruto do permanente incentivo advindo da Magnífica Reitora da Instituição e pesquisadora, Professora Doutora Beatriz Maria Eckert-Hoff, e do dedicado trabalho do Coordenador de Pesquisa, Professor Doutor Bernardo Petriz de Assis.

Um sonho se torna realidade!

Este espaço acadêmico é um importante canal de fomento da pesquisa, pois oportuniza docentes e discentes desta e de outras Instituições, bem como profissionais de toda área jurídica e pesquisadores do Direito publicarem o resultado dos seus trabalhos. Um novo horizonte se descortina, na esteira das conquistas e tradições dos mais de 51 anos de existência do Curso de Direito do UDF, que formou milhares de profissionais de tão importante área do saber.

Agradecemos a todos os autores que submeteram seus trabalhos para esta publicação, e, em especial, aos professores que aceitaram o desafio de compor o conselho editorial e o corpo de editores executivos desta revista!

Esta pioneira edição contempla quatro seções: uma de artigos de professores e alunos do Curso de Direito do UDF, uma de artigo convidado, uma de traduções e uma de entrevista. Parabenizamos os autores dos trabalhos selecionados!

Desejamos que a leitura realizada enriqueça a comunidade acadêmica e jurídica, contribuindo para a reflexão das diversas temáticas!

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana
Coordenador do Curso de Direito do UDF
Editor Chefe

SUMÁRIO

SEÇÃO DE ARTIGOS:

A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ANTE A LEI N. 13.718, DE 24.9.2018, E A HIPERVALORIZAÇÃO DO PUNITIVISMO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	07
Alessandro Rodrigues Faria e Sidio Rosa de Mesquita Júnior	
LATROCÍNIO E PLURALIDADE DE MORTES: CRIME ÚNICO OU CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO?	24
Anderson Pinheiro da Costa e Jorge Lucas Bernardes Nunes	
O § 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SUA EFICÁCIA NO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS	40
Anelise Acacia Lima Muniz, Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva e Deyvson Alves da Silva	
A FORMAÇÃO CONTINUADA NO ENSINO SUPERIOR X A LEI DE DIRETRIZES DE BASE	52
Anelise Acacia Lima Muniz e Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva	
A AUSÊNCIA DE ILICITUDE FUNDAMENTADA NOS COSTUMES DA SOCIEDADE INDÍGENA NA FORMAÇÃO DO CASAMENTO	62
Anelise Acacia Lima Muniz e Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva	
A HERMENÊUTICA JURÍDICA HABERMASIANA	72
Fábio Libório Rocha e José Felício Dutra	
A FENOMENOLOGIA EM KURT LEWIN E A EQUIDADE DE JOHN RAWLS PERANTE À OBEDIÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL	80
Fábio Libório Rocha e José Felício Dutra Júnior	
O VÉU DA IGNORÂNCIA NÃO ESCONDE A MISÉRIA: JUSTIÇA SOCIAL EM JOHN RAWLS E AMARTYA K. SEN, E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA.....	91
José Felício Dutra Júnior e Fábio Libório Rocha	
ASPECTOS CONTROVERSOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LUZ DA LEI Nº 12.846/2013	109
Lorena Hana Faria de Oliveira Boechat e João Carlos Souto	
ENTRE A HERMENÊUTICA E A CRÍTICA: O DEBATE ENTRE GADAMER E HABERMAS	121
João Marcelo Barbosa Ribeiro Dantas	

O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E OS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO NA CONJUNTURA DA SOCIEDADE BRASILEIRA 144

José Felício Dutra Júnior

UM MODELO CONTEMPORÂNEO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PARA LEVAR OS DIREITOS SOCIAIS A SÉRIO 167

José Felício Dutra Júnior

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE FATOS SOCIAIS POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE ALGUNS JULGADOS PROATIVOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA 191

José Felício Dutra Júnior

EMPREENDER COM PPP, UM BOM OU MAU NEGÓCIO? 212

Juliana Bandeira Advíncula

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/14 225

Mário Hermes da Costa e Silva

O BRASIL E O CUMPRIMENTO DO ODM 1: EXPERIÊNCIA E PRESTÍGIO INTERNACIONAL (2000 A 2015) 246

Gibran Schriter Costa, Júlia Rabelo Mousinho e Patricia Lucia Cantuária Marín

O “MUSEU DE CERA” DAS IDEIAS CONSTITUCIONAIS: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O PROCESSO DE GOVERNADORES POR CRIME COMUM, SEM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA, SUBMETIDA AO “TESTE DA PROPORCIONALIDADE” DE MATTHIAS KLATT 264

Thiago Aguiar de Pádua e Lucas Rodrigues de Paula

SEÇÃO DE ARTIGO CONVIDADO:

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO 291

Inocência Mártires Coelho

SEÇÃO DE TRADUÇÕES:

PODE ACONTECER AQUI 307

Cass Sunstein (Autor), Thiago Aguiar de Pádua (Trad.)

A INDICAÇÃO DE BORK 315

Ronald Dworkin (Autor), Thiago Aguiar de Pádua (Trad.)

SEÇÃO DE ENTREVISTAS:

“[SOMOS UM] LABORATÓRIO EM CONSTRUÇÃO!”: ENTREVISTA COM SAUL TOURINHO LEAL 325

Saul Tourinho Leal, Thiago Aguiar de Pádua e Lucas Rodrigues de Paula

A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ANTE A LEI N. 13.718, DE 24.9.2018, E A HIPERVALORIZAÇÃO DO PUNITIVISMO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Alessandro Rodrigues Faria¹

Sidio Rosa de Mesquita Júnior²

RESUMO: O estupro de vulnerável, especialmente a relatividade da presunção de vulnerabilidade em razão da idade, merece uma análise aprofundada porque há um descompasso na legislação criminal brasileira, a qual pretende que a presunção de vulnerabilidade seja absoluta. As diferentes categorias de pessoas, em razão da idade, com reflexos no Direito Criminal e, não obstante a Lei n. 13.718, de 24.9.2018, ter inserido o § 5º no art. 217-A do Código Penal, torna plausível entender que a vulnerabilidade é relativa.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Idade. Relatividade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo será elaborado para discutir o estupro de vulnerável, visando a perquirir se a Lei n. 13.718, de 24.9.2018, transformou a vulnerabilidade em razão da idade em absoluta. O tema é atual e a sua relevância jurídica é evidente em face do aumento da criminalidade brasileira e a tentativa de combater a criminalidade por intermédio do recrudescimento jurídico-criminal.

Passaremos inicialmente pelo Código Penal, tratando das redações anteriores, até chegarmos à Lei n. 12.015, de 7.8.2009, a Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, Lei n. 13.718/2018. Desta lei, teremos a preocupação especial com a inovação trazida ao art. 217-A. Com isso, buscaremos situar o leitor sobre o cerne da discussão, visto que será imperioso demonstrar os motivos para as alterações havidas no Código Penal, especialmente acerca dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, até chegarmos à última alteração, trazida pela Lei n. 13.718/2018.

Discorreremos rapidamente sobre o processo legislativo que resultou na Lei n. 13.718/2018, e evidenciaremos que as penas brasileiras são elevadas, ao contrário do que se diz sobre a legislação brasileira ser exageradamente branda.

Em nossa conclusão verificaremos se será passível de comprovação a nossa hipótese, construída no sentido de que, mesmo ante o novel § 5º do art. 217-A, a presunção de vulnerabilidade do adolescente deverá ser considerada relativa.

1 Professor Me. do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal

2 Professor Dr. do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal

1. O CÓDIGO PENAL DE 1940 E OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940) foi instituído sob a égide de uma Constituição outorgada, em um momento de instabilidade mundial, eis que havia em curso a Segunda Grande Guerra.

Em 1930, era Ministro da Justiça na Itália, Alfredo Rocco, o qual editou o Código Penal Italiano, sendo que o Projeto de Alcântara Machado trazia a marca fascista do Código Rocco e o nosso Código Penal foi significativamente melhorado pela comissão revisora, integrada por grandes juristas, dentre eles Nélson Hungria, que foi buscar ideais humanitários no Código Penal Suíço, minimizando a austeridade do projeto fascista originário.

O Código Penal tem uma Parte Geral com 120 artigos e uma Especial que se estende do art. 121 até o seu último artigo, o 361. A Parte Geral foi toda ela modificada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, já a Parte Especial tem diversas modificações pontuais.

Inicialmente, tínhamos os *crimes contra os costumes* no Título VI da Parte Especial do Código Penal, interessando o *estupro* e o *atentado violento ao pudor*, que eram assim definidos no Capítulo I (*crimes contra a liberdade sexual*):

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Naquela primeira redação do Código Penal, tínhamos o estupro como um crime progressivo, o qual, para ser alcançado, o agente teria, necessariamente, que passar pelo atentado violento ao pudor. E eram previstas, no Capítulo IV (*disposições gerais*), as formas qualificadas e a presunção de violência, da seguinte maneira:

Formas qualificadas

Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave.

Pena - reclusão, de oito a doze anos

Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Vê-se que esses dois últimos artigos incidiam sobre os arts. 213 e 214 do Código Penal. Para o presente estudo, o que chama a atenção é o art. 224, alínea “a”, que adotou péssima

técnica legislativa ao estabelecer “se a vítima não é maior” de 14 anos. Seria melhor ter estabelecido “a) é menor de catorze anos”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 13.7.1990), inseriu parágrafos únicos aos arts. 213 e 214 transcritos para dispor:

- 4) Art. 213
Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:
Pena - reclusão de quatro a dez anos.
- 5) Art. 214.....
Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:
Pena - reclusão de três a nove anos.

Segundo Alberto Silva Franco, dois erros foram cometidos aí, visto que as penas foram tornadas únicas, desprezando o aspecto da progressividade do crime de estupro e, portanto, a desistência voluntária. Pior, estuprar menor de 14 anos teria pena menor do que a do estupro de mulher maior de 14 anos, eis que a Lei n. 8.072, de 25.7.1990, passou a prever pena única (reclusão, de 6 a 10 anos) para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A incoerência da pena menor para quem praticasse estupro contra menor de 14 anos só foi resolvida com a Lei n. 9.281, de 4.6.1996, a qual só se destinou a revogar os mencionados parágrafos únicos inseridos pela Lei n. 8.069/1990 aos arts. 213 e 214 do Código Penal.

Hoje, a redação do art. 213 do Código Penal é a seguinte:

- Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
§ 2º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Vê-se que os arts. 214 e 223 perderam a razão de existirem, uma vez que os arts. 213 e 217-A, inseriram as condutas do art. 214 neles, bem como as formas qualificadas do art. 223. Daí a revogação expressa dos referidos artigos, embora se possa criticar o fato de se ter unificado o estupro e o atentado violento ao pudor.

Substituindo o art. 224 do CP, emergiu novo artigo no Código Penal, dispondo:

Estupro de vulnerável

- Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que adolescente prostituta na teria vulnerabilidade a ser tutelada, mas isso gerou clamor público.³ Daí a Súmula n. 593 do STJ e depois a Lei n. 13.718, de 24.9.2018.

2. O HISTÓRICO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* N. 73.662/MG

No ano de 1996 a imprensa alardeou equivocadamente que o STF entendeu que o Supremo Tribunal Federal não mais via estupro no sexo perpetrado por pessoa maior de 12 anos de idade. Para tanto, colheram o seguinte trecho do voto do relator: “Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos”.⁴

A repercussão equivocada do voto do relator, Min. Marco Aurélio, se estende ao longo dos anos, sendo que se verifica em textos acadêmicos sérias críticas ao seu voto, como se ele fosse um fomento ao abuso sexual de crianças e adolescentes, podendo-se citar, como exemplo:

As palavras do magistrado deixam claro, para desespero daqueles que se preocupam com a sorte (ou falta de sorte) das crianças brasileiras, que elas são, de fato, objetos para uso dos adultos, assim, o pornô-turismo, a exploração sexual, o tráfico de crianças, seu uso como mão-de-obra escrava e outras mazelas são signos de inserção do Brasil na modernidade marcada pela globalização.⁵

Muitos equívocos foram mencionados à época e continuaram sendo repetidos ao longo dos anos, talvez por falta de conhecimento jurídico. Mas, a simples leitura da ementa permite concluir que o fundamento da decisão foi outro, a saber:

EMENTA: COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA

³ O processo, por força de lei, é sigiloso. Daí, não o citar. Mas, o assunto teve relevância institucional, com manifestação de Ministra de Estado. Veja-se: EM.COM.BR: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/03/28/interna_politica,286019/para-ministra-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-vulneraveis-significa-caminho-de-impunidade.shtml>. Acesso em: 21.2.2019, às 23h40.

⁴ BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Marco Aurélio. Julgamento, 11.6.1996. Voto, p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h03.

⁵ RODRIGUES, Joelma; MENDONÇA, Patrícia M. A menina, o encanador e o Ministro Marco Aurélio. Cultura do Estupro, 8.4.2013. Disponível em: <<http://culturadoestupro.blogspot.com/2013/04/a-menina-o-encanador-e-o-ministro-marco.html>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h19.

PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal.⁶

Velha controvérsia que havia residia no fato de que a alínea “b” do art. 224 do Código Penal, tratando da doença mental, fazia ao conhecimento do agente dessa condição da vítima e, com relação à idade, o código nada mencionava. Assim, entendiam alguns que a presunção de violência seria absoluta, incidindo ainda que o agente não pudesse conhecer essa circunstância. No julgamento em questão, o que se agasalhou foi a possibilidade de erro de tipo.

A decisão acolheu o entendimento de que os hábitos da adolescente corroborados pela aparência física da jovem, que aparentava mais velha, o agente errou quanto à elementar do tipo “não é maior de 14 anos”.

Posteriormente, sabendo ser a vítima criança, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um caso em que uma menina, desde os 9 anos de idade mantinha relação sexual com o seu tutor legal, com quem teve um filho e passou a viver em aparente união estável. No entanto, o tribunal não acolheu o pedido de extinção da punibilidade pela união estável do agente com a vítima, especialmente porque a violência sexual iniciou quando ela era ainda criança e se engravidou com 11 ou 12 anos de idade.⁷

Vê-se que o STF não decidiu, no HC 73.662/MG, que menor de 14 anos não tem liberdade sexual a tutelar. Ao contrário, ele manteve a ideia de que a presunção de violência, no caso de criança, a presunção é absoluta, pouco interessando a concordância da vítima para a realização do ato sexual.

3. DO TRATAMENTO JURÍDICO DIVERSO ÀS PESSOAS EM RAZÃO DA IDADE

Não poderá o interprete ou a legislação infraconstitucional tratar igualmente aquilo que a Constituição Federal distinguiu. Assim, não podem ser equiparados criança e adolescente, uma vez que a Constituição Federal claramente os distingue (art. 203, inc. II; art. 227, *caput*, § 1º, § 2º, incs. VI e VII, § 4º e § 7º).

Até mesmo entre as crianças, a Constituição Federal trata diversamente, para fins educacionais, as menores de 6 anos de idade. Também, dentre os adultos, a Constituição destacou os idosos (art. 203, inc. V; e art. 230, § 1º). Ela só admite o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos maiores de 18 anos e os demais trabalhos aos maiores de 16 anos. Maior de 14 anos, só podem trabalhar na condição de aprendiz (art. 7º, inc. XXXIII).

6 BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Marco Aurélio. Julgamento, 11.6.1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>>. Acesso em: 29.3.2019, às 1h33.

7 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 9.2.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 29.3.2019, às 2h.

A Constituição Federal cria distinções entre as pessoas, em razão da idade, só podendo se alistarem eleitoralmente os maiores de 16 anos, facultativamente. Também, o alistamento será facultativo para os maiores de 70 anos. De outro modo, o alistamento será obrigatório para os maiores de 18 anos de idade (art. 14, § 1º). Dentre outros aspectos, cria idades mínimas para elegibilidade a determinados cargos (art. 14, inc. VI).

Para o Código Civil, os menores de 16 são considerados impúberes. Já Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são relativamente independentes para exercerem os atos da vida civil (art. 3º e art. 4º, inc. I). Interessante notar que a incapacidade civil relativa, no CC/1916 se estendia até os 21 anos de idade (art. 6º, inc. I), talvez por isso, os Juízes quando se referem à atenuante do art. 61, inc. I, do CP, expressam “menoridade relativa”. Ora, como o maior de 18 anos é absolutamente capaz, é completamente equivocado falar em “menoridade relativa” do maior de 18 anos e menor de 21 anos na data do crime.

A Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), respeita a Constituição Federal ao estabelecer que a criança é a pessoa menor de 12 anos de idade e o adolescente é o maior de 12 e menor de 18 anos de idade (art. 2º *caput*). Mais ainda, trata diferentemente, o adulto menor de 21 anos de idade (art. 2º, parágrafo único) e a criança menor de 5 anos de idade (art. 54, inc. IV).

A mesma lei proíbe o trabalho para o menor de 14 anos de idade (art. 60), assegurando bolsa aprendizagem ao adolescente até 14 anos de idade (art. 64). E, ainda, prevê que a criança, em razão de ato infracional, só estará sujeita somente às medidas protetivas (art. 105). Já o adolescente estará sujeito, também, às medidas sócio-educativas, dentre elas, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida e internação (art. 112).

Observe-se que o adolescente, a partir dos 12 anos de idade, pode ser internado, em face da responsabilidade especial do menor. No entanto, o que se vê é que, contrariamente, pretende-se que sobre aspectos sexuais ele seja equiparado à criança.

O Código Penal também distingue as pessoas em razão da idade. Crianças e adolescentes são inimputáveis (art. 27). O menor de 21 anos terá uma atenuante genérica na dosimetria da pena (art. 65, inc. I). Por outro lado, toda vez que o idoso for vítima de crime, haverá agravante genérica (art. 61, inc. II, alínea “h”). Mas, a atenuante genérica ao idoso só se dará quando ele alcançar 70 anos de idade (art. 65, inc. I).

O exposto evidencia que não se pode pretender equiparar o adolescente menor de 14 anos à criança. Mais ainda, no Código Penal, dentre os crimes contra a dignidade sexual, ser o adolescente maior de 14 anos e menor de 18 anos, qualificará o crime (art. 213, *caput*). E o favorecimento à prostituição de menor de 18 anos será mais grave (art. 218-B), o que será crime hediondo (Lei n. 8.072, de 25.7.1990, art. 1º, inc. VIII).

4. DA RELATIVIDADE DA VULNERABILIDADE DA PESSOA MENOR DE 14 ANOS

A literalidade das Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça e a literalidade do § 5º do art. 217-A do Código Penal são compatíveis com o entendimento de que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos de idade seja relativa. Vejamos o que dispõe a referida súmula:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

A Lei n. 13.718/2018 acresceu o § 5º ao artigo 217-A do Código Penal, estabelecendo:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Uma suposta vítima, useira e vezeira do sexo, mediante a Síndrome de Münchhausen por transferência, eleger um o rapaz que a família dela deseja como marido para ser quem a desvirginou é algo complicado. Uma coisa é dizer que a experiência sexual da pessoa menor de 14 anos não excluirá o crime de estupro de vulnerável, outra será dizer que a vulnerabilidade da pessoa adolescente será relativa. Essa é uma vetusta discussão que está presente desde Nelson Hungria que expôs:

Segundo justamente opina Magalhães Noronha, **a presunção estabelecida na letra “a” do art. 224 não é absoluta, mas relativa**. É decisivo em tal sentido o elemento *histórico*. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da clausula “não admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção.⁸

Conforme afirmou Magalhães Noronha, o fundamento da presunção de violência em razão da idade, como se lê na exposição de motivos, é *innocentia consilii* do ofendido. Mas, ele continua para afirmar que a presunção de violência, do revogado art. 224, alínea “a”, do Código Penal, era relativa expondo:

Deve, entretanto, essa presunção ser absoluta, não admitir qualquer exceção? Será sempre exato que o menor de quatorze anos não atingiu satisfatório desenvolvimento físico e não idoneidade psico-ética para apreciar as regras atinentes à vida sexual? Temos sérias dúvidas em opinar pela invariabilidade dessa norma, máxime nos dias que vivemos.⁹

Mencionar a jurisprudência em tais casos é algo complicado porque, conforme determina o art. 234-B do Código Penal, os processos relativos aos crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça. Mas, há um caso notório em que o STJ decidiu que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos é relativa, o fundamento foi o de que prostituta Infantil não tem liberdade sexual a tutelar.¹⁰ De modo diverso, a jurisprudência do Supremo

8 HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII, p. 239-240.

9 NORONHA, Edgard de. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1973-1974. v. 3, p. 219.

10 BRASIL. STJ. 3ª Seção. Min. Maria Tereza de -Assis Moura. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/13814/>>

Tribunal Federal esclarece: “Presunção de violência, do art. 224, “a”, do código penal, somente afastável por exame da prova”.¹¹

Uma pequena distância de idade entre a vítima e o suposto estuprador será relevante. Aliás a presunção de vulnerabilidade será até inconstitucional, até porque sobre o assunto, o saudoso Min. Cernicchiaro expôs:

RESP–PENAL–ESTUPRO–PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA–O Direito Penal moderno é o Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. **O Direito Penal da Culpa é inconciliável com presunções de fato.** Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da justiça. **Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido...**¹²

Paulo Queiroz defende a relativização da presunção de vulnerabilidade, entendendo incompatível com o Direito tornar a presunção em absoluta, até porque fatos pouco significativos praticados entre adolescentes poderia levar à imposição indevidas de medidas socioeducativas. Concluindo:

E mais, os autores que sustentam o caráter absoluto da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos não raro admitem o caráter relativo dos demais casos, contraditoriamente, uma vez têm o mesmo tratamento legal, razão pela qual devem ser orientados segundo os mesmos princípios e terem uma mesma interpretação sistemática.

Além do mais, a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade.

Finalmente, a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral.

Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.¹³

Presuncao-de-violencia-contramenor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>. Acesso em: 13.11.2018, aos 43 min.

11 BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Décio Miranda. 28.12.1978. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h17.

12 BRASIL. STJ. 6ª Turma. REsp n. 46.424-2/RO. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+46424&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h47 (grifo nosso).

13 QUEIROZ, Paulo. O art. 217-A, *caput*, do Código Penal define como estupro de vulnerável “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze)anos”. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h08.

Imagine-se que alguém seja acusado, sem ter praticado conjunção carnal com a suposta vítima. Ela o acusou como tentativa de casar com o mesmo, até porque idealizado pelos pais como a pessoa ideal para ser seu marido.

Até recentemente, nos termos da literalidade do Código Civil, a pessoa menor de 14 anos de idade poderia casar, *in verbis*:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Poder-se-ia até dizer que o preceito está revogado, mas não plenamente, conforme se vê:

Informei que não se pode mais casar com menor de 14 anos, a fim de elidir a punibilidade criminal, uma vez que foram revogados os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. No entanto, o art. 1.520 do CC prevê outra hipótese em que a mulher pode casar com menos de 14 anos, que é a de gravidez. Imagine-se que, após o pai fazer representação criminal e o MP oferecer denúncia, ela se case com o agente e ele a acompanhe por toda gravidez. Ao final, venha a ser condenado. Ela e o filho terão que visitá-lo no presídio. Esse absurdo só pode ser evitado, se reconhecida a subsidiariedade da iniciativa pública.¹⁴

Uma suposta vítima que não teve relação sexual com um acusado e, quando seria desmascarada sobre defloramento anterior, indicar o nome de pessoa inocente, até em decorrência da Síndrome de Münchhausen por transferência (os pais terem o acusado como a pessoa ideal para casar com ela). Então, tentarem forçar o acusado a “corrigir o problema”, não mais poderia se concretizar “para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal”, eis que a Lei n. 11.106, de 28.3.2005, revogou os dispositivos que levavam à extinção da punibilidade pelo casamento da vítima.

A Lei n. 13.811, de 12.3.2019, em defesa da *tradicional família brasileira*, fez mais do que simplesmente revogar o transcrito art. 1520 do Código Civil, cuidou de proibir o casamento da pessoa menor de 16 anos de idade. Isso é um contrassenso porque uma adolescente maior de 14 anos de idade poderá lícitamente ter conjunção carnal com o namorado, mas se engravidar não poderá casar. Veja-se que há uma *contradictio in terminis* no novel dispositivo, uma vez que ao contrário de valorizar a *tradicional família brasileira* leva ao oposto, ou seja, leva à adolescente “mãe solteira”.

Em tempos em que a Psicologia vem indicando que a adolescência se estende até os 30 anos de idade,¹⁵ a família de adolescente de 12 anos de idade, mediante evidente ameaça, exigir que o agente se case para não ser processado criminalmente será um absurdo, isso porque os crimes sexuais contra vulneráveis são de ação de iniciativa pública incondicionada e a idade núbil para o casamento será a de 16 anos de idade. Isso será o que se concretizará muitas vezes, especialmente nas regiões Norte e Nordeste do território nacional, o que é insustentável, seja do ponto de vista jurídico ou prático.

¹⁴ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39-40.

¹⁵ RELVAS, Marta. Para a neurobiologia, somos adolescentes até chegar aos 30 anos. Disponível em: <<https://www.vyaestelar.com.br/post/9804/para-a-neurobiologia-somos-adolescentes-ate-chegar-aos-30-anos>>. Acesso em: 15.11.2018, às 15h33.

O Código Penal da Nação Argentina previa, até o advento da Lei n. 25.087, de 2.5.1999, que a vulnerabilidade se dava em razão da idade inferior a 12 anos. Hoje, a lei dispõe:

Artigo 119. -Será reprimido com reclusão ou prisão de seis (6) meses a quatro (4) anos quem abusar sexualmente de uma pessoa quando essa for inferior a treze (13) anos ou quando por meio de violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade, ou de poder, ou aproveitando-se que a vítima por qualquer causa não seria capaz de concordar livremente com a ação.¹⁶

Essa nova redação do Código Penal argentino é duramente criticada pela doutrina, sendo oportuna a lição de Arias e Gauna:

Enquanto a idade, chegava antes aos doze anos, e alcança agora as pessoas que não completaram os treze anos, para estabelecer abaixo de quanto o consentimento não será válido. Se se tem em conta que os “doze anos” foram os da versão de 1921, 1968, 1976 e 1984, ademais de que, fundamentalmente, a modificação não parece adequar-se à realidade senão contradizê-la (em 1921, uma pessoa de doze anos tinha o conhecimento e a experiência das questões sexuais que hoje pode ter uma pessoa de nove), não se pode aprovar a modificação.¹⁷

Nélson Hungria, comentando a redação de 1940, já percebia a relatividade da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos. Guilherme de Souza Nucci, comentando o julgamento do *Habeas Corpus* n. 73.662-MG (mencionado anteriormente), demonstrou que aquele tribunal se apresentou dividido, com votos favoráveis à relatividade da presunção de violência dos Min. Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa; contrários Carlos Velloso e Néri da Silveira. E o autor toma partido expondo:

Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos a oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente quem é maior de 12 anos. Logo, **a idade 14 anos deveria ter sido eliminada desse cenário.**¹⁸

Uma suposta vítima que ingere bebida alcoólica, acostumada ao sexo, não poderá ser considerada vulnerável, especialmente quando apresentar como seu algoz pessoa eleita como ideal para casar pelos pais e pela adolescente para suportar seu desvirginamento precoce.

¹⁶ No original:

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

¹⁷ ARIAS, Omar Breglia; GAUNA, Omar R. *Código penal y leyes complementarias*: comentado, anotado e concordado. Buenos Aires: Astrea, 2007. v. 1, p. 1041 (tradução livre).

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 990 (grifo nosso).

Alberto Silva Franco, transcrevendo parte do voto que ensejou o aresto do REsp n. 46.424-2/RO, anteriormente transcrito, sustenta que a presunção de violência de então, hoje presunção de vulnerabilidade, é inconstitucional, uma vez que crime é fato e fato se prova.¹⁹ No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, citando aresto do TJDFT, em que foi relator o Desembargador de Justiça Otávio Augusto, sustenta que a presunção é relativa e que a Constituição Federal não recepcionou a presunção *juris et de jure*.²⁰

Evidenciando o quanto estamos distantes da lógica jurídico-criminal hodierna, transcrevemos a tipificação do estupro de vulnerável na legislação espanhola:

Artigo 181.

1. O que, sem violência ou intimidação e sem consentimento médio, realizar atos que atentem contra a liberdade sexual de outra pessoa, será punido como culpado de abuso sexual com a pena de multa de doze a vinte e quatro meses.

2. Em qualquer caso, consideram-se abusos sexuais não consentidos os que são executados:

1º Sobre menores de 12 anos de idade.

2º Sobre as pessoas que se achem privadas de sentido ou abusando de seu transtorno mental.

Nestes casos, será imposta uma sentença de prisão de seis meses a dois anos.

3. quando o consentimento for obtido pelo culpado de uma situação de superioridade que declara que a liberdade da vítima é punida, será imposta uma multa de seis a doze meses.

Veja-se o recrudescimento do rigor advindo com a Lei n. 12.015, de 7.8.2009, evidenciando o quanto estamos na contramão da história jurídico-criminal e, em um país em que um Ministro da Justiça reconhece serem as prisões medievais, em que o cárcere retira a dignidade da pessoa apenada, condenar alguém por crime que não cometeu será uma grande injustiça e, ainda que se caracterize a relação sexual com menor de 14 anos, essencial será verificar se a pessoa é concretamente vulnerável, o que a lei relativamente presume.

Condenar uma pessoa por crime hediondo (Lei n. 8.072, art. 1º, inc. VI), com os rigores do art. 2º da referida lei, será inviabilizar a vida lícita de alguém, especialmente, se for o agente menor de 21 anos de idade. Com efeito, será macular desnecessariamente o nome de alguém, quando a pessoa adolescente tiver praticado atos libidinosos quando, por exemplo, for prostituta infantil.

5. DO PLS N. 618/2015 À LEI N. 13.718/2018

O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 618, protocolado em 16.9.2015, pela Senadora Vanessa Grazziotin, para acrescentar o artigo 225-A ao Código Penal, para prever o aumento de pena em crimes de estupro cometidos por duas ou mais pessoas, que ganhou força pelos

19 FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. v. 1, t. 2, p. 3022-3023.

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 69.

tantos casos e notícias sobre estupros coletivos ocorridos no Brasil e que até então não tinha um enquadramento na Lei, conforme expôs a exposição de motivos:

São cada vez mais corriqueiros no Brasil os casos de estupros cometidos por mais de um agente, os chamados “estupros coletivos”. Esse tipo de crime causa extrema repugnância, uma vez que, além da violência física praticada, a própria dignidade da mulher é atingida, causando, na maior parte das vezes, traumas irreversíveis.²¹

O Código Penal brasileiro se rege pelo princípio da legalidade, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”, seguido pelos juristas criminais. Sem a cominação de pena específica para punir esse tipo de prática, os juízes criminais ficam impedidos de aplicarem uma sanção mais justa e adequada aos agressores. Essa é base do garantismo, que se orienta pelo princípio da legalidade estrita.²² Por isso, os novos rigores são irretroativos.

Em 1.6.2018, por intermédio do Of. n. 704, o Presidente do Senado Federal, encaminhou o projeto, já ampliado, à Câmara dos Deputados. Subemenda Substitutiva de Plenário (SSP) n. 1, foi apresentada em 7.12.2017, pela Deputada Federal Laura Carneiro, o qual trouxe a redação que foi transformada na Lei n. 13.718/2018,²³ interessando-nos o § 5º do art. 217-A, *in literis*:

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Sancionada, em 24.9.2018, pelo Excelentíssimo Presidente da República (em exercício) José Antônio Dias Toffoli, e publicada no dia seguinte, com vigência imediata. A lei marca uma desconfiança do legislador nos tribunais. Diante de inúmeros precedentes dos tribunais de justiça que sustentam que a vulnerabilidade é relativa, a lei buscou reforçar a Súmula n. 593 do STJ para evitar a “liberalidade excessiva” dos julgadores.

Já evidenciamos a posição de Cezar Roberto Bitencourt. Ele deixou claro que a Lei n. 12.015/2009 já buscou reduzir a liberalidade dos juízes e, reforçando o que já se expôs, transcrevemos o que o referido autor sustentou em artigo específico sobre o tema:

Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a *presunção de vulnerabilidade* consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é *relativa*, recomendando avaliação casuística. No entanto, para realizarmos

21 BRASIL. Senado Federal. GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado n. 618, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777125&ts=1539781702041&disposition=inline>>. Acesso em 15.11.2018, às 15h45.

22 Acerca do garantismo, Sidio Júnior afirma:

Inicialmente, a palavra *garantismo*, no contexto da obra em comento, seria um “modelo normativo de direito”. Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito. Tal forma normativa de direito é verificada em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, reduzir o grau de violência e soerguer a ideia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Garantismo uma sólida construção doutrinária. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2345, 2.12.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13947>>. Acesso em 15.11.2018, às 16h04).

23 BRASIL. Câmara dos Deputados. CARNEIRO, Laura. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co_dteor=1630261&filename=Tramitacao-SSP+1+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em: 15.11.2018, às 16h22.

uma melhor interpretação dessa peculiaridade, recomenda-se ter presente que *presunção* absoluta ou relativa não se confunde com *vulnerabilidade* absoluta ou relativa, como demonstraremos adiante.²⁴

Na hipótese de adolescente em estado de vulnerabilidade social, o autor propõe que haja desclassificação do crime do art. 217-A para o crime do art. 213 quando o agente se aproveitar do seu estado de vulnerabilidade, arrematando:

Concluindo, estamos sustentando, enfim, a possibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o crime de estupro tradicional (art. 213), pelo *constrangimento à prática sexual*, mediante violência (ainda que implícita), quando se tratar de menor corrompida, prostituída, abandonada ou carente (vulnerabilidade social), pois, na nossa concepção, praticar sexo com menor, nessas circunstâncias, importa, inegavelmente, *constrangê-la*, aproveitando-se dessa circunstância — vulnerabilidade social — que a impede de resistir. Logicamente, é indispensável que o sujeito ativo tenha consciência dessa situação de *vulnerabilidade social* da pretensa vítima.²⁵

A favor da relatividade da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos, Leonardo Gominho expõe:

A tutela protetiva se tornou ultrapassada e insuficiente para garantir a plena dignidade sexual das crianças e adolescentes. A dissonância entre o dispositivo trazido pela Lei Federal n. 12.015/2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as realidades sociais do mundo globalizado só corroboram o entendimento de que é necessária uma evolução legislativa e jurisprudencial, no sentido de acolher a relativização da presunção de vulnerabilidade como norte para uma melhor interpretação jurídica e compreensão dos fatos sociais.²⁶

Vê-se que o tratamento diferenciado de criança e adolescente é um marco comum. É necessário interpretar o *caput* do art. 217-A do Código Penal em harmonia com o seu § 1º, a fim de estabelecer que só é vulnerável o menor de 14 anos que não tem discernimento ou não pode resistir, não tendo vontade livre.

Não se pode olvidar a repulsa jurídica à responsabilidade objetiva em matéria criminal. Nesse sentido:

Dessa forma, considerar como absoluta a vulnerabilidade do menor de catorze anos significa responsabilizar criminalmente todo sujeito que com ele mantiver contato sexual, independentemente da existência de dolo ou

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Consultor Jurídico. 19.6.2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h26.

²⁵ Ibidem.

²⁶ GOMINHO, Leonardo. A relatividade da presunção de vulnerabilidade dos adolescentes como forma de adequação social. Jusbrasil. 25.8.2016. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/377212021/a-relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-dos-adolescentes-como-forma-de-adequacao-social>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h43.

culpa, infringindo, assim, o princípio da *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa).

Portanto, restaria configurada uma situação de responsabilidade penal objetiva, a qual é refutada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ante a adoção do princípio da culpabilidade.²⁷

Esse fundamento já foi mencionado quando se mencionou o julgamento do Superior de Justiça, no qual o Min. Cernicchiaro declarou que toda presunção absoluta produz responsabilidade objetiva em matéria criminal, o que é inconstitucional.

6. A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

A literatura especializada em concursos públicos vem difundindo amplamente a Exceção de Romeu e Julieta (do inglês *Romeo and Juliete laws*), nascida a partir de uma lei da Flórida, Estados Unidos, para beneficiar pessoas acusadas de violação sexual contra vítimas maiores de 14 e menores de 18 anos de idade, especialmente em relacionamentos amorosos de pessoas com idades próximas (diferença de idade até 4 anos).

Nos casos em que o sexo for consentido pela pessoa adolescente, não haverá crime se, entre os envolvidos, a diferença de idade for de até 4 anos. Como a legislação criminal nos Estados Unidos decorrerá da iniciativa de cada estado da federação, nem todos editam leis que contemplam a Exceção de Romeu e Julieta. De todo modo, como o tratamento jurídico criminal é muito rigoroso ali, muitos estados estão instituindo *Romeo and Juliet Laws*, especialmente para evitar a punição de sexos consentidos entre adolescentes.

Mesmo aqui no Brasil, em que não há lei regulando a matéria, a Psicologia vem recomendando considerar presumidamente abusiva a relação sexual com maior de 12 anos de idade quando houver diferença de idade entre os envolvidos superior a 5 anos,²⁸ parâmetro que é positivo para se evitar que uma pessoa adolescente ou adulta venha a ser acusada de ato infracional ou crime em casos de sexos consentidos com pequena diferença de idade.

7. À GUIA DE CONCLUSÃO

Fizemos a pesquisa com uma única hipótese, construída no sentido de evidenciar ser a vulnerabilidade da pessoa adolescente relativa. E, tentando demonstrar a nossa hipótese passamos pela evolução legislativa do estupro no Código Penal, até chegarmos à Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça, reforçada pelo art. 5º do art. 217-A do Código Penal.

Procuramos dizer que, embora pareça estabelecer presunção absoluta de vulnerabilidade, o Código Penal não poderia formular proposta nesse sentido, senão seriam inconstitucionais, conforme decidiu o saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Os movimentos de lei e ordem que inspiram a construção de leis criminais mais severas não encontram sólidas bases jurídicas, os quais têm sido utilizados para eleger candidatos

27 GOULART, Jordana Pereira Lopes. A relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de menor de catorze anos. Brasília: Conteúdo Jurídico, 20.12.2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-relativizacao-da-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-do-menor-de-catorze-anos,590157.html>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h59.

28 HABIGZANG, Luísa Fernanda. Avaliação de impacto e processo de um modelo de grupoterapia cognitivo-comportamental para meninas vítimas de abuso sexual. Porto Alegre: UFRS, (Tese) Instituto de Psicologia, 2010. p. 18. Disponível em: <<file:///C:/Users/sidio/Documents/TeseKoller.pdf>>. Acesso em: 13.2.2019, às 15h04.

que reforçam suas campanhas eleitorais com o discurso do medo, em que o povo, sentindo-se inseguro, busca amparo naqueles que propõem o recrudescimento jurídico-criminal como se isso, por se só, fosse suficiente para resolver os complexos da criminalidade. Daí dizermos, que caminhamos na contramão da história e estabelecemos norma no Código Civil (art. 1.520) que contraria a pretensão de valorizar a *tradicional família brasileira*.

É evidente a tentativa legislativa de evitar a evolução da jurisprudência e da doutrina, construída no sentido de que a presunção de violência da redação anterior era relativa. No entanto, tal recrudescimento jurídico-criminal não poderá prevalecer porque a tentativa gera inconstitucionalidade.

Não podemos nos olvidar da Exceção de Romeu e Julieta para evitar a intervenção jurídico-criminal quando houver diferença de idade de até cinco anos entre os envolvidos, especialmente em relações amorosas, o que merece ser regulado por lei, mas que pode ser iniciado pela interpretação constitucional para proteção de direitos fundamentais.

Após evidenciarmos a evolução da proposta que resultou na Lei n. 13.718/2018, entendemos que leis menos rigorosas como são as da Argentina e da Espanha, não fomentam o estupro de vulnerável e que a criança deverá ser tratada diversamente da pessoa adolescente, a fim de verificar que a presunção da adolescente é relativa (*juris tantum*).

REFERÊNCIAS

ARIAS, Omar Breglia; GAUNA, Omar R. *Código penal y leyes complementarias*: comentado, anotado e concordado. Buenos Aires: Astrea, 2007. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

_____. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Consultor Jurídico. 19.6.2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h26.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CARNEIRO, Laura. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1630261&filename=Tramitacao-SSP+1+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em: 15.11.2018, às 16h22.

BRASIL. Senado Federal. GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado n. 618, de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777125&ts=1539781702041&disposition=inline>>. Acesso em 15.11.2018, às 15h45.

BRASIL. STF. 2ª Turma. Min. Décio Miranda. 28.12.1978. Disponível em: <<http://tinyurl.com/yafv9zlj>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h17.

BRASIL. STJ. 3ª Seção. Min. Maria Tereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/13814/Presuncao-de-violencia-contramenor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>>. Acesso em: 13.11.2018, aos 43 min.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. REsp n. 46.424-2/RO. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+46424&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h47 (grifo nosso).

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. v. 1, t. 2.

GOMINHO, Leonardo. A relatividade da presunção de vulnerabilidade dos adolescentes como forma de adequação social. Jusbrasil. 25.8.2016. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/377212021/a-relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-dos-adolescentes-como-forma-de-adequacao-social>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h43.

GOULART, Jordana Pereira Lopes. A relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de menor de catorze anos. Brasília: Conteúdo Jurídico, 20.12.2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-relativizacao-da-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-do-menor-de-catorze-anos,590157.html>>. Acesso em: 15.11.2018, às 17h59.

HABIGZANG, Luísa Fernanda. Avaliação de impacto e processo de um modelo de grupoterapia cognitivo-comportamental para meninas vítimas de abuso sexual. Porto Alegre: UFRS, (Tese) Instituto de Psicologia, 2010. p. 18. Disponível em: <<file:///C:/Users/sidio/Documents/TeseKoller.pdf>>. Acesso em: 13.2.2019, às 15h04.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Garantismo uma sólida construção doutrinária. Teresina: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2345, 2.12.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13947>>. Acesso em 15.11.2018, às 16h04.

NORONHA, Edgard de. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1973-1974. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. O art. 217-A, *caput*, do Código Penal define como estupro de vulnerável “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze)anos”. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 13.11.2018, às 2h08.

RELVAS, Marta. Para a neurobiologia, somos adolescentes até chegar aos 30 anos. Disponível em: <<https://www.vyaestelar.com.br/post/9804/para-a-neurobiologia-somos-adolescentes-ate-chegar-aos-30-anos>>. Acesso em: 15.11.2018, às 15h33.

LATROCÍNIO E PLURALIDADE DE MORTES: CRIME ÚNICO OU CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO?

Anderson Pinheiro da Costa¹

Jorge Lucas Bernardes Nunes²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo geral analisar como o ordenamento jurídico pátrio tem se posicionado em casos de pluralidade de vítimas fatais e uma única subtração patrimonial, em se tratando do crime de latrocínio, ou seja, se a situação configura concurso formal impróprio ou se o fato constitui hipótese de crime único. A pesquisa, de natureza qualitativa, teve por instrumento de coleta de dados a análise jurisprudencial e doutrinária sobre a temática, especificamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Como referencial teórico, baseou-se em conceitos e posicionamentos externados por doutrinadores como Greco (2014), Nucci (2015) e Bittencourt (2016). Concluiu-se, pelos dados obtidos, que o STJ tem tratado a pluralidade de vítimas fatais no contexto de uma única subtração patrimonial como caso de concurso formal impróprio, já o STF, de forma divergente, tem se posicionado no sentido de o fato constituir crime único.

Palavras-chave: Direito Penal. Latrocínio. Concurso de Crimes. Crime único.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral analisar como a doutrina e jurisprudência têm se posicionado diante do crime de latrocínio quando ocorre a morte de duas ou mais vítimas, no contexto de única subtração patrimonial.

O problema de pesquisa que embasa o presente artigo se traduz na seguinte indagação: o crime de latrocínio, com pluralidade de vítimas fatais, mas uma única subtração patrimonial implica na existência de um crime único ou na incidência de concurso formal impróprio?

Para responder ao questionamento retro foi necessário um estudo no acervo jurisprudencial dos tribunais superiores, desde os primeiros julgados que versam sobre a temática apresentada, até o posicionamento atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Para isso, foi utilizada como metodologia a pesquisa qualitativa, visto ser bastante eficiente quando o pesquisador almeja fazer uma análise e reflexões sobre fenômenos sociais que impactam diretamente o ordenamento jurídico.

Como instrumento de coleta de dados, utilizou-se a pesquisa jurisprudencial, além da análise bibliográfica relacionada ao aludido problema de pesquisa. Possível concluir, após

¹ Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Professor do Curso de Direito, Brasília/DF, Brasil.

² Bacharel em direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, Brasília/DF, Brasil.

a coleta dos dados, que nem a jurisprudência e nem a doutrina apresentam entendimento pacífico sobre o tema, o que torna ainda mais instigante a discussão.

Como referencial teórico foi utilizada, principalmente, a doutrina de Cezar Roberto Bittencourt e Guilherme de Souza Nucci que se firmam no sentido de ser inviável o reconhecimento do concurso formal impróprio nos casos de latrocínio onde ocorra uma única subtração patrimonial e a pluralidade de vítimas. (BITENCOURT, 2016; NUCCI, 2015).

Em contrapartida, a doutrina de Marcelo Barbosa, denota o sentido diverso, ou seja, de que deve ser reconhecido o concurso formal impróprio quando há pluralidade de vítimas e uma única subtração patrimonial. (BARBOSA, 1994).

Conforme será demonstrado, a divergência que paira entre as cortes superiores são consequências dos sucessivos erros que incide sobre a tipificação do latrocínio no ordenamento jurídico, bem como de entendimentos jurisprudenciais já consolidados acerca do delito, a exemplo da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, outrossim, que a relevância da presente pesquisa deve-se ao fato de que a suscitada divergência causa impacto considerável à pena final do agente que tenha cometido o delito em voga. Dessa forma, decidiu-se realizar um estudo acerca do tema para buscar, desde o nascedouro, os motivos e fundamentos empregados pelas Cortes Superiores, responsáveis pela unificação da jurisprudência no sistema jurídico pátrio, que suscitaram esta divergência, a fim de preservar, inclusive, o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

1. O CRIME DE LATROCÍNIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Código Penal em vigor tipificou o latrocínio como crime contra o patrimônio, tratando-o como uma forma qualificada do crime de roubo. Sua redação original previa que se da violência empregada ocorresse morte, a pena ao crime de roubo com resultado morte seria de 15 (quinze) a 20 (vinte) anos de reclusão. (BRASIL, 1940).

Com o advento da lei nº 9.426/96, a pena cominada ao crime de latrocínio, antes prevista de 15 a 30 anos, passou a ser mais severa, com a pena de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão. Contudo, em recente atualização legislativa (Lei nº 13.654/18) atinente ao crime de roubo, o delito ganhou inciso próprio, mantendo-se, todavia, a mesma redação e a pena anteriormente já cominada (BRASIL, 2018).

A nomenclatura “latrocínio” não fora adotada pelo legislador na criação do código de 1940, surgindo, pela primeira vez no ordenamento pátrio, na lei de crime hediondos, Lei nº 8.072/90, previsto em seu art. 1º, inciso II (CAROLLO, 2009).

O latrocínio é um crime que possui natureza complexa, ou seja, sua tipificação penal tem como objetivo a proteção de diversos bens jurídicos tutelados pela norma penal, sendo que a complexidade do latrocínio lhe é conferida pela junção típica de matar e de subtrair “fatalmente resultando na criação de um crime complexo, cuja conduta típica seria a de ‘matar para subtrair’ ou ‘matar para garantir a subtração’.” (JÓRIO, 2009, p. 184).

Nessa perspectiva, o crime de latrocínio é a junção típica do crime de homicídio com o delito de roubo.

Impende destacar que a doutrina subdivide o roubo em próprio e impróprio. O crime de roubo próprio, previsto no art. 157, *caput*, do CP, é quando o agente, desde o início da empreitada criminoso, utiliza-se da violência para subtrair o patrimônio. Enquanto o roubo impróprio (art. 157, §1º, do CP), é quando o agente pretende efetuar a subtração patrimonial sem emprego de violência, porém, por algum motivo, precisou utilizar a da violência durante a execução do delito (GRECO, 2014).

Desse modo, os tipos penais complexos englobam uma pluralidade de resultados, sendo a morte o fator determinante como qualificador do crime de roubo, seja próprio ou impróprio (JESUS, 2014).

Nesse cenário, o crime de latrocínio, na visão da doutrina majoritária, é um crime agravado pelo resultado, ou seja, o roubo (conduta antecedente) sempre abarca dolo por parte do agente, enquanto o resultado morte (conduta consequente) poderá ocorrer tanto em sua forma culposa ou dolosa (BITENCOURT, 2016).

Essa complexidade gerou certa controvérsia acerca do momento consumativo do crime de latrocínio. Em razão da omissão legislativa em dispor, expressamente, acerca da forma consumada do crime de latrocínio, a doutrina dividia entendimentos divergentes acerca da temática, notadamente nos casos em que restasse consumado o crime de homicídio, porém, a subtração patrimonial restasse demonstrada na forma tentada (JESUS, 2014).

Consoante a doutrina de Barbosa (1994), esta divergência se deu pelo fato de o crime de latrocínio ser um delito complexo, composto por um crime-meio (homicídio), com um maior valor jurídico tutelado, do que o crime-fim (roubo).

A divergência em voga perdurou por tempo considerável, até que o Supremo Tribunal Federal, no dia 29/10/1984, editou a Súmula nº 610 que consagrou a consumação do latrocínio com a execução do homicídio, pouco importando ter havido a consumação da subtração patrimonial (STF, 1984, on-line).

O aludido entendimento restou consagrado após precedentes exarados pela Suprema Corte, a exemplo do julgamento do Habeas Corpus nº 56.704, onde o STF decidiu que, não obstante tratar-se de crime contra o patrimônio de natureza complexa, o crime-meio (homicídio) tem prevalência sobre o crime-fim, tornando-se irrelevante a consumação deste último (STF, 1979, on-line).

Malgrado a Súmula seja alvo de diversas críticas doutrinárias, porquanto o latrocínio tem natureza complexa e, para sua consumação, seria indispensável a ocorrência de violação a todos os elementos do tipo penal (homicídio e roubo) (GRECO, 2014), o entendimento sumular ainda tem plena eficácia e aplicação no âmbito jurídico.

1.1. LATROCÍNIO COM PLURALIDADE DE VÍTIMAS: CONCURSO DE CRIMES OU CRIME ÚNICO?

No presente tópico busca-se demonstrar a divergência jurisprudencial que paira entre os tribunais superiores pátrios, a respeito da aplicação ou não do concurso formal impróprio nos casos da ocorrência de latrocínio com pluralidade de vítimas e uma única subtração patrimonial. Será demonstrado os posicionamentos adotados pela doutrina e, posteriormente, os julgados divergentes de ambas as cortes (STJ e STF).

Para explorar a referida divergência, considerando o disposto na Súmula n. 610/STF, cria-se o seguinte cenário hipotético: o agente que, objetivando a subtração de um único patrimônio, causa a morte de duas ou mais pessoas, está diante da hipótese de um crime único ou de uma situação de concurso de crimes?

Inicialmente, necessário salientar que a jurisprudência sempre admitiu a configuração do concurso formal nos delitos de latrocínio, quando o agente, objetivando atingir mais de um patrimônio, causasse a morte de mais de uma pessoa. Todavia, o cerne da questão se dá quando há multiplicidade de vítimas fatais, mas somente uma objetividade patrimonial. (BARBOSA, 1994).

Para responder este questionamento, impende destacar a lição doutrinária de Cezar Roberto Bitencourt (2016) que afirma ocorrer um crime único nos casos de latrocínio com pluralidade de vítimas fatais e uma única subtração patrimonial, rechaçando qualquer incidência de continuidade delitiva e sequer outra forma de concurso de crimes. Isto porque, na visão do autor:

Não se pode ignorar que o crime-fim inicialmente pretendido foi o de roubo e não um duplo ou triplo latrocínio, ou melhor, não duas ou três mortes. A ocorrência de mais de uma morte não significa a produção de mais de um resultado, que, em tese, poderia configurar o concurso formal de crimes. Na verdade, a eventual quantidade de mortes produzidas em um único roubo representa a maior ou menor gravidade das consequências, cuja valoração tem sede na dosimetria penal, por meio das operadoras do art. 59 do Código Penal.

Embora para configuração do § 3º do art. 157 do CP seja secundária a ocorrência da subtração patrimonial, e o fundamental seja, por excelência, a nota de violência contra a pessoa, durante a tentativa ou a consumação do roubo, é a danosidade social que essa conduta produz ou pode produzir que fundamenta a exacerbada punição contida no dispositivo. Mas essa “retribuição” pública já está contida na sanção cominada. (BITENCOURT, 2016, p.128).

Da mesma maneira, o entendimento de Nucci (2015) se filia à de Bitencourt, destacando que a pluralidade de vítimas, por si só, não é motivo para reconhecimento do concurso de crimes. Na concepção do magistrado:

Tendo o legislador optado por inserir o latrocínio ou o roubo com lesões graves como delito qualificado pelo resultado, no contexto dos crimes contra o patrimônio, é preciso considerar que a morte de mais de uma pessoa (ou lesões graves), porém, voltando-se o agente contra um só patrimônio (...), constitui crime único. (NUCCI, 2015, p. 912).

O autor aduz que considerar a ocorrência de crime-único diante da pluralidade de vítimas fatais não gera a impunidade para o agente que comete mais de uma morte, pois, na visão do autor, “o caso pode ser solucionado, a bem da justiça, na fixação da pena, que varia, no caso do latrocínio, entre 20 e 30 anos” (NUCCI, 2015, p. 912). Assim, a forma de garantir

a punição do agente seria a utilização de um critério rigoroso a ser levado pelo magistrado na fixação da pena-base, sopesando as mortes ocorridas nas circunstâncias judiciais do crime, de modo a não permitir a manutenção da pena no mínimo legal cominada ao delito.

Júlio Fabbrini Mirabete (2007) também refuta a existência de concurso de crimes quando há mais de uma morte, atribuindo esta razão à defeituosa redação do dispositivo legal do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP), devendo o agente responder por um único crime de latrocínio (MIRABETE, 2007).

Contudo, mesmo perante a doutrina, o assunto levanta insanáveis divergências. Barbosa (1994) já afirmava que mesmo havendo uma só objetividade patrimonial com diversas mortes, não poderia haver somente um latrocínio:

Se duas foram as mortes, ainda que uma só a subtração patrimonial, em face da Súmula que não pode ser desprezada por pretextos técnicos, sob pena de se ignorar completamente o direito sumular, que hoje é uma realidade no país, dois latrocínios ocorreram mediante uma só ação, ainda que proposta a unidade de desígnios. (BARBOSA, 1994, p. 59).

O doutrinador asseverava a ideia de impunidade, afirmando que considerar a ocorrência de crime único, somente em razão da artificial colocação do latrocínio entre os crimes contra o patrimônio “levaria a uma jocosa, se não trágica, ironia forense: mate no atacado e pague no varejo” (BARBOSA, 1994, p. 60). Greco (2013) também não refutou a jurisprudência firmada no STJ e reconheceu a possibilidade de aplicação do concurso de crimes. Necessário ressaltar que este entendimento reproduz o conceito consolidado na Súmula 610 do STF, que atribuiu uma maior importância ao bem-jurídico tutelado no crime-meio sobre o crime-fim do latrocínio, observando que a consumação ocorreria com a quantidade de mortes, independentemente da subtração patrimonial, ocorrendo vários latrocínios em acordo com a quantidade de mortes.

Depreende-se da análise doutrinária que a posição majoritária se filia ao posicionamento adotado atualmente pelo STF, consoante será demonstrado a seguir, pois o dolo do agente é a subtração patrimonial e, em detrimento da tipificação do latrocínio, caberia a valoração negativa na fixação da pena-base, para garantir uma maior repressão ao crime.

A controvérsia acerca da pluralidade de vítimas no latrocínio, no âmbito jurisprudencial, é uma discussão antiga. Na década de 80, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinava-se em reconhecer a incidência do concurso formal impróprio quando, por meio de uma única ação, o agente matasse mais de uma vítima. Nesse viés, se deu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 103.094/PR, assim ementado:

LATROCÍNIO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES, PRATICADO CONTRA DUAS VÍTIMAS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO, DESOBRADA EM VÁRIOS ATOS. ART. 157, § 3º, C/C O ART. 52, § 1º DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVIMENTO. (STF, 1988, on-line)

No aludido recurso, a Procuradoria da República pleiteava o reconhecimento do concurso formal, em razão da pluralidade de vítimas ocasionadas na empreitada criminosa, afastando o crime continuado que foi reconhecido pelo tribunal de origem.

Compulsando-se o acórdão, vê-se que o Ministro Relator, em seu voto condutor, asseverou que ao Ministério Público Federal assistia razão, porquanto o agente teria cometido, por meio de uma só ação, diversos atos, ocasionando duas vítimas:

O recorrente também tem razão quando pleiteia o reconhecimento de concurso formal, ao invés de crime continuado. É que o crime contra as duas vítimas foi praticado mediante uma ação desdobrada em mais de um ato, de modo a configurar um concurso formal. Houve, no caso, uma só ação composta de diversos atos, atingindo duas vítimas. A jurisprudência do STF, adota esse entendimento (ver RECr 92.785-SP, 93.011-6-SP, 93.386-3-SP, dentre outros). (STF, 1988, on-line).

Assim, ainda que ocorresse somente uma subtração patrimonial, mas houvesse pluralidade de mortes, o STF reconhecia a configuração do concurso formal, sendo considerado o posicionamento majoritário à época. (BARBOSA, 1994).

Após a Constituição Federal de 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, outro posicionamento começou a ser adotado por essa Corte Superior, no sentido de que, havendo uma única subtração patrimonial e pluralidade de vítimas fatais, haveria que se falar em crime único, afastando a incidência do concurso formal.

Este segundo entendimento foi adotado no julgamento do Recurso Especial nº 15.701/SP, de Relatoria do Min. Paulo Costa Leite, em 07/04/1992, com a seguinte ementa:

PENAL. LATROCÍNIO. NO CASO DE UMA ÚNICA SUBTRAÇÃO PATRIMONIAL COM PLURALIDADE DE MORTES, REPONTANDO A UNIDADE DA AÇÃO DELITUOSA, NÃO OBSTANTE DESDOBRADA EM VÁRIOS ATOS, HA CRIME ÚNICO, COMO O NÚMERO DE MORTES ATUANDO COMO AGRAVANTE JUDICIAL NA DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ, 1992, on-line).

No voto proferido pelo eminente Min. Paulo Costa, restou reconhecida a controvérsia que abrange a matéria, destacando que, além da ocorrência do crime único, “a doutrina registra duas outras posições: a que vislumbra o concurso material e a que se inclina pelo concurso formal” (STJ, Resp. 15.701/SP, 1992).

A incidência do concurso material foi afastada de plano, porquanto para a ocorrência deste é necessária a existência de no mínimo duas ações, o que não ocorreu no caso em espécie, onde houve somente uma ação delituosa carregada em vários atos, conforme destacou o Relator em seu voto condutor. Para sustentar o entendimento emanado, Costa Leite destacou que houve a violação de apenas um patrimônio, sendo inviável o reconhecimento de um latrocínio e um homicídio em razão da tipificação do latrocínio, “porquanto as duas mortes resultaram de atos voltados à consecução da subtração patrimonial, não reportando resolução criminosa autônoma em relação delas”. (STJ, Resp. 15.701/SP, 1992).

A conclusão carreada no julgamento do recurso especial supracitado remonta novamente a ideia da complexidade do latrocínio, que, no entendimento do Ministro, a morte constitui tão somente o crime-meio para atingir o crime-fim (o roubo). Desta forma, seria inviável o reconhecimento de outro delito de latrocínio em razão da mera existência de pluralidade de mortes (crime-meio), sem que houvesse a violação plúrima do patrimônio, objetivo principal do delito do art. 157, § 3º, II, do CP (STJ, Resp. 15.701/SP, 1992).

Assim, considerando a existência de crime-único, a solução encontrada pela jurisprudência foi considerar o número de mortes “como agravante judicial determinante na determinação da pena-base” (STJ, Resp. 15.701/SP, 1992). Este mesmo entendimento se repetiu no julgamento do Resp. nº 39.436/SC, em 1994, de relatoria do Min. José Dantas.

Contudo, após um curto período de tempo, ambas as Cortes revisaram suas interpretações, havendo uma inversão dos entendimentos que eram aplicados pelos tribunais superiores, fomentando ainda mais a divergência sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do Habeas Corpus nº 71.267, afastou a incidência do concurso formal impróprio, considerando a existência de crime único mesmo com diversidade de vítimas fatais no latrocínio. O julgamento do referido HC concedeu parcialmente a ordem para afastar a continuidade delitiva e reconhecer a existência de crime único, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS”. LATROCINIO. DIVERSIDADE DE VITIMAS NA EXECUÇÃO DO CRIME. EXCLUSAO DO AUMENTO DA PENA EMBASADO NA CONTINUIDADE DELITIVA. 1. O CRIME DE LATROCINIO E UM DELITO COMPLEXO, CUJA UNIDADE NÃO SE ALTERA EM RAZÃO DA DIVERSIDADE DE VITIMAS FATAIS; HÁ UM ÚNICO LATROCINIO, NÃO OBSTANTE CONSTATADAS DUAS MORTES; A PLURALIDADE DE VITIMAS NÃO CONFIGURA A CONTINUIDADE DELITIVA, VEZ QUE O CRIME-FIM ARQUITETADO FOI O DE ROUBO E NÃO O DE DUPLO LATROCINIO. 2. MANTIDA A CONDENAÇÃO, EXPUNGE-SE DA PENA A MAJORAÇÃO, PORQUANTO NÃO CONFIGURADA A CONTINUIDADE DELITIVA. “HABEAS CORPUS” DEFERIDO, EM PARTE. (STF, 1995, on-line).

O Min. Relator apregou em seu voto que a existência de mais de uma morte somente caracteriza um latrocínio. Defendeu o Ministro que “a pluralidade de vítimas não configura a continuidade delitiva, vez que o crime-fim arquitetado foi o de roubo e não o duplo latrocínio” (STF, HC 71267, 1995).

Malgrado a discussão no julgamento do HC 71.267/ES tratar-se da existência ou não da continuidade delitiva, este precedente fora de suma importância para construção jurisprudencial do STF, servindo como supedâneo em diversos outros julgados posteriores, que decidiram pela existência de crime único, a exemplo: HC nº 96.736/DF, julgado em 17/09/2013; e RHC nº 133.575/PR, julgado em 21/02/2018.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, passou a adotar o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos do precedente criado no Recurso Extraordinário nº 103.094/PR, citado alhures.

A partir do julgamento do Recurso Especial nº 28.023/SP, julgado em 1995, de relatoria do Min. Edson Vidigal, a jurisprudência do STJ passou a admitir a incidência do concurso formal quando existente a pluralidade de vítimas. O voto do Min. relator restou vencido com voto-vista do Min. Jesus Costa Lima, com aresto assim ementado:

PENAL. LATROCÍNIO. AÇÃO E ATO. DESIGNIOS. LATROCÍNIOS PRATICADOS CONTRA DIFERENTES VITIMAS, MEDIANTE AÇÃO ÚNICA DESDOBRADA EM ATOS DIVERSOS, CONFIGURA O CONCURSO FORMAL E NÃO UM ÚNICO CRIME. (STJ, 1996, on-line).

No caso em análise, houve interposição de recurso por parte do Ministério Público, em face do acórdão que considerou a existência de crime único, mesmo com duas vítimas fatais, requerendo o reconhecimento do concurso formal impróprio (STJ, Resp nº 28.023/SP, 1995).

No voto-vencido, o Min. Relator enfatizou que, para solução da controvérsia, seria necessário definir se, havendo uma única subtração patrimonial com pluralidade de mortes, haveria crime único, com o número de mortes influenciando como majorante judicial na fixação da pena base ou a aplicação do concurso de crimes (STJ, Resp nº 28.023/SP, 1995).

Adentrando ao mérito do recurso, o Relator decidiu pelo acerto do acórdão questionado, “pois no latrocínio, crime complexo, houve um só patrimônio atingido, embora com o resultado agravado pelas duas mortes – crimes-meios, ou seja, o ‘iter’ para se chegar ao crime-fim”. (STJ, Resp nº 28.023/SP, 1995). Assim, o Ministro considerou que a pluralidade de vítimas causaria reflexo nas circunstâncias do art. 59 do CP, sopesando as consequências do delito na pena-base fixada.

Porém, no voto-vista e vencedor do Min. Assis Toledo, fora aberta a divergência contra o aresto do Relator, para dar provimento ao recurso interposto pelo órgão ministerial, a fim de reconhecer o concurso formal impróprio, aplicando-se as penas cumulativamente (STJ, Resp nº 28.023/SP, 1995).

Para fundamentar seu voto, o Ministro assinalou que seria impossível que o agente ocasionasse a subtração patrimonial e a morte de diversas vítimas em um só ato. Ou seja, ocorreu somente uma ação, que fora dividida em vários atos e com desígnios autônomos, ocasionando várias vítimas, configurando, portanto, o concurso formal impróprio (STJ, Resp nº 28.023/SP, 1995).

Importante destacar que o Min. Assis Toledo era Subprocurador Geral da República e teve grande influência no entendimento exarado pelo RE nº 103.094/PR, porquanto opinou em seu parecer pelo reconhecimento do concurso formal nas hipóteses de pluralidade de vítimas, o que fora acolhido na íntegra pelo Relator do Recurso Extraordinário (STF, RE 103.094, 1988, on-line). Ou seja, o parecer do antigo Subprocurador da República e ex-Ministro do STJ, teve importância fundamental na formação da jurisprudência, principalmente no âmbito da Corte Superior, que até os dias de hoje mantém incólume este entendimento.

Para consagrar a jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus nº 122.061/RS, de relatoria da Min. Laurita Vaz foi editado o informativo jurisprudencial nº 0471, abaixo transcrito:

LATROCÍNIO. PATRIMÔNIO. CASAL. Na espécie, o paciente foi condenado pela prática de dois crimes de latrocínio - um consumado e outro tentado - em concurso formal. Na impetração, sustentou-se que os delitos foram praticados contra um casal, o que caracterizaria violação de apenas um patrimônio, devendo ser reconhecido, portanto, o cometimento de crime único. Nesse contexto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus* por entender que o fato de as vítimas serem casadas não necessariamente significa que os objetos subtraídos de sua residência compunham um patrimônio comum indivisível. Segundo salientou o Min. Relator, mesmo nas hipóteses de os cônjuges adotarem o regime da comunhão universal, há bens que não se comunicam, como os do caso: foram subtraídos, entre outros itens, um par de alianças de ouro e quantia em dinheiro proveniente, ao que tudo indica, da aposentadoria por eles recebida. Concluiu, portanto, que, *in casu*, foram cometidos dois crimes contra duas vítimas diferentes mediante uma única ação e lesão a mais de um patrimônio, o que caracteriza o concurso formal nos termos do art. 70 do CP, ainda que as vítimas fossem casadas civilmente. Precedente citado: REsp 729.772-RS, DJ 7/11/2005. HC 122.061-RS, Rel. originária Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 3/5/2011. (STJ, 2011, on-line).

No caso em comento, a Min. Relatora, em seu voto vencido, concedia a ordem para afastar a incidência do concurso formal, afirmando, para tanto, que o patrimônio subtraído era único, pertencente a um casal, não havendo individualização dos bens, considerando a existência do crime-único (STJ, HC 122.061, 2011, on-line).

Porém, no voto-vista do Min. Jorge Mussi, que foi acompanhado pela maioria, restou considerada a ocorrência de violação a patrimônios distintos, ressaltando, principalmente, a subtração da aliança que pertencia ao casal, por se tratar de bens personalíssimos de cada cônjuge, um do varão e outro da mulher, nos moldes delineados pela legislação civil. Apontou também que a quantia em dinheiro subtraída possivelmente era fruto da pensão de aposentadoria das vítimas (STJ, HC 122.061, 2011, on-line).

Em seu voto-vista, o Exmo. Jorge Mussi ressaltou:

“Houve na verdade o cometimento de 2 (dois) crimes de latrocínio contra 2 (duas) vítimas diversas, mediante uma só ação (desdobrada em diversos atos), razão pela qual, tendo havido lesão a mais de um patrimônio, resta caracterizado o concurso formal de delitos (art. 70 do CP), ainda que as vítimas fossem casadas civilmente, e não a ocorrência de crime único”. (STJ, HC 122.061, 2011, on-line).

Assim, a maioria acompanhou a divergência, denegando a ordem e construindo o aludido informativo jurisprudencial.

Contudo, este caso foi levado à apreciação da Suprema Corte por meio do *habeas corpus* nº 109.539, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. No referido *writ*, a defesa pleiteava a reforma do acórdão exarado pelo STJ, a fim de afastar, em síntese, o reconhecimento do concurso

formal de crimes, para estabelecer a ocorrência de crime-único (STF, HC nº 109.539/RS, 2013, on-line).

Este julgado merece destaque, pois fomenta ainda mais a divergência existente entre o STJ e o STF, tendo em vista que, além de reformar o *decisum* do STJ, O Supremo também elaborou um resumo do caso no informativo jurisprudencial nº 705:

Latrocínio contra casal: concurso formal ou crime único - 2
A 2ª Turma concedeu, em parte, habeas corpus para afastar concurso de crimes e determinar ao juízo de primeiro grau que considere a circunstância de pluralidade de vítimas na fixação da pena-base, respeitado o limite do *ne reformatio in pejus*. Na espécie, alegava-se que o paciente teria cometido o delito em detrimento de patrimônio comum, indivisível do casal. Assim, insurgia-se de condenação por dois latrocínios: um tentado e o outro consumado em concurso formal — v. Informativo 699. Reconheceu-se a prática de crime único de latrocínio. Destacou-se que, ainda que se aceitasse a tese de patrimônio diferenciado das vítimas, em função das alianças matrimoniais subtraídas, o agente teria perpetrado um único latrocínio. Pontuou-se que o reconhecimento de crime único não significaria o integral acolhimento do pedido. Frisou-se que afastar-se o aumento de 1/6 da pena, relativo ao concurso de crimes, poderia levar à injustificável desconsideração do número de vítimas atingidas. HC 109539/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.5.2013. (HC-109539). (STF, 2011, on-line).

No início do voto condutor do Ministro relator, foi apontada a existência da divergência que originou o informativo em voga, assinalando que “o núcleo da controvérsia consiste na possibilidade de reconhecimento de concurso formal de latrocínio, na hipótese de delito praticado mediante ação desdobrada em vários atos, que atinja vítimas diferentes”. (STF, HC nº 109.539/RS, 2013).

Adentrando ao mérito, a Corte Suprema afastou de plano, a ideia apregoada pelo STJ, afirmando que seria inviável a construção jurídica relacionada às alianças dos casais e a pensão percebida pelas vítimas. Isto porque, para o eminente Min. Gilmar Mendes, “na seara do Direito Penal, há de se conferir relevância ao elemento volitivo, em suma, o dolo do agente”. (STF, HC nº 109.539/RS, 2013).

Dessa forma, elenca o Ministro que caberia observar o *iter criminis* percorrido pelo agente: se o objetivo era adentrar a residência para roubar os objetos lá encontrados ou se a conduta do agente foi direcionada para roubar itens específicos. Assim, tendo o STJ utilizado como o parâmetro o Código Civil, teria se afastado do elemento subjetivo do tipo penal (STF, HC nº 109.539/RS, 2013, on-line).

O Min. relator frisou, ainda, que independe “o número de mortes, tentativas de homicídios ou de lesões corporais”, devendo tais fatos ser considerados na dosimetria da pena, a fim de garantir uma maior reprovabilidade da conduta do agente. (STF, HC nº 109.539/RS, 2013, on-line).

O voto condutor apontou a importância de não se levar em consideração, para verificar a incidência do concurso formal ou a existência de crime único, a pena final que possa ser

estabelecida ao agente, a fim de dar uma maior punição, mas, considerar, de fato, a real intenção do agente na conduta perpetrada (STF, HC nº 109.539/RS, 2013). Nestes termos, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reformou *in totum* o aresto do STJ, afastando a configuração do concurso formal de crimes, determinando que a pluralidade de vítimas fosse considerada na primeira fase da dosimetria, nos moldes do art. 59 do Código Penal (STF, HC nº 109.539/RS, 2013, on-line).

Ressalte-se que nos debates realizados na sessão de julgamento do HC nº 109.539/RS, no STF, o Ministro Gilmar Mendes destacou a necessidade de os magistrados realizarem a distinção de cada caso (para verificar a ocorrência de ofensa a pluralidade de patrimônios ou não), para se adaptarem à jurisprudência do STF. O Relator demonstrou, ainda, a necessidade de pacificar a jurisprudência sobre o tema:

É preciso que a gente talvez uniformize a jurisprudência, porque o próprio STJ, no caso específico, manifesta claramente a convicção de que estava a destoar, naquele primeiro caso que vossa Excelência pediu vista, da jurisprudência dominante no próprio Tribunal. Mas, é claro, é uma percepção do novo momento. (STF, 2013, HC nº 109.539/RS, on-line)

Contudo, não se pode olvidar que o STJ não se ajustou à jurisprudência firmada no STF, mantendo o mesmo entendimento aplicado em 1995, considerando que nas hipóteses de uma única subtração patrimonial com pluralidade de vítimas, haveria configuração do concurso formal de crimes. Nesse viés é o julgamento da Terceira Seção da Corte Superior na Revisão Criminal nº 4.109/MT, julgado em 2018:

(...) 1. Nos crimes de latrocínio, a prática de uma subtração, com dois resultados morte, é hipótese de reconhecimento do concurso formal impróprio. Precedentes(...) 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2018, on-line)

No mesmo sentido do aresto colacionado acima, têm-se os precedentes julgados no AgRg no HC 347.208/SC, julgado em 03/10/2017; AgRg no HC 387.322/SC, julgado em 17/08/2017; AgRg no Resp 1.251.035/SE, 03/08/2017; e HC 120.455/RJ, julgado em 30/06/2016, além do informativo jurisprudencial nº 0494 do STJ.

Em outra perspectiva, destaca-se a jurisprudência do STF, no julgamento do *habeas corpus* nº 140.368/SP, também de 2018, que reformou, novamente, decisão exarada pelo STJ, com a seguinte ementa:

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Latrocínio (CP, art. 157, § 3º). Pluralidade de vítimas. Concurso formal impróprio não configurado. Delito praticado com unidade de desígnios. Reconhecimento do concurso formal próprio (CP, art. 70, 1ª parte). Precedentes. Condenação transitada em julgado. Impetração utilizada como sucedânea de revisão criminal. Possibilidade em hipóteses excepcionais, quando líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação da Corte. Precedente da Segunda Turma. Regimental não provido. **1. O reconhecimento do concurso**

formal próprio no delito de latrocínio praticado encontra respaldo jurídico na jurisprudência do Supremo Tribunal segundo a qual “o crime de latrocínio é um delito complexo, cuja unidade não se altera em razão da diversidade de vítimas fatais; há um único latrocínio, não obstante constatadas duas mortes; a pluralidade de vítimas não configura a continuidade delitiva, vez que o crime-fim arquitetado foi o de roubo e não o de duplo latrocínio” (HC nº 71.267/ES, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 20/4/95). (...) (STF, 2018, on-line) [grifou-se]

O posicionamento exarado pela Suprema Corte não se limita tão somente ao precedente supracitado, havendo decisões no mesmo sentido, tanto da 1ª Turma, quanto da 2ª Turma, a exemplo do Rhc 107.210/PE, julgado em 10/09/2013, e AgRg no HC 140.368/SP, julgado em 07/08/2018.

Assim, depreende-se que a divergência entre os Tribunais permanece até os dias atuais, enraizando, também, posicionamentos contrários na doutrina pátria, consoante demonstrado.

Porém, causa estranheza o fato de o STJ utilizar como supedâneo para seu posicionamento a própria Súmula elaborada pelo STF, conforme o julgado no Resp. n. 1.164.953/MT:

Com efeito, tendo sido produzido o resultado morte, o crime de latrocínio está consumado, ainda que não tenha havido a subtração da coisa, nos termos do entendimento jurisprudencial de há muito consagrado na Súmula n.º 610 do Supremo Tribunal Federal: “[h]á crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”. Por conseguinte, se foram duas as mortes, ainda que apenas um patrimônio lesado, há concurso entre dois latrocínios. (STJ, 2012, on-line).

Em verdade, esta divergência está ligada diretamente à discussão que existia acerca do momento de consumação do latrocínio. Isto porque, à época da edição da Súmula 610/STF, a pena mínima cominada ao latrocínio era de 15 anos, que, nos casos de tentativa, poderia ser estabelecida em 05 anos, caso aplicada a redução máxima prevista no art. 14, II, do CP, fato reputado como uma pena branda e injusta para o delito tão grave (FRAGOSO, 2017). Assim, para evitar esta “injustiça”, a Súmula teria sido editada:

O crime complexo só se consumará com a mera prática do crime-meio se o crime-fim estiver, no tipo, em termos de um mero fim de agir (e não, como ocorre no latrocínio, quando se exige a subtração. (...)

A circunstância de o latrocínio ser mais rigorosamente apenado não pode influenciar na questão relativa ao momento de sua consumação. (FRAGOSO, 2017, p. 200-201).

Desse modo, é notória a existência da divergência jurisprudencial estabelecida entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que, de certo modo, causa imensa insegurança jurídica ao processo penal, pois o concurso formal impróprio traz um rígido sistema cumulativo que causa um grande impacto na pena final do agente (NUCCI, 2015).

Outrossim, não se pode olvidar que o latrocínio resguarda o bem jurídico patrimônio, sendo a morte um agravamento para o crime de roubo, ainda que em detrimento de erro de tipificação do legislador (GRECO, 2014). Portanto, o entendimento consolidado pelo STJ, no sentido de aplicar o concurso formal impróprio, quando existente a pluralidade de vítimas, ainda que única a subtração patrimonial, é consequência da elaboração da Súmula n. 610 do STF, editada de maneira inadequada, em ofensa ao exposto no art. 14, II, do CP, para suprir a “errônea” tipificação do latrocínio.

Desta feita, urge a necessidade de uniformização da jurisprudência entre os tribunais superiores, a fim de extirpar este conflito de imposição de entendimentos jurisprudenciais entre o STJ e o STF, a fim de que se garanta segurança jurídica na aplicação do direito penal, principalmente, para evitar eventuais desproporcionalidades e irrazoabilidades na individualização da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo restou demonstrada a divergência doutrinária e jurisprudencial, notadamente entre os Tribunais Superiores pátrios, a respeito da incidência ou não do concurso formal impróprio, nos delitos de latrocínio com pluralidade de vítimas fatais e caso de haver uma única subtração patrimonial.

Pôde-se perceber que por tratar-se de crime complexo que abarca o homicídio e o roubo, o latrocínio enfrentou severas críticas e divergências conceituais.

Não obstante o delito de latrocínio tenha em sua composição um crime contra a vida, não se pode olvidar que o crime previsto no art. 157, § 3º, II, do CP, visa tutelar o patrimônio, pois está definido no título II do diploma repressivo que trata “dos crimes contra o patrimônio (BRASIL, 1940). Ou seja, para a consumação do aludido delito, a subtração do patrimônio e o ato atentatório contra a vida deveriam ser verificados no caso (GRECO, 2014).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula nº 610, ignorou este raciocínio, firmando entendimento no sentido de ser prescindível a ocorrência da subtração patrimonial para consumação do crime latrocínio, sendo suficiente a ocorrência da morte da vítima, mesmo diante de mera tentativa da subtração do patrimônio (STF, 1984, on-line).

Isto porque, na concepção da Corte Suprema, o crime de latrocínio visa a proteção do patrimônio e não da vida, não havendo que se falar em ocorrência de vários latrocínios em razão de diversas mortes, sem constatar a violação plúrima ao patrimônio (STF, 1979, on-line).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça utiliza-se da Súmula n. 610 do STF para fundamentar sua interpretação jurídica de forma diversa, tendo em vista que a ocorrência de pluralidades de vítimas é fator determinante para aferir a quantidade de latrocínios, quando no mesmo quadro fático, sendo a ocorrência da subtração patrimonial prescindível para sua consumação (STJ, 2012, on-line).

Em verdade, verifica-se a existência de uma verdadeira contradição da Corte Suprema ao adotar sua tese jurídica, visto que em certo momento afirma ser inviável o reconhecimento de dois crimes de latrocínio, quando houver a ocorrência de pluralidade de vítimas fatais, mas uma única subtração patrimonial, em razão da complexidade do delito. Todavia, para

definir o momento de consumação do aludido crime, a referida Corte afirma ser prescindível a ocorrência da subtração patrimonial para caracterização do delito de latrocínio, em razão da prevalência do bem jurídico vida.

Percebe-se que a jurisprudência foi se formando para tentar corrigir os erros cometidos pelo legislador na criação defeituosa do crime de latrocínio. A Súmula 610 do STF, que tentou evitar uma pena baixa para o agente que fosse condenado pelo crime de latrocínio em sua forma tentada, acabou por fomentar a divergência aqui analisada, sem trazer uma solução à problemática que já se afigurava há tempos.

Conclui-se que a divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF é notória e aparenta estar distante de chegar a algum consenso. Porém, considerando a atual conjuntura jurisprudencial e doutrinária, principalmente o que dispõe a Súmula 610 do STF, mais adequada para solucionar a controvérsia se mostra a jurisprudência do STJ, tendo em vista que o latrocínio se consuma independentemente da subtração patrimonial, mas com a morte consumada.

Por fim, não se pode perder de vista que o legislador definiu o latrocínio como uma forma qualificada do roubo e, em razão de sua natureza complexa, não se pode admitir a ocorrência de latrocínio consumado se não restarem violados os dois bens jurídicos tutelados pela norma. Desse modo, não cabe à jurisprudência sanar eventuais “equívocos” normativos, com o fim de evitar opiniões que possam gerar uma possível injustiça na aplicação da sanção penal, criando premissas que sequer foram previstas pelo legislador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018.. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BARBOSA, Marcelo Fortes (1994). *Latrocínio*. São Paulo: Malheiros Editores.

BITTECOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até os crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*/ Cezar Roberto Bitencourt, 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212)* / Fernando Capez. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CAROLLO, João Carlos. *O Crime de Roubo e o Latrocínio Doutrina e Jurisprudência* . Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2009.

FRAGOSO, Christiano. *Crimes de furto e de roubo*/ Christiano Fragoso, Patrícia Glioche. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial, volume III* / Rogério Greco. – 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. *Curso de direito penal: parte especial, volume III* / Rogério Greco. – 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio*/ Damásio de Jesus. – 34. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal*. Israel Domingos Jorio. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado* / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP*/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini – 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006 – São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. STF. Habea Corpus. **HC 56704**, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 20/02/1979, DJ 23-03-1979 PP-02100 EMENT VOL-01125-01 PP-00104. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=65887>>. Acesso em: 24 de mar. 2019.

BRASIL. STF. Habeas Corpus. **HC 71267**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 14/02/1995, DJ 20-04-1995 PP-09947 EMENT VOL-01783-02 PP-00234). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STF. Habeas Corpus. **HC 109539**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STF. Habeas Corpus. **HC 107201**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 05-11-2014 PUBLIC 06-11-2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário. **RE: 103094PR**, Relator: Min. DJACI FALCÃO, Data de Julgamento: 04/03/1988, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15-04-1988 PP-08400 EMENT VOL-01497-02 PP-00384. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14675804/recurso-extraordinario-re-103094-pr/inteiro-teor-103071748?ref=juris-tabs>>. Acesso: 21 nov. 2018.

BRASIL. STF Habeas Corpus. **HC 140368**, AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. STF. Súmula n. 610, de 29 de outubro de 1984. Sessão Plenária de 17/10/1984. DJ de 29/10/1984, p. 18114; DJ de 30/10/1984, p. 18202; DJ de 31/10/1984, p. 18286. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=610.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> . Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus. **HC 122.061/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STJ. Recurso Especial. **REsp 15.701/SP**, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/1992, DJ 27/04/1992, p. 5507. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STJ. Recurso Especial. **REsp 28.023/SP**, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Rel. p/ Acórdão Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/1995, DJ 26/02/1996, p. 4036. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. STJ. Recurso Especial. **REsp 1.164.953/MT**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. STJ. Revisão Criminal. **AgRg na RvCr 4.109/MT**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 27/02/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

O § 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SUA EFICÁCIA NO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Anelise Acacia Lima Muniz¹

Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva²

Deyvson Alves da Silva³

RESUMO: O presente artigo analisa a eficácia do § 1º do artigo 489, do Código de Processo Civil, na avaliação e controle das decisões judiciais de 1º grau, destacando a necessidade de positivação dos atos das decisões judiciais (interlocutória e de mérito).

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Dever de fundamentação. Arbitrariedade.

INTRODUÇÃO

A exorbitante quantidade de processos, empurrados pelas metas de julgamento, e tratados como “gado”, somado ao egocentrismo de parcela dos magistrados, que se colocam acima do preceito legal, e da jurisprudência, representam um perigo aos jurisdicionados, com resultados que vão desde prejuízos financeiros, a anos de prisão a mais.

Nesse contexto, a necessidade de fundamentação surge como um filtro, uma baliza, que já presente ao teor do Código de Processo Civil de 1973, (e posteriormente, no artigo 93 da Constituição Federal de 1988), já positivava a necessidade de expressão da lógica de decisão dos atos e decisões judiciais, com vistas ao controle público (THEODORO Jr., 2015).

Entretanto, mesmo com este dispositivo, o que se observou ao longo do tempo, foi o crescente número de fundamentações motivadas legalmente (atendendo o preceito do artigo) mas completamente díspares do caso em concreto. Surge disto, a necessidade de prever e reprimir este tipo de conduta.

Em 2015, A vigência do novo Código de Processo Civil - fruto de um amplo debate com a participação dos mais diversos atores jurídicos - trouxe no bojo do artigo 489, o seu §1º, que define quais formas de decisão “não serão consideradas fundamentadas.”

Como âmago da necessidade de fundamentação, as decisões de mérito serão avaliadas pelo prisma do referido artigo, e seu § 1º, para avaliar a extensão de sua eficácia na contenção dos principais problemas de motivação das decisões; sem deixar de abordar a questão da jurisprudência, que flutuante entre as decisões autônomas de alguns magistrados e a

1 Mestre em Educação no Programa de Pós-Graduação Acadêmico *strictu sensu* da Universidade Cidade de São Paulo (UNICID), Brasil (2018). lattes.cnpq.br/9902966279343328 E-mail: anelise.muniz@udf.edu.br

2 Mestre em Direito Público pela Universidade de Extremadura, Espanha, (2003) <http://lattes.cnpq.br/3319137857072556> E-mail: elenora.saraiva@udf.edu.br

3 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF (UDF), Brasil (2017). <http://lattes.cnpq.br/2734208952413068> E-mail: dayvson.07@gmail.com

inconstância das Cortes Superiores, provocam instabilidade ao ordenamento jurídico, e insegurança aos operadores do direito.

Cumprirá ainda, neste diapasão, ressaltar a dinâmica das decisões judiciais entre magistrados e demais operadores do direito, além de alguns pontos cruciais nestas relações.

A importância deste artigo, e seu §1º, mais do que na expressão infraconstitucional do dever de fundamentação, está na compreendida necessidade de se conter decisões fundamentadas “conforme a lei”, mas que não guardam sentido algum com o caso, com o direito, ou tampouco com a justiça.

1. O JUÍZO DE 1º GRAU E O PROCESSO CIVIL

1.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

No primórdio da sociedade, a justiça se concretizava por meio da autocomposição, “lei do mais forte”, o que ante o desenvolvimento foi sendo substituído pela figura do Estado como mediador das lides (DUTRA, 2008).

Nesta configuração inicial, havia apenas a preocupação com o direito material, de forma que se encontrando as partes nos locais designados, um juiz determinado, que presidia a discussão, avaliava os argumentos, testemunhos e provas, e ao final pronunciava um veredicto (DUTRA, 2008).

Com o tempo, surgiu a necessidade do estabelecimento de regras na condução do ato de julgamento, onde as sociedades greco-romanas formularam as primeiras regras de condução destes atos (DUTRA, 2008).

O Processo Civil caminhou como regramento adjetivo por séculos, sendo na verdade, um mero meio de exercício dos direitos materiais (DUTRA, 2008), até o reconhecimento do direito processual como ciência autônoma.

Graças aos juristas alemães, que o alçaram a natureza de “método de exercício da jurisdição”, desenvolvendo-se sob o objetivo da eficácia do processo judicial, e proteção dos indivíduos, de forma igualitária e isonômica em sua condução (DUTRA, 2008).

Nesse contexto, tornou-se assento de princípios universais como a dignidade da pessoa humana e a democracia (DIDIER Jr., 2016).

Mas, apesar de toda a evolução conceitual, e busca pela eficiência, o direito processual é essencialmente instrumental, e como tal, dependia de quem o manejava, que muitas vezes não compartilhava dos ideais e princípios comuns; expressando, reflexamente, cada vez mais, a necessidade de uma normatização que conduzisse as ações do juiz, e balizasse suas decisões dentro do que se concebia como justo, isonômico, e igualitário para todos (DUTRA, 2008).

Afinal, quem conduz um instrumento dá-lhe a direção. Mas, diante das injustiças, excessos e parcialidades, surgiu a necessidade de o instrumento delinear a condução da mão.

1.2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

Modernizado, e mais dinâmico, o novo Código de Processo Civil trouxe um formato mais cooperativo de condução do processo, que esculpido nos artigos 6º e 10º, ao oportunizar às partes que se manifestem previamente sobre as normas que serão aplicadas, e ao juiz que

conheça de ofício sobre fatos alhures e determinar provas que julgue pertinentes, tornaram o processo cada vez mais um instrumento de justiça, e menos da vontade da parte mais capacitada e melhor assistida. Além de dar ao processo um sistema mais humano, harmônico e participativo de condução (MARINONI, 2016).

Com relação ao dever de motivar, este não deve ser visto apenas como “garantia das partes”, mas reflexo da ampla defesa, contraditório e da imparcialidade esperada do magistrado e do Estado - como democrático e de direito que se apresenta. Conforme leciona Cintra, é: “[...] *uma forma de aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade da justiça das decisões*” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Citado por LENZA, 2012, p.1029, grifo nosso).

De fato, a necessidade de fundamentação se justifica nas várias decisões interpretativas que o juiz tem a respeito das controvérsias fáticas, probatórias e normativas, que se concatenam no decisum; carecendo então, de toda uma estruturação lógica que justifique sua racionalidade, e seja aceitável de um ponto de vista imparcial, igualitário e justo. Como bem descreve Marinoni (2016, p. 576,): *“A justificação deve ser interna (lógica) e externa (argumentativa).”* (Grifo nosso). Neste ponto, cumpre ao artigo 489 definir elementos essenciais para a exposição dos fundamentos; sem os quais carente desses requisitos é nula a decisão.

Entretanto, a problemática no controle dos atos e decisões judiciais, se manifesta, por exemplo, em fundamentações com termos vagos, e/ou abrangentes. Neste contexto, se uma fundamentação é redigida de forma que sirva como “modelo reproduzível” para qualquer decisão, é obvio que em nada possui nexos formativos de opinião com os fatos e elementos peculiares de cada processo; afronta o princípio da boa-fé (artigo 5º e 489, §3º do NCPC), macula a formação de precedentes, e no mínimo, desafia anulação dos casos concretos (GAJARDONI, 2015).

Na baliza deste tipo de decisão, o §1º do artigo 489, procura definir o que “não se enquadra como fundamentação”, diminuindo a flexibilidade das fundamentações, e por outro lado, procurando não estreitar a capacidade de atuação dos magistrados, sobretudo de 1º grau, sendo por isso rol exemplificativo e não taxativo, à medida que as decisões concretizam direitos fundamentais difundidos em casos variados (GAJARDONI, 2015).

Atualmente, o desafio do Processo Civil com relação ao dever de fundamentação, é encontrar soluções que conduzam o processo conforme os ideais e princípios definidos pela democracia, delineando a atuação dos magistrados, e caminhando sobre uma linha tênue entre engessar a atuação dos juízes na pluralidade dos casos, e a perigosa flexibilidade do “livre convencimento” (ainda que motivado) que lhes permite por vezes, atuar conforme convicções próprias, e alheias as definições comuns de justiça (DIDIER Jr., 2016).

2. O ARTIGO 489 E SEU §1º NO CONTROLE E AVALIAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DE 1º GRAU

2.1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Com o novo Código de Processo Civil, as interlocutórias ficaram sujeitas a impugnação restrita elencada pelo artigo 1.015 (agravo de instrumento), ou quando não previsto neste,

restará a possibilidade de impugnação em apelação ou contrarrazões, conforme art. 1.009, §1º (CARNEIRO, 2016).

Essas decisões são de suma importância, na medida que conduzem o processo, e concatenam-se numa direção de sentença. Sobretudo com o fim dos agravos retidos. Embora, diferente dos despachos - posto que, não têm conteúdo decisório - são como estes, irrecuráveis (CARNEIRO, 2016).

Embora, após longo debate na Corte, a taxatividade do Agravo de Instrumento tenha sido considerada mitigada pelo STJ (Controvérsia n.º 35/STJ), ainda há de se verificar que isto não ampliou em muito as possibilidades de interposição.

Das interlocutórias, as quais não caiba agravo de instrumento, e que possam gerar danos irreparáveis as partes, é possível a impetração de mandado de segurança (artigo 5º, inciso LXIX, CF/88), eis que oponível às decisões que não possuam recurso com efeito suspensivo (artigo 5º, inciso II da lei 12.016/09) (TALAMINI, 2016).

Contudo, será difícil a subsunção da maioria das situações ao cabimento do mandado de segurança, mesmo com os riscos da oportunidade protelada de impugnação, dado o entendimento sedimentado nos Tribunais, de que havendo recurso próprio - ainda que oponível apenas em momento posterior -, a via mandamental é “inadequada” (TALAMINI, 2016).

Neste sentido, o §1º do artigo 489 do CPC, terá, ao demandar do magistrado a necessidade de fundamentação adequada, um caráter preventivo de decisões que possam gerar danos as partes, e sejam impugnáveis apenas em momento mui distante, qual seja, de apelação; e que ainda correm o risco de configurar eventual preclusão por aquiescência à decisão (ato incompatível com a vontade de recorrer), pela não oposição de algum recurso (CARNEIRO, 2016).

2.2 DECISÕES DE MÉRITO

Em relação a sentença, além dos elementos essenciais do artigo 489 do CPC, é necessário demonstrar a racionalidade decisória que concatenou fatos, provas e argumentos, em um *decisum*. Será a parte externa (argumentativa), da lógica interna (pessoal), que o magistrado seguiu (MARINONI, 2016).

Sobre tanto, cumpre ressaltar a “teoria da cognição”, que procura avaliar a cadeia cognitiva de formação do julgado, como um núcleo metodológico para estudo do processo contemporâneo. Watanabe (citado por DIDIER Jr., 2016), divide a lógica da decisão em plano horizontal e plano vertical.

No plano horizontal temos a extensão de decisão e a amplitude das questões que podem ser objeto da cognição do magistrado.

Deste conceito surgem os procedimentos especiais, pela característica de restringir a amplitude de conhecimento e cognição do magistrado. Geralmente, esta limitação favorece a razoável duração do processo.

O outro plano, vertical, diz respeito à profundidade em que as questões subsumidas ao magistrado serão conhecidas; que pode ser sumária ou exauriente. Sumária quando avalie de

plano, pela matéria e característica da questão; e exauriente, quando destrinchar as questões em confronto com o direito (WATANABE, citado por DIDIER Jr., 2016).

Afirma DIDIER Jr. (2016, p. 453, grifo nosso), que: *“Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se pela coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas.”*

Na busca dessa linha de cognição, têm-se, de fato, que o ordenamento jurídico brasileiro é enorme, mas mesmo assim não consegue definir e regular todas as situações cotidianas em suas peculiaridades; o que demanda do juiz uma atividade criativa de adaptação de preceitos legais, princípios, jurisprudência e costume; o que lhe permite uma abrangência de decisão, que por vezes, é incoerente ao caso concreto, e não reproduz nexos com os fatos, provas e outros elementos do processo; quando não reflete apenas conceitos pessoais do magistrado, em contraposição ao sentido do ordenamento jurídico e entendimento dos Tribunais.

Dentro da fundamentação, os problemas decorrem de basicamente 3 vertentes, como explicita Wambier (2014, p. 276):

Pode dizer-se, que há, grosso modo, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise:

1. ausência de fundamentação;
2. deficiência de fundamentação; e
3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença.

Em aperfeiçoamento ao artigo 489 - que na essência, seguiu a mesma sistemática do antigo 457 do CPC/73, temos seu §1º que delimita “o que não se considera fundamentação.” Este parágrafo tem extrema importância, pois se aplica a qualquer decisão judicial com conteúdo decisório, permitindo controle mais efetivo dos pronunciamentos e reduzindo a margem de subjetividade das sentenças, e de decisões (MARINONI, 2016).

Nos incisos: I, II, III e V, procura levar o julgador a uma decisão lógica, que guarde coerência entre os argumentos da fundamentação e a causa, evitando sentenças desprovidas de análise concreta dos elementos do processo. E no inciso IV, promover, através do dever de debate, o direito ao contraditório como direito de influência, conforme disposto no artigo 10 do NCPC; de forma que se omitindo o magistrado, não se considera fundamentada a decisão, desafiando embargos declaratórios para forçar a análise dos pontos omissos (artigo 1.022, II, CPC), (MARINONI, 2016).

Já no inciso VI, nos deparamos com um problema corriqueiro na 1ª instância: a desobediência às súmulas, entendimentos e disposições de Tribunais Superiores. Este que apenas transfere a grande quantidade de processos da 1ª para a 2ª instância. Sobre isso, Teresa Arruda Alvim Wambier (citada por SOUZA, 2015) nos traz a reflexão de que:

A gente tem que dizer aos juízes que realmente a palavra dos ministros do STJ e do STF é mais importante que a deles. Haverá um certo momento que ele terá que abrir mão sim de julgar com base na sua livre convicção, para o bem do país. Se eles toparem, não terá como o novo CPC não dar certo. O novo CPC tem como objetivo criar um país mais justo e mais célere.

3 CONTROLE E INFLUÊNCIA DAS PARTES E TRIBUNAIS

3.1 JUÍZO E MINISTÉRIO PÚBLICO

No processo civil brasileiro, o MP poderá atuar como parte, bem como participar como custos legis, no zelo “pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição”, conforme os ditames da CF/88, em seu artigo 129, inciso II, (MARINONI, 2016).

Inclusive, não havendo sua intimação em determinados feitos, há vício de forma, podendo acarretar a invalidade dos atos processuais, na disciplina do artigo 279 do CPC, (MARINONI, 2016).

Estas disposições visam permitir ao MP o cumprimento de suas funções institucionais, quais sejam: “*atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis* (Grifo nosso).” Conforme determina o artigo 127 da CF/88, e reforça o artigo 176 do Código de Processo Civil.

Assim, a fundamentação das decisões dos magistrados revela-se o objeto de avaliação do processo, atos e decisões, sob o prisma da ordem jurídica; sendo que em sentido contrário, deverá o *parquet* adotar as medidas necessárias à adequação do processo, segundo creia jus ao ordenamento jurídico. À exemplo, recorrendo, mesmo quando não haja manifestação das partes, como dispõe a súmula 99 do STJ: “*O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte*” (Grifo nosso) (MARINONI, 2016).

Poderá, ainda, apresentar reclamação direta perante o STF, no caso de decisão que desrespeite súmula vinculante; inclusive, na pessoa do MP estadual, como reafirmou o ministro Celso de Mello:

Entendo que o Ministério Público estadual, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais e no âmbito de processos cuja natureza justifique a sua formal participação (quer como órgão agente, quer como órgão interveniente), dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal, destacou (STF - Home Page, 2014).

Mais comumente, a influência do MP dava-se nas decisões *per relacionem*, as quais o juiz simplesmente adotava o parecer - ou fundamentos - do Ministério Público, sem encadear uma linha de raciocínio própria.

Entretanto, não basta que o julgador apresente como fundamento de sua decisão outra peça constante dos autos (como no caso de um parecer do MP) (THEODORO JR., 2015).

Embora, de muita influência prática no *decisum*, as decisões e pareceres do MP também não fogem à regra da devida fundamentação, com a nova linha do NCPC, no sentido de exigir, quer das partes, quer do juiz, fundamentação específica para pedidos e decisões (WAMBIER. Citada por BECKER, 2017).

Expressão maior se verifica na disposição do artigo 77 do Código de Processo Civil, e em seu inciso II, ao determinar que:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; (grifo nosso)

Sobre isto, reafirma MARINONI (2016), que as partes (e, obviamente, seus procuradores) tem o dever de não formular alegações destituídas de qualquer agasalho na ordem jurídica. Lembrando que, a alegação de argumentos eventualmente vencidos na jurisprudência, mas aceitáveis, não configura afronta ao dispositivo descrito pelo CPC.

3.2 JUÍZO E ADVOGADOS

O advogado atua, geralmente, - e sobretudo nos recursos - com base na fundamentação do juízo. Nas palavras de Grande Jr., (2015):

[...] quem se dedica à advocacia judicial conhece bem a precariedade de fundamentação de algumas decisões judiciais e a grande dificuldade para conseguir a correção do vício. Daí o motivo do atual legislador processual civil ter esmiuçado a questão.

Na advocacia pública, onde por defenderem direitos e interesses coletivos não se pode desistir de uma ação, ou deixar de recorrer sem formalmente justificar os motivos para tanto, há um imbróglio ainda maior (GRANDE Jr., 2015).

Como bem cita MARINONI (2016), as fundamentações viabilizam o respectivo controle intersubjetivo. Todavia, diante da dinâmica de divisão dos trabalhos, e das respectivas argumentações entre juiz e as partes, o dever de fundamentação analítica do juiz, será relativo ao ônus de alegação específica (fundamentada) das partes. O que, por sua vez, demanda dos demais atores jurídicos uma maior cautela em suas manifestações.

Questão ainda atual, a arbitração de honorários advocatícios, mesmo diante da baliza do §2º do artigo 85 do CPC, ainda encontra quem a procure diminuir em valor aquém. Recentemente, a 2ª seção do STJ (REsp 1.746.072) precisou decidir pela estrita obediência ao referido parágrafo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º). (Grifo nosso) (BRASIL. STJ, 2019. REsp Nº 1.746.072/PR)

Na ocasião, o presidente da OAB, Felipe Santa Cruz, ressaltou o caráter de verba alimentar dos honorários:

A OAB tem lutado desde sempre em todas as frentes em defesa da verba honorária, que não pode ser aviltada. Tendo caráter alimentar, deve ser fixada em valor digno e proporcional à causa. Portanto, essa é uma conquista que saudamos imensamente (ROTA JURÍDICA, 2019).

Neste sentido, a necessidade de motivação, e ainda mais, as restrições do §1º, do artigo 489, terão papel fundamentação nas decisões judiciais, e na dinâmica de interação entre partes e magistrados; inclusive, e não menos importante, nas relativas a arbitragem de honorários por equidade. Poder-se-ia dizer, que o código é claro neste sentido; mas a arbitragem, e valoração dos honorários ainda cumpre relativamente à razoabilidade do magistrado, dentro da determinação do §2º, do artigo 85, e nos casos do §8º (MARINONI, 2016).

3.3 OS JUÍZES E OS TRIBUNAIS – CONTROLE JURISDICIONAL

Dispõe o artigo 489 do CPC, em seu §1º, e incisos V e VI, que:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Assim, não se considera fundamentada a decisão que apenas aparenta aplicar algum precedente, mas que na verdade não possui nenhum nexo de pertinência da *ratio decidendi* com o caso em julgamento.

Como bem define Marinoni (2016), trabalhar com precedentes “*significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem.*” E ainda, que “*como refere o artigo 489, §1º, V, CPC, é preciso identificar as razões determinantes das decisões e a efetiva ligação com o caso concreto, demonstrando-se que esse se ajusta àqueles fundamentos*” (Grifo nosso) (MARINONI, 2016).

De forma ainda mais técnica, Didier Jr. expressa que: *“A não-realização da distinção (método de contraposição) em tais casos implica ausência de fundamentação e, pois, a invalidade da decisão”* (Grifo nosso) (DIDIER Jr., 2015, p. 340).

Sobre o método de contraposição, descreve como:

um método de confronto, “ pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.” Sendo assim, pode-se utilizar o termo “ distinguish” em duas acepções: (I) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (distinguish - método); (II) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (distinguish-resultado) (TUCCI, 2004. Citado por DIDIER, 2015, p. 339).

Quando não superficialmente fundamentadas, ainda há o problema das decisões que desafiam os precedentes dos tribunais.

Recentemente, de acordo com pesquisa sobre o perfil da magistratura, divulgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a maioria dos juízes, de primeira e de segunda instância, acha que o sistema de precedentes prejudica sua independência profissional (ROVER, 2019).

Nesta, 52% dos juízes de primeiro grau acham que não devem se pautar pela jurisprudência. Inclusive os ministros, responsáveis por criar os precedentes e súmulas, dos quais 55% dos 20 entrevistados pela pesquisa concordam que o magistrado deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes (ROVER, 2019).

Para MARINONI (2016), apenas as cortes supremas podem superar os próprios precedentes.

Como bem ilustra Wambier (2015):

[..] embora, realmente, não haja respeito pela posição dos Tribunais Superiores, o modo como estes as alteram não é “saudável. São mudanças bruscas e que restam muitas vezes sem explicação suficiente. Esse fenômeno é uma das causas do número excessivo de recursos a que esses tribunais estão submetidos.”

Com relação ao controle sobre a fundamentação dos juízos de 1º grau, este deverá ser feito por subsunção aos juízos ad quem, e Tribunais Superiores, por meio dos recursos cabíveis, diante de irresignação das partes com a decisão; o que indiretamente transfere parte da enorme quantidade de processos que atola o judiciário, do 1º grau para os tribunais superiores (WAMBIER, 2015).

O que reafirma a necessidade de precedentes e jurisprudências estáveis, afim de evitar “tentativas de procedência”.

Isto, quando as partes não desistirem de recorrer, aceitando decisões incoerentes, em virtude dos altos custos em que possam incorrer – inclusive - com honorários sucumbenciais. Pois, como expressa Marcos Coelho: *“o arbitramento de honorários recursais é um desestímulo*

à impetração de recursos, convalidando o princípio de celeridade e simplicidade processual [...]” (COELHO, 2015, p.17, grifo nosso).

CONCLUSÃO

Verifica-se, que a nova dinâmica de condução processual, sob o amplo contraditório participativo, cria uma sistemática de maior interação, e conseqüentemente, maior ciência e resposta das partes aos atos judiciais. Desta forma, os princípios e diretrizes gerais do Novo Código, em si, já propiciam um ambiente de maior controle dos atos e decisões.

Sobre as interlocutórias, diante da nova sistemática, onde não há uma forma de impugnação imediata destas, o §1º do artigo 489 do CPC, terá, ao demandar do magistrado a necessidade de fundamentação adequada, um caráter preventivo contra decisões que possam gerar danos as partes, e sejam impugnáveis apenas posteriormente em apelação. Isto, quando não abarcadas pelos casos – restritos à taxatividade (agora mitigada) – do Agravo de Instrumento.

Em relação as decisões de mérito, atua o §1º como baliza de eventuais decisões passíveis de nulidade, e conseqüente postergação, e que ocasionariam ainda mais a famosa “demora” do processo, que os recursos trariam com a reapreciação da sentença. E ainda, positiva de forma clara, o devido respeito e adequação aos precedentes, súmulas e jurisprudência com vistas a estabilidade e segurança do ordenamento jurídico, ante a disposição do inciso VI.

Neste sentido, os atos e decisões do magistrado deverão se pautar pela lógica, nexos com o caso, e adequação legal, de acordo com os incisos do §1º; caso contrário incorrerão em nulidade.

Embora, fundada a minoritária parcela da doutrina, cética a uma “perfeição” do artigo, frente ao caráter subjetivo da construção cognitiva dos juízes, que poderiam por vezes “esquivar-se” de suas razões reais, com outros fundamentos legais; onde o §1º não alcança a “perfeição”, cumprirá aos operadores do Direito, e partes, acionarem as entidades correccionais diante das arbitrariedades e incoerências.

Por todo o exposto, conclui-se pela eficácia do artigo 489, e seu §1º, aos principais problemas com decisões judiciais, refletindo, coibindo, e substanciando a reforma destas decisões, sobretudo, na 1ª instância estadual, onde se encontram os casos mais diversos.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo. *Será vedada a fundamentação per relationem no STJ?* **Jota**. Coluna. CPC nos Tribunais. 19 de jan. de 2017. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/sera-vedada-fundamentacao-per-relationem-no-stj-19012017> >. Acesso em: 14 abr 2017.

BRASIL. **LEI 13.105, de 16 de março de 2015.** *(Novo) Código de Processo Civil*. D.O.U. de 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm >. Acesso em: 28 fev 2019.

BRASIL. TJ-RJ - MS: 00276653020168190000 RIO DE JANEIRO SAO GONCALO 8ª VARA CIVEL, Relator: MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 04/07/2016, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/07/2016 Disponível:< <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/360670603/mandado-de-seguranca-ms-276653020168190000-rio-de-janeiro-sao-goncalo-8-vara-civel> >. Acesso em: 02 abr 2017.

BRASIL. STJ – REsp Nº 1.746.072 PR - PARANÁ 2018/0136220-0 - 13 de fevereiro de 2019 – Dje 29/03/2019 - Min. Nancy Andrichi - Disponível: <<https://www.escaudor.com/diarios/843493/STJ/P/2019-03-29/407363327/movimentacao-do-processo-2018-0136220-0>>. Acesso em: 29 mar 2019.

CARNEIRO, Rafael Funchal. *O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015*. JUSBRASIL. Rio de Janeiro. 2016. Artigos. Direito Processual Civil. Disponível em: <https://raphaelfunchalcarneiro.jusbrasil.com.br/artigos/318177314/o-agravo-de-instrumento-no-codigo-de-processo-civil-de-2015> >. Acesso em: 02 abr 2017

COELHO, Marcus Vinicius Furtado [et al]. **As conquistas da Advocacia no Novo CPC**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. V.1.

_____. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.V.1

DUTRA, Nancy. *História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil*. **Revista Jus Navegandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 1 abr 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GRANDE Jr., Cláudio. *Fundamentação de decisões no novo CPC é crucial para advocacia pública*. Revista CONSULTOR JURÍDICO. **ConJur**. Goiás. 28 de abril de 2015. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-abr-28/fundamentacao-decisoes-ncpc-crucial-advocacia-publica> >. Acesso em: 02 abr 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**. 1. ed. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. V.1.

ROTA JURÍDICA. *Honorários de sucumbência devem ser arbitrados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação.* **ROTA JURÍDICA.** Notícias. 15 de fev. 2019. Disponível em: < <https://www.rotajuridica.com.br/honorarios-de-sucumbencia-devem-ser-arbitrados-entre-10-e-20-sobre-o-valor-da-condenacao-decide-stj/> >. Acesso em: 28 fev 2019.

ROVER, Tadeu. *Maioria dos juízes entende que não deve seguir jurisprudência, diz pesquisa.* **ConJur.** Notícias. 11 de fev. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/juizes-entendem-nao-seguir-jurisprudencia-pesquisa>>. Acesso em: 28 fev 2019.

STF. Home Page. *Ministro reafirma legitimidade de MP estadual para propor reclamação no STF.* Imprensa. **Notícias STF.** 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=260512>>. Acesso em: 13 abr 2017.

SOUZA, Giselle. *NOVO CPC: Tribunais superiores têm que respeitar sua própria jurisprudência.* Revista CONSULTOR JURÍDICO. **ConJur.** Rio de Janeiro. 19 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-19/tribunais-superiores-respeitar-propria-jurisprudencia>>. Acesso em: 02 abr 2017.

TALAMINI, Eduardo. *Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15.* MIGALHAS. 2016. **Migalhas.** Artigos. Migalhas de peso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15> >. Acesso em: 02 abr 2017.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz.** 2.ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Por que respeitar os precedentes?* **Gazeta do povo.** Justiça e Direito. Colunistas. 16 de outubro de 2015. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1> >. Acesso em: 15 abr 2017.

A FORMAÇÃO CONTINUADA NO ENSINO SUPERIOR X A LEI DE DIRETRIZES DE BASE

Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva¹

Anelise Acacia Lima Muniz²

RESUMO: O artigo analisar a formação continuada profissional e educacional docente. A obrigatoriedade e necessidade de o docente buscar seu crescimento laboral quanto à análise de títulos acadêmicos como requisito fundamental sobre a capacidade e qualidade.

Palavras-chave: Formação continuada. Titulação. Docente. Lei de Diretrizes de Base. Ministério da Educação.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como finalidade analisar a formação docente no ensino superior jurídico. Visa discutir e apresentar a realidade em sala aula do professor, sua vivência no magistério e as políticas implementadas pelas Instituições de Ensino Superior (IES). Deste modo, será apresentada uma discussão entre a realidade solicitada e a exigida pela Lei de Diretrizes e Bases com a verdadeira necessidade das IES em ter em sala de aula professores que formem seus alunos aptos e qualificados para o mercado de trabalho.

Em nenhum momento, o presente artigo visa desqualificar e desprestigiar os titulares do título de mestres e doutores. Apenas, analisar e expor uma visão crítica da ausência de autonomia da IES perante o Ministério da Educação (MEC).

Em virtude de vivência acadêmica, tanto na parte administrativa, como em sala de aula, percebe-se a tarefa árdua das Instituições de Ensino Superior em conseguir professores mestres e doutores com a bagagem teórica e prática caminhando de formas paralelas para atuarem em sala de aula.

Os grandes questionamentos são: ser professor de qualidade requer a comprovação de uma titulação? A titulação condiz o anseio acadêmico? A busca da formação continuada é solução plausível e perceptível no aprimoramento do docente? É justo preterir professores especialistas perante os mestres e doutores? O acadêmico dos pontinhos é uma realidade hoje nas academias brasileiras? O que fazer e como fazer para unir a teoria com a prática?

Instituições Superiores que embutem a formação dos seus discentes como profissionais aptos a ingressarem no mercado de trabalho devem se preocupar em não ter apenas professores com domínios teóricos, mas também qualificar seus docentes na bagagem prática. Ainda mais, no Curso de Ciências Jurídicas, em que os alunos, ao se formarem, necessitam obter êxito no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Este exame requer a união de informações

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade de Extremadura, Espanha, (2003). <http://lattes.cnpq.br/3319137857072556> E-mail: elenora.saraiva@udf.edu.br

² Mestre em Educação no Programa de Pós-Graduação Acadêmico *strictu sensu* da Universidade Cidade de São Paulo (UNICID), Brasil (2018). lattes.cnpq.br/9902966279343328 E-mail: anelise.muniz@udf.edu.br

teóricas e práticas os quais se percebe que muitos mestres e doutores não logram o alcance da demanda da realidade laboral.

Frisa-se que, apesar da obtenção de titulação de mestre e curso de doutorado em andamento, a autora percebe o distanciamento da realidade com a teoria. Ou seja, ainda que repleto de conhecimentos jurídicos na área, a aplicação da teoria à prática não é uma facilidade nítida nos discentes em sala de aula. Em virtude desta problemática, serão analisados no decorrer deste artigo acadêmico os questionamentos expostos acima.

Vários autores foram utilizados a fim de respaldar a tese apresentada. Dentre os quais, foram adotados, como exemplos de marcos teóricos Antônio Nóvoa, Paulo Freire, Cristovam Buarque.

Deste modo, será descrita uma crítica construtiva na interferência e, ao mesmo tempo, da fiscalização do Ministério da Educação perante as Instituições de Ensino Superior e sua perda de autonomia educacional.

1. LEGISLAÇÃO ATUAL E O “ACADÊMICO DOS PONTINHOS”

No presente tópico será exposta uma síntese da legislação brasileira que regulamenta o programa de mestrado e doutorado nas Universidades Brasileiras.

A legislação atual, por força do art. 66, da Lei Federal nº. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), prevê que os professores do magistério superior no Brasil terão sua formação na pós-graduação, “prioritariamente em programas de mestrado e doutorado” (BRASIL, 1996).

A formação de docentes para o ensino superior no Brasil não está regulamentada sob a forma de um curso específico como nos outros níveis. De modo geral, a LDBEN admite que esse docente seja preparado nos cursos de pós-graduação tanto ‘*stricto*’ como ‘*lato sensu*’, não se configurando estes como obrigatórios. No entanto, a exigência legal de que todas as instituições de ensino superior tenham um mínimo de 30% de seus docentes titulados na pós-graduação ‘*stricto sensu*’ aporta para o fortalecimento desta como o lugar para formação do docente (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002, p. 23).

Observa-se que o Ministério da Educação editou a devida resolução com objetivo de o docente obter sua qualificação quase de forma obrigatória. Interessante e importante sim, que qualquer docente busque seu aprimoramento acadêmico, contudo o que se discutirá aqui é o caráter da quase obrigatoriedade, afastando e colocando como segundo plano no momento da seleção, o professor “titular”, no sentido de possuir trajetória no ensino, que não obteve seus títulos e hoje acaba sendo preterido pela IES.

Deste modo, se faz necessário perguntar: Para ser um bom professor é realmente necessário ser mestre ou doutor? É imprescindível o título? Viramos os acadêmicos dos pontinhos para satisfazer os requisitos impostos pelo MEC? É ofertada ao docente uma formação continuada pela IES?

A discussão apresentada a seguir não tem como objetivo desqualificar e nem tão pouco desmerecer a formação continuada do professor. Visa, apenas, refletir a imposição de requisitos impostos pelo MEC, determinando a qualidade do professor através da sua titulação e da sua produção. É relevante que a trilogia (ensino, pesquisa e extensão) andem sempre juntas.

Pergunta-se: qual é o cuidado que a educação deve ter para não virarmos meros docentes de titulações?

1.1 ACADÊMICOS DOS PONTINHOS

Assim, será analisado um termo muito interessante chamado de “acadêmico dos pontinhos”. Apesar de não ser um termo utilizado costumeiramente no vocabulário discente, denota alta carga significativa como será demonstrado.

O chamado acadêmico dos pontinhos é fruto do sistema de ensino existente hoje no Brasil, e em diversos países. A publicação de artigos e a realização de cursos são degraus a serem galgados por aqueles que almejam crescer na carreira, sem que isso, necessariamente, seja realizado com qualidade, mas meramente os fazem a fim de aumentarem suas pontuações no currículo:

Em todos os níveis de atuação, a publicação em periódicos científicos surge como elemento essencial daqueles que vão, de alguma forma, lidar com o conhecimento. Da seleção para programas de pós-graduação *strictu sensu* e passando pelos concursos públicos, “fazer currículo” é essencial. Cada vez mais, os indicadores quantitativos separam aqueles “que podem” daqueles “que não podem”. A expressão “fazer pontinhos no Lattes”, por impreciso que seja, é uma realidade (SABBATINI; Marcelo, 2010, p.8).

Chama-se atenção ao termo utilizado pelo autor: fazer currículo. Percebe-se assim, que a atual preocupação das pessoas relacionadas ao meio acadêmico é, tão somente, pontuar seu currículo para serem melhor vistos no mercado.

A crítica ao termo acadêmico dos pontinhos é realizada em virtude da análise realizada na vivência na parte administrativa já exercida pela autora. Em virtude de sua trajetória acadêmica, cada docente recebe para si pontuação conforme suas titulações.

Professores não são números, contudo, se tornam números, que são agregados a pontuação da IES. É percebida, desta forma, a perda da autonomia educacional no momento de contratação do docente. Prevalece a valorização por docentes que possuem tabela de pontos superiores, ou seja, observasse que o docente é substituído, por vezes, em prol de interesse administrativo da instituição, e não de interesses educacionais. Fato que denota que, em alguns casos, se esquecem do interesse primordial das instituições educacionais, qual seja prover o conhecimento. Valoriza mais docentes com pontuações em seus currículos que agregará pontuação à instituição de ensino, do que docentes que possuem didática no discernimento do conhecimento, e assim, podem ensinar melhor aos alunos.

O acadêmico dos pontinhos deverá agregar vários requisitos como: obtenção de titulação no mínimo de mestre, publicação de artigos, participação em congressos e seminários, realização de pesquisa, entre outros. As instituições de ensino superior (IES) necessitam se adequar às portarias impostas pelo MEC e por isso, rapidamente impõe a necessidade dos requisitos citados.

Na visão de docente, entende-se a necessidade desses requisitos, porém o que se discute não é isso, mas como um título pode ser mais importante que o saber. A lógica seria que o

saber e a transmissão do conhecimento de forma didática andassem juntos. Em determinadas ocasiões, excelentes mestres são dispensados, para ceder uma vaga para pontuação que um doutor contribuirá para IES. O interesse da instituição perante o mercado prevalece sobre sua real função social.

Na defesa e na preservação da autonomia acadêmica o Dr. Professor Cristovam Buarque não nega a importância da titulação acadêmica para a qualidade da universidade como apresentado a seguir:

No processo de seleção de professores universitários, apenas o saber acadêmico é valorizado. Há absoluto desprezo por todos os outros caminhos e métodos do conhecimento. Um economista que durante 20 anos negociou ou administrou as finanças públicas, um banco ou uma grande empresa, é tratado como ignorante; enquanto o jovem recém-doutorado no exterior é recebido com honras de gênio (BUARQUE, Cristovam, Na fronteira do futuro: o projeto da UnB. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989.108p.).

Com o mesmo posicionamento, Cristovam Buarque se manifesta:

Disfarçadamente, a universidade criou nos últimos anos rígida hierarquia. Em vez da necessária liberdade, vive hoje sob rede de títulos que a aprisionam ainda mais do que no tempo das cátedras vitalícias. No sistema antigo, ela deixava a cada área a definição dos critérios de estímulo e medição do mérito necessário para atingir o posto máximo de carreira. Hoje, os postos continuam vitalícios, mas impostos a todas as áreas da universidade, sob a forma dos títulos de doutor e mestre. As pessoas se situam em uma cadeia de comando da ordem do saber, conforme seus títulos obtidos, em geral em universidades estrangeiras e longe dos olhos da própria instituição interessada, e incorporam-se de forma vitalícia. Dão direito a hierarquia que se espalha por toda a universidade, independentemente das especificidades de cada área. Obrigam-se artistas e tecnólogos a cumprirem os mesmos pré-requisitos de titularidade que nas ciências exatas. Um grande compositor está subordinado ao saber de doutor cuja tese foi sobre suas composições. Os departamentos ficam subordinados ao mesmo conceito hierárquico. Ao concentrar nos títulos de mestre e doutor a definição da hierarquia, a universidade não soube como definir o mérito nas artes e nas tecnologias. Foi incapaz de criar reconhecimento para “grande-artista”, “engenheiro-inventor” ou “médico-brilhante”, salvo se qualquer destes tiver se dedicado à elaboração de tese, nos moldes da Física, da Economia, da Química (BUARQUE,1989).

Muito bem exposto através da crítica realizado pelo ilustre Professor Cristovam Buarque, a visão é que, só se tornam professores qualificados e com notável saber jurídico nos casos em que o professor detenha títulos acadêmicos. Essa visão afasta a possibilidade de um professor que possua apenas especialidade ser reconhecido no âmbito docente, ou ainda, um

mestre ser preterido perante um doutor. Ou ainda, episódios em que o professor tenha obtido conhecimentos pela vivência prática de casos.

Ainda que focando na área jurídica, não se pode deixar de mostrar que a realidade do “acadêmico dos pontinhos” existe em todas áreas do conhecimento. Estar-se-ia valorizando, da mesma forma e com critérios semelhantes, docentes de áreas completamente diferentes. A valorização e “pontuação” dos profissionais não deve ater a titulações e artigos, mas outras formas de conhecimentos também deveriam ter seus méritos.

Não se valoriza as qualidades inerentes da didática do docente, mas tão somente a quantidade de títulos que possui em sua carreira. Não raro acham-se pessoas que possuem o dom de disseminar conhecimento, porém, por não possuir titulações, perdem oportunidades de lecionar.

1.2 EXPERIÊNCIA DOCENTE

O professor do magistério jurídico em virtude de não ter recebido e nem logrado uma formação docente, traz consigo uma bagagem de vivência própria e inexperiente, ou seja, no dia que ele decidiu ser mestre-docente, simplesmente submeteu seu currículo a uma Coordenadoria do Curso, e assim, deve ter ministrado uma pequena aula para demonstrar um pouco do seu conhecimento “pedagógico-didático”. Essa é a forma em que a maioria dos professores são selecionados nos cursos de Direito de Faculdades conhecidas no Brasil.

Após avaliado pela aula ministrada, caso seja aprovado, começa agora seu grande desafio: ser bom professor. E como se tornar bom professor? Basta o título? Basta ter escrito artigo com várias páginas? Não. Essa análise é meramente superficial para a capacidade que o ser possui de transmitir conhecimentos.

Passada esta etapa, o que percebe até hoje, é que nós docentes aprendemos sozinhos com nossas experiências, com outros professores, com nossos erros, com os próprios alunos. Uma série de acertos e erros, que nem sei, se são pedagógicos ou catastróficos.

Em um de seus textos, NÓVOA (1997, p.28) disserta:

Formar um professor é possível? Formar não, formar-se! O professor forma a si mesmo através das suas inúmeras interações, não apenas com conhecimento e as teorias aprendidas nas escolas, mas com a prática didática de todos os seus antigos mestres e outras pessoas, coisas e situações com as quais interagiu em situações de ensino durante toda a sua vida.

O professor cumpre um papel de inventor, criador e descobridor. É ele quem é visto como pesquisador e explorador na sua prática em sala de aula e assim se submete todos os dias na sua aventura no magistério jurídico. Deste modo, o presente artigo tem como finalidade tentar auxiliar e entender o descaso na educação ao se valorizar apenas títulos, e não outras qualidades inerentes de um bom professor.

Encontramos muitos autores, como por exemplo, Antonio Nóvoa, discutindo este assunto há bom tempo. E porque não encontramos solução em pleno século XXI? Vários elementos auxiliam na resposta, uma delas, talvez seja, que no nosso país a educação nunca foi prioridade.

Não podemos determinar que resoluções, portarias implementadas pelo MEC sejam soluções plausíveis para responder a má formação do docente no ensino superior jurídico.

2. METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO

Em regra, a aula ministrada nos cursos de Direito é do tipo expositiva. Melo Filho (2000, p. 38-39) realizou uma pesquisa a fim de levantar sobre a metodologia do ensino jurídico. Extrai-se desse levantamento as seguintes constatações:

- ⇒ 63% dos docentes fazem uso da aula expositiva como técnica única ou ‘modus operandi’ didático exclusivo em sala de aula;
- ⇒ 67% dos alunos restringem o seu estudo, em cada disciplina, a um só livro-texto ou ‘manual’ adotado pelo professor;
- ⇒ 58% das disciplinas jurídicas estão mal dimensionadas, ou seja, com muito conteúdo e pouco tempo para o seu desenvolvimento; 90% da avaliação contempla tão somente provas escritas discursivas onde não se mensuram as qualidades de refutar as teses contrárias e de refletir criticamente sobre o Direito;
- ⇒ 72% dos professores dos cursos jurídicos ministram uma só disciplina duas ou três vezes por semana, não realiza trabalhos de pesquisa, não orienta os alunos individualmente e extraclasse, não é portador de habilitação didática específica, não participa de outras atividades acadêmicas fora da sala de aula, exerce uma outra ocupação paralela que é a principal, e, a remuneração que percebe como docente é inexpressiva para a sua renda mensal.

Sendo assim, percebe-se prevalência na utilização da aula expositiva como técnica de uso em sala de aula por parte dos professores. Além disso, a maioria dos professores (72%), apenas lecionam a disciplina em sala de aula, sem incentivar o trabalho de pesquisas sobre o tema e tampouco orientar alunos nessas pesquisas. Outrossim, nota-se que a atividade de professor, na maioria dos casos, não é a profissão precípua do docente, mas que ele exerce outra ocupação e a renda da atividade de professor apenas completa sua remuneração. Por fim, percebe-se que os alunos são limitados a utilizar apenas um manual adotado pelo professor. Fato que demonstra pouca comparação no conhecimento adquirido, ou melhor, a adoção de apenas um manual condiciona a aprendizagem.

3. O PAPEL DA IES NA FORMAÇÃO CONTINUADA DO DOCENTE

Como a formação continuada auxilia na formação do professor contribuindo para crescimento educacional tanto do discente como docente? O conceito de formação continuada do docente pode ser assim descrito: atualizar-se, rever conceitos e (re) significar a prática pedagógica para poder responder às demandas sociais. Tais atitudes fazem parte de um programa de formação continuada, ou seja, a formação continuada nada mais é do que o próprio nome diz: a continuidade dos estudos a fim de formar um profissional completo.

Sobre o tema, PERRENOUD (1993, p. 200), se manifesta apontando que:

Pensar a prática não é somente pensar a ação pedagógica na sala de aula nem mesmo a colaboração didática com os colegas. É pensar a profissão, a carreira, as relações de trabalho e de poder nas organizações escolares, a parte de autonomia e de responsabilidade conferida aos professores, individualmente ou colectivamente.

A formação continuada é, portanto, um espaço de construção do profissional da educação. A formação dos professores é parte do movimento de profissionalização e vem sendo construída pelos educadores há muitos anos e intensificado a partir da década de 70. Não é, portanto, uma necessidade surgida na atualidade e nem pode ser considerada como a salvação para os problemas complexos da educação brasileira (CHANTRAINE-DEMAILLY, 1995, p. 142).

A formação continuada é um processo que se inicia muito antes da formação didático-pedagógica do professor e tem continuidade no transcorrer de sua vida. Quando se fala da formação didática pedagógica docente, não são apenas os cursos referentes à formação dentro dos modelos pedagógicos, cursos de técnicas ou de habilidades (CHANTRAINE-DEMAILLY, 1995, p. 142).

A análise do conceito de formação continuada tem como objetivo incentivar os professores a buscarem a formação continuada como recurso para melhorar a prática pedagógica, a perceberem a importância de se manterem atualizados, de completarem sua formação inicial através de cursos, seminários, grupos de estudo, e outros.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO CONTINUADA E SUA REGULAMENTAÇÃO

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9394/96, em seu TÍTULO VI que trata Dos Profissionais da Educação em seu Art. 63º. Determina que:

Os institutos superiores de educação manterão:

[...]

III programas de educação continuada para os profissionais de educação dos diversos níveis.

Art. 67º. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

II aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;

V período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

[...]

A formação continuada é, segundo NÓVOA, (1991), FREIRE, (1991) e MELLO, (1994), a saída possível para a melhoria da qualidade do ensino, dentro do contexto educacional contemporâneo; é recente o bastante para não dispor ainda de mais teorias consistentes, provavelmente, ainda em processo. “O aprender contínuo é essencial e se concentra em dois

pilares: a própria pessoa, como agente, e a escola, como lugar de crescimento profissional permanente” (NÓVOA, 1991).

Um raciocínio que se opõe à ideia tradicional de que a formação continuada se dá apenas por decisão individual – e em ações solitárias. Percebesse que a formação continuada não é processo isolado do professor e sim compartilhado do docente com instituição de ensino.

Ninguém nasce educador ou marcado para ser educador. A gente se faz educador, a gente se forma como educador, permanentemente, na prática e na reflexão da prática” (FREIRE, 1991, p. 58).

Observasse na frase de Freire a importância da formação continuada uma vez que não somos educadores formados e natos. O nosso processo sempre será contínuo. Uma busca constante do saber.

Sendo assim, conclui-se que formação continuada é processo de suma importância no crescimento do docente, o que se discute é procedimento imposto pelo MEC subtraindo autonomia acadêmica das IES.

4. O PERFIL ESPERADO DO EDUCADORES NOS DIAS DE HOJE

Por fim, questiona-se: Qual é principal característica de um bom professor na educação do ensino superior hoje? Como identificar esse professor? O acadêmico do século XXI necessita de formação mais teórica ou prática? Como unir as duas necessidades?

É frequente escutarmos e falarmos: *“tive um excelente professor”, “o professor tal influenciou-me bastante”, “nunca mais me esquecerei daquele professor”, “que saudades daquelas aulas”... Então, quem é, ou quem são esses bons professores? Do que é que guardamos memória? Quem elegemos como bons professores? Que qualidades procuramos num bom professor? Quem pode decidir objetivamente o que é um bom professor e com base em quê?*

A definição do “bom professor” vai além da atuação profissional e impulsiona as instituições de ensino a adaptarem-se a oferecer qualidade acadêmica dentro de um modelo educacional do século XXI. Conforme esclarece IMBERNÓN (2000, p. 7), a profissão de professor deve “mudar radicalmente, tornando-se algo realmente diferente, apropriado às enormes mudanças que sacudiram o último quartel do século XX”.

Em síntese, o professor deve desistir dos ideais dominantes no século XIX, que são totalmente obsoletas para educação moderna, cuja tônica era a simples transmissão do conhecimento acadêmico, pois, a sociedade moderna é democrática, plural, integradora, participativa e solidária.

O conhecimento teórico é fundamental, porém, vê-se que alguns professores, apesar de terem conhecimento, habilitação e domínio do assunto, na hora de transmiti-lo não o fazem de forma precisa, objetiva e clara ou, não estabelecendo um liame com prática do assunto ao contexto vivenciado pelo aluno, de modo a auxiliá-lo a compreender o tema abordado.

Neste enfoque IMBERNÓN (2000), firma e deixa claro que junção da teoria com a prática é fundamental para auxiliar no conhecimento adquirido pelo discente.

Já o professor ideal, para TARDIF (2002, p. 39), “deve conhecer sua matéria, sua disciplina e seu programa, além de possuir certos conhecimentos relativos às ciências da

educação e à pedagogia e desenvolver um saber prático baseado em sua experiência cotidiana com os alunos.”

Segundo NÓVOA (1991), é inviável determinar através de série de atributos o que é considerado um bom professor. Contudo, o citado autor trabalha com trilogia que teve grande sucesso: saber (*conhecimentos*), saber-fazer (*capacidades*), saber-ser (*atitudes*).

Diante do exposto, o estudo, a formação, o conhecimento e a didática são fundamentais. Além disso, saber interagir com os alunos, unir teoria com a prática são também alguns dos predicados que docente deve lograr para ter expectativa de êxito no magistério. Expectativa de êxito já que tais atitudes e qualidades não garantem, por si só, o êxito, mas é um início de caminho a ser trilhado.

CONCLUSÃO

O Estado como formador e instrutor da educação tem que estar preocupado em verificar e fiscalizar suas IES e não impor regras educacionais que afastam bons professores de sala de aula por determinações legais ou talvez arbitrárias.

Buscar formação continuada é de suma necessidade, o que não admissível é: um professor que não é mestre ser preterido na academia em virtude de ausência de título.

Os alunos buscam bons transmissores do conhecimento e não instituidores de títulos. Seria muito bom, deste modo, que as IES retornassem sua autonomia para almejar sua necessidade regional com mercado de trabalho.

Nós, que somos docentes na educação jurídica percebemos uma realidade muito distinta com a inserção dos nossos discentes no mercado laboral. Buscamos e sempre almejaremos a nossa formação continuada, contudo com adequação da nossa necessidade e realidade no ensino jurídico associado ao mercado de trabalho e não com meras imposições instituídas pelo MEC que não satisfazem e nem cumprem a melhor formação acadêmica.

REFERÊNCIAS

ANASTASIOU, L.G.C. Da Visão de Ciência à Organização Curricular. In: ANASTASIOU, L.G.C.; ALVES, L.P. Processos de ensinagem na universidade: pressupostos para as estratégias de trabalho em aula. Joinville/SC: UNIVILLE, 2000

(BUARQUE, Cristovam, Na fronteira do futuro: (o projeto da UnB). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989.108p.)

CHATRAINE-DEMAILLY, L. Modelos de formação contínua e estratégias de mudança. In: Nóvoa, Antonio (Coord.). Os professores e sua formação. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 139-158

FREIRE, Paulo e FAUNDEZ, Antônio. Por uma pedagogia da pergunta. Rio de Janeiro. RJ: Paz e Terra, 1985.

IMBERNÓN, Francisco. Formação docente profissional: forma-se para a mudança e a incerteza. São Paulo: Cortez, 2000. (Coleção questões da nossa época; v. 77).

LUCKESI, Cipriano Carlos. Filosofia da educação. São Paulo: Cortez, 1994. (Coleção magistério. 2º grau. Série formação do professor).

MELO FILHO. Juspedagogia: ensinar direito o direito. In: In: OAB Ensino Jurídico: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília/DF: OAB - Conselho Federal, 2000

MORAES, Ândrea Carla Machado de; NUNES, Jessica; SOARES, Shara; APARECIDA Shirley; SILVA, Tátilla Daniele da. Formação de docentes universitários: adequar a educação a um processo paradigmático holístico. 25 Mai. 2010. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2010.

PERRENOUD, Philippe. Pedagogia diferenciada: das intenções à ação. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PIMENTA, S.G; ANASTASIOU, L.G.C. Docência no ensino superior. São Paulo: Cortez, 2002.

SABBATINI; Marcelo. Rompendo o ciclo vicioso da produção acadêmica. Disponível em: <<http://mercatus.escolademarketing.com.br/index.php/revista/article/view/12/4>>

_____. Formação de Professores e profissão docente. In A. Nóvoa (coord.) (1997). Os professores e a sua formação. Lisboa: Dom Quixote, 3 ed. 1997.

A AUSÊNCIA DE ILICITUDE FUNDAMENTADA NOS COSTUMES DA SOCIEDADE INDÍGENA NA FORMAÇÃO DO CASAMENTO

Anelise Acacia Lima Muniz¹

Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva²

RESUMO: O trabalho tem como finalidade abordar os costumes indígenas, no contexto da legislação brasileira. Demonstrando que muitos costumes são considerados lícitos nas comunidades indígenas e ao mesmo tempo, violam alguns princípios do direito pátrio.

Palavras-chave: Comunidade Indígena. Costumes. Casamento. Princípios.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar o confronto dos costumes indígenas e sua ausência de ilicitude nas normas brasileiras. A problemática demonstrada é que muitos costumes indígenas ferem uns dos princípios fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, a Constituição Brasileira assumiu obrigatoriedade de respeitar esses costumes abordados no trabalho.

Como metodologia, foi aplicada método dedutivo com métodos auxiliares doutrinários, históricos e sociológicos.

Assim, o presente trabalho desenvolveu o conceito de costumes, suas espécies, sua licitude e ilicitude no direito civil e no direito penal. Como exemplo, podemos apontar o matrimônio indígena, na qual em algumas tribos é permitido o casamento entre pais e filhos, ou até mesmo entre irmãos. Percebesse deste modo, o confronto com nossa legislação civilista e penalista. Como equacionar esse conflito de costumes e normas no direito brasileiro? A grande problemática no momento se torna muito difícil de ser alterada, uma vez que é cultural na sociedade indígena e não desqualifica os princípios da citada sociedade.

1. COSTUMES NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE

Nas culturas mais antigas, o comportamento tradicional tem sido apontado como elemento regulador da conduta dos seus membros. Conhecido ainda como costume jurídico, direito costumeiro ou direito consuetudinário.

O termo costumes tem sua origem na Roma antiga, dos termos *consuetudo*, mores e mores *maiorum*. Os dois primeiros referindo-se a costumes e o último, especificamente, para costumes dos antepassados (RÁO, 2013).

¹ Mestre em Educação no Programa de Pós-Graduação Acadêmico *strictu sensu* da Universidade Cidade de São Paulo (UNICID), Brasil (2018). lattes.cnpq.br/9902966279343328. E-mail: anelise.muniz@udf.edu.br

² Mestre em Direito Público pela Universidade de Extremadura, Espanha, (2003). <http://lattes.cnpq.br/3319137857072556>. E-mail: elenora.saraiva@udf.edu.br

Denominado ainda *jus non scriptum*, ou seja, direito não escrito, quando comparado com a lei. Inclui-se nessa modalidade, a tradição oral de transmissão entre gerações (MONTORO, 2014).

É controversa a sua aplicabilidade nas sociedades, sendo possível identificar duas correntes claras, uma favorável e outra contrária. A primeira, defendida por Savigny e De Maistre, entendem que o direito deveria ser reduzido à prática costumeira. Por outro lado, os voluntaristas apontam a legislação como a fonte das normas jurídicas, não admitindo o emprego de costumes em qualquer circunstância (MONTORO, 2014).

Aponta-se como elemento histórico, pois foi a fonte primária do direito nas sociedades, antecedendo às normas na regulação dos comportamentos dos indivíduos nas coletividades mais primitivas. Entretanto, em muitos países na época atual, tem-se a predominância de tal prática, é o caso dos países que adotam a *Common Law* como sistema jurídico, a exemplo da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

1.1 COSTUMES COMO FONTE DE DIREITO

À Ulpiano atribui-se o estabelecimento dos contornos do referido termo, como sendo “regras de condutas criadas de modo espontâneo pela consciência do povo, observado de modo constante e uniforme e com a convicção de atender a uma necessidade jurídica” (RÁO, 2013).

Na antiguidade romana, a regulação da conduta humana acontecia a partir das tradições firmadas nos comportamentos adotados para cada situação. Acreditando-se que as primeiras leis teriam sido representações escritas de costumes adotados na cultura romana pelos seus antepassados.

Tem-se como “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica” (RÁO, 2013, p. 271).

É identificado como formado de um elemento externo, também reconhecido como elemento material ou de fato, denominado uso ou prática. Em sua composição tem-se ainda o elemento interno, conhecido como psicológico, apresentado como a “*opinio juris* ou *opinionecessitatis*” (MONTORO, 2014).

Em relação às características de cada elemento, o externo é constante, uniforme, público e geral. O primeiro aspecto pressupõe repetição dos atos, adotando uniformidade em sua prática, mas também constância, de modo a justificar sua vigência. Deve ser público, obrigando a todos em geral, no que se refere à sua aplicação.

O elemento psicológico guarda relação de sua ocorrência a uma necessidade jurídica, o que resulta em sua obrigatoriedade. A obrigatoriedade é elemento constitutivo em sua essência, contudo, assume a sua forma de fato quando a lei o determina.

1.2 CATEGORIAS DE COSTUMES CONFORME A DOUTRINA BRASILEIRA

Reconhece-se a existência de três categorias em relação aos costumes: o *praeter legem*, o *secundum legem* e o *contra legem* (RÁO, 2013).

Segundo o autor, a primeira categoria confere caráter supletivo na falta ou omissão da lei. A segunda admite o preceito, mesmo que não presente na norma, sendo reconhecido pela lei, passa a ser admitido com eficácia obrigatória. A última assim se denomina quando assume um caráter contrário à norma existente, ou conduz a não aplicação da norma por desuso.

A espécie *praeter legem* pode ser facilmente identificada na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, que dispõe “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (RÁO, 2013).

A modalidade *secundum legem* está presente no Código Civil Brasileiro, no artigo 569, II, quando regula a locação de coisa, estabelece a obrigação do locatário “a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar” (RÁO, 2013).

Finalmente, a contra *legem* é uma espécie demonstrada em duas situações, em caso de a letra da lei perde sua eficácia, tornando-se “letra morta”, ou quando o costume simplesmente cria nova regra, sendo denominado “costume *ab-rogatório*” (RÁO, 2013).

1.3 APLICAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A lei determina a sua aplicação na área do Direito Empresarial, com a observação de ser invocado após a legislação empresarial e a legislação civilista. Sendo compilados em alguns locais pelas Juntas Comerciais e publicados em documentos, a exemplo dos “Assentamentos de Usos e Costumes da Praça do Estado de São Paulo”, empregado na orientação e informação dos costumes adotados na região.

Assume relevância no Direito Internacional, justificado pela inexistência da capacidade de criação de normas a serem implantadas em todas as nações de modo coercitivo. Assim, ao lado dos tratados e convenções internacionais, os costumes apresentam-se como recurso viável.

Pode ser reconhecido como “conjunto de normas consagradas por longo uso e observadas nas relações internacionais como obrigatórias. Sua obrigatoriedade procede de uma prática geral admitida como lei”.³

Não encontra guarida no Direito Penal, por ter o sistema jurídico adotado a máxima de que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Nem há pena sem prévia cominação legal”⁴.

Por outro lado, o costume pode ser admitido no Direito Civil, em situações excepcionais, de modo a suprir lacunas na lei ou como forma de permitir resolver deficiência da lei, como disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Está presente no Código Civil Brasileiro de 2002, a possibilidade de aplicação dos costumes, como o disposto no art. 596, “Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

Assim, a partir do exposto o trabalho pretende discutir o matrimônio na sociedade indígena, considerando os aspectos costumeiros naquela cultura, confrontando com a leitura de ocorrência de ilicitude frente o estabelecido pela doutrina brasileira.

³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; BORBA, Casela. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva.

⁴ BRASIL. **Código Penal**. Artigo 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

2. O MATRIMÔNIO NA CULTURA INDÍGENA E SUA ABORDAGEM COSTUMEIRA

Ao chegar ao território brasileiro e iniciar convivência com os nativos existentes à época, Padre José de Anchieta relata que ao se unirem, os índios não possuem entre si sentido de obrigação, “nem o marido à mulher, nem a mulher ao marido, quando se casam”⁵. O contorno visualizado pelos jesuítas representou um choque cultural muito grande frente aos preceitos cristãos abraçados na civilização europeia.

Para os índios, o amor e sexo são valorizados como necessários, e tudo conduz ao casamento e para o amor “ter filhos e mulheres é a riqueza: quanto mais numerosos, maiores as roças, os bens, o poder político, baseado no parentesco e no domínio mágico da pajelança” (MINDLIN, 2012, p. 38-41).

A prática da união entre os índios pode ser assim caracterizada:

O índio e índia que querem se casar vão pela manhã à casa do cacique feiticeiro principal que põe e mistura a erva que bebem em uma cabaça com água e dá de beber essa erva aos dois que hão de casar da mesma cabaça, e depois o marido e a mulher hão de trocar juntos a erva em um mesmo buraco e este é o sinal exterior do casamento ou bem o concubinato, porque depois vivem juntos quanto tempo querem, e quando o marido quer se casar com outra mulher deixa aquela, e o mesmo faz a mulher, e não apreze que estes índios em seu natural conhecem a perpetuidade do matrimônio (FERRER, 2008).

Com o início do processo de colonização, a cultura legal dos povos colonizadores foi sendo imposta gradativamente e de modo paralelo leis denominadas de colonização reconheciam os povos indígenas como sendo “povos diferentes”, ao mesmo tempo os protegia (SOUZA, 2009).

Em outro relato, o jesuíta Pero Correia relata a respeito da miscigenação realizada pelos europeus e os povos nativos:

Era costumbre antiguo em esta tierra los hombres casados que tenían 20 y más sclavas y índias tenerlas por mugeres, y eran y son los casados com mamalucas, que son las hijas de los christianos y índias (CORREIA, 1997)

Ainda, deve-se ressaltar que a existência de mais de um povo indígena permite reconhecer ser possível identificar divergências dentro do mesmo grupo étnico, dependendo da aculturação sofrida e interação com outras identidades (ALMEIDA, 2011, p. 38-50)

É possível, assim identificar alguns modelos de relações familiares nos grupos sociais nativos, os quais serão apresentados na sequência.

⁵ D'ANCHIETA, padre José. Dos casamentos dos índios do Brasil. *Revista Trimestral de Historia e Geographia ou Jornal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. 2º trimestre de 1846. Disponível em: <http://biblio.etnolinguistica.org>.

2.1 CONCEITO DE CASAMENTO INDÍGENA

O significado de casamento nas sociedades indígenas ultrapassava a mera união entre sexos opostos, alcançando maior importância na manutenção da coesão dos grupos, através de uma série de normas e obrigações de convivência social que dele advinham. As regras matrimônias dos Guarani visavam interesses econômicos e sociais (SOARES, 1997).

Na comunidade Guarani, a família indígena era formada por grupos macrofamiliar, ou seja, esses grupos comunitários residiam na casa comunal *teýy-óga* que comportava até sessenta famílias (SUSNIK, 1983).

No grupo Amondava (SAMPAIO, 1998), a organização familiar se faz “em metades cianicas exogâmicas denominadas por aves: *mutum* e *arara*”. Os casamentos são realizados entre membros de metades diferentes, o que é visível na organização espacial das malocas na aldeia.

2.2 ESPÉCIES DE CASAMENTOS NA COMUNIDADE INDÍGENA

A diversidade de costumes decorrente das variantes de raças permite identificar mais de um tipo de casamento na sociedade indígena. Serão expostas algumas dessas modalidades identificadas entre os índios brasileiros.

2.2.1 Casamento entre primos cruzados

A união mais frequente na comunidade Guarani era entre primos, pois visava o fortalecimento entre as linhagens. Entre os Baniwa e Coripaco, povos de línguas aruak, o casamento deve ser exogâmico, isto é, além de um homem casar com sua prima cruzada bilateral, ele deve casar fora de seu grupo social (BUCHILLET, 1995).

2.2.2 Casamento avuncular: a união entre sobrinha e tio materno

Conforme Jaqueline Mota no trabalho desenvolvido no Simpósio III Simpósio Nacional de História Cultural Florianópolis, 18 a 22 de setembro de 2006, o casamento avuncular (entre tio materno e sobrinha) tinha grande importância no sistema sociocultural, na medida em que o grupo da esposa a cedia em casamento ao noivo, como forma de compensar essa perda feminina, recebiam a sobrinha, fruto deste casamento.

Em síntese, o casamento avuncular: a) preservava o equilíbrio interno de cada grupo doméstico; b) mantinha certo equilíbrio entre grupos de parentes tradicionalmente ligados por laços de casamento; c) conservava os laços de afinidade dentro de um limitado círculo de famílias.

Porém, não era realizado quando se precisava presentear amigos ou parentes. O casamento avuncular também estava relacionado ao fato de que os tios dispunham livremente das sobrinhas órfãs, uma relação iniciada desde o nascimento, quando em vez do pai biológico, era ele quem fazia às vezes da figura masculina nos ritos desta fase (MOTA, 2006).

A mulher era a unidade econômica do grupo, trazendo novos homens para o trabalho que mantinha aquela família, novas esposas para os irmãos-dentro do casamento avuncular

e prisioneiros, capturados pelo homem que tinha a obrigação de presentear os irmãos da mulher, para que estes trocassem de nome e atingissem maturidade social (MOTA, 2006).

2.2.3 Levirato

Prática de casamento antiga, adotada entre os indígenas brasileiros, como se abstrai a seguir:

Havia a prática do casamento por levirato. O ano é de 1727 a. C. e a descendência era levado muito sério. Quando o marido morria sem ter tido filhos, viúva era dada côm esposa ao irmão do falecido, para lhe garantir o nome, a descendência e a herança. Essa prática fazia parte da “constituição” promulgada por Moisés, portanto era lei. Um homem teve três filhos. O mais velho se casou e antes de ter filhos, morreu. O pai deu o filho mais novo para casar com sua nora, mas este também morreu. O pai temeu pela vida de seu terceiro filho e mentiu para sua nora. Disse a ela que quando este único eu lhe sobrei estivesse grande, lhe daria como marido para suscitar a descendência da família. O pai – seu nome era Judá – pensou que sua nora, chamada Tamar, fosse uma espécie de viúva negra. Oriundo do hebraico, seu nome significa “palmeira”. Nada assustador. Passado o tempo, vendo Tamar que o filho caçula de Judá já estava bem grandinho, e que não lhe era dado como marido, bolou um plano novelesco: Judá foi à cidade onde morava Tamar para cuidar de negócios relativos à tosquia de seu rebanho. Então Tamar se vestiu de prostituta e aproveitando a fraqueza de Judá (ele era viúvo já fazia algum tempo) deitou-se com ele. O pagamento seria um cabrito entregue futuramente. Como penhor, Tamar ficou com o bordão (uma espécie de selo de identificação) e com o cajado de Judá. No outro dia, “honrado” como era, Judá enviou o cabrito pelas mãos de um amigo, mas este não encontrou nenhuma prostituta. Judá então pensou que ela poderia vender o selo e o cajado e ter isso como pagamento. Despreocupou-se completamente. Três meses mais tarde mandaram chamar-lhe, pois sua nora estava grávida. Judá chegou cheio de razão e foi logo dando ordem para que tirassem Tamar para fora da cidade e queimassem. Vê-la morta desta forma seria um triplo acerto: a vergonha do adultério seria aplacada, a morte de seus filhos seria vingada e de quebra, ele não precisaria dar o terceiro filho para aquela viúva negra. Quando estavam perto de queimá-la, Tamar mostrando o selo e o cajado em alto e bom som para todos ouvirem, mas dirigindo-se especialmente para seu sogro: “o dono deste selo e deste cajado é o pai da criança que carrego no ventre (PEREIRA, 2008).

Portanto, conforme o texto, esta espécie de casamento analisado já era concebido na Bíblia. Os índios também adotaram esta classe de boda com finalidade de perpetuar a família, pois, a viúva (cunhada) casava com seu cunhado, mantendo assim a linha familiar.

2.2.4 Sororato viúvo casava com a irmã da sua esposa

Prática de casamento na qual o viúvo casava-se com a irmã da sua esposa (SUSNIK, 1993).

2.2.5 Poligamia, amancebamento e poliginia

A prática da poligamia entre os guaranis era comum, apesar de só os chefes da tribo que tinham o direito, chamada poligamia limitada (CLASTRES, 1990), Montoya comenta em sua obra, que os caciques chegavam a manter de 15 a 30 esposas (SUSNIK, 1993).

Entre os Tupinambás, o acúmulo de esposas tornava os homens líderes, e as mulheres acabam por se beneficiar de tal condição, pela hierarquia social alcançada (FERNANDES, 1997).

A família poligínica significava que duas ou mais famílias participavam do mesmo esposo e do mesmo pai. Deste modo, originava-se uma série de interligações sexuais entre coesposas, entre descendentes, entre ascendentes, meio irmãos (SUSNIK, 1993),

Mesmo assim, nos grupos indígenas encontrados tinha-se a poligamia como uma prática usual, e em alguns grupos sociais, concedida aos líderes políticos e religiosos do grupo social. Outro modelo adotado era o do amancebamento, expressão usada pelos jesuítas para se referir à forma adotada pelos índios em condição monogâmica, que não tinham a perpetuidade da relação como uma exigência (FELIPPE, 2008, p.249-261).

Merece destaque ainda a prática da poliginia entre poucos membros do grupo social, onde as mulheres representando “presentes supremos” eram trocadas dentro dos relacionamentos como forma de manutenção da relação matrimonial, componente do processo de ritualização admitido, criando uma “lógica do dom, em que o homem dá sua irmã, recebe a irmã do outro e retribui esta operação garantindo a disponibilidade de sua futura filha” (FELIPPE, 2008). Para explicar a lógica aplicada em relação aos laços familiares, “o casamento envolve uma série de dádivas entre grupos aliados, a dádiva da mulher sendo concebida como a principal, aquela que fundamenta a instituição” (LANNA, 2008, p. 173-194).

3. O CASAMENTO INDÍGENA E A AUSÊNCIA DE ILICITUDE NAS SUAS ESPÉCIES DE MATRIMÔNIOS

O presente tópico tem como finalidade apresentar, o conceito de ilicitude no Direito Civil correlacionando com as modalidades de casamento nas sociedades indígenas.

3.1 CONCEITO DE ILICITUDE NA ESFERA CIVILISTA

Lotufo (2008) afirma na sua obra que conceito de ilicitude é, sem dúvida, uma das mais genéricas de toda a ciência jurídica, em virtude de se espalhar por todos os ramos do Direito. Assim, encontra-se o termo ilicitude em diversos ramos, como por exemplo, no direito civil, direito penal, direito administrativo, eleitoral e tantos outros.

O trabalho visa focar a (i) licitude no casamento indígena e desta maneira, limitar-se-á na apreciação de ilicitude no direito civil. Conforme o artigo 186 do Código Civil Brasileiro

conceitua-se o ato ilícito como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁶.

Para o reconhecimento do ato ilícito é necessário comprovar alguns elementos essenciais: a conduta comissiva ou omissiva, culpa no mínimo, dano, seja ele patrimonial ou moral e por último o nexo de causalidade (FARIAS, 2012).

Considerando a culpa *lato sensu*, a responsabilidade por ato ilícito depende da verificação de dolo ou culpa por parte do agente. No sistema brasileiro, a gradação da culpa grave, leve e levíssima não tem relevância para a configuração do ato ilícito (BARBOZA, 2007).

O dano, como segundo elemento que configura o ato ilícito, pode ser tanto material ou patrimonial, como, e ou moral. E por último elemento, tem-se o nexo de causalidade, que liga a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima. Para que surja o dever de indenizar é preciso que o dano verificado seja consequência da ação ou da omissão do agente (BARBOZA, 2007).

CAVALIERI FILHO (1998), em apertada síntese, afirma que ato ilícito é ato voluntário e consciente do ser humano que transgredir um dever jurídico. Realizando uma conexão do conceito de ato ilícito com casamento indígena, percebe-se que na cultura e nos costumes indígenas, as diversas espécies apresentadas a seguir, não se configuram ilicitudes, pois não se encontram os elementos essenciais do art. 186 do Código Civil Brasileiro.

3.2 EXISTE ILICITUDE NA UNIÃO INDÍGENA

Partindo do pressuposto o costume se apresenta como um “ordenamento de fatos que as necessidades e as condições sociais desenvolvem e que, tornando-se geral e duradouro, acaba impondo-se psicologicamente aos indivíduos (FERRARA, 2002).

Sendo o costume uma fonte de direito no ordenamento brasileiro, deve-se reconhecer que pode espelhar mudanças numa sociedade, mas principalmente, é Direito vivo (LUSTOSA, 2001).

Ainda, se, por um lado tem-se o costume, de outro o direito positivado, é natural que as diferenças se evidenciem nas práticas, apresentadas em relação a outras culturas, claramente demonstrado no confronto do contexto vivido pelos índios e os europeus colonizadores.

Entendimento tem sido evidenciado sobre a prática da poliginia dos europeus como uma “face de exploração exercida sobre as populações nativas” (FERNANDES, 1997).

Deve-se reconhecer a importância de reconhecimento como válido no pluralismo jurídico, como uma necessidade existencial, material e cultural (WOLKMER, 2001).

Finalmente, tem-se na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos indígenas, o que permite afirmar, que, em relação à prática costumeira indígena em relação aos modelos familiares não deve haver entendimento de ilicitude, considerando serem elementos culturais, característicos dos vários costumes adotados.

⁶ BRASIL, Código Civil Brasileiro, 2002. Art. 186

CONCLUSÃO

Deste modo, podemos concluir que em virtude da Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto do Índio /1973, não podemos descumprir, o que a lei amparou. Ou seja, respeitar os costumes, ainda que em pleno século XXI, possamos dizer que não condiz com a atual e nem antiga sociedade.

Portanto, cabe o legislador alterar a legislação para que deste modo possamos afirmar que em todas as classes, o respeito à dignidade da pessoa humana, não é violado. Contudo, é observado que esta alteração não será realizada, principalmente para nas sociedades indígenas não integradas à sociedade.

Assim, fica praticamente inviável afirmar que existe ilicitude no matrimônio. É notável um choque de princípios, valores morais e religiosos e no momento, a ilicitude permanece, mesmo que tenhamos que afirmar o confronto com nossa legislação pátria.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; BORBA, Casela. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva.

ALMEIDA, Marina Corrêa de. A cultura legal latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. **REBELA**, v. 1, n. 1, jun 2011: 38 – 50.

BUCHILLET, Dominique. **Os índios da região do alto rio Negro. História, etnografia e situação das terras**. Laudo elaborado para a demarcação das Terras Indígenas da região, posteriormente revisto para o anti-contraditório. 1992 (revisto em 1995).

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 5 ed. Rio de Janeiro: ERCA,1990.

D'ANCHIETA, padre José. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista Trimestral de Historia e Geographia ou Jornal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**. 2º trimestre de 1846. Disponível em: <http://biblio.etnolinguistica.org>.

FELIPPE, Guilherme G. Casar sim, mas não para sempre: o matrimônio cristão e a dinâmica cultural indígena nas reduções do Paraguai. **História Unisinos**, 12(3): 248-261. setembro/dezembro, 2008.

FERNANDES, João Azevedo. Uma abordagem interétnica do casamento e da poliginia no Brasil Colonial. Trabalho apresentado no V Encontro de Antropólogos do Norte-Nordeste (Recife, 25 a 28 de maio de 1997). Publicado na **Revista Antropológicas**, ano III, vol 7 (Anais do V Encontro de Antropólogos do Norte- Nordeste), com o título “ A mulher Tupinambá e o Contato Interétnico no Brasil Colonial”.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LUSTOSA, Othon. AA lei, o costume, o direito. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 6, n. 51, 1 out 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2113>>.

MINDLIN, Betty. Cenas do Amor Indígena. **Cienc. Cult.** [online]. 2012, vol.64, n.1, pp. 38-41. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n1/15.pdf>>.

MONTORO, André Franco. **Introdução** à ciência do Direito. 31 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOTA, Jaqueline. **Casamento tridentino e poligamia tupi: a construção da família cristã na Amazônia do século XVII ilustrada pela biografia do índio Lopo de Souza Copaúba**. III Simpósio no Simpósio de História Cultural Florianópolis, 18 a 22 de setembro de 2006.

PEREIRA, Damárcio. Primeira Igreja Batista, 2008.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAMPAIO, Wany. A saga dos Amondava: da horda selvagem à desordem pré-capitalista. **Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente**. Edição Especial Mulher. Dez. nº 14. Vol. II, 1998.

SOARES, André R. **Guarani, organização social e arqueologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SOUZA, Estella Libardi de. **Sistemas Jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo**. Publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

SUSNIK, Branislava. **Los aborígenes Del Paraguay**. Ciclo vital y estructura social. Asunción: Museu Etnográfico “Andres Barbero”, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA HABERMASIANA

Dr. Fábio Liborio Rocha¹

Ms. José Felício Dutra²

INTRODUÇÃO

A proposta neste artigo é ensinar os alunos de graduação a realizarem uma hermenêutica do texto do filósofo alemão Jürgen Habermas por meio de um método mais sintético de como entender um enunciado ou título de artigo científico ou mesmo de um livro, até os conceitos mais densos da ética habermasiana. Em um universo universitário no qual o alunado egresso do ensino médio apresenta ainda um déficit de interpretação de textos, deverá encarar em nível superior um grau de dificuldade ainda maior, sobretudo em textos densos das áreas ciências sociais aplicadas, como o Direito, e a própria Filosofia. O nossa inferência visando uma compreensão da hermenêutica habermasiana será feita por um método sintético, porém seguro, pois o mesmo deverá ser seguido *passo-a-passo*, exemplificado em cada subtítulo do presente artigo.

1. A QUESTÃO DO AGIR COMUNICATIVO EM HABERMAS

Para Habermas, os mestres-pensadores, sobretudo Hegel, Marx e Kant, em nossa época pós-moderna, estão sendo alvo de crítica. Kant propôs uma lógica transcendental, onde a investigação voltada para as condições a priori conseguiria possibilitar a experiência. Para Kant, a análise dos conceitos de objeto era operacionável de modo intuitivo. Seria um modo não empírico, onde nenhuma experiência poderia ser alternativa; foi um sistema de pensamento fechado, não admitindo outros pressupostos. Então surgiu a ideia de que podemos nos certificar do caráter insubstituível de operações intuitivamente executadas desde sempre segundo regras. Esse fundamento kantiano se apresenta em descrédito segundo Habermas, porque fundamentou o transcendental para criar uma teoria do conhecimento. Melhor dizendo, atribuiu a filosofia uma missão exigente, e esses aspectos tornaram a filosofia, duvidosa. Kant, ao pretender esclarecer os fundamentos da ciência, definindo os limites do experienciável, indicando enfim, o lugar das ciências. Isso certamente foi ambicioso; a filosofia excedeu suas forças.

Kant separou o conhecimento teórico as faculdades da razão prática e do poder de julgamento, assentando cada uma delas em fundamentos próprios. Aqui pensamos tratar de uma avaliação crítica inferida por Habermas ao fulcro do pensamento kantiano onde atribui a filosofia o papel de juiz.

Vejamos este exemplo:

¹ Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Brasília, DF

² Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Brasília, DF

A crítica da razão pura assume também a tarefa de criticar o abuso de uma faculdade cognitiva que, em nós, está talhada à medida dos fenômenos. Kant coloca no lugar do conceito substancial de razão da tradição metafísica o conceito de uma razão que se dividiu em seus elementos e cuja unidade de agora em diante só tem caráter formal. Com efeito, ele separa do conhecimento teórico as faculdades da razão prática e do poder de julgar e assenta cada uma delas em fundamentos próprios. Ao fazer isso, ele atribui também à filosofia o papel de um juiz (...). p.18.

Neste momento, Habermas percebe uma estreita conexão entre a teoria do conhecimento fundamentalista, conferindo à filosofia um papel de indicador de lugar para as ciências, sendo um sistema de conceitos a-histórico, inserido sobre a cultura como num papel de juiz.

Por outro lado, se Habermas concorda com R. Rorty no que diz respeito aos papéis de indicador de lugar e de juiz que Kant atribuiu à filosofia, que Rorty considera duvidosos, discorda num segundo momento. Não está convencido de que a filosofia, abandonando o papel de juiz e de indicador de lugar, deva se negar a tarefa de ‘guardiã da racionalidade’. Isso seria o preço da pretensão que, agora transformada em modéstia terá sua cobrança; seria mesmo a morte da filosofia. Habermas afirma que se pensarmos num concerto de modernidade, pelo menos no que diz respeito em Kant, está baseado na razão formal, pela renúncia à racionalidade substancial, vinda do mundo da tradição religiosa ou metafísica. Porém Habermas considera que Rorty possui mérito em outras críticas que produziu. É o que entenderemos adiante.

2. HERMENÊUTICA E RAZÃO EM HABERMAS

Que pensamos tratar de uma análise sistemática do criticismo exercido nas duas bases teóricas de fundamentação: a Kant e a de Hegel; ou a de Hegel para com Kant, tanto do ponto de vista mais radical, como por exemplo, o pragmatismo e a filosofia hermenêutica, quanto a uma autocrítica feita aos fundamentos do pensamento kantiano-hegeliano, assim como, a tentativa de eliminar a pretensão de razão da tradição filosófica. Por exemplo:

(...) gostaria finalmente de defender a tese de que a filosofia, mesmo quando se retrai dos papéis problemáticos do indicador de lugar e do juiz – e deve – conservar sua pretensão de razão nas funções mais modestas de um guardador de lugar e de um intérprete (Habermas, 1985, p. 20).

O antagonismo Hegel-Kant é percebido por Habermas no momento em que ele pondera que a dialética hegeliana é construída por confronto com o sistema transcendental kantiano. Do mesmo modo, Hegel critica Kant por considerar que tenha ‘colhido historicamente’ juízos e conceitos puros sem fundamentá-los. Habermas infere porém, que Hegel se expõe ao mesmo axioma. Para ele, Hegel e sua “Lógica” atribui a filosofia a tarefa de abarcar o conceito, de modo enciclopédico, os conteúdos das ciências. Mas logo Habermas percebe que não pode apontar as pretensões dos mestres-pensadores, sem propor caminhos viáveis, isentos de criticismo. Deste modo, pondera:

(...) mas a crítica metafilosófica aos mestres-pensadores, quer se volte agora contra o absolutismo de Hegel quer contra o fundamentalismo de Kant, é um produto tardio. Ela segue as pegadas de uma autocrítica há muito praticada pelos sucessores de Kant e de Hegel. p.21.

Segundo Habermas, existem, todavia críticas divergentes, algumas poderíamos dizer críticas grosseiras, como Strawson, a construtivista de Lorenzen e a criticista de Popper também não deram conta do lugar do lugar que cabe a filosofia, se mantendo, porém sempre fiéis a uma crítica de Kant. E isto somado a filósofos do peso de um Adorno, que só enxerga a confirmação de que não é mais possível romper com a razão instrumental, transformada em totalidade social.

A questão de uma pretensão de razão em Hegel ou em Kant é criticada por diversos filósofos. Existe uma pretensão de razão possivelmente advinda daqueles que a criticam, mesmo que sejam prudentes mesmo nos casos de decisões judiciais, como as dos chamados “juízes Hércules” exemplificados pelo jurista americano Ronald Dworkin³. É justamente isso, segundo Habermas, que distingue Popper e Lakatos, de Feyerabend; Horkheimer e Adorno, de Foucault. Eles ainda teriam algo a dizer sobre as condições de inevitabilidade de uma pretensão transcendente. É essa pretensão de razão que segundo Habermas, que a crítica aos mestres pensadores se coloca em questão.

Por isso afirma que: Toda solução de problemas e toda interpretação depende de uma rede de pressupostos que é impossível de se abranger; e essa rede não pode ser recolhida por uma análise visando o universal, por causa de seu caráter ao mesmo tempo holístico e particular. Também cairá por terra “o mito do conhecimento dado” trazendo com isso as distinções entre sensibilidade e entendimento, intuição e conceito, forma e conteúdo, distinções entre juízos analíticos e sintéticos, *a priori* e *a posteriori*.

Isso pode nos remeter a uma despedida da filosofia, renunciando também a pretensão de razão do pensamento filosófico ou a uma saída moderada pela autocrítica, que seria o indicado por Habermas.

Para ele, R. Rorty produz um contraponto interessante, pois contrapõe o *Discurso normal* ao *Discurso anormal*. As ciências alcançam a normalidade nas fases de progressos teóricos, quando se conhecem os procedimentos permitindo resolver problemas e arbitrar disputas ainda no século XIX. Rorty chamou esses discursos de comensuráveis, pois se pode confiar em normas que asseguram o consenso. A controvérsia, porém pode gerar o discurso incomensurável ou tautológico; aí está segundo Habermas a tese de Rorty. Quando se deixa de buscar a normalidade, contentando-se a um “desacordo interessante e fecundo”. Então deste modo, os discursos não normais se bastem a si próprios, podem ser considerados edificantes (*edifying*). Sua segunda questão, – a do filósofo americano Rorty – que Habermas expõe seria a da discussão entre a divisão de campo entre ciência e filosofia. Neste postulado, campos como o marxismo e a psicanálise teriam de ser chamadas de pseudociências, culpadas de hibridismos, de discursos normais e anormais dicotômicos, o que nós discordamos, pois

³ Dworkin reflete sobre os juízes “Hércules”. Para o jusfilósofo, determinados juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor de réus com as mesmas origens sociais e institucionais. Para tal reflexão, ver a obra em nossa bibliografia: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.165.

o *Real* somente existe na análise. E segundo Habermas, isso valeria para Freud, Weber, Durkheim e outros, que introduziram pensamentos genuinamente filosóficos como se fosse uma pesquisa especial. Neste momento, Habermas lançara mais a fundo suas proposições em relação ao lugar filosófico. É o que observaremos na terceira etapa.

3. O PÓS-POSITIVISMO EM HABERMAS

Que pensamos tratar da tese defendida por Habermas, de que a filosofia não pode se abster da sua pretensão a uma razão universal perseguida pela tradição filosófica. Por exemplo:

(...) a filosofia não poderia, relativamente a algumas ciências, trocar o papel insustentável do indicador de lugar pelo papel de um guardador de lugar – um guardador de lugar para teorias empíricas com fortes pretensões universalistas, que são objeto de arremetidas sempre renovadas das cabeças produtivas em cada disciplina (...). Pág. 30.

Habermas propõe formas moderadas de fundamentações transcendentais e dialéticas, que podem ser úteis, afinal não coexistem nem verdades nem razões absolutas: existem decerto meias-verdades. Por exemplo, na cooperação científica, onde filósofos atuam levando subsídios para uma teoria da racionalidade, sem fundamentalismos, e sem absolutismos. Elas trabalham com uma consciência de falibilidade da ciência e, trabalham assumindo seu lugar de filosofia, diante de cientistas. Segundo Habermas, também a cultura não precisa de nenhuma fundamentação, de nenhuma classificação hierárquica. A ciência moderna, o direito positivo, e as éticas profanas baseadas em princípios, com a arte também autônoma, cristalizaram-se três grandes dimensões da razão – e isto sem a intervenção da filosofia.

Habermas admite que essas grandes unilateralizações necessitem de mediação. Talvez aí esteja o caminho indicado por Habermas à filosofia. Seria a capacidade desta de mediar, de guardar lugar, de interpretar. Veremos no futuro que será mais produtivo do que ser guardiã da racionalidade, que nenhum privilégio mais confere.

4ª parte – A questão do poder discursivo e a fundamentação do âmbito jurídico contemporâneo

Para o filósofo alemão a garantia dos direitos de participação está na institucionalização jurídica das formas de opinião pública e da vontade as quais culminam em leis e políticas. Segundo Habermas a realização de tais garantias tem como condição de possibilidade as formas de comunicação por meio das quais o princípio do discurso deve ser mantido. O princípio do discurso habermasiano assevera ser tal modalidade uma maneira de “filtrar contribuições e temas, argumentos e informações” possibilitando um consenso racional quanto às regras de pertinência e isso daria condições a que a democracia fundamente a legitimidade do direito. Afirma o filósofo:

(...) o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de

violência”, no sentido de Hannah Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa (HABERMAS, 2010, p. 191).

A força pretendida por Habermas somente pode manter-se se e somente se as condições da intersubjetividade forem mantidas intactas, ou seja, as regras do diálogo forem respeitadas (as pretensões de validade: inteligibilidade, veracidade, verdade e retidão normativa). Essa força torna possível para as convicções comuns gerarem o seu poder comunicativo. Embora o direito, segundo o entendimento habermasiano, não regulamente necessariamente contextos interacionais em geral, como a moral, serve como uma espécie de meio para que as comunidades se auto-regulem em uma sociedade. O contexto moral não consegue exprimir uma vontade geral pura e simples, o contexto jurídico a vontade particular de uma comunidade jurídica.

E, enquanto a vontade moralmente livre é, de certa forma, virtual, pois afirma apenas aquilo que pode ser aceito racionalmente por qualquer um, a vontade política de uma comunidade jurídica, que também deve estar em harmonia com ideias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos, como infere Habermas (2010, p.191). Os diferentes questionamentos políticos atuam na regulamentação dos comportamentos ampliando os argumentos relevantes para a formação da vontade política – “aos argumentos morais vêm acrescentar-se as razões pragmáticas e éticas”. Habermas afirma ser a concretude do caráter do direito diretamente proporcional à concretude da matéria a ser regulamentada, isto é, a aceitabilidade das normas fundamentadas exprime o entendimento histórico em uma comunidade, os interesses entre grupos concorrentes e as escolhas empíricas informadas por diferentes fins alternativos. As perspectivas teleológicas, as vontades, integram os conteúdos jurídicos, fortalecendo-se por meio do Estado na persecução dos fins coletivos. Legislar, afirma o filósofo alemão, exige a programação de domínios de funções ampliadas e realizações no âmbito organizacional do Estado proporcionalmente.

Segundo Habermas (2010, p.192) mesmo o *modelo liberalista*, no qual o Estado geralmente entrega a persecução de fins coletivos a mecanismos de mercado e a associações espontâneas (limitando-se à imposição de direitos subjetivos), o direito não pode ficar distanciado de pontos de vista teleológicos da legislação tributária e da segurança militar. Quaisquer considerações dos fins coletivos não deve destruir a forma jurídica – por ser função precípua do direito, ou seja, o direito não deve diluir-se na política – ou desapareceria a tensão entre os fatos e as normas, característicos do direito contemporâneo.

A relação entre o substrato factual da vontade em uma comunidade jurídica introduz o sentido da validade das normas (e não somente a sua obrigação social). A “legitimidade” do direito não é simétrica à “moralidade”, ou seja, conforme as teorias do discurso, normas morais consideradas válidas (*gültig*) são “corretas” (*richtig*) no mesmo sentido em que são justas (*gerecht*).

Os argumentos que justificam regras morais levam a um *acordo* racionalmente motivado; a fundamentação de normas jurídicas serve para uma negociação racionalmente motivada. (HABERMAS, 2010, 197 – grifos do autor).

O princípio do discurso, portanto, impõe a validade a qualquer tipo de norma de ação por meio do assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte no âmbito de uma esfera pública na qual os “discursos racionais” imperam. Os comportamentos são mediados pelo princípio do discurso, regulamentando as interações em um círculo ilimitado de destinatários nos quais surgem questões correspondentes aos tipos de discurso ou argumentos morais. Aos argumentos correspondem diferentes formas de negociação dos interesses envolvidos. Contudo, se houver conflitos, o tratamento racional exige a formação de opiniões e vontades livres as quais possibilitem resoluções fundamentadas sobre as diferentes persecuções dos fins coletivos, regulamentando normativamente a convivência. De um lado, a coletividade que delibera e conclui distancia-se daquelas partes ou instâncias que trabalham para ela, isto é, que podem realizar e aplicar programas que foram votados como pensava HABERMAS, (2010, p.199). De outro lado, a coletividade dos membros da sociedade se transforma numa coletividade de parceiros do direito, os quais, enquanto cidadãos exercitam sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e de configuração. O princípio da universalização mantém os participantes obrigados a analisarem as controvérsias, utilizando casos particulares exemplares, a fim de descobrirem se poderiam encontrar algum tipo de acordo entre todos os atingidos. Uma regra moral a fim de superar essa fase deve, em geral, estar descontextualizada, ou seja, deve tornar-se uma forma de padrão para adequar-se ao que seja os interesses no âmbito da qual foi gerado. Nesse sentido, a formação estruturada discursivamente da opinião e vontade de um legislador político exige a interligação entre normas jurídicas e formas de poder comunicativo.

Tais procedimentos definem as considerações mais ou menos simétricas quanto aos diferentes interesses dos participantes como um problema de negociação entre os governantes e não como um simples problema de entendimento discursivo – os quais fazem de sua liberdade comunicativa a tomada de posições em relação às pretensões de validade criticáveis para convencerem-se reciprocamente da correção dos seus argumentos quando for o caso.

Dado que a formação de compromissos não pode substituir discursos morais, não se pode reduzir a formação política da vontade à formação de compromissos. *Mutatis mutandis*, isso vale também para os discursos ético-políticos. Pois seus resultados têm de ser ao menos compatíveis com princípios morais. (HABERMAS, 2010, 209).

Portanto, todos os aspectos jurídicos exigem serem submetidas a um exame de coerência entre os diferentes contextos nos quais produzidos a partir dos horizontes interpretativos situados no âmbito de esferas públicas de interesses coletivos sociais. Isso é o mesmo que estabelecer a mais ampla cadeia de discussões, a partir de dissensos necessários como condição necessária e suficiente, para que qualquer consenso seja constituído livremente. Ao contrário de uma leitura vigente, muito em voga, para o filósofo alemão, discordar é o que possibilita negociações desejáveis a fim de se construir possíveis acordos entre diferentes questões em disputa.

Etapa IV – Nossa proposta a Habermas.

Proporia em um primeiro momento, que Habermas exemplificasse a sua proposta na redefinição de razão, de forma mais direta sobre este axioma, já que todos os seus pressupostos que defendeu são absolutamente pertinentes. Este debate – o da razão – na filosofia contemporânea assume vital importância, visto que, as várias definições da razão no decorrer da tradição filosófica, demonstram-se insuficientes, sendo alvo de inúmeras críticas. Seria o papel de mediadora?

Em relação ao título proporia o enunciado:

“Pelo fim das filosofias absolutistas e fundamentalistas: a inelutável mediação da razão”.

Etapa V – NOSSA CRÍTICA A HABERMAS.

Em um primeiro momento não faria – como inferiu Habermas – em afirmar no primeiro parágrafo da página 32, onde diz:

“Com a ciência moderna, com o direito positivo e as éticas profanas baseadas em princípios, com uma arte que se tornou autônoma e uma crítica de arte institucionalizada, cristalizaram-se três dimensões da razão e isso também sem a intervenção da filosofia.”

Levantaríamos a hipótese da existência de uma quarta dimensão da razão, dimensão esta definida por Freud segundo o próprio Habermas, cuja citação se encontra assim exemplificada:

(...) Mistura de Discursos normais e não-normais, já que não se conformam a divisão de trabalho postulada – isso não é muito diferente em Rorty e em Karl Jaspers. Mas pelo que sei da história das ciências sociais e da psicologia, essas duas abordagens não são nada de atípico, elas se caracterizam muito bem o tipo de teoria com que se fundam novas tradições de pesquisa. O que vale para Freud nessas disciplinas para todos os teóricos pioneiros, por exemplo para Durkheim, para G.H. Mead, para Max Weber, para Piaget e Chomsky. Todos eles introduziram, se a expressão faz de todo o sentido, um pensamento genuinamente filosófico como se fosse uma carga explosiva em uma situação de pesquisa especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Habermas e mesmo Appel apontam o isolamento radical do homem como ‘situação limite’, em nossa vívida pós-modernidade qual necessita de um novo agir comunicativo ético. Essa inevitabilidade de pertencer a uma forma cultural, pouco importa se está determinada religiosa ou etnicamente. O “ser feliz”, a orientação aristotélica de vida boa, será respondida pela intuição de Hegel que conferiu uma primazia à eticidade substancial histórica frente a qualquer moralidade abstrata-formal: esta última- assim parece- não dará resposta a questão da vida boa. Isto talvez possa ser estendido ao conceito de ‘imperativo categórico de Kant.

Pois a sociedade atual apresenta tal pluralidade cultural que o direito comum e as normas tem que dar alicerce para a coexistência pacífica das mesmas diferenças culturais.

Utilizamos em nossa pesquisa o Método Dialético. Tal metodologia foi proposta por Hegel em sua obra *Princípios de Filosofia do Direito*. Este postulou que o conhecimento nasce da contradição entre os opostos. Logo, a contradição social então é resolvida pela união dos opostos, em forma de síntese ou harmonia dos contrários. Para Hegel, a subjetividade das ações humanas constitui agora a determinação específica do conceito da mesma. Tal agir comunicativo está sendo concebido dialeticamente como um conceito para dois atores sociais, atores-de-vontade, onde tal vontade opera no sujeito como Liberdade. Tal liberdade, delegada pelo ator principal que é o próprio Estado, se encontra em um plano superior da comunicabilidade interpessoal do sujeito como subjetividade da vontade. O indivíduo precisa assim de vontade para compreender o outro, o Estado e a Lei, para que a mesma dialética não sofra o perigo de ser estancada, perdida como processo comunicacional do Indivíduo-Estado. O Agir Comunicativo realmente acontece como possibilidade e somente se, quando a vontade subjetiva de se comunicar, sendo a própria *Liberdade-do-Estado* passa a ser realidade em ato, por causa de um avanço de qualidade ética e racional dos atores assim envolvidos. Quando um indivíduo não cumpre a Lei para Hegel, não o faz por falta de consciência de uma coletividade social que deve ser superior aos desejos egóicos do sujeito. Para Hegel, toda a realidade que não for um conceito não pode existir concretamente. Exatamente, para Habermas a comunicação da Lei será também uma ideia. A partir desta ideia, admitimos que exista um conceito de Estado e um conceito de cidadão no Brasil que precisaria ser entendido dialeticamente, enquanto método e teoricamente, dentro do Agir Comunicativo, algo que pensamos não estar sendo desenvolvida na Filosofia do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPEL, Karl-Otto. *Etnoética e Macroética Universalista: oposição ou complementaridade?* Rio de Janeiro: UGF- Ethica cadernos acadêmicos - ano II – no 02 – 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. São Paulo: Perspectiva, 1985.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. I, 2ª Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

A FENOMENOLOGIA EM KURT LEWIN E A EQUIDADE DE JOHN RAWLS PERANTE À OBEDIÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Fábio Liborio Rocha¹

José Felício Dutra Júnior²

RESUMO: A sociedade contemporânea superou a fase do “hiperdesenvolvimentismo”, isto é, crescimento econômico a qualquer custo, para uma fase que visa o desenvolvimento menos agressivo ao meio natural. É nessa perspectiva que o art. 225 da Constituição brasileira determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Porém, essa disposição constitucional perde sua essência normativa se não houver, por meio de uma educação ambiental, uma conscientização coletiva na sociedade brasileira de que todos somos responsáveis pela preservação ambiental, não deixando preponderar interesses latifundiários e econômicos em detrimento do sujeito coletivo ecocêntrico.

Palavras-chave: Meio ambiente. Ecocêntrico. Constituição. Justiça ambiental.

INTRODUÇÃO

Somos estudiosos da Agenda Ambiental ODS-2 e com este propósito intencionamos com o presente artigo analisar um axioma de filosofia social do século XX, imerso na teoria da justiça em John Rawls, segundo o filósofo americano Magill (1990). Aplicamos no presente artigo, a esta noção de justiça social a questão de meio ambiente no Brasil. Passaremos então a compreender o problema da justiça em John Rawls e propor secundariamente respostas de variados cientistas sociais. Posteriormente dialogaremos em finalização com uma proposta teórica de resolução pelo psicólogo social Kurt Lewin para a fenomenologia do desagradável comportamento ecológico da sociedade brasileira. Tal contribuição da psicologia para a teoria da justiça como equidade foi indicada dezenas de vezes na obra de Rawls (2001), *Justice as Fairness*.

¹ Pós-doutor (2015) em Psicologia Clínica e Cultura pela UnB. Graduado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2000), especializando em psicanálise e saúde mental (2019), mestre em Filosofia pela UGF (2003) e doutor em História, pela Universidade Federal do Paraná (2009). Professor de Ciência Política (Direito) e de História da Psicologia (Psicologia) no Centro Universitário UDF em Brasília. ² Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP (2014/2016). Especialista em Direito Constitucional Positivo, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal - FESMPDFT (2009/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2003/2008). Professor de Direito Constitucional do UDF. Advogado criminalista licenciado. Assessor jurídico no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

1. SOBRE A QUESTÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A proteção ambiental é consolidada pela Constituição Federal de 1988. No entanto, a despeito dos crimes ambientais que vem ocorrendo com frequência em nosso país, como o da barragem de Brumadinho, temos uma visão ontológica que permite esclarecer tais descumprimentos que serão, admitamos, culturais. Lembremo-nos de pensar como Havemann (1967) quando afirmou a existência de uma lógica da natureza e vamos aqui pensar também em uma lógica do desmatamento. Devemos entender o descaso a floresta brasileira e aos recursos hídricos como coisificação, por exemplo, de uma simples árvore como “coisa”, “coisa útil”, do utilitarismo. O Brasil havia entrado historicamente e definitivamente na era do desenvolvimento sustentável quando sediara a Eco-92 em 1992. Neste simpósio da ONU o Brasil assinou o Protocolo de Kyoto, com o objetivo de reduzir a emissão de gás carbônico até 2015. Mas antagonicamente, em 2002 na conferência Rio+20, o Brasil começa a progredir sua participação mundial no controle do desmatamento de florestas. Porém, atualmente, a câmara federal revoga o nosso código florestal. Houve de outro modo uma tentativa da ONU de lançar a proposta dos créditos de carbono, visando preservar as florestas do mundo.

Com efeito, pensaremos neste artigo uma casuística para tal fenômeno social em nosso país, visando compreender o motivo do retrocesso no pensamento ecológico brasileiro. Diante de tantas vicissitudes, pretendemos compreender o escopo do artigo constitucional ambiental, destacando assim, sua atualidade e emergência. Inferimos igualmente que iremos vislumbrar aqui variadas doutrinas acadêmicas para além do Luhmann. Passaremos então a pensar diversas epistemologias em ciências humanas quais possam nos levar a uma resposta para o fenômeno de desobediência civil ao meio ambiente segundo Rawls. Ao final do presente artigo, ressaltaremos nossa preocupação em aceitar apenas uma proposta de Kurt Lewin em relação ao desestruturado comportamento social que vivemos atualmente no Brasil, em termos ecológicos.

Vivendo do extrativismo vegetal desde que iniciara o ciclo econômico do pau-brasil, não será fácil mudar uma concepção econômica de 500 anos de temporalidade, ou meio milênio. Assim, a mudança, o descongelamento de práticas enraizadas onde a natureza é vista como um objeto extrativista infinito é uma das tarefas mais complexas da agenda federal em termos de tomada de decisões. Com efeito, se tal mudança de mentalidade ecológica acontecer, a qualidade dos valores éticos e de justiça dos brasileiros irão se revelar, pois o próprio processo de mudança fornece informações importantes sobre a nossa sociedade. Se eu retiro 100% de ouro do leito do rio Amazonas eu me alio a doutrina do utilitarismo que é um perfeccionismo mesmo que economicista. Os direitos do homem não podem ser apenas pensados em termos de prejuízo ou lucro, e os valores ecológicos ambientais também são igualmente constitucionais e necessário para o mesmo bem estar da população do Brasil.

Gostaríamos de argumentar eticamente sobre este artigo ambiental importante:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse

direito, incumbe ao Poder Público: VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Havemann (1967, p.32), diz: “o conceito árvore, engloba portanto, todos os tipos de apresentação que encontramos na realidade como árvores”. O conceito de “árvore” contém a essência do fenômeno “árvore”. O que isto realmente implica? Quando Thomas de Aquino disse que todos os entes são essências ele quis dizer-nos que não são coisas. Coisas seriam objetos inanimados. Começamos pretensamente com esta citação de Havemann (1967), pra chamar a atenção de dado hermenêutico de Luhmann (1995, p.29):

As razões desta capacidade de desempenho estão no tipo de seleção do código, ou seja, uma combinação de universalismo e especificação. O código está em condições de atribuir, de forma relativamente independente da distribuição do mundo-ambiente do sistema, um complemento rigorosamente correspondente a cada item, ou seja, por exemplo, uma negação correspondente a cada comunicação linguística (...).

Vimos aqui o problema indicado por Luhmann (1995, p.29), nesta questão de linguagem. A estratégia daqueles congressistas que apregoam leis em apoio ao desmatamento indiscriminado será sempre uma estratégia de um corpus político que não sendo a favor do pluralismo razoável intrínseco a prática democrática se favorece pela incompreensão deste importante artigo 225 constitucional.

Em verdade, todo o fenômeno da poluição e desmatamento brasileiros causará uma instabilidade democrática na medida em que as áreas de proteção permanente são um direito constitucional de todos os cidadãos.

Essa é a ética da doutrina na posição de John Rawls onde se funda uma concepção de que cada cidadão irá conceber para si próprio uma imagem de nação, constitucional ou não em favor de seus próprios interesses. É interessante que Ann Mackenzie (1994, p.81), diga que apenas o construtivismo poderia educar o indivíduo em sociedade. Aqui esse encontra posta, uma questão ética e do conceito de razão necessários ao cumprimento como dever do supracitado artigo 225 constitucional.

O pluralismo interpretativo da constituição é dotado de opiniões variadas sobre a finalidade da vida humana (e a proteção ambiental é um valor humano constitucional), responsabilidade, concepção de pessoa humana, entre tantas. Mackenzie (1994, p.82), pensa também em conflitos de natureza moral como a realização de um consenso geral acerca de um problema- em nosso caso, o ambiental -, pois decerto é axiomático resolver uma questão de autonomia fundada em valores políticos suspeitos onde a par da grande maioria dos cidadãos com seus valores morais particulares), o qual Rawls havia dado o nome de “razão pública”. Logo, se não há consenso moral, não haverá consenso racional, gerando uma impossibilidade de acordo em toda controvérsia, inclusive do artigo Constitucional ambiental. Surge uma terceira via então.

A carta constitucional deve ser cumprida sem rasuras. Rawls denominou este paradigma, como uma preocupação pragmática da qual nós compartilhamos. Independente do grupo social

que esteja a ler a carta constitucional e seu artigo 225 ambiental, este necessita de solidificar uma unidade nacional ou acordo de harmonia social, ou ainda dialético, que possa fornecer uma grande concessão a estabilidade social desejando respeitar a igualdade de autonomia dos cidadãos mesmo se a parcela que pretende ver a natureza preservada no país não seja a parcela das multinacionais mineradoras que provocam por vezes catástrofes ambientais na Amazônia ou no litoral brasileiro.

Mesmo não desconhecendo um possível usufruto de recursos naturais sustentáveis pelo meio empresarial. Assim, o Sistema Nacional de Pesquisa Agropecuária e as políticas de C,T&I e agrícola visam a avançar a sustentabilidade da agricultura brasileira, desenvolvendo, aperfeiçoando e difundindo de forma ampla tecnologias eficientes de produção que conservem o solo, usem de forma eficiente a água, sejam compatíveis com a preservação do meio ambiente e da biodiversidade³.

Temos como exemplo a demanda do ambiente de Mata Atlântica, onde o grande desafio se constitui na preservação do que restou do bioma e em sua valorização por parte dos grandes centros urbanos, dependentes do bioma e ao mesmo tempo responsáveis por sua preservação. O Pampa é um dos ambientes mais intensamente impactados pelas mudanças climáticas. Períodos de estiagem tornam-se uma constante, de onde se infere que programas específicos de desenvolvimento de sistemas produtivos e práticas sustentáveis devem ser priorizados também no Cerrado.

2. ARGUMENTOS DE RAWLS QUE EXPLICAM A VALIDAÇÃO DO ESCOPO DO ARTIGO 225 CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Rawls *apud* Mackenzie (1994, p.81), nos avisa que temos que reconhecer o pluralismo global, que é seu fundamento da doutrina da justiça como equidade. Mas como John Rawls nos alertara, o conhecimento constitucional de um povo não será para todos devendo haver sempre uma parcela da população que não compreende a constituição de seu país (em seu caso, os EUA), e nós transportamos este fenômeno linguístico também para o Brasil. Será que todos os cidadãos compreendem o artigo ambiental nº 225 de nossa Constituição?

Nosso artigo argumentará que o axioma se constitui em tal fenômeno hermenêutico textual.

Não compreendemos, não o colocamos em prática e isso constrói uma péssima ética baseada apenas em valores econômicos que enxergam a natureza, a floresta brasileira apenas como fonte de produto e riquezas.

Como Rawls *apud* Mackenzie (1994, p.81), nos inferiu, este utilitarismo monetário nos afasta da igualdade e justiça, pois a riqueza natural não é apenas uma questão de natureza, de Estado de Natureza a ser gozado, usufruído. Prossigamos, no entanto em passar a usufruir da teoria de Rawls em dois aspectos: o ético e o psicológico. Rawls (2001, p.117) diz:

(...) Those principles further encourage the political virtues when, through the publicity condition, they incorporate the ideal of citizens as free and

³ Ver: BRASIL. Recomendações da 4ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável *apud* LIVRO AZUL - 4ª CNCTI para o Desenvolvimento Sustentável, 2018.

equal persons into public life way of the shared recognition of the principles of justice and their realization in the basic structure. This incorporation, along with a reasonable moral psychology (to be discussed in Part V), implies that when just institutions are established and working well over time, the cooperative political virtues are encouraged and sustained (...).⁴

O art. 225, §3º, da Constituição da República, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade em matéria ambiental deriva de uma obrigação anterior, que o responsável deixou de observar. É sem dúvidas, noção peculiar a todas as relações jurídicas, visando assegurar a observância de alguma obrigação nela existente, ou porque se assumiu tal obrigação, seja em decorrência de um fato ou ato, ocorrido ou praticado.

A responsabilidade determina a obrigação de responder por alguma coisa, dando origem ao dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão que lhe sejam imputáveis, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legalmente previstas.

A expressão “bem de uso comum do povo” do art. 225 não está se referindo ao bem público de uso comum daquela clássica divisão de bens públicos oferecida pelo Código Civil Brasileiro (CC/16, art. 66 e NCC, art.99), que divide os bens públicos em: bem de uso comum, bem de uso especial e bem dominical.

José Afonso da Silva (2011, p. 112) afirma que na verdade o que o art. 225 quer se referir é um bem de interesse público. O que se criou com a redação do art. 225 foi um bem de interesse público e o direito administrativo começa a chamar atenção desse detalhe dizendo que os tipos de bem público são aqueles do art. 99 do NCC e ao lado deles tem-se bens de interesse público, que não necessariamente são bens públicos. Podem ser perfeitamente bens particulares, mas gravados com restrições legais. A lei faz restrições no seu uso, chamadas limitações administrativas, para preservar o interesse de toda coletividade. É um bem de interesse comum. A manutenção do meio ambiente é um interesse público, difuso, indeterminado, mas que não autoriza que o cidadão ingresse alegando ser um bem de uso comum.

3. POSTULADOS ANTROPOLÓGICOS PARA UMA POSSÍVEL DIACRONIA SOCIETAL

Podemos também, se quisermos ajuntar fundamentação antropológica ao problema do descumprimento constitucional ambiental no Brasil.

Balandier (1969) afirma que as transformações culturais, econômicas e sociais advindas do período pós-colonial afetou todas as nações desta característica e o Brasil foi um deles.

⁴ Em português: “Estes princípios também estimulam as virtudes políticas quando, através da condição de publicidade, incorporam o ideal dos cidadãos como pessoas livres e iguais na vida pública por intermédio do conhecimento comum dos princípios de justiça e sua realização na estrutura básica. Essa incorporação, junto com uma psicologia moral razoável (que será discutida na Parte V), implica que quando instituições justas são criadas e funcionam bem ao longo do tempo, as virtudes políticas cooperativas são estimuladas e mantidas (...).”

Quando nós rompemos com sistemas tradicionais agrícolas familiares e optamos pelo latifúndio, ocorre automaticamente uma instauração da opinião pública a respeito dos recursos naturais e de como ele deve ser explorado, ou quais domínios de sustentabilidade.

Foi o que Balandier (1969, p.189) denominou como “autoridades tradicionais”, os povos indígenas, à saber. Evidentemente uma corporação de agrotóxicos multinacional terá uma concepção de exploração natural do que uma tribo Ianomâmi, por exemplo. Podemos aqui destacar o papel do aparelho do Estado para tornar lenta, a educação ambiental nacional.

Em termos de educação ambiental, a sociedade ocidental nos séculos XVIII e XIX tinha por paradigma a vontade do homem, isto é, prevalecia o antropocentrismo, em que os recursos ambientais são inesgotáveis e devem servir ao homem.

Contudo, após as Guerras Mundiais, século XX, esse paradigma é rompido, porque se verificou que os recursos ambientais são esgotáveis e que o homem é apenas uma das espécies que interfere no meio ambiente.

Segundo José Eustáquio Diniz Alves (2012), o antropocentrismo é uma concepção que coloca o ser humano no centro das atenções e as pessoas como as únicas detentoras plenas de direito. Ele afirma ainda que poderia parecer uma manifestação natural, mas se trata de uma construção cultural que separa artificialmente o ser humano da natureza e opõe a humanidade às demais espécies do Planeta. Isto é, o ser humano se tornou a medida autorreferente para todas as coisas.

Para Aristóteles (384-322 a.C), citado por São Tomás de Aquino (1225-1274), o Homem está no vértice de uma pirâmide natural, em que os minerais (na base) servem aos vegetais, os vegetais servem aos animais que, por sua vez, e em conjunto com os demais seres, servem ao Homem.

A ciência ocidental moderna, que tem por base axiológica o positivismo e o cartesianismo, entendia que os recursos naturais estavam a disposição do homem, posto que seriam inesgotáveis.

Este entendimento, contudo, já não subsiste, haja vista as consequências ambientais da intervenção da ação humana no ecossistema.

A concepção científica do mundo pós-Guerras Mundiais tem por objeto a necessidade da preservação do meio ambiente natural.

A sociedade contemporânea superou a fase do “hiperdesenvolvimentismo”, isto é, crescimento econômico a qualquer custo, para uma fase que visa o desenvolvimento menos agressivo ao meio natural.

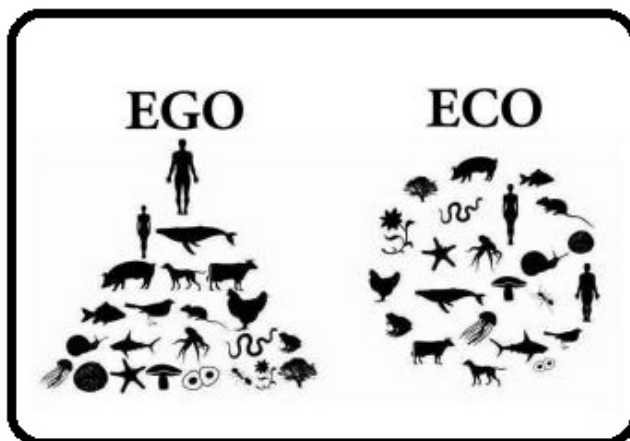
A conferência de Estocolmo, realizada entre os dias 5 a 16 de junho de 1972 foi a primeira atitude mundial em tentar organizar as relações de Homem e Meio Ambiente. Na capital da Suécia, a sociedade científica já detectava graves problemas futuros por razão da poluição atmosférica provocada pelas indústrias.

A Conferência, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano, documentou uma Declaração, na qual constam 23 (vinte e três) princípios.

Dentre estes princípios destaca-se o que determina que “os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos

ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”.

A seguinte ilustração identifica o antagonismo do antropocentrismo e o ecocentrismo, em que aquele pensamento hierarquiza os seres vivos do ecossistema, colocando o homem no ápice, enquanto este analisa o processo ecológico e o ecossistema em uma concepção horizontal:



Fonte: <<http://memoriaproteccionista.blogspot.com.br/2012/05/ecocentrismo-antropocentrismo.html>>. Acesso em 29 mar 2019.

Em decorrência da relevância do fenômeno ambiental e do seu conteúdo político, as Constituições mais modernas passaram a dar um tratamento explícito no que se refere a proteção do meio ambiente em seus textos, evidenciando assim, a necessidade de uma tutela mais adequada.

A preocupação com a tutela do meio ambiente, em nível constitucional, foi no Brasil tratada pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 225, que determina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O referido artigo traz em seu § 1º que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público realizar diversas ações de proteção ambiental, entre elas: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Constituição brasileira cria instrumentos de imposição de responsabilidade pela preservação do meio ambiente ao Estado enquanto Poder Público, igualmente à toda coletividade com a finalidade de sua defesa para as atuais e futuras gerações. Os sujeitos de direito no presente deverão atuar para que os bens ambientais não pereçam posteriormente.

O legislador constituinte brasileiro, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no artigo 5º, da CRFB, acrescentou no caput do artigo 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que, segundo Edis Milaré (2001, p. 1065), “é, sem dúvida, o

princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea”.

Antônio Augusto Caçado Trindade (1993, p. 76) afirma que:

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência, – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.

Desta forma, a defesa ecológica deve impedir a agressividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público preservá-lo as gerações presentes e futuras (FERREIRA, 1995, p. 290).

Nesta mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.540, externou na ementa do acórdão o entendimento, segundo o qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁵

O Egrégio Tribunal entende ainda que se trata de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano. Em face disso, conclui que incumbe ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual.

4. UMA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO COMPORTAMENTO SOCIAL SEGUNDO KURT LEWIN

O modelo teórico de Kurt Lewin, a Teoria do Campo, pode mais fielmente nos explicar o fenômeno de grupos sociais ou sociedades inteiras que compartilham um mau hábito comportamental, particularmente em nosso estudo onde o desmatamento causado pelo loteamento agropecuário desenfreado é prejudicial.

A Teoria do Campo é o meio psicológico onde um grupo ou indivíduo estão inseridos e foi a que mais se aproximou de um mapa mental do fenômeno.

Em sua obra *Resolving Social Conflicts*, Lewin *apud* Lodi (1974, p.112), percebeu a influência do grupo na vida cotidiana do indivíduo.

Para Lewin, o grupo é o campo das percepções, ações e sentimentos humanos, em ensejo da mentalidade grupal.

Recentemente no Brasil tivemos uma reforma da legislação ambiental, reclamada pelo setor produtivo ruralista. Como o próprio Kurt Lewin disse em Collin (2016, p.222): (...) “Quando entende que o seu destino depende do destino do grupo inteiro, o sujeito sente vontade de assumir uma parte da responsabilidade pelo bem-estar geral.” É esta fenomenologia que falta ao cidadão brasileiro em relação à proteção ambiental.

Para tanto, deve-se adotar uma linha epistemológica ecocêntrica, superando-se o antropocentrismo.

⁵ Brasil. STF. ADI 3540 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENTA VOL-02219-03 PP-00528

É necessário ainda ressaltar as peculiaridades do ente coletivo, compatibilizando-se o conjunto de penas com as suas características e natureza.

Deve-se superar o entendimento liberalista – estritamente individual – e antropocêntrico, e analisar o “fenômeno ambiental” sob uma ótica transindividualista, destacando-se a importância do coletivo na sociedade, e o impacto ambiental da atividade econômico-financeira desenvolvida por ele.

Kurt Lewin estava correto, pois, quando tivermos enquanto brasileiros, uma verdadeira consciência ecológica, possuiremos como brasileiros um maior senso de justiça em equidade, como apregoava John Rawls.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade que é permeada por aspectos desumanos como o feminicídio, a corrupção política, a fome e o analfabetismo, a fenomenologia da crise ambiental não poderá ser explicada sem a transparente explicação do perfil psicológico sócio cultural onde a perversão persiste.

Assim, este comportamento social verticalizado, patriarcal em uma democracia frágil como a brasileira necessita de um tratamento teórico para além do que foi até então pensado e sem sucesso, haja vista que não há perspectivas razoáveis para uma sociedade ambientalmente mais justas.

A *green revolution*, que se contrapôs ao modelo latifundiário de produção agropecuária com excesso de hormônios, transgênicos e pesticidas cancerígenos, será sim um modelo ambientalista que poderá ter uma nova tomada de decisão que nos garantiria um Brasil verde através de criação de novas e renovadas leis ambientais mais duras com o descaso de algumas empresas alimentícias sem compromisso com a manutenção florestal e com a poluição de agrotóxicos entre outros paradigmas.

Por isso, Rawls (1990, p.678), disse que “instituições são justas quando distinções arbitrárias não são feitas entre pessoas assinalando direitos básicos”. A questão em causa se debate sobre o poder bilionário do lobby da agroindústria.

Não há uma equidade entre a demanda do cidadão garantida em seu artigo ambiental constitucional 225 e o poder econômico sem limites éticos.

Trigueiro (2005), Lopes (2002) e Leis (1991) perceberam e nos alertaram sobre a responsabilidade dos governos por suas negligências que afetam o meio ambiente.

Acordos internacionais mantidos pela ONU, como por exemplo, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima - CQNUMC, somente entram em vigor efetivamente quando são homologadas pelos senados dos países membros.

No Brasil, portanto, onde elite política e elite econômica fazem partes do mesmo acrônimo, seria um eufemismo dar crédito que nossos governantes estejam verdadeiramente comprometidos com a *green revolution*. Como nos havia alertado Taylor (2004) em sua teoria do imaginário social, dada uma população, esta incide uma imaginação de um ambiente social que acaba por tornar uma ideia lendária, por narrativas e imagens. Assim, sem o real da justiça em Rawls (2001) e a reengenharia psíquica de Lewin (1884), continuaremos a acreditar na eternidade preservada de um utópico verde cartão postal amazônico.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2011, p. 112.

BALANDIER, Georges. **Antropologie Politique**. Paris: Presses Universitaires, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. Artigo 225.

BRASIL. **Recomendações da 4ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável** *apud* LIVRO AZUL - 4ª CNCTI para o Desenvolvimento Sustentável. Brasília: 2018.

DINIZ ALVES, José Eustáquio. **Do antropocentrismo ao mundo ecocêntrico**. Fonte: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>> Acesso em 17 nov 2013.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 290.

HAVERMANN, Robert. **Dialética sem dogma**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

COLLIN, Catherine *at alli*. **O livro da Psicologia**. São Paulo: Globo Livros, 2016.

LEIS. Héctor R. **Ecologia e política mundial**. Petrópolis: Vozes/Puc-Rio, 1991.

LEWIN, Kurt *apud* LODI, João Bosco. **História da Administração**. São Paulo: Pioneira, 1974.

LOPES, Ignez Vidigal. **O mecanismo de desenvolvimento limpo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

MAGILL, Frank N. **Masterpieces of world philosophy**. New York: Harper Collins Publishers, 1990.

MACKENZIE, Ann (Org.). **Revue canadienne de philosophie**. Quebec: Université du Quebec, N°1, 1994.

MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 1065

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

SILVEIRA, Caio Márcio. **Multiplicadores comunitários de cidadania**. Rio de Janeiro: Coppe -UFRJ, 2001.

TRINDADE, Antônio A. Caçado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.76.

TRIGUEIRO, André. **Mundo sustentável**. São Paulo: Globo, 2005.

Links:

BRASIL. Recomendações da 4ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável *apud* LIVRO AZUL - 4ª CNCTI para o Desenvolvimento Sustentável, 2018. Disponível em <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/677>

O VÉU DA IGNORÂNCIA NÃO ESCONDE A MISÉRIA: JUSTIÇA SOCIAL EM JOHN RAWLS E AMARTYA K. SEN, E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

José Felício Dutra Júnior¹

Fabio Liborio Rocha²

RESUMO: A superação da miséria, por meio de programas sociais, exige ações políticas e sociais que vão além da redistribuição de renda, porque o conceito de miséria deve ser analisado não apenas sob a perspectiva econômica, mas também sob a perspectiva do acesso a um sistema educacional e de saúde satisfatório, superação da subnutrição e desnutrição, saneamento básico, desigualdades sociais locais, dentre outros fatores.

Palavras-chave: Justiça. Equalização. Reconhecimento. Miséria.

INTRODUÇÃO

O conceito de miséria não se refere unicamente ao elemento econômico baixa renda, mas também se refere ao não exercício de capacidades básicas, como o acesso à educação, saúde, saneamento básico, nutrição saudável, etc., conforme ressalta Amartya K. Sen em sua Teoria da Justiça Social.

A justiça social, nessa perspectiva, não se restringe ao conceito de contrato social desenvolvido por John Rawls, que tem por base o pluralismo global e o conhecimento sobre os direitos constitucionais.

A miséria não deve ser analisada apenas na perspectiva econômica baixa renda, como tem ocorrido nos programas sociais brasileiros, como por exemplo, o programa bolsa família, em que o critério prevaLENTE de identificação de famílias beneficiárias é esse. Contudo, deve-se questionar em que medida esse critério efetiva o ideal de justiça social, além de analisar o grau de dependência das gerações futuras dos núcleos familiares em relação à redistribuição de renda.

Hegel rompe com o modo inconsciente e apenas abstrato que propunha a filosofia kantiana, isto é, expõe-se como o pensamento que não pode permanecer enquanto tal, mas deve tornar-se ação, o que permite analisar a dignidade humana como resultado de um longo processo histórico, e também os direitos que a garantem, incluindo aí os “direitos naturais”, e o próprio sujeito desses direitos.

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2014/2016). Especialista em Direito Constitucional Positivo, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – FESMPDFT (2009/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2003/2008). Professor de Direito Constitucional do UDF. Assessor jurídico no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

² Pós-doutor (2015) em Psicologia Clínica e Cultura pela UNB. Graduado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2000), mestre em Filosofia com subárea em Ética pela UGF (2003) e doutor em História, pela Universidade Federal do Paraná (2009). Professor do Curso de Direito na UDF.

Espera-se, portanto, uma reflexão sobre os critérios de equalização e justiça social, por meio de programas sociais que permitem uma redistribuição de renda, como por exemplo, o bolsa família, que supere o contratualismo defendido por John Rawls, em que analisando-se o conceito de miséria de forma crítica.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DO SER HUMANO INDIVIDUAL (O EU”) AO SER HUMANO COLETIVO (O “OUTRO”)

Immanuel Kant estabelece um conceito ontológico de dignidade da pessoa humana, superando o conceito teológico que faz derivar a moralidade de uma vontade divina infinitamente perfeita.³

Com seus postulados éticos, ele abre a roupagem da dignidade, dando a ela contornos ligados a racionalidade, assim o ser humano poderia agir e interagir segundo sua vontade, seu entendimento e sua razão, partindo do ideário de que todos somos iguais e possuidores de ampla liberdade de escolha.

O filósofo alemão desenvolve o conceito de “boa vontade”, que não é boa por aquilo que promove ou realiza, mas tão somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação.

Todos os homens têm já por si mesmos a mais forte e íntima inclinação para a felicidade, porque é exatamente nesta ideia que se reúnem numa soma todas as inclinações, ou seja, em um ser dotado de razão e vontade a verdadeira finalidade da natureza é o seu bem-estar, ou a sua felicidade.

Nesta perspectiva, conservar a própria vida é um dever, e é algo que toda a gente tem inclinação imediata. Kant⁴ afirma que:

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Verifica-se que o filósofo observa que nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é, a pessoa deve proceder sempre de maneira que possa querer também que a sua máxima se torne uma lei universal.

³ Conforme o verbete “Immanuel Kant” da Enciclopédia Britânica (ENCYCLOPÆDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2013.

⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

Kant foi um dos primeiros filósofos a universalizar a ideia de dignidade, vinculando-a a autonomia moral do homem, enquanto faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis.

Em sua obra “O discurso filosófico da modernidade”, Jürgen Habermas esclarece que Kant expressa o mundo moderno em um edifício de pensamentos, e questiona se o princípio da subjetividade e a estrutura de consciência de si que lhe é imanente são suficientes como fonte de orientações normativas, se bastam para fundar não apenas a ciência, a moral e a arte, de um modo geral, mas ainda estabilizar a formação histórica que se desligou de todos os compromissos históricos.⁵

Habermas ainda questiona se da subjetividade e da consciência de si podem obter-se critérios próprios ao mundo moderno e que, ao mesmo tempo, sirvam para se orientar nele; mas isso significa também que possam ser aptos para a crítica de uma modernidade em conflito com si mesma.

Habermas também destaca que o filósofo Hegel, ao criticar Kant, quer, ao mesmo tempo, encontrar a auto compreensão da modernidade de que naquele autor se exprime.

Hegel, ao criticar as posições filosóficas entre natureza e espírito, sensibilidade e entendimento, entendimento e razão, razão prática e razão teórica, juízo e imaginação, eu e não-eu, finito e infinito, saber e fé, pretende responder à crise que está na cisão da própria vida.⁶

A filosofia hegeliana propõe romper com o modo inconsciente e apenas abstrato que propunha a filosofia kantiana, isto é, expõe-se como o pensamento que não pode permanecer enquanto tal, mas deve tornar-se ação.

Na perspectiva hegeliana, a dignidade humana efetiva-se como resultado de um longo processo histórico, e também os direitos que a garantem, incluindo aí os “direitos naturais”, e o próprio sujeito desses direitos.

Kant assevera que autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas Leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo assim, o alicerce da dignidade humana⁷. Já para Hegel, a dignidade é uma qualidade a ser conquistada, o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão⁸.

Hegel, introduzindo a história em sua compreensão de dignidade humana, entende que esta se constrói e realiza-se mediante a relação com o outro. Enquanto para Kant o respeito à autonomia de um pode resultar na limitação dos demais, caracterizando uma valorização do individual, para Hegel o reconhecimento de um outro igualmente digno somente pode-se compreender mediante a consideração de uma coletividade construída no âmbito das relações. Sob o prisma meramente ontológico, ou religioso, a dignidade não serve de parâmetro para demarcar concretamente as questões éticas atuais que envolvem a vida humana. Ela necessita

5 HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000. P. 30.

6 HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* P. 32.

7 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Madri: Tecnos, 1989.

8 HEGEL, G. **Lições Sobre a Filosofia da História Universal**. Madri, Filosofia do Direito. México, 1985

ser descentralizada do indivíduo e colocada na base das relações e no desenvolvimento histórico humano.⁹

Verifica-se que, para Hegel ser livre é ser sujeito, assim como ser sujeito é ser livre, uma vez que o sujeito não possui a liberdade, ele é liberdade. Entretanto, a liberdade efetivamente manifestada ocorre na intersubjetividade, na comunidade ética de sujeitos que reconhecem o outro. O sujeito hegeliano, portanto, não enxerga apenas seu eu singular, mas também um eu universal, atribuindo ao outro a mesma atividade livre que atribui a si mesmo. O conceito de vontade livre não é o de uma vontade isolada, mas sim o de uma vontade, que, unificada sob a lei da liberdade, é de todos aqueles que gozam do direito. Assim, apenas por um longo processo, o Espírito alcança a forma plena da liberdade. Este processo é a História, que, em sua essência, é o progresso na consciência da liberdade.¹⁰

Ingo Wolfgang defende que o homem não pode ser tratado como um fim em si mesmo, um mero objeto, no qual se coloca uma taxaço.

O ser transcende barreiras de determinismos prévios, é detentor do livre arbítrio podendo criar, recriar e modelar a sua vida segundo suas vontades, de acordo com Wolfgang a dignidade humana pode ser considerada¹¹:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Segundo Pietro Alarcón de Jesús, a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.¹²

Portanto, para proteger a pessoa em sua dignidade faz-se necessário ampliar o conceito desse valor e promover a emancipação da sociedade, mais um passo da raça humana no sentido de distribuir de forma equânime o que, pelo trabalho de todos, foi e é conquistado.

2. JUSTIÇA SOCIAL E EQUALIZAÇÃO

A partir do momento que se permite a construção do entendimento de dignidade da pessoa humana mediante a relação com o outro, então, possibilita-se a discussão contemporânea sobre justiça social e equalização, por meio da distribuição de recursos sociais.

9 ALMEIDA, Silvana Colombo de. *Anais do seminário dos estudantes de pós-graduação em filosofia da UFSCar*. 10ª ed. 2014. ISSN (digital) 2358-7334.

10 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história*. Tradução de Beatriz Sidou. -- 2. ed. --São Paulo: Centauro, 2001. P. 22.

11 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 4a Edição, pág. 60.

12 JESÚS, Pietro Alarcón de. *Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 244-256.

Paul Ricoeur, em sua obra “O Justo”, faz uma abordagem conjuntural da teoria da justiça em sociedades ocidentais. Ele inicia a obra questionando sobre quem é o sujeito de direito¹³:

Gostaria de mostrar que a questão jurídica formal “quem é o sujeito do direito?” não se distingue, em última análise, da questão moral formal “quem é o sujeito digno de estima e respeito?” (distinguirei os dois termos adiante). E a questão moral formal remete, por sua vez, a uma questão de natureza antropológica: quais são as características fundamentais que tornam o si (self, selbst, ipse) capaz de estima e respeito?

Para Ricoeur, no plano teleológico do querer viver bem, o justo é o aspecto do bom relativo ao outro. No plano deontológico da obrigação, o justo se identifica com o legal. O autor afirma que falta dar um nome ao justo no plano da sabedoria prática, plano no qual se exerce o julgamento em situação. Afirma ainda que o justo já não é o bom nem o legal, é o equitativo.

O equitativo é a figura assumida pela ideia de justo nas situações de incerteza e de conflito ou, resumindo, no regime ordinário ou extraordinário do trágico da ação.

Ronald Dworkin, em sua obra “A virtude soberana”, também apresenta e defende uma concepção de igualdade, porém, de forma diferente que a análise de Paul Ricoeur, apresenta as implicações práticas dessa concepção em diversos campos, como por exemplo, a ação afirmativa nas universidades americanas, os direitos dos homossexuais e a questão da eutanásia, a igualdade política, e a justiça distributiva.

Dworkin, seguindo a perspectiva liberal americana, sustenta que a igualdade distributiva propriamente entendida não implica, ao contrário do que muitos entendem, conflito entre os ideais da igualdade e da liberdade. Pelo contrário, o critério da escolha-circunstância coloca a liberdade no cerne da igualdade distributiva.

Ele defende uma teoria da igualdade de bem-estar, isto é, o nível de bem-estar que cada pessoa alcança com a mesma quantidade de recursos pode variar significativamente em virtude das capacidades distintas que possui para “converter recursos em bem-estar”.

John Rawls também analisa o conceito de justiça distributiva, mas propõe uma discussão mais profunda sobre a seguinte problemática: Como conciliar liberdade e igualdade? Como o sistema político e econômico deve ser organizado para responder às exigências da liberdade e da igualdade?

O que Rawls¹⁴ propõe com estes questionamentos é verificar que o desenvolvimento do pensamento moderno mostrou que não há consenso acerca do modo em que as instituições básicas devem ser organizadas, a fim de que respeitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, considerados, em uma democracia liberal, como pessoas livres e iguais.

Na tentativa de superar o modelo proposto por Dworkin do Judiciário como “salvador” da democracia contemporânea contra as desigualdades, Rawls defende que a liberdade e a igualdade das pessoas morais devem ter uma forma pública, ou seja, que o sistema político e econômico, assim como os termos equitativos da cooperação social, estejam definidos e

13 RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. P. 24/25.

14 RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 32.

regulados por uma concepção pública de justiça social, a fim de que possam garantir o respeito e o pleno desenvolvimento dos seres humanos, bem como instaurar uma cooperação social que resulte na vantagem mútua.¹⁵

Para o Rawls, os cidadãos devem estar convictos de que a atuação do sistema político e econômico visa à justiça social.

Nesta perspectiva, a liberdade e a igualdade são o objeto da justiça política: o sistema político e econômico é a base da sociedade (e, portanto, da vida material) e deve ser organizado para propiciar justiça social.¹⁶

O sistema político e econômico, em outras palavras, realiza a liberdade e a igualdade dos cidadãos – e que já representa uma determinada forma de sociabilidade. Naturalmente, sua organização é uma tarefa desses próprios cidadãos e a concepção pública de justiça social, construída por eles com base na cidadania igual, é um reflexo desse esforço.

Determinada em um sistema político e econômico a cidadania igual, Rawls acredita que pessoas livres e iguais, situadas simetricamente, escolheriam os dois princípios da justiça como equidade.

Para ele estes princípios são definidos, quando para cada pessoa há o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de direitos e de liberdades básicas iguais, que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e, as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições, isto é, primeiro, devem estar vinculadas a cargos e a posições acessíveis a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença).¹⁷

3. O “OUTRO” COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL RECONHECIDO

No tópico anterior, a equidade foi analisada como instrumento de justiça social, assim como a importância, segundo Rawls, do sistema político e econômico para a viabilização da “cidadania igual”. Agora, neste tópico, propõe-se uma discussão sobre quem é o outro sujeito de direito, e como reconhecê-lo para que de fato seja sujeito dessa “cidadania igual”.

Heidegger, seguindo entendimentos de Husserl, porém de forma mais severa, critica o cartesianismo da filosofia do iluminismo da Idade Moderna. Ele afirma que o homem não é um sujeito definido, porém um ser em constante projeto de reconstrução, conforme analisa de Jeannette Antonios Maman¹⁸:

A existência é o modo de ser deste ente que é o homem. A elucidação fenomenológica da existência encontra uma primeira característica pela qual o existente humano se distingue dos outros entes: o homem é um ente para o qual o seu próprio ser está constantemente em jogo. Isso significa que o homem não é algo definido, mas algo que se define num projeto sempre retomado. O homem é um ente inacabado e a sua essência confunde-se com o

15 RAWLS, John. *Op. Cit.* P. 32.

16 RAWLS, John. *Op. Cit.* P. 33.

17 RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 60.

18 MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito: crítica ao pensamento jurídico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

seu existir, concebido como estar no mundo, ou como expressa literalmente a palavra utilizada por Heidegger, *dasein*, estar aí.

Não sendo o homem algo perfeito e acabado, ou um sujeito indefinido, como afirma Heidegger, então, seria nas relações com o “outro” que poderiam ser destacados elementos de definição da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a proteção da dignidade da pessoa humana é maculada quando o indivíduo – pessoa humana – é rebaixado a status de objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa. Trata-se da “descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos”.¹⁹

É na relação com o “outro” que se pode encontrar a existência humana, pois, por não ser acabado e definido, o homem constrói-se nas relações com os outros homens.

Contudo, Emmanuel Levinas, em oposição a Heidegger, analisa a dignidade da pessoa humana a partir do conceito de alteridade. Para ele, o “ser” perdeu os traços que o identificam como humano. A técnica não deixa margem para o infinito. “O outro homem procurado numa alteridade que nenhuma administração é capaz de alcançar denuncia sua redução ao conceito ou ao gênero ao mesmo tempo em que persiste a busca por uma relação com outrem desnudado de toda essência”.²⁰

Para Levinas²¹:

A responsabilidade pelo outro precede a minha liberdade. Não deriva do tempo tecido de presenças – nem de presenças esvaecidas no passado e representáveis – do tempo de inícios ou de assunções. Não me permite que me constitua num eu penso substancial como uma pedra, ou como um coração de pedra, em si e para si.

Levinas evidencia a ética em relação à filosofia. Para ele, a responsabilização não pode ser delegada a outra pessoa, ou seja, o ser “eu” significa, a partir daí, não se poder furtar à responsabilidade, como se todo o edifício da criação repousasse sobre meus ombros. Mas a responsabilidade que esvazia o “eu” de seu imperialismo e de seu egoísmo – seja ela egoísmo da salvação – não o transforma em momento da ordem universal, porém confirma a unicidade do “eu”. A unicidade do “eu”, para o filósofo, é o fato de que ninguém pode responder em meu lugar. Portanto, a ética da responsabilidade de Levinas poderá ser utilizada como vetor interpretativo e de efetivação da dignidade da pessoa humana, e, também, do ordenamento jurídico.²²

Para Levinas, a ética é o fundamento da moralidade, e é pautada na alteridade com a finalidade de superar o dogma do “eu”, que só encontra a sua humanidade quando é chamado a se responsabilizar pelo outro. Assim, ele defende²³:

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 116.

20 CARRARA, Ozanan Vicente. *Lévinas: do sujeito ético ao sujeito político: elementos para pensar a política outramente*. Aparecida-SP: Idéias & Letras, 2010. P. 176.

21 LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus vem a idéia*. Trad. Marcelo Fabri et al. Petrópolis: Vozes, 2008. P. 105.

22 LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1993. P. 53.

23 LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2007. P. 88.

Assim, no eis-me aqui! da aproximação a outrem, o infinito não se mostra. Como adquire, então, sentido? Direi que o sujeito que diz 'eis-me aqui!' dá testemunho do infinito. É por este testemunho, cuja verdade não é verdade de representação ou de percepção, que se produz a revelação do infinito. É por este testemunho que a própria glória do infinito se glorifica.

Verificada a necessidade de uma análise de alteridade para o entendimento do “outro”, em todas as suas condições, ainda se faz necessária a análise da construção do discurso jurídico na busca do “outro”, isto é, para verificar-se esta alteridade defendida por Levinas é relevante a linguagem jurídica, principalmente a linguagem constitucional, por ser aberta.

Em seu livro a “Identidade do sujeito constitucional”, Michel Rosenfeld procura fundamentar a construção da identidade do sujeito constitucional a partir de uma ética pluralista, em que o constituinte, ao fundar um Estado Constitucional, deve renunciar à sua identidade pré-constitucional afirmando o pluralismo como sua característica mais proeminente, surgindo uma linguagem que identifica o “outro”.

Miche Rosenfeld²⁴, analisando a abertura da norma constitucional na construção do sujeito de direito, afirma que:

[...] as constituições devem permanecer abertas à interpretações; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.

[...] a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável.

O modo pelo qual Rosenfeld procura reconstruir a identidade do sujeito constitucional se dá de dois modos: primeiro assimila o processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional com fundamento na teoria da formação da identidade do sujeito de Hegel (dialética: negação – subsunção – negação da negação), e nas teorias psicanalíticas de Freud e Lacan; em seguida, para fins de reconstrução do sujeito constitucional o autor utiliza três processos: negação, metáfora e metonímia.

Pela negação se forma a identidade do sujeito; pela metáfora, se aproxima o sujeito das demais identidades relevantes a partir da analogia e da similaridade; pela metonímia, se estabelece a identidade do sujeito constitucional pela contextualização do discurso – que é um processo oposto ao da metáfora.

Rosenfeld sustenta que o pensamento metafórico conduz a um nível abstrato no qual cada indivíduo é igual a qualquer outro indivíduo, enquanto portador de uma necessidade de associações íntimas e merecedor de privacidade para livremente buscar a satisfação dessa necessidade fundamental.

²⁴ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003. P. 18/19 e P. 22.

A discussão proposta por Rosenfeld sobre a negação, metáfora e metonímia revela a complexidade dos processos discursivos associados à busca reconstrutiva da identidade constitucional. O autor afirma que²⁵:

No domínio da argumentação jurídica, sobretudo, como já mencionado, a inclinação por processos metafóricos ou metonímicos é em grande medida determinada pelos interesses nos resultados jurídicos; os quais desejam ampliar a aplicação de uma norma jurídica vigente apóiam-se na metáfora, ao passo que, os que buscam limitar o espectro de abrangência dessa norma recorrem à metonímia.

O reconhecimento constitucional dos direitos de grupos marginalizados, ou minorias, tornou-se forte no pós-Guerra Fria, e, no Brasil, este reconhecimento ganha corpo na Constituição de 1988, que dedica um título sobre o tema equalização social, por meio da distribuição de renda pela assistência sócia da Seguridade Social, acesso à educação, cultura, lazer e etc.

Axel Honneth trabalha o conceito de reconhecimento. Ele entende que a dignidade da pessoa humana viabiliza-se, por meio de processos de interação social, expectativas morais de comportamento pelo reconhecimento, que, quando rompidas, podem gerar um sentimento de desrespeito e injustiça.

Ele destaca que os conflitos sociais são lutas morais por reconhecimento, porque é a experiência de injustiça ou de desrespeito que os desencadeia.

Sobre a necessidade de reconhecimento mútuo, Honneth²⁶ afirma que:

[...] a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. No entanto, uma tese relevante para a explicação disso só resulta dessa premissa geral se nela é incluído um elemento dinâmico: aquele imperativo ancorado no processo da vida social opera como uma coerção normativa, obrigando os indivíduos a deslimitação gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco, visto que só por esse meio eles podem conferir urna expressão social às pretensões de sua subjetividade, que sempre se regeneram. Nesse sentido, o processo da individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de urna arnpliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo.

Honneth, portanto, reconstrói os conflitos sociais como lutas morais por reconhecimento, porque é a experiência de injustiça ou de desrespeito, aliado a expectativas de reconhecimento, que os desencadeia.²⁷

25 ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003. P. 18/19 e P. 85/86.

26 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo – SP: Ed. 34, 2003. P. 155/156.

27 HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34. 2003 P. 262/263.

Em uma proposta diferente de Honneth, e criticando este autor, Nancy Fraser afirma que a questão da injustiça social não está apenas atrelada às lutas sociais morais, produtos da cultura, mas também deve ser analisada sob a perspectiva econômica referente à distribuição de renda.

Nathalie Bressiani²⁸, citando Nancy Fraser, afirma que:

A busca pela igualdade social, que teria pautado as lutas políticas por quase 150 anos, estaria, assim, sendo substituída pela luta pelo reconhecimento das diferenças, central para os chamados “novos” movimentos sociais. No cenário político contemporâneo, afirma Fraser, o reconhecimento cultural desloca a redistribuição material como medida para sanar as injustiças e a luta por reconhecimento se torna a forma paradigmática de conflito, fazendo com que a dominação cultural suplante a exploração como injustiça fundamental.

A autora ainda afirma que, na academia, alguns defendem que é a economia a causa última de todas as injustiças, sustentando a redistribuição como a única forma de saná-las, outros sustentam que o conjunto das injustiças existentes é consequência de padrões hierárquicos de valoração cultural, cuja alteração exigiria que todos fossem igualmente reconhecidos, mesmo em suas diferenças.²⁹

Verifica-se, assim, uma dicotomia na realização da dignidade da pessoa humana, isto é, a equalização se dá ou pela redistribuição de recursos econômicos, ou pelo reconhecimento do outro.

O questionamento pertinente é se a redistribuição de recursos econômicos não seria um importante elemento para o reconhecimento do outro, ou se estes instrumentos de justiça social são necessariamente excludentes.

Nancy Fraser³⁰, citada por Nathalie Bressiani, afirma que:

É, portanto, por possuírem origens sociais distintas, diz Fraser, que os dois diferentes tipos de injustiça existentes exigem de uma teoria social crítica que procure abarcá-los que ela seja dualista; da mesma forma, afirma ela, para que ambos sejam remediados, se fazem necessárias mudanças tanto na economia, via medidas de redistribuição, quanto nos padrões culturais de valoração, por meio do reconhecimento.

Fraser destaca a importância da distribuição de renda para a justiça social, porém não descarta a relevância do reconhecimento por intermédio de instrumentos culturais que vão além da questão econômica.

Com este entendimento chega-se ao ponto central do trabalho, isto é, o reconhecimento do “outro” por meio de políticas públicas de redistribuição de renda e o caso brasileiro do

28 BRESSIANI, Nathalie. **Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth**. CADERNO CRH, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, Maio/Ago. 2011. P. 332.

29 BRESSIANI, Nathalie. *Op. Cit.* P. 332.

30 FRASER, N. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista**. In: SOUZA, J. (Org.) *Democracia hoje*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. In.: BRESSIANI, Nathalie. *Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth*. CADERNO CRH, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, Maio/Ago. 2011. P. 332/333.

programa social “bolsa família”, e em qual medida este instrumento permite a emancipação das famílias beneficiadas.

4. O VÉU DA IGNORÂNCIA E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: O PROGRAMA BRASILEIRO BOLSA FAMÍLIA COMO TRANSFERÊNCIA DE RENDA

O Brasil desde a década de 1990, e principalmente na conjuntura do governo federal, passou a adotar políticas públicas de transferência de renda às famílias para o combate à pobreza e à miséria – Benefício de Prestação Continuada, Previdência Rural e o Programa Bolsa Família.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, estas políticas sociais de transferência de renda tiveram início ainda em meados dos anos 1990, ganharam enorme impulso na década atual, partindo de 6,9% do Produto Interno Bruto – PIB em 2002 para o montante de 9,3% em 2009. Em particular, o Programa Bolsa Família – PBF, com cobertura nacional de 1,15 milhão de famílias em outubro de 2003, atingiu 12,37 milhões em dezembro de 2009.³¹

Verifica-se que, aliado ao aumento das exigências sociais por políticas públicas, desde a década de 1990, existe uma maior consciência nacional acerca da necessidade de conciliar o atendimento das demandas sociais com um maior rigor orçamentário³², principalmente em um momento em que se discute, no cenário nacional, a equidade, a transparência e a eficiência na alocação dos recursos públicos. Nesse processo, a magnitude das demandas, os interesses envolvidos e a competição por recursos limitados, ou seja, a luta pelos recursos do fundo público nos diversos contextos pode modificar as estruturas e a direção do gasto público.³³

O Programa Bolsa Família – PBF – foi criado em 2004, alcança mais de 12 milhões de famílias, constitui atualmente a principal política do governo federal para redução da pobreza, que associa a transferência de renda às famílias consideradas pobres e extremamente pobres.

Esse programa político também afeta a área de saúde e educação, objetivando assim, além de enfrentar a pobreza, estimular o desenvolvimento de capital humano e emancipação dos beneficiários.³⁴

A implementação eficiente de um programa social, como o bolsa família, exige alguns fatores como a infraestrutura local adequada; dinâmica político institucional local; recursos humanos estáveis, capacitados e suficientes; articulação com a rede local de serviços sociais, os quais devem ser oferecidos em quantidade e qualidade satisfatórias; boa capacidade de focalização; entendimento do caráter multidimensional e dinâmico dos problemas a serem enfrentados, como a fome e a pobreza, e de suas causas estruturais.³⁵

31 BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Vol. I. Brasília: IPEA, 2010. Pág. 19

32 GIAMBIAGI, F; ALÉM, A. C. D. **Finanças Públicas: Teoria e Prática o Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

33 CASTRO, J. A; RIBEIRO, J. A; DUARTE, B. C. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995 – 2005**. Texto para Discussão nº 1324. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

34 MAGALHÃES, Rosana. BURLANDY, Luciene; SENNA, Mônica de Castro Maia. **Desigualdades sociais, saúde e bem-estar: oportunidades e problemas no horizonte de políticas públicas transversais**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.12, n.6, p.1415-1421, 2007

35 SCHOTTZ, Vanessa. Programa Bolsa Família: dilemas e avanços no combate à fome e à miséria. Um estudo de caso do Município de São Francisco de Itabapoana – RJ. 2005. Tese de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz. Escola Nacional de Saúde Pública.

O contexto de implementação e de adequação ao perfil e necessidades do público-alvo, contudo, são alguns dos fatores que interferem no potencial do programa bolsa família.

As defesas contratualistas de John Rawls não são suficientes para a compreensão dos programas sociais desenvolvidos em sociedades que tardiamente passaram por uma Estado de Bem Estar Social, como por exemplo, a sociedade brasileira, pois é necessário ir além da questão econômica e política.

Amartya Kumar Sen, ao analisar programas sociais de redistribuição de renda e combate à miséria, ressalta que é preciso considerar que a pobreza possui caráter multidimensional e dinâmico e, portanto, sua definição e identificação não podem ser reduzidas à renda. Outras dimensões de vulnerabilidade social, como saúde, educação, saneamento, acesso a bens e serviços devem ser consideradas.³⁶

É neste ponto que o programa social brasileiro de combate à miséria – bolsa família – falha, porque se centraliza na renda como indicador de desigualdades sociais e pobreza, sendo empregada como critério de elegibilidade das famílias beneficiárias.

O programa social também falha, em face do valor baixo e o caráter arbitrário do critério financeiro estipulado, não incluindo famílias em situação de vulnerabilidade, apesar da renda um pouco acima do valor vigente; desvinculação do salário mínimo ou qualquer outro índice de reajuste do critério e desconsideração ao atendimento de necessidades básicas; o emprego de uma mesma linha de pobreza para diferentes regiões, não respeitando a especificidades locais e a não utilização de outros critérios que associados à renda poderiam gerar resultados mais equitativos.³⁷

Nos tópicos anteriores foi ressaltada a importância da compreensão do “outro” como elemento fundamental para uma justiça social de equalização, assim como se ressaltou a compreensão de Levinas sobre a “alteridade” como instrumento imprescindível para a compreensão do “outro”, para ao final efetivar o valor da dignidade da pessoa humana.

Para uma justiça social efetiva, contudo, não basta apenas ressaltar as necessidades do “outro”, mas também se deve permitir que este possua instrumentos que permitam a superação das desigualdades, e nesta perspectiva ressalta-se o entendimento sobre “reconhecimento”, conceito desenvolvido por Axel Honneth.

Não existe a possibilidade de afastar, em termos de justiça social e equalização, o elemento econômico, ou a necessidade de políticas de redistribuição de renda, conforme ressalta Nancy Fraser³⁸, porém, este não é o único critério para a compreensão das desigualdades sociais advindas da miséria.

36 SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

37 LINHARES, Fernando. **Bolsa Família: um novo arranjo para os programas de transferência de renda no Brasil**. 2005. Tese (Mestrado), Universidade Federal Fluminense; MAGALHÃES, Rosana et al. A implementação do programa Bolsa Família: as experiências de São Francisco de Itabapoana e Duque de Caxias. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1513-1524, 2007; MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquias. Servindo a dois senhores: as políticas sociais do governo Lula. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 15-23, 2007; MESQUITA, Camile Sahb. O Programa Bolsa Família: uma análise de seu impacto e alcance social. 2007. Tese (Mestrado), Universidade de Brasília; DRUCK, Graça; FILGUEIRAS, Luiz. Política social focalizada e ajuste fiscal: as duas faces do governo Lula. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 24-34, 2007.

38 FRASER, N. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista**. In: SOUZA, J. (Org.) Democracia hoje. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. In.: BRESSIANI, Nathalie. Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **CADERNO CRH**, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, Maio/Ago. 2011. P. 332/333.

É necessário entender a miséria em diversas perspectivas, como ressalta Amartya Sen, pois, a pobreza não é apenas uma privação de renda, mas também uma privação de capacidades básicas. Ele afirma que³⁹:

Existem boas razões para que se veja a pobreza como uma privação de capacidades básicas, e não apenas como baixa renda. A privação de capacidades elementares pode refletir-se em morte prematura, subnutrição significativa (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo muito disseminado e outras deficiências. Por exemplo, o terrível fenômeno da “mulheres faltantes” (resultante de taxas de mortalidade incomumente elevadas para as mulheres de determinadas faixas etárias em algumas sociedades, particularmente no sul da Ásia, na Ásia Ocidental, na África setentrional e na China) tem de ser analisado à luz de informações demográficas, médicas e sociais, e não com base nas baixas rendas, pois esse segundo critério às vezes nos revela pouquíssimo sobre o fenômeno da desigualdade entre os sexos.

Segundo dados e informações fornecidas sobre o programa bolsa família pela Controladoria-Geral da União, no portal eletrônico da transparência do Governo Federal⁴⁰, este programa pauta-se na articulação de três dimensões: Promoção do alívio imediato da pobreza, por meio da transferência direta de renda à família; reforço ao exercício de direitos sociais básicos nas áreas de Saúde e Educação, que contribui para que as famílias consigam romper o ciclo da pobreza entre gerações; e, coordenação de programas complementares, que têm por objetivo o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários do bolsa família consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza.

Ainda segundo as informações da Controladoria-Geral da União, os critérios que são utilizados para a seleção das famílias que poderão participar deste programa social restringem-se apenas ao elemento econômico inerente à renda, isto é, podem participar:

- I. As famílias em situação de extrema pobreza, com renda mensal de até R\$ 60,00 (sessenta reais) por pessoa;
- II. As famílias pobres, entendidas como aquelas com renda mensal de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais) por pessoa, e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos.

O programa tem dois tipos de benefício:

- I. O benefício básico, no valor de R\$ 58,00 (cinquenta e oito reais), concedido a famílias em situação de extrema pobreza, independentemente da composição e do número de membros do grupo familiar;
- II. O benefício variável, no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais) por beneficiário, concedido às famílias pobres e extremamente pobres que tenham, sob

39 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta, revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 8ª ed. São Paulo – SP: Companhia das Letras, 2010. P. 35.

40 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Gestão de Recursos Federais – Manual para Agentes Públicos. Fonte: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/aprendaMais/documentos/curso_bolsa_familia.pdf> Acesso em 2 jul 2015.

sua responsabilidade, gestantes, nutrizes, crianças (entre zero e doze anos) e adolescentes até 15 (quinze) anos, até o máximo de 3 (três) benefícios por família.

Também consta nas informações da Controladoria-Geral da União que as famílias em situação de extrema pobreza poderão acumular o benefício básico e o variável, chegando ao máximo de R\$ 112,00 mensais (R\$ 58,00 do benefício básico mais R\$ 54,00 do benefício variável). As famílias em situação de pobreza com renda entre R\$ 60,01 e R\$ 120,00 podem receber até R\$ 54,00.

Como critérios de elegibilidade, são exigidos das famílias beneficiárias:

- I. O acompanhamento da saúde, inclusive pré-natal, e do estado nutricional de todos os integrantes da família;
- II. A matrícula no ensino fundamental e a frequência de 85% à escola de todas as crianças em idade escolar;
- III. A participação em programas de educação alimentar, quando ações dessa natureza forem oferecidas pelos governos federal, estadual e/ou municipal.

Verifica-se que, pelos critérios de elegibilidade e a utilização apenas da renda como instrumento para a participação no programa, será praticamente impossível a sociedade brasileira permitir uma emancipação das famílias em situação de miséria, por meio do programa social bolsa família, isso porque, segundo Amartya Sen, o acesso a uma renda mínima é necessário embora, certamente, insuficiente para superar a pobreza, entendida como privação de liberdade para viver de acordo com valores desejáveis pelas próprias pessoas.

Amartya Sen⁴¹ defende que:

Apesar do papel crucial das rendas nas vantagens desfrutadas por diferentes pessoas, a relação entre, de um lado, a renda (e outros recursos) e, de outro, as realizações e liberdades substantivas individuais não é constante nem, em nenhum sentido, automática e irresistível. Diferentes tipos de contingências acarretam variações sistemáticas na “conversão” das rendas nos “funcionamentos” distintos que podemos realizar, e isso afeta os estilos de vida que podemos ter. Para ir da comparação dos meios na forma de diferenças de renda a algo que possa ser considerado valioso em si mesmo (como bem-estar ou liberdade), precisamos levar em conta variações circunstanciais que afetam as taxas de conversão.

Um dos critérios de elegibilidade das famílias beneficiárias do programa social, por exemplo, determina a matrícula no ensino fundamental e a frequência de 85% à escola de todas as crianças em idade escolar, porém, não há nenhum critério para controle do rendimento escolar, e da qualidade de ensino disponibilizado para os integrantes da família beneficiária, o que não permite uma efetiva superação da analfabetismo, ou seja, não há garantia da geração futura da família beneficiária emancipar-se, e superar a situação de miserabilidade.

41 SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Editora Schwarcz. 1999. P. 133.

Ricardo Mórán⁴², analisando o fenômeno da reprodução da pobreza entre gerações, verifica que crianças nascidas em famílias de baixa renda e baixa escolaridade são criadas por pais que não dispõem de meios necessários para atender a suas necessidades de desenvolvimento, incluindo nutrição, estímulos cognitivos, redes de relacionamento social. Elas, com frequência, não conseguem desenvolver as capacidades necessárias ao aprendizado, resultando em repetência, defasagem ou evasão do sistema educacional. No futuro, já adultas, em razão de sua baixa qualificação educacional original e, conseqüentemente, falhas no desenvolvimento de habilidades e competências demandadas pelo mercado de trabalho, muito provavelmente, sofrerão as mazelas do desemprego ou terão de se submeter a ocupações precárias e mal remuneradas. Ou ainda pior, afastadas do mercado, sobreviverão em situações de marginalidade. A socialização com pessoas semelhantes propicia a formação de casais com carências econômicas, educacionais e sociais similares. Seus filhos terão de enfrentar os mesmos determinantes da situação de pobreza da geração anterior, reproduzindo a história de seus pais.

Um dos principais problemas, portanto, a ser enfrentado pelo programa social bolsa família é a tendência de sua perpetuação entre as subseqüentes gerações.

Ressalta-se que o princípio de justiça defendido por Amartya Sen estabelece que todos tenham iguais condições de escolher livremente entre funcionamentos que concretizem a vida que valorizam viver.

CONCLUSÃO

Proteger a pessoa em sua dignidade faz-se necessário ampliar o conceito desse valor e promover a emancipação da sociedade, mais um passo da raça humana no sentido de distribuir de forma equânime o que, pelo trabalho de todos, foi e é conquistado.

Nesta perspectiva verificou-se que, para uma justiça social, é necessário considerar o “outro”, e a dignidade da pessoa humana viabiliza-se, por meio de processos de interação social, expectativas morais de comportamento pelo reconhecimento, que, quando rompidas, podem gerar um sentimento de desrespeito e injustiça, como ressalta Axel Honneth.

Ressaltou-se que a distribuição de renda para a justiça social não descarta a relevância do reconhecimento por intermédio de instrumentos culturais que vão além da questão econômica, afetando áreas como saneamento básico, acesso à educação e saúde de qualidade, combate à subnutrição e desnutrição, etc.

Como argumenta Amartya K. Sen, em sua teoria da justiça social, o acesso a uma renda mínima é necessário embora, certamente, insuficiente para superar a pobreza, entendida como privação de liberdade para viver de acordo com valores desejáveis pelas próprias pessoas.

O programa bolsa família, portanto, está longe de efetivar uma justiça social que possibilita a emancipação das famílias beneficiárias, porque utiliza como único fator a renda, desconsiderando as várias realidades dos diversos Municípios brasileiros, e os vários conceitos de miséria, além do econômico.

Deve-se ressaltar a concepção de Amartya K. Sen, que considera a pobreza em um caráter multidimensional e dinâmico e, portanto, sua definição e identificação não podem

⁴² MORÁN, Ricardo. *Escaping the poverty trap: investing in children in Latin America*. Washington: Inter American Development Bank. 2003.

ser reduzidas à renda. Outras dimensões da vulnerabilidade social, como saúde, educação, saneamento, acesso a bens e serviços devem ser consideradas.

Desta forma o que se visa é permitir que as famílias que se encontram em uma situação de miséria possam romper o vínculo de dependência com o programa bolsa família, permitindo que a geração futura dos integrantes do grupo familiar alcance um grau de emancipação, para ser efetivada uma justiça social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvana Colombo de. **Anais do seminário dos estudantes de pós-graduação em filosofia da UFSCar**. 10^a ed. 2014. ISSN (digital) 2358-7334.

BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Vol. I. Brasília: IPEA, 2010.

BRESSIANI, Nathalie. **Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth**. CADERNO CRH, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, Maio/Ago. 2011.

CARRARA, Ozanan Vicente. **Lévinas: do sujeito ético ao sujeito político: elementos para pensar a política outramente**. Aparecida-SP: Idéias & Letras, 2010.

CASTRO, J. A; RIBEIRO, J. A; DUARTE, B. C. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995 – 2005**. Texto para Discussão n° 1324. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Gestão de Recursos Federais – Manual para Agentes Públicos. Fonte: <[http://www.portaldatransparencia.gov.br/aprenda Mais/documentos/curso_bolsa_familia.pdf](http://www.portaldatransparencia.gov.br/aprenda_Mais/documentos/curso_bolsa_familia.pdf)> Acesso em 2 jul 2015.

DRUCK, Graça; FILGUEIRAS, Luiz. Política social focalizada e ajuste fiscal: as duas faces do governo Lula. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 24-34, 2007.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça da era pós-socialista**. In: SOUZA, J. (Org.) Democracia hoje. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. In.: BRESSIANI, Nathalie. Redistribuição e reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **CADERNO CRH**, Salvador, v. 24, n. 62, p. 331-352, Maio/Ago. 2011.

GIAMBIAGI, F; ALÉM, A. C. D. **Finanças Públicas: Teoria e Prática o Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo – SP: Ed. 34, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Tradução de Beatriz Sidou. -- 2. ed. --São Paulo: Centauro, 2001.

HEGEL, G. **Lições Sobre a Filosofia da História Universal**. Madri, Filosofia do Direito. México, 1985.

JESÚS, Pietro Alarcón de. **Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Trad. Pergentino S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1993.

LÉVINAS, Emmanuel. **De Deus vem a idéia**. Trad. Marcelo Fabri et al. Petrópolis: Vozes, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2007.

LINHARES, Fernando. **Bolsa Família: um novo arranjo para os programas de transferência de renda no Brasil**. 2005. Tese (Mestrado), Universidade Federal Fluminense.

MAGALHÃES, Rosana et al. A implementação do programa Bolsa Família: as experiências de São Francisco de Itabapoana e Duque de Caxias. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1513-1524, 2007.

MAGALHÃES, Rosana. BURLANDY, Luciene; SENNA, Mônica de Castro Maia. **Desigualdades sociais, saúde e bem-estar: oportunidades e problemas no horizonte de políticas públicas transversais**. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.12, n.6, p.1415-1421, 2007

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito: crítica ao pensamento jurídico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. Servindo a dois senhores: as políticas sociais do governo Lula. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 15-23, 2007.

MESQUITA, Camile Sahb. **O Programa Bolsa Família: uma análise de seu impacto e alcance social**. 2007. Tese (Mestrado), Universidade de Brasília.

MORÁN, Ricardo. **Escaping the poverty trap: investing in children in Latin America**. Washington: Inter American Development Bank. 2003.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOEUR, Paul. O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta, revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 8ª ed. São Paulo – SP: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Editora Schwarcz. 1999.

SCHOTTZ, Vanessa. **Programa Bolsa Família: dilemas e avanços no combate à fome e à miséria. Um estudo de caso do Município de São Francisco de Itabapoana – RJ**. 2005. Tese de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz. Escola Nacional de Saúde Pública.

ASPECTOS CONTROVERSOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LUZ DA LEI Nº 12.846/2013

Lorena Hana Faria de Oliveira Boechat¹

João Carlos Souto²

RESUMO: O acordo de leniência, previsto na lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção, é um instrumento que objetiva combater a corrupção e práticas trustes contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, por meio da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. A LAC é fruto de diversas manifestações ocorridas no Brasil, surgiu como uma inovação ao ordenamento jurídico. O objeto deste trabalho é abordar sobre os principais aspectos da Lei nº 12.846/2013 e apresentar suas principais críticas e propostas para a sua reformulação.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Improriedades.

INTRODUÇÃO

A Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 é fruto de diversas manifestações ocorridas ao longo do Brasil e constitui um marco no combate à corrupção e na defesa da moralidade administrativa. A LAC segue a tendência internacional de reação contra práticas anticoncorrências e esquemas de cartéis.

O acordo de leniência e os crimes contra a Administração Pública na referida lei já eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro, vide Lei nº 12.529/11, Lei nº 8.429/92, Lei nº 8.666/93 e o próprio Código Penal. Ocorre que a grande inovação da LAC foi consubstanciada na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, bem como no aumento significativo do rol de entidades capazes de celebrar o acordo, sendo competente a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Ademais, outra mudança foi o papel de destaque da Controladoria Geral da União – CGU, âmbito do Poder Executivo Federal, com função fiscalizadora podendo avocar os processos instaurados com fundamento na LAC, para exame de sua regularidade ou para corrigir lhes o andamento, competindo-lhe também instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, bem como casos em que envolvam atos lesivos à administração pública estrangeira.

Importa ressaltar que, apesar de a Lei nº 12.846/2013 estabelecer que o acordo de leniência só possa ser celebrado com pessoas jurídicas, a Lei nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência (LDC) permite que as pessoas físicas, envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva, obtenham benefícios com a celebração do acordo, por meio Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

¹ Aluna Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF. E-mail: lh.boechat@gmail.com

² Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Doutorando e Mestre em Direito Público, Procurador da Fazenda Nacional, autor de Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais. E-mail: direitocomparado2@uol.com.br

Frisa-se ainda a diferença básica dos dois institutos, sendo o acordo de leniência celebrado por órgãos administrativos do poder executivo, e apesar da lei não dispor sobre geralmente tem a participação do Ministério Público, enquanto a delação premiada é homologada pelo Poder Judiciário e a participação do Ministério Público é obrigatória.

Uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, o acordo de leniência é obrigatório para a Administração Pública, para ser um instrumento eficaz, deve oferecer segurança jurídica aos lenientes. Trata-se, portanto, de ato administrativo vinculado.

1. DA CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos especificamente ao tema ora analisado, deve-se esclarecer que a análise normativa não é um exercício fácil, muitas vezes, o texto legal não abarca todas as situações fáticas ocorridas no âmbito social. Assim, os intérpretes do direito devem buscar não só a análise literária da norma, mas o seu espírito, a sua razão de ser, sua finalidade e o seu contexto histórico, com vistas a concluir sobre sua legitimidade ou não, uma vez que o próprio conteúdo normativo constantemente entra em conflito.

Os princípios constitucionais possuem a mesma hierarquia, porém, quando entram em coalisão, torna-se atrativa a ideia de solucioná-los a partir de uma classificação principiológica em graus de importância. Contudo, o estabelecimento de uma hierarquia entre normas constitucionais atinge a unidade constitucional, colocando-a seriamente em risco, conforme dispõem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Embora não possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes *pesos* numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição, como complexo normativo unitário e harmônico.³

A fim de solucionar o conflito de normas constitucionais, Jorge Miranda, na obra *Manual de Direito Constitucional*, apresenta uma solução simples, a qual se baseia em 03 (três) regras básicas:

- a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou prioridade de certos princípio;
- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil ao ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.⁴

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 236.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. Ed. Coimbra Editora. 1990

Dessa forma, é preciso uma análise de ponderação do bem, trata-se da lei da ponderação, defendida por Robert Alexy, segunda a qual “quanto mais intensa se revelar a intervenção de um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificativos dessa intervenção”⁵.

Em ambos conceitos, percebe-se que, diante do caso concreto deverá ser feita uma balança de valores, com finalidade de averiguar qual se adequa mais a unidade de ideias constitucionais, com objetivo de resolver o caso concreto. A análise da constitucionalidade do acordo de leniência deve ser feita sob a luz dessas ponderações.

1.1 ÂMBITO ADMINISTRATIVO X PODER JUDICIÁRIO

Primeiramente, é importante esclarecer que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, prevista na LAC, advém da impossibilidade de comprovar que esta agiu com dolo e/ou culpa, visto que sua vontade deriva de seus representantes. Na opinião da doutrina referenciada, seria sempre inexistente à pessoa jurídica o elemento subjetivo do crime.⁶

Diante da ausência do dolo/culpa, elemento constitutivo do conceito do crime, entende-se que a pessoa jurídica não comete crime e sim ato punível. Oportunamente, reporto-me aos dizeres de Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho:

[...] se o dolo está no tipo e só se o demonstra por prova, não há responsabilidade penal objetiva, em que a disciplina anticorrupção do ponto de vista penal deve observar o princípio da culpabilidade ou de regras legais especiais. Neste sentido a lei em exame se viu forçada a abandonar a disciplina penal como ferramenta de perseguição judicial aos ilícitos em questão. Quando for o caso de crime, haverá de respeitar-se a legislação penal comum e a teoria geral do crime e das penas em que, ademais, prevalece a garantia da inocência (art. 5º LVII da Constituição) ou da não culpabilidade antes da condenação definitiva substanciada no trânsito em julgado. Não há, porém, empecilho ao compartilhamento da prova produzida no processo civil ou administrativo como subsídio ao processo penal, desde que observada naqueles a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.⁷

O problema é que, em crimes anticorrecionais, é difícil atribuir à empresa a responsabilidade objetiva, sem trazer provas da responsabilidade subjetiva de seus representantes. Trata-se da mitigação indireta da responsabilidade objetiva, ao tratar sobre o tema:

[...] apesar da responsabilidade objetiva, que o processo administrativo instaurado para apurar os fatos, direta ou indiretamente, terá de produzir prova relativamente à autoria, materialidade, e culpa ou dolo até para viabilizar o processo de aplicação da sanção, ainda que não o preveja para o reconhecimento da responsabilidade. Na verdade, cuida-se de uma mitigação indireta da responsabilidade objetiva. O mesmo pode ser dito com relação à

5 ALEXY, 1993, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 236.

6 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, maio 2004. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

7 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Op cit. p. 18.

responsabilização do agente administrador da pessoa jurídica infratora, no caso com muito mais razão.⁸

Uma vez que a Administração Pública decide sobre questões importantes da pena, questiona-se se há usurpação de competência do Poder Judiciário, considerando que essa função é atribuída pela própria CF/88 ao mesmo. Porém, se considerarmos que a pessoa jurídica não comete crime, e sim ato punível, não há subtração da competência. Apesar da LAC não dispor sobre redução/isenção de pena criminal, existem outras disposições, como no caso da Lei nº 12.529/12, que permitem que o acordo de leniência trate de matéria penal.

Mesmo neste caso, entende-se pela sua legalidade, visto que mesmo que a lei não preveja a necessidade de participação do Ministério Público e do Poder Judiciário, usualmente, para evitar argumentos no sentido da inconstitucionalidade do acordo o CADE tem submetido o acordo ao acompanhamento e à homologação do Poder Judiciário, que entra no acordo como uma espécie de signatário, trazendo segurança jurídica ao instituto.

1.2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

A Lei Anticorrupção estabelece, de forma sucinta, em seu art.8 e art. 14, que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser respeitados ao longo do processo administrativo, para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica. Apesar de tímidos, os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 asseguram os princípios constitucionais e ainda estabelecem o prazo de 30 dias para apresentação da defesa.

Mesmo se não houvesse disposição expressa na lei, os princípios do contraditório e da ampla defesa são aplicados a todos os processos administrativos, conforme art. 2º parágrafo único, inciso X, e art. 3º, inciso III da Lei de Procedimento Administrativo – LPA, Lei nº 9.784/99. Ressalta-se que as informações prestadas no acordo de leniência, não podem ser consideradas por si sós provas, constituem apenas elementos indiciários importantes, os quais norteiam a coleta de provas⁹.

1.3 PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

Outra crítica à legitimidade do acordo de leniência reside na exigência da confissão para a sua celebração. Neste ponto, alguns doutrinadores afirmam que tal condição violaria o princípio da não-autoincriminação.

De fato a pessoa jurídica tem que confessar a prática delitiva para gozar de dos benefícios judiciais, de modo a ter sua pena significativamente diminuída ou até mesmo extinta. Contudo, a empresa poderá optar pela celebração ou não do acordo, seguindo a linha moderna do direito consensualista.

Logo, a confissão é essencialmente voluntária, quem a pratica faz uma escolha balanceada, observando suas vantagens e desvantagens, não estando obrigada ao ato da confissão do crime.

⁸ Ibidem. p. 48.

⁹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa: uma integração necessária.** Marília: UIIMAR, 2017.

Em contrapartida, isto permite ao Estado receber informações, indícios e provas relevantes, aumentando o nível de eficiência e celeridade nas investigações.

1.4 MORALIDADE ADMINISTRATIVA, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA

Questiona-se ainda se o instituto é um favor legal ético, vez que se premia o participante da prática delitiva que trai e entrega seu comparsa, assim o direito gratifica aquele que é desleal. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, no que tange a delação premiada, instituto similar ao estudado, tem-se:

[...] proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade. Enfim, iniciou-se a proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como um grande instrumento de combate à criminalização organizada.¹⁰

Contudo, em que se pese o aludido argumento, a lei não deve incentivar a lealdade dos autores de práticas criminosas, o acordo de leniência reafirma o princípio da supremacia do interesse público, frente ao privado, uma vez que importa à sociedade a cessação da prática corruptiva, a qual, sem um instrumento adequado para combatê-la, continuará a se propagar. Outrossim, o acordo de leniência protege a livre concorrência, ao coibir práticas antitrustes, passando a ser vista como a solução para conciliar a liberdades individuais com o interesse público.

Neste diapasão, a legitimidade não se funda somente na satisfação das necessidades sociais, pois também incentiva a moralidade e eficiência estatal. O princípio da eficiência “não tem seu significado observado mediante a contrariedade da lei, de modo que sua eficácia se situa principalmente nos limites onde a legalidade não mais alcança”.¹¹

O acordo de leniência é um mecanismo de combate à corrupção, defende a probidade administrativa, previne danos ao erário, concretiza o princípio da moralidade e torna real a finalidade do Estado e eficiente à lei. Sob um outro aspecto, a lei Anticorrupção também está em consonância com o princípio da razoabilidade, ao tornar possível “uma relação congruente entre a medida adotada (a multa) e o fim que ela pretende atingir a sobrevivência da pessoa jurídica”¹² já que o legislador não tem intenção de extinguir a empresa, deve-se avaliar a capacidade de pagamento da mesma.

1.5 DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DO *NON BIS IN IDEM*

É pelo princípio da intervenção mínima, que algumas condutas passíveis de despenalização vêm sendo transferidas ao âmbito administrativo, reforçando a ideia do direito de intervenção

10 SALES, Marlon Roberth, BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: Uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** Disponível em: < https://www.google.com.br/search?q=acordo+de+lenienc+ia+bittencourt+2014&rlz=1C1HLDY_pt-BRBR783BR783&oq=acordo+de+lenienc+ia+bittencourt+2014&aqs=chrome..69i57.10864j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Londrina, 2015. Acesso em 20 outubro 2018.

11 SOUZA, Afonso Borges de. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: instrumento compatível com o interesse público e de afirmação da consensualização da Administração Pública.** Uberlândia. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20222/3/AcordoLenienc+iaLei.pdf>>, p. 29.

12 LEC COMMUNITY. **O acordo de leniência firmado entre o ministério público federal e a holding J&F respeita a razoabilidade?** Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/o-acordo-de-lenien+cia-firmado-entre-o-ministerio-publico-federal-e-a-holding-jf-respeita-a-razoabilidade/>>. Acessado: 14 maio 2018

e do direito administrativo sancionador. Ao vislumbrar-se a proximidade do direito penal e do administrativo, a quantidade de órgãos envolvidos e o número de normas sobre o tema, teme-se o desrespeito do princípio do *non bis in idem*. Na oportunidade, elucida-se:

No entanto, como a própria Lei Anticorrupção expressamente determina que a aplicação das sanções nela previstas não afasta aquelas contidas na Lei de Improbidade Administrativa, o argumento convence apenas em parte: quando se tratar de sanção prevista nas duas leis, apenas uma delas poderá ser aplicada, sob pena de bis in idem. No caso do particular, prevaleceria, pelo critério da especialidade, a sanção prevista na Lei Anticorrupção. Já quando se tratar de sanção prevista apenas na Lei de Improbidade Administrativa, não haverá bis in idem quando esta for aplicada, mesmo que o fato também seja tipificado pela Lei Anticorrupção.¹³

Dessa forma, não há de se falar em desrespeito do *non bis in idem* no acordo de leniência. Outro aspecto, parte da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Regional que dispõe ser possível a dedução de valores já pagos em decorrência de outros processos, para não repetir a pena imposta, conforme:

É verdade que a União admite expressamente a possibilidade de serem considerados os «valores que eventualmente sejam devolvidos espontaneamente pela empresa no bojo do acordo de leniência», para evitar, segundo ela, «um injustificável bis in idem»(p.126 da inicial), o que pressupõe que eventuais valores pagos também em decorrência de outros processos judiciais - cíveis ou criminais - a título de ressarcimento do dano possam ser deduzidos da condenação que ora se busca na presente ação. (BRASIL, 2018)¹⁴

2. INCONGRUÊNCIAS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A intensificação do clamor público por políticas de combate à corrupção e a pressão externa sofrida pelo Brasil, para que cumprisse acordos internacionais, os quais se preocupavam com práticas antitrustes, fizeram com que o projeto da Lei 12.846/2013 fosse aprovado de forma mais rápida do que o normal, o que, grosso modo, significa dizer que pontos importantes da lei ficaram de fora da discussão.

Isso fez com que a lei apresentasse algumas inconsistências, as quais, provavelmente não existiriam se o projeto de lei tivesse sido aprovado noutra momento.

Observamos claramente um desses aspectos, ao percebermos que a LAC, só concede à empresa a redução de multa¹⁵ administrativa e a isenção da proibição de contratar com a

13 BERMAN, José Guilherme. **Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D4DUZDbSac4J:www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 maio 2018.

14 BRASIL. **Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Apelação/Remessa Necessária: Apl 5048535 (2018). Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423200823/apelacao-remessa-necessaria-apl-50485350420164047100-rs-5048535-0420164047100/inteiro-teor-423200847>>. Acesso em: 24 maio 2018.>

15 A propósito, desde 1991 que a *United States Sentencing Commission* (Comissão de Sentença dos Estados Unidos) permite às empresas que possuam um programa eficaz de *compliance* reduzir em até 95 % de multas criminais aplicáveis.

Administração Pública, não conferindo, portanto a imunidade penal ao leniente. Na prática, isso faz com que haja uma busca maior do acordo de colaboração premiada, estabelecido com o Ministério Público, vide CADE. Este que, por sua vez, não prevê benefícios à pessoa jurídica, porém confere imunidade penal a pessoa física, atrativo bem maior quando comparado com benefícios de natureza empresarial. Os autores Valdir Moyses Simão e Marcelo Pontes Vianna acrescentam¹⁶:

[...] o dono da empresa – no atual ordenamento jurídico – terá diante de si duas opções: Na primeira alternativa, pode buscar a celebração de um acordo de leniência nos termos da LAC. Preenchido os requisitos legais pleiteia a redução da multa administrativa cabível e a isenção da proibição de continuar contratando com a Administração Pública. Por outro lado, uma vez que a LAC não confere imunidade penal, pode expor sua conduta como pessoa física, sujeitando-se à persecução penal, além de expor sua empresa a uma ação de improbidade por parte do Ministério Público.

Na segunda alternativa, o dono da empresa busca o Ministério Público para a proposição de um acordo de colaboração premiada. O agente pode, pessoalmente, gozar de perdão judicial ou ao menos da atenuação das sanções cabíveis. Entretanto, a legislação não previu a possibilidade de que os benefícios fossem estendidos à pessoa jurídica envolvida no que toca a esfera judicial. Assim, a empresa fica sem proteção nesse caso, além de estar sujeita as sanções administrativas que aqui já foram apresentadas.

A participação do Ministério Público, na celebração do acordo, é indispensável para trazer segurança jurídica aos seus signatários, uma vez que o MP é o titular da ação penal e que o acordo de leniência os expõe à persecução penal. Contudo, a Lei Anticorrupção é silente, neste sentido, o que demonstra desatenção do legislador sob um aspecto imprescindível da norma.

Além da LAC não dispor sobre a imunidade penal aos colaboradores, nota-se que tanto nos acordos celebrados pela CGU quanto nos do MP, as multas estabelecidas carecem de critério matemático-científico, apresentando valores, muitas vezes, aquém do dano, isso porque tanto o Ministério Público quanto à Controladoria Geral da União não possuem pessoal e aparatos para cálculos tão precisos quanto os de apuração de quantificação dos débitos que ultrapassaram os valores reais de contratação. Neste aspecto, Izabela Frota Melo, concluiu:

E um dos maiores prejuízos tangíveis verificados com a subversão das competências constitucionais atribuídas ao MPF, à AGU, à CGU e ao próprio TCU, localiza-se, precisamente, na apuração quantitativa do dano ao erário e sua correta destinação.

Sem adentrar-se nas críticas ainda existentes quanto a outros aspectos dos acordos celebrados, o fato é que o Ministério Público Federal não possui – além da legitimidade e competência – qualificação para apurar os danos causados ao erário.

16 SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes, op cit . p. 157

O ajuizamento de sucessivas ações de improbidade pela União, buscando o ressarcimento ao erário pelos mesmos fatos tratados nas leniências celebradas na Lava Jato, demonstra que de “Global” tais valores nada têm. Os importes apontados pelo MPF carecem de critério matemático-científico, bastando analisar que o somatório das ações de improbidade ajuizadas até o momento pela União aponta a cifra de R\$ 40 bilhões em danos (incluindo aí as multas legais), quando o acordo de leniência celebrado com a Odebrecht contemplou apenas R\$ 3,8 bilhões, parte dos quais destinados aos Estados Unidos e à Suíça. Vale dizer que os cálculos apresentados pela Advocacia-Geral da União consideram elementos técnicos fornecidos pelo Tribunal de Contas da União, baseados em estudo econométrico aplicado a partir da análise dos contratos fraudados, além de multas.¹⁷

Enfatiza-se ainda que decorre da CFRB/88, vide o art. 70 e 71, a competência do TCU, além de outras, a de apurar, fiscalizar e julgar as contas dos administradores públicos, que resultam em prejuízo ao erário, além de aplicar sanções. Diante disso, a LAC não tem força normativa de excluir a competência do TCU. Tampouco, seria plausível imaginar que eventual acordo de leniência firmado pela CGU com infratores produziria efeitos vinculantes em relação ao TCU.¹⁸

Oportuno frisar que a pessoa jurídica e a pessoa física são distintas, cabendo ações e acordos com cada uma delas separadamente. No que tange a pessoa jurídica, como as condutas da LAC são similares as da lei de improbidade administrativa, é importante que as autoridades administrativas atuem de forma conjunta, para estabilizar e estabelecer segurança jurídica aos lenientes.

Somente a presença do titular da ação penal e sua assinatura aposta no instrumento firmado trarão a tranquilidade merecida ao candidato e à tão prometida leniência.¹⁹ Dessa forma, seria possível conceder ao leniente e à sua empresa os benefícios penais os benefícios administrativos, sem usurpar a competência de nenhum órgão.

Observa-se ainda outro problema, embora a lei preveja expressamente que a teoria da responsabilidade objetiva é aplicada para fins de responsabilização da pessoa jurídica, essa afirmação é complexa quando se analisa a Lei Anticorrupção, isso porque a responsabilidade objetiva exige apenas a demonstração do fato, do resultado, da ilicitude e do nexo de causalidade, não se alude para fins de aplicação desta teoria o dolo e a culpa corporativa. E isso parece razoável, uma vez que, tornasse difícil imputar dolo e culpa a pessoas jurídicas, conforme supracitado. Porém, a Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, ao tipificar as condutas ilícitas imputáveis à empresa utiliza-se, reiteradamente, o verbo fraudar. Grosso

17 MELO, Izabel Frota. **Os acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público no âmbito da Lava Jato e o dano ao erário**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264488,41046-Os+acordos+de+leniencia+celebrados+pelo+Ministerio+Publico+no+ambito>>. Acesso em: 15 maio 2018.

18 ROSINHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pela Tribunal de Contas da União**. São Paulo, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Controle_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Controle_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20(2).pdf)> Acesso em: 24 maio 2018.

19 SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus reflexos penais**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

modo, o verbo fraudar significa uma ilicitude com dolo, uma vontade preordenada de causar o dano, de atingir o objetivo ilícito²⁰.

A teoria da responsabilidade objetiva tendo que analisar uma conduta que pressupõe fraude, supõe análise do elemento subjetivo da pessoa física, o que faz com que a lei estivesse fadada ao insucesso e a inúmeros recursos de advogados na esfera administrativa e na judicial. Porém, como o *leading case* da aplicação da Lei nº 12.846/2013 é a operação Lava Jato, as provas colhidas na operação estão sendo emprestadas aos processos administrativos. Contudo, sem essas provas, não tendo a administração pública força de investigação judicial para decretar quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, é quase impossível provar a fraude de licitações de empresas de grande porte, como a Petrobras, sendo possível apenas revelar erros grosseiros de empresas pequenas.²¹

Neste sentido, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, apresentou em relatório:

Segundo manifestação do próprio MPF, em comunicação oficial, os acordos devem somente ser firmados quando houver ‘reconhecimento de culpa; ressarcimento, ainda que parcial do dano; e indicação de fatos e provas novos’. Segundo a Procuradoria-Geral da República, faz-se necessária ‘a comunicação de fatos novos e a entrega de novas provas sobre crimes, e estando a investigação dos fatos criminosos sendo desenvolvida, em parte, sob sigilo, é possível que a CGU tome, como novos, fatos e provas apresentados pela empresa que já estejam informados e comprovados na investigação.’²²

Outra lacuna da Lei Anticorrupção, diz respeito à falta de destinação dos recursos a serem pagos pela empresa para órgãos públicos. A Lei nº 12.846/2013 dispõe de forma tímida que “a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas”.

Dessa forma, “o legislador incluiu o adverbio preferencialmente, mas não deixou qualquer parâmetro de interpretação ao operador do direito, no caso de opção diversa da regra estabelecida.”²³ A sociedade como sendo a maior lesada neste ilícito merece saber com maior clareza aonde os recursos recuperados e a multa aplicada serão repassados.

CONCLUSÃO

Em síntese, o acordo de leniência não só é constitucional, como também é uma medida eficaz e indispensável no combate à corrupção e a práticas antitrustes. Fica evidente a imprescindibilidade do acordo de leniência com a análise dos dados apresentados pelo Ministério Público Federal que, em agosto de 2017, já havia firmado aproximadamente 16 acordos de leniência apenas no âmbito da operação Lava Jato²⁴.

²⁰ ZYMLER, Benjamin. **Acordo de Leniência**. #Programa Episteme. Palestra publicada em 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=88xQFnI6Udk&t=343s>>. Acesso em 25 maio 2018.

²¹ Idem.

²² BRASIL. Acórdão 824/2015. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cs2MOBH_gWoJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultarPagina%3DS%26item0%3D520849+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 maio 2018.

²³ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes, op cit.

²⁴ GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. **G1**, Brasília. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Dados do final de 2016, já davam a dimensão do alcance da medida, já que 71 acordos de colaboração haviam sido firmados com pessoas físicas e somados aos valores obtidos mediante acordos com as pessoas jurídicas, aproximavam-se do montante de R\$ 10,1 bilhões de reais recuperados. Ressalta-se que em torno de 307 pessoas foram denunciadas criminalmente.²⁵

Contudo, é necessário que a Lei nº 12.846/2013 seja alterada para especificar a competência de cada um dos órgãos envolvidos, promover articulações entre o Tribunal de Contas, o Ministério Público, a Controladoria Geral da União, o CADE, o Poder Judiciário, entre outros os órgãos do Poder Público, de forma a garantir a segurança jurídica aos colaboradores e a ampliar os benefícios do acordo de leniência, além trazer transparência e credibilidade nos acordos celebrados.

Recentemente o jornal O Estado de São Paulo publicou matéria pontuando as agências MullenLowe Brasil e FCB Publicidade e Comunicação Ltda celebraram um acordo de leniência que teve a participação de todos os órgãos de controle anticorrupção do país, dentre os quais, o Ministério da Transparência, a Controladoria-Geral da União, a AGU e o TCU, um marco histórico.²⁶ Em entrevista ao mesmo jornal, a então advogada-geral da União, Grace Mendonça pontua a importância deste acordo:

“O acordo mostra integração entre órgãos e que estamos no caminho correto, que é o da integração entre os órgãos envolvidos, tratando da leniência como uma política de Estado. Daí então a grande novidade desse dia de hoje. O acordo de leniência que passou por todos os 4 órgãos envolvidos. Estamos avançando em um contexto de fomento a economia e de combate à corrupção”.²⁷

Isso demonstra que o poder público tem se movimentado em busca da reparação efetiva dos danos causados pela prática corrupta de algumas empresas brasileiras, buscando melhorias e meios alternativos de aplicar a lei, seguindo os princípios constitucionais e ampliando a comunicação dos órgãos administrativos e judiciais, porém isso não exclui a necessidade de tornar a Lei Anticorrupção mais clara e mais delimitada na questão da competência e dos recursos recuperados.

REFERÊNCIAS

BERMAN, José Guilherme. **Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D4DUZDbSac4J:www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 maio 2018.

²⁵ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. Op cit. p. 157

²⁶ PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

²⁷ MENDONÇA 2018 apud PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. Acórdão 824/2015. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cs2MOBH_gWoJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultaPagina%3DS%26item%3D520849+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Apelação/Remessa Necessária: Apl 5048535 (2018). Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423200823/apelacao-remessa-necessaria-apl-50485350420164047100-rs-5048535-0420164047100/inteiro-teor-423200847>>. Acesso em: 24 maio 2018.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo : Saraiva, 2016.

GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. **G1**, Brasília. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 15 maio 2018.

LEC COMMUNITY. **O acordo de leniência firmado entre o ministério público federal e a holding J&F respeita a razoabilidade?** Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/o-acordo-de-leniencia-firmado-entre-o-ministerio-publico-federal-e-a-holding-jf-respeita-a-razoabilidade/>>. Acessado: 14 maio 2018

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa: uma integração necessária**. Marília: UIIMAR, 2017.

MELO, Izabel Frota. **Os acordos de lenienciam celebrados pelo Ministério Público no âmbito da Lava Jato e o dano ao erário**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264488,41046-Os+acordos+de+lenienciam+celebrados+pelo+Ministerio+Publico+no+ambito>>. Acesso em: 15 maio 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra Editora. 1990.

PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018b. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

ROSINHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pela Tribunal de Contas da União**. São Paulo, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Control_e_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20(2).pdf> Acesso em: 24 maio 2018.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. 2015. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:To82vv_0E3EJ:www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/23525/17601+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 maio 2018.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus reflexos penais**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes, **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SOUZA, Afonso Borges de. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: instrumento compatível com o interesse público e de afirmação da consensualização da Administração Pública**. Uberlandia. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20222/3/AcordoLenienciaLei.pdf>

ZYMLER, Benjamin. **Acordo de Leniência**. #Programa Episteme. Palestra publicada em 11 abr. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=88xQFnI6Udk&t=343s>. Acesso em 25 maio 2018.

ENTRE A HERMENÊUTICA E A CRÍTICA: O DEBATE ENTRE GADAMER E HABERMAS

João Marcelo Barbosa Ribeiro Dantas¹

RESUMO: Trata-se, no presente artigo, de uma análise de aspectos principais do debate teórico acerca da hermenêutica e da crítica e suas respectivas pretensões de universalidade, ocorrido entre Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, entre as décadas de 60 e 70 do século XX. Neste artigo, destacaram-se posições divergentes e convergentes entre Gadamer e Habermas. Buscou-se revelar não apenas a controvérsia, mas também a complementariedade entre ambos e entre hermenêutica e crítica, como manifestações vivas do pensamento filosófico contemporâneo.

Palavras-chave: Hermenêutica. Tradição. Preconceito. Crítica. Reflexão.

INTRODUÇÃO

O debate entre Gadamer e Habermas, ocorrido na segunda metade do século XX constituiu um marco indelével no pensamento filosófico e científico contemporâneo.

Os dois pensadores alemães integram a uma tradição de pensamento que remonta, em especial, a Schleiermacher e Dilthey e combatem o cientificismo positivista moderno, recusando o modelo das ciências naturais às ciências sociais. Entendem que um conhecimento da sociedade e do ser humano não é capaz de atingir a objetividade e neutralidade almejadas pelo positivismo, com o emprego dos recursos metodológicos das ciências da natureza.

Em que pese a hermenêutica filosófica gadameriana e a crítica ou dialética proposta por Habermas busquem transcender não apenas a metodologia positivista, mas a própria redução dessas teorias a uma abordagem metodológica, Ernildo Stein considera que ambos os filósofos alemães avançaram, embora não se restringido a isso, um método, respectivamente, uma hermenêutico e um dialético, que revelam, como um de seus pontos comuns, o fato de ambos trabalharem no plano humano, desconsiderando os planos da natureza e do divino, rompendo com a tradição filosófica de busca do absoluto. Assim afirma Stein:

Basicamente os dois métodos se apresentam, como nenhum outro, com uma pretensão de universalidade. Pretensão que pode ser entendida como o desejo de constituir o ponto de partida e o eixo fundamental de posições filosóficas. Ou simplesmente um método de trabalho que afirma a imbricação entre método e coisa, adequando-se a um tipo de discurso em que a justificação das proposições é feita de maneira circular. É certo que esta compreensão de método praticou um corte definitivo com o paradigma das filosofias da consciência ou da representação. Houve com elas uma inauguração de um paradigma na filosofia em que a relação entre ser e dever

¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal.

ser, teoria e práxis, não é estabelecida retoricamente a partir das pretensões de filosofias do absoluto. O método dialético, como também o método hermenêutico, trabalham sobre um plano em que há propriamente apenas o homem. É claro, uma tal redução do espaço da teoria traz consigo também novas possibilidades de uma ampliação da produção de racionalidade a partir da integração e da convergência entre filosofia e ciências humanas, convergência que vem substituir a pseudo-racionalidade e transparência de um tipo de discurso que parte de dois pressupostos excluídos do campo hermenêutico e do campo dialético: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico.²

Uma das grandes contribuições teóricas da hermenêutica filosófica, desde Schleiermacher, concordam os dois filósofos germânicos, foi reconhecer que, embora o mundo objetivo dos fatos possa adotar uma metodologia empírico-racional e uma análise factual, por meio das categorias causa/efeito, o mundo social das normas e valores, diversamente, é constituído pela cultura, suas normas, valores, símbolos, tradições, preconceitos, que moldam a subjetividade e intersubjetividade, por meio da linguagem e da compreensão, que dão sentido ao mundo que nos cerca, ao outro, com o qual compartilhamos a convivência social e a nossa existência individual, inserida neste mundo e em contato e diálogo constante o outro.

Nesse sentido, afirma Gadamer,

A linguagem não é somente um dentre os muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham o mundo, nela se representa o mundo. Para o homem o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar aí no mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo.³

Habermas, reconhecendo as especificidades do mundo social, da linguagem e da compreensão, no âmbito das ciências sociais, sustenta que

(...)El proceso de investigación es una institución de hombres que actúan conjuntamente y que comunican entre sí; como tal determina a través de la comunicación de los investigadores qué puede pretender ser teóricamente válido. La exigencia de observación controlada como base para las decisiones acerca de la justeza empírica de hipótesis legaliformes presupone ya una precomprensión de determinadas normas sociales.⁴

² STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em Filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica - Para a Crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre. L&PM. 1987. p. 98 -134. p. 107-108

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 571-572.

⁴ HABERMAS, Jürgen. La lógica de las ciencias sociales, Madrid, Tecnos, 2000, p. 38.

Se ambos os pensadores se encontram juntos contra o cientificismo positivista, divergências os separam no que concerne ao alcance da hermenêutica, a sua pretensão de universalidade, e ao papel desempenhado pela tradição e pelo preconceito no contexto do mundo social. Eis aqui o cerne debate sobre o qual este artigo irá analisar.

Nesse sentido, primeiramente, neste trabalho, serão abordadas algumas das principais contribuições teóricas à hermenêutica filosófica: de Schleiermacher a Heidegger. Em seguida, o esforço intelectual será dirigido para a hermenêutica gadameriana, destacando-se, em especial, a ideia de compreensão, de círculo hermenêutico, de tradição e preconceito. A seguir, busca-se tratar o debate entre Gadamer e Habermas, analisando argumentos de Gadamer e Habermas, em particular, as contraposições de ambos os filósofos, referentes à ideia de tradição, preconceito e à pretensão de universalidade da hermenêutica. Por fim, serão tecidas considerações finais a respeito desse debate, visando ressaltar pontos comuns e divergentes entre os dois pensadores e uma possível complementariedade entre hermenêutica e crítica.

1. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: DE SCHLEIERMACHER A HEIDEGGER

O reconhecimento da impossibilidade de enquadrar as ciências sociais nos moldes das ciências naturais e da importância da hermenêutica no âmbito da filosofia e das ciências sociais, antes de ser admitido por Gadamer e Habermas, resultou de longo processo histórico-filosófico, no qual se destacam, especialmente, ideias de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger.

Até Friedrich Schleiermacher, segundo Palmer⁵, a hermenêutica era empregada quando havia dificuldades com a interpretação de textos. Com Schleiermacher a compreensão (*das Verstehen*) passou à condição de tema da teoria do conhecimento. Para Schleiermacher, era insuficiente aplicar a hermenêutica apenas quando aparecessem problemas de interpretação de textos; era preciso esclarecer filosoficamente as condições da compreensão. Palmer assinala que, com Schleiermacher, a hermenêutica se define pela primeira vez como estudo da própria compreensão. O projeto de Schleiermacher era o de uma hermenêutica generalizada, cujos princípios deveriam servir a qualquer interpretação de texto. Compreender passa a ser a arte de reconstruir o pensamento de outrem, o que requer uma abordagem intuitiva, pois reconstruir o pensamento é reexperimentar o processo mental do autor.

Nessa reconstrução, revela-se o círculo hermenêutico, que, segundo Alberti, consiste no

processo pelo qual o todo fornece o sentido às partes e vice-versa. Em uma frase, por exemplo, compreende-se o sentido de uma palavra na medida em que tomamos sua relação com toda a frase; inversamente, compreende-se o sentido da frase, na medida em que compreendemos o sentido das palavras. (...). A compreensão é então circular porque é nesse círculo que surge o sentido.⁶

5 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Ed. 70. 1989, p. 50

6 ALBERTI, Verena. A existência na história: revelações e riscos da hermenêutica. *Estudos históricos - Historiografia*, Rio de Janeiro, v.9, nº 17, p.31-57, 1996, p. 9

O círculo hermenêutico também é adotado por Dilthey, ao considerar que das palavras isoladas e de suas relações deve ser entendido o todo de uma obra, mas a própria compreensão das partes já pressupõe o todo.

Por essa razão, o requisito desse processo é o pré-entendimento (*Vorverständnis*): entendemos algo na medida em que o comparamos com algo que já conhecemos. Ou seja, o círculo hermenêutico pressupõe um campo de entendimentos compartilhados entre o ouvinte e o orador, sem o qual não se é capaz de nele ingressar.⁷

Dilthey, portanto, procura ir além de Schleiermacher, visando elaborar não uma hermenêutica generalizada, mas uma hermenêutica epistemológica, que estabelecesse os fundamentos e as condições de possibilidade das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), em especial da História. Se Kant havia estabelecido as condições de possibilidade das ciências da natureza (*Naturwissenschaften*), em especial da Física, as quais não se aplicavam às ciências humanas, então Dilthey se propôs a fazê-lo em relação às ciências do espírito.

Assim, para Alberti, Dilthey estabelece as bases epistemológicas das ciências humanas, porquanto, segundo ele,

para compreender o homem (...) é necessário compreender nossa historicidade (*Geschichtlichkeit*), que não está à disposição nas categorias estáticas das ciências da natureza. Os pontos de partida e de chegada nas ciências humanas devem ser a **vivência** (*Erlebnis*) concreta, histórica e viva, e suas categorias devem ser dinâmicas e intrínsecas à vida, contrapondo-se às categorias estáticas, atemporais e abstratas das ciências da natureza.. A fórmula hermenêutica de Dilthey é: **vivência** (*Erlebnis*), **expressão** (*Ausdruck*) e **compreensão** (*Verstehen*). Para ele, uma disciplina pertence às ciências humanas apenas quando seus objetos se fazem acessíveis através dessa fórmula.⁸

A vivência é ação em curso, da qual não temos consciência. No momento em que nos tornamos conscientes da vivência, ela se torna algo fixo e deixa de ser vivência. O decurso do tempo, igualmente, uma vez observado, deixa de ser vivenciado: aquilo que flui se torna estático e aquilo que está para ser torna-se fixo. A vivência é dinâmica, engloba a recordação do passado e a antecipação do futuro. A temporalidade ou historicidade da vivência torna impossível entendê-la fora de um pensamento historicizado e é por isso que as categorias das ciências da natureza não servem para sua compreensão. O procedimento hermenêutico será, portanto, sempre uma interpretação historicizada.

Em análise comparativa entre as ciências humanas e as da natureza, sustenta Dilthey,

as ciências humanas têm em relação a toda forma de conhecimento da natureza a vantagem de que o seu objeto não é uma dada aparição nos sentidos - um simples reflexo de algo real na consciência -, mas sim uma

⁷ Ibid. p. 9

⁸ Ibid. p. 11-12

realidade interna imediata mesmo, e precisamente tal realidade como uma configuração vivenciada a partir de dentro. (...). Além disso, a experiência interna, na qual eu me apercebo de minha própria situação, não pode nunca por si só trazer-me à consciência a minha própria individualidade. Somente na comparação de mim mesmo com outros eu faço a experiência do individual em mim; somente então o que na minha própria existência se distingue de outros se torna consciente. (...). No entanto, a existência alheia nos é dada a princípio somente a partir de fora, em fatos sensíveis, em gestos, sons, ações. (...) Que tipo de processo é este, que surge aparentemente de uma forma tão estranha em meio aos outros processos do conhecimento? Nós denominamos o processo em que conhecemos algo interior a partir de sinais que são apreendidos de fora, através dos sentidos, de compreender.⁹

Para Dilthey, toda produção intelectual humana pertence ao terreno das ciências humanas, cujo objeto, conseqüentemente, é tão amplo quanto a própria compreensão: o objeto da compreensão é a expressão da vida.

A vida é tudo que vem a ser expresso nas produções humanas. Obras de arte, por exemplo, não são expressões do autor, e sim da própria vida - e, por isso mesmo, elas são, para Dilthey, os objetos mais frutíferos das ciências humanas. percebe-se, pois, que expressão é aqui algo social e histórico, e não propriamente individual.

Disso decorre que a hermenêutica é não apenas a teoria da interpretação de textos, mas a teoria de como a vida se exprime em obras.

A ideia de **expressão** (*Ausdruck*) de Dilthey está atrelada à linguagem: apenas na linguagem a vida humana encontra sua expressão mais completa. A arte da compreensão consiste na interpretação dos resíduos da existência humana conservados pela escrita, e a ciência dessa arte é a hermenêutica.¹⁰

Em Dilthey, o terceiro termo de sua fórmula hermenêutica: “compreensão” (*Verstehen*) consiste em um “se-colocar-na-posição-de”, como um “tornar a vivenciar” (*Nacherleben*). O “se-colocar-na-posição-de” traz como resultado o alargamento de nosso horizonte de possibilidades. Podemos vivenciar muitas experiências diversas da nossa através da arte e da história, e, desse modo, o homem - condicionado pela realidade da vida - se direciona para a liberdade¹¹. Compreender a vida de outrem não é possível sem que antes tenhamos entendido a nós mesmos como vida.

A diferença de Dilthey com relação a Schleiermacher é que esse reencontro tem agora um novo componente, a história. O círculo hermenêutico é composto não apenas pela relação das partes com o todo de uma sentença, mas também de uma vida.

Em Dilthey, o círculo hermenêutico revela-se em uma sequência de palavras, cada palavra é “determinada-indeterminada”, diz ele, porque contém a variabilidade de seus significados; o sentido das palavras surge no contexto que a determina. O mesmo ocorre com os resíduos do passado, partes “determinadas-indeterminadas” que tentamos entender através do sentido

9 DILTHEY, Wilhelm. O Surgimento da Hermenêutica (1900). In: *Numen*: Revista de Estudos e Pesquisa da religião, Juiz de Fora, v.l. n. 1, p. 11-32. p. 13

10 ALBERTI, Verena. Op. Cit. p. 12

11 DILTHEY, Wilhelm. A construção do mundo histórico nas ciências humanas. São Paulo: Ed.Unesp, 2010, p. 121

do todo. Quando essas partes não se deixam entender, é necessário determinar novamente o sentido do todo, e assim sucessivamente, até que o sentido das partes seja exaurido.¹²

Para Dilthey, a Hermenêutica se situa entre duas constatações: a) o fato da interpretação vir a ser impossível se as expressões de vida fossem inteiramente estranhas, e b) o fato da interpretação vir a ser desnecessária se elas não fossem inteiramente estranhas. De a) segue-se que, para se compreender o diferente, deve haver sempre um pré-entendimento (*Vorverständnis*): não posso compreender outra vida sem antes ter-me compreendido como vida. E de b) segue-se que a compreensão jamais será completa; ela é um processo intelectual de elevado esforço que nunca pode ser inteiramente realizado.¹³

Após Dilthey, com Heidegger, a hermenêutica já não se refere ao fundamento das *Geisteswissenschaften*, mas antes à fenomenologia da própria existência humana, que é fundamentalmente histórica e linguística.

Segundo Palmer¹⁴, Heidegger foi além de Dilthey, estendendo a hermenêutica para a ontologia, alcançando inclusive as ciências da natureza. Apel¹⁵ entende que, no lugar da vida de Dilthey, Heidegger coloca o Ser. A compreensão é, para ele, a base de toda interpretação e da própria existência; ela é cooriginal com nossa existência e, por isso, ontologicamente fundamental. Toda compreensão é temporal, intencional e histórica, inclusive a das ciências da natureza, vez que fatos ou objetos só existem como tais na medida em que são compreendidos porque interpretados por meio de categorias herdadas histórica e culturalmente.

Assim, Heidegger substitui os questionamentos epistemológicos das ciências do espírito por uma investigação fenomenológica e ontológica do ser. Neste ponto, Gadamer esclarece:

Foi somente Heidegger que tomou consciente, de uma maneira geral, a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e o conhecimento histórico. [...] o significado das palavras não pode continuar sendo confundido com o conteúdo psíquico real da consciência, p. ex., com as representações associativas que uma palavra desperta. Intenção de significado e cumprimento de significado fazem parte essencialmente da unidade do significado, e, tal qual os significados das palavras que usamos, todo ente que possua validade para mim possui, correlativamente, e com necessidade essencial, uma generalidade ideal dos modos reais e possíveis das coisas dadas serem experimentadas. Com isso é que se ganhou a ideia de “fenomenologia”, ou seja, a desvinculação de toda suposição do ser e a investigação dos modos subjetivos de estarem dadas as coisas, fazendo-se disso um programa universal de trabalho, o que teria que tornar compreensível toda a objetividade, todo o sentido do ser.¹⁶

A tese central de Heidegger, em sua obra-prima *Ser e tempo* (*Sein und Zeit*, 1927), é, como afirma Gadamer “o próprio ser é tempo”.¹⁷ Esse ser é, primeiramente, o ser-aí (*Dasein*)

12 ALBERTI, Verena. Op. Cit. p. 13

13 Ibid. p. 13-14

14 PALMER, Richard. Op. Cit. p. 51

15 APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia I, – Filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000. p. 44.

16 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 371-372.

17 Ibid. p. 389.

(ser-aí), que, muito antes e além de ser o sujeito ou consciência da epistemologia moderna, é um ser-com (*Mitsein*) e um ser-no-mundo (*Sein-in-Welt*), cuja existência corre o risco da inautenticidade se não descortina o fato da temporalidade e finitude da existência humana, como ser-para-morte (*Sein-zum-Tode*).

Nesse sentido, Heidegger desenvolve uma ontologia fundamental, examinando a existência humana no mundo, em face do espectro assombroso e constante da morte. Assim, revelam-se, a seguir, aspectos da ontologia heideggeriana.

Em sua ontologia fundamental, ele vê a relação do homem para com o mundo à luz de suas “existencialidades”, como o cuidado, a preocupação, o temor, a disposição, a compreensão. (...) a atitude típica da existência do homem (seu “ser-no-mundo”) seria o cuidado e a sua experiência fundamental: o temor perante a certeza do fato de que, um dia, deverá morrer. A própria morte afrontaria o homem continuamente e constituiria parte intrínseca do próprio ser-aí, que nada mais é do que um ser-para-a-morte. Perante o limite absoluto da mortalidade, o ser-aí ganha a sua verdadeira significância. Se o homem dispusesse de tempo infinito, nada seria importante e verdadeiro para ele. Portanto, a temporalidade é, simultaneamente, motivo, fronteira e horizonte do ser-aí, que “não tem um fim no tempo, mas existe finitamente”. O tempo representa o imprescindível “horizonte de compreensão” do ser: apenas a partir dele é possível formar relações de sentido entre as coisas no mundo. Já o nada é chamado pelo filósofo de “véu do ser”, pois constitui o “radical diferente” de tudo que existe.¹⁸

Em Heidegger, com o ser-aí ou a presença, além da finitude e da temporalidade, coloca-se o fenômeno da linguagem e da tradição cultural que sempre carregamos conosco. Segundo Bittar,

o ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (*Dasein*) da qual não pode se desvincular; não posso desvincular minha concepção-de-mundo, pois ela já é determinada pela minha história-de-mundo, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (*ek-sistere*, estar aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e con-vivo com o mundo. A existência ou não dos “pré-conceitos” na determinação de todo o sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os “préconceitos” existem, no sentido deste estar-aí contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos “pré-conceitos”, mas esta é já uma postura claramente carregada de “pré-conceitos” e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar.¹⁹

18 KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 101-147 | jul./dez. 2016, p. 109-110.

19 BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: *Hermenêutica Plural*. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 184-185

Em Heidegger, e depois em Gadamer, como sustenta Coreth, o horizonte histórico da compreensão se consoma na linguagem. A compreensão pressupõe preconceito e a fusão de horizontes históricos e culturais. Coreth, porém, esclarece que não se trata de se colocar no lugar do autor, mas de ampliar o horizonte do leitor, mediante a fusão com o do autor. Em Heidegger e em Gadamer, o círculo hermenêutico se revela nos seguintes termos: “toda interpretação, para produzir compreensão, deve já ter compreendido o que deve interpretar”.²⁰

Para Heidegger, a circularidade hermenêutica não só estabelece a relação entre o particular e o todo, mas também a justifica, em seus termos: “compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da presença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser”²¹

Coreth sustenta que o problema filosófico da compreensão aponta para a centralidade da linguagem no âmbito da realidade existencial humana. A guinada linguística promovida pela filosofia contemporânea é resultado do reconhecimento dessa centralidade. O fenômeno da linguagem recebeu, porém, diferentes abordagens, desde a empreendida pela fenomenologia existencial de Heidegger e Gadamer até filosofia analítica de pensadores anglo-saxões e de Wittgenstein. Em que pese a diferença entre essas abordagens, em todas elas há reconhecimento do fenômeno linguístico como objeto fundamental da Filosofia.²²

2. ASPECTOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER

Não menos importante do que a ontologia heideggeriana para o pensamento filosófico contemporâneo, desponta a filosofia de Hans-Georg Gadamer, em especial sua hermenêutica. Destaca-se, em sua obra-prima, Verdade e Método (*Wahrheit und Method*), a tese segundo a qual a verdade é menos produto do método do que sua condição, lhe antecede, antes de ser-lhe resultado. Segundo Henrique Simon,

Gadamer reabilita a ideia de verdade para a filosofia, diferenciando-a da verdade das ciências, que implica a relação com um mundo exterior alheio à vontade, mas colocando-a como uma questão de contexto em que vivências determinam os sentidos estáveis numa determinada época, mas transformáveis pelos próprios destinatários dos conteúdos de sentido. Percebe-se, assim, que a determinação da verdade e, portanto, do mundo social só se dá pela linguagem.²³

O método, tal como considerado pela epistemologia positivista moderna, caracterizado pela ideia de procedimentos lógico-empíricos de investigação do objeto por parte do sujeito cognoscente, é incapaz de compreender o fenômeno humano. Haja vista que sequer é possível, segundo Gadamer, uma real separação entre sujeito e objeto, este é constituído por aquele e só existe como constructo humano, resulta do ato de o ser humano atribuir sentido aos objetos que o cercam, por meio da linguagem.

²⁰ CORETH, Emerich. Questões fundamentais de hermenêutica. São Paulo: EdUSP. 1973., p. 23

²¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis, Vozes, 2005, p.200.

²² Ibid.p.32-34

²³ SIMON, H. S. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. Direito, Estado e Sociedade. 36, 2010. p. 74-101. p. 76

Desse modo, segundo Henrique Simon, em análise do pensamento gadameriano,

o objeto se confunde com o sujeito e a atuação do observador interfere na realidade que ele procura descrever. Isso implicaria na incapacidade de se abstrair da própria realidade para compreender a realidade social. Não haveria um ponto de vista que permitiria a separação entre sujeito e objeto. O universo social é um universo simbólico e a compreensão desses símbolos, dos seus significados, só é possível a partir da inserção naquele universo que os possibilitam como fontes de sentido. Assim, o meio universal para a compreensão do universo social é a linguagem, que permite as mais diversas formas de ação entre sujeitos e relações complexas entre eles. Pode-se notar, portanto, que a proposta de Gadamer não é bem descrever relações sociais ou comportamentos, mas compreender, refletir, sobre as condições que formam o universo humano. Ou seja, sua proposta é de uma ontologia da realidade social, quer dizer, entender o que é que forma a estrutura do mundo humano.²⁴

Simon conclui que

Gadamer reabilita a ideia de verdade para a filosofia, diferenciando-a da verdade das ciências, que implica a relação com um mundo exterior alheio à vontade, mas colocando-a como uma questão de contexto em que vivências determinam os sentidos estáveis numa determinada época, mas transformáveis pelos próprios destinatários dos conteúdos de sentido. Percebe-se, assim, que a determinação da verdade e, portanto, do mundo social só se dá pela linguagem.²⁵

No que concerne à relevância da linguagem para a compreensão do ser humano e do mundo, transcreva-se trecho de Verdade e Método:

A linguagem não é somente um dentre os muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham o mundo, nela se representa o mundo. Para o homem o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar aí no mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo.²⁶

²⁴ Ibid. p. 77

²⁵ Ibid. p. 76

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 571-572.

A linguagem empregada na comunicação possibilita o debate em busca da verdade, o entendimento entre interlocutores sobre a coisa. A linguagem não é, porém, elemento meramente de caráter instrumental, mas, sim, o próprio conhecimento materializado. Nesses termos assevera Gadamer:

Costumamos dizer que “levamos” uma conversa, mas na verdade quanto mais autêntica uma conversação, tanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um outro dos interlocutores. Assim a conversação autêntica jamais é aquela que queríamos levar. Ao contrário, em geral é mais correto dizer que desembocamos e até que nos enredamos numa conversação. Como uma palavra puxa a outra, como a conversação toma seus rumos, encontra seu curso e deu desenlace, tudo isso pode ter algo como uma direção, mas nela não são os interlocutores que dirigem; eles são os dirigidos. O que “surgirá” de uma conversação ninguém pode saber de antemão. O acordo ou o seu fracasso é como um acontecimento que se realizou em nós. Assim, podemos dizer que foi uma boa conversação, ou que os astros não foram favoráveis. Tudo isso demonstra que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que empregamos ali carrega em si sua própria verdade, ou seja, “desvela” e deixa surgir algo que é a partir de então.²⁷

Os trabalhos sobre linguagem de Gadamer surgiram a partir das suas investigações sobre os conceitos de subjetividade, intersubjetividade, sujeito e pessoa (*persona*), remontando aos gregos, passando pelos modernos, em especial Descartes e Kant, e chegando aos contemporâneos, principalmente, Husserl e Heidegger.

Segundo Gadamer, a palavra latina que dá origem à palavra subjetividade e intersubjetividade é *subiectum*, referência ao termo grego *hypokeimenon*.

Afirma Gadamer:

Esta palabra significa “eso que se encuentra por debajo”. Con este significado aparece en la física y metafísica aristotélica, ofreciendo en estos contextos una vasta poshistoria latina como “substantia” o “subiectum”. Ambas palabras son traducciones latinas de “hypokeimenon”, que es eso y que se refiere a eso que resiste invariable el cambio en toda transformación. Aristóteles introduce este concepto pensando en la naturaleza.²⁸

Em Aristóteles, conhecer é predicar e predicar é atribuir predicados a um substrato (*hypokeimenon*). Será, porém, na modernidade, que os conceitos de sujeito e subjetividade adquirem um sentido de autoreferencialidade e de reflexividade. Com Descartes, o sujeito é o *cogito* solitário (solipsismo), cuja verdade inicial é afirmação de sua própria existência, enquanto *res cogitans*. Com Kant e a revolução copernicana na teoria do conhecimento, o sujeito do conhecimento já não é uma consciência com ideias inatas, mas um sujeito transcendental, que conhece o mundo enquanto fenômeno.

²⁷ Ibid. P. 497

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998. p. 13

No pensamento contemporâneo, Husserl propõe um outro método de acesso ao fenômeno, que denominou de fenomenológico, o qual consistia em acompanhar o fenômeno da consciência em sua própria manifestação e ação, para que revelasse sua essência: a intencionalidade. Husserl entende a consciência intencional

como síntese incessante do fluxo temporal das experiências. Assim, intencionalidade diz respeito ao incessante transcender de si mesmo, rompendo com o pressuposto de que é o sujeito que posiciona as coisas ou de que as coisas existem independentemente da consciência. Estruturas intencionais dizem sempre do caráter de cooriginariedade sujeito e objeto, ou seja, quando um dos pólos aparece o outro imediatamente acontece, sem nenhum intervalo espaço-temporal entre eles. (...) . A consciência é, para este filósofo, transcendente, nunca se retém em si mesma, mas se vê projetada por seus próprios atos para o campo dos objetos correlatos. Na medida em que a consciência se realiza através de seus atos, ela sempre transcende o campo de realização desses atos.²⁹

Para Gadamer, com a noção de intencionalidade, a noção de subjetividade transcendental remete à ideia de intersubjetividade. Nas palavras de Gadamer: *Husserl, por su parte, reivindicó la importancia de la intersubjetividad en la constitución de mundo. Únicamente a través de la participación común de mundo [Welthabe] resulta posible imaginar la coexistencia.*³⁰

Segundo Gadamer, Heidegger radicaliza a ideia de intencionalidade e critica as noções de fenômeno, consciência e sujeito, presentes em Husserl, não captariam corretamente a existência humana. Afirma Gadamer:

“Ser” no se debe interpretar únicamente como aquello de lo que soy consciente de que está ahí o, como interpretó el Heidegger posterior, de que está presente. Husserl creyó haber captado con el concepto de presencia misma, esto es, con la aparición misma [Selbsterscheinung] de la corriente de conciencia, el carácter de la conciencia del tiempo. La crítica de Heidegger se centra en la estrechez de una concepción semejante de ser. (...) . La existencia no consiste en el intento siempre posterior de, adquiriendo conciencia de sí mismo, mostrarse ante uno mismo. Se trata más bien de un darse, y no sólo a las propias representaciones, sino sobre todo a la no-determinación del futuro. En esto es en lo que consiste la existencia humana.

Com Heidegger, Gadamer reconhece a compreensão (*Verstehen*), sempre limitada, como a estrutura própria da existência humana. A compreensão de si e do outro, que se revela *persona*, máscara enigmática a desafiar a coexistência humana.

Gadamer vai, porém, além de Heidegger, ao propor uma reflexão filosófica da hermenêutica em si mesma, do ato de compreender em si mesmo. Antes de Gadamer, a hermenêutica foi definida como arte de compreender textos, como fundamento metodológico das ciências humanas e como elemento central da análise da existência humana entendida como ontologia fundamental. É somente com Gadamer, como defende Thiago Aquino, que:

29 FEIJOO, Ana Maria L. C. e Cristine M. Mattar. A Fenomenologia como Método de Investigação nas Filosofias da Existência e na Psicologia. In: Psicologia: Teoria e Pesquisa Out-Dez 2014, Vol. 30 n. 4, pp. 441-447. P. 443

30 GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998. p. 19

Pode-se afirmar, portanto, que é unicamente com Gadamer que a hermenêutica liberta-se do vínculo com outras tarefas exteriores e transforma-se num campo autêntico de reflexão propriamente filosófica. A hermenêutica torna-se filosófica quando a descrição das articulações do universo de sentido da compreensão é proposta como tarefa central da investigação³¹

Essas articulações do universo de sentido da compreensão, cerne da hermenêutica gadameriana, revela que a compreensão do mundo pelo ser humano, sempre existente em dado tempo, lugar e cultura, é determinada pela tradição cultural que nos precede e que nos impregna a moldar-nos o pensamento, o sentimento e o comportamento, todos, por meio da linguagem, que atribui sentido a nós mesmos e ao mundo que nos cerca, que não é apenas determinado por relações causais, mas por normas e valores que regulam a convivência social.

Ressalta Stein, como núcleo da hermenêutica gadameriana, a finitude humana e o esforço do homem em compartilhar essa convivência social por meio da linguagem e da comunicação. Nas palavras de Stein,

A hermenêutica de Gadamer parte da radical finitude do homem. Daí que a única possibilidade de se aproximar da questão do homem situa-se na comunicação dos homens entre si. Esta é possível, diz-nos a experiência. Quais são, no entanto, as condições de possibilidade de comunicação, quais as suas estruturas? Essas questões constituem o conteúdo da hermenêutica como uma filosofia transcendental. A comunicação dá-se como compreensão e esta acontece no seio da linguagem. “Ser que pode ser compreendido é linguagem”. Esta proposição tem sentido universal: pois vale sempre onde se trata da comunicação com os outros. O que ultrapassa os limites da possível comunicação humana é indizível. Nada se pode afirmar aí que abranja a compreensão no seio da linguagem. O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual — este é o processo da comunicação — pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. E este estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por preconceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente.³²

Para Gadamer, o compreender revela-se em diálogo entre passado e presente. Esse passado, porém, não se encontra sepultado e ultrapassado, pelo contrário, permanece vivo no presente, a permitir a compreensão de si e do mundo e a apontar para o futuro, enquanto projeto individual e coletivo do homem. A tradição não se apresenta como uma continuidade histórica natural ou um todo harmônico que se perpetua, mas um conjunto de valores e sentidos que se conserva, abrigando, porém, concepções e preconcepções, por vezes, distintas e em movimento dinâmico. Tradição é não estagnação.

Nesse sentido, afirma Gabriela Zabeu:

31 AQUINO, Thiago. Tradição histórica e reflexão crítica: notas sobre o debate entre Habermas e Gadamer. In: *Veritas*. Porto Alegre. V. 57 n. 3 set./dez. 2012 p. 53-73. p. 54-55.

32 Stein, Ernildo. Op. Cit. 111-112

Segundo Gadamer, a tradição é permeada por preconceitos (*Vorurteile*), os quais são a condição de cada movimento compreensivo, constituindo, no modo de ser do existente humano, sua abertura e projeção ao mundo. Nesse sentido, aquele que reconhece sua historicidade, reconhece os limites de toda compreensão e o fato de haver preconceitos permeando tudo quanto concebe – o que o direciona à uma relação especulativa com o passado e com os outros a partir de suas opiniões já consolidadas, dando abertura a possibilidade de provocar grandes rupturas e mesmo de conservar suas opiniões vigorosamente. (...) ao nos voltarmos para a tradição em seu caráter histórico não a compreendemos meramente enquanto um objeto de investigação que seja possível conhecer completamente e do qual temos de extrair ‘a verdade’; mas por ela realizamos nossas experiências históricas, na medida em que permite que ouçamos cada vez uma nova voz que ressoa o passado, que a cada vez nos mostra seu sentido, ressignificado por nossa compreensão.³³

Gadamer questiona a crítica iluminista à tradição e aos preconceitos, que, na modernidade, desde Descartes, associa a tradição (*Tradition, Überlieferung*), autoridade (*Autorität*) e os preconceitos (*Vorurteile*) à fonte de erros, imposições e arbitrariedades, a tolherem o espírito crítico da razão. Essa crítica, além de não reconhecer a inevitável precedência da tradição e de seus preconceitos a toda forma de compreensão possível, ignora o fato de que a tradição e a autoridade podem também serem fonte de verdade.

Haja vista que, para Gadamer, o compreender ocorre por meio do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes, como esclarece Simon:

O primeiro conceito indica a antecipação que fazemos sobre o significado de qualquer acontecer a partir da estrutura de significações prévias, a qual a linguagem que recebemos e utilizamos nos possibilita. (...) Ao tentarmos compreender um texto, logo no início antecipamos seu significado a partir daquilo que já conhecemos, ou seja, atribuímos sentido a uma parte inserindo-a dentro de um todo que projetamos. (...) Para que a compreensão seja possível, é necessário que o sujeito que interpreta esteja disposto a adentrar no horizonte de sentido do objeto a ser compreendido (sujeito, texto, obra de arte, etc.). Assim, a ideia de fusão de horizonte significa que deve haver uma filia entre o que pretende compreender e o que vai ser compreendido (ou entre sujeitos, se for o caso de um diálogo), de modo que o sujeito deve estar disposto a se abrir ao universo que se lhe apresenta como estranho. É nesse momento que o sujeito que compreende deve estar disposto a rever aquilo que herdou de sua tradição, seus preconceitos ou concepções de mundo. São os preconceitos e as experiências anteriores do sujeito que busca a compreensão que permitem que ele possa atribuir sentido ao novo, ao mesmo tempo em que deve ser capaz de colocar suas pré-concepções em questão para poder aprender o diferente, para se inserir num universo simbólico novo, mas que ao mesmo tempo amplia o seu. Esse confronto com o diferente, esse momento do estranhamento, quando

³³ ZABEU, Gabriela Miranda. Tradição e autoridade na hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. In: *PERI – Revista de Filosofia, UFSC*, v. 06, n. 01, 2014, p. 99-117, p.101

levado a uma atitude de verdadeira compreensão, é que nos dá a noção de consciência histórica, da nossa determinação pela história e do nosso papel na história, de nossa capacidade de receber e transformar tradições. Pode-se dizer, portanto, que Gadamer consegue uma imagem do que seria a condição ontológica do universo social, mostrando aquilo que nos condiciona e do que não podemos nos libertar: a nossa tradição historicamente construída, que, ao mesmo tempo em que nos determina, cria as condições de sentido para a transformação, para a novidade. Ora, isso é assim porque somos linguagem: interpretação e reinterpretação de sentidos que herdamos e transformamos projetando nossa história para o futuro.³⁴

O complexo entendimento de Gadamer acerca da tradição e da autoridade apresenta-se um dos pontos mais relevantes do debate que se travou entre ele e Habermas, ao longo das décadas de 60 a 80, do século passado.

3. O DEBATE ENTRE GADAMER E HABERMAS: ENTRE A TRADIÇÃO E A REFLEXÃO

O ponto de partida do debate entre Gadamer e Habermas foi estabelecido pela publicação da obra principal de Gadamer, **Verdade e Método** (*Wahrheit und Methode*), em 1960, que constitui uma hermenêutica desenvolvida a partir do universo de sentido articulado pela compreensão e interpretação.

Após a publicação da obra-prima de Gadamer, Habermas publica uma série de artigos e livros em constante diálogo crítico com o ex-discípulo de Heidegger. Parte desse debate encontra-se registrado na obra **Dialética e Hermenêutica**, publicada no Brasil, no final dos anos 80, do século XX.

O debate entre Gadamer e Habermas tem origem na teoria gadameriana da experiência hermenêutica, em especial, na relação entre compreensão e historicidade.

Segundo Gadamer,

a dimensão histórica da compreensão manifesta-se no próprio movimento circular de sua realização, na medida em que esta pode ser inserida numa dinâmica processual cujo início e fim são relativos, já que constantemente renovados. De fato, a compreensão sempre inicia com a projeção de antecipações de sentido sobre o fenômeno a ser interpretado e que são revisadas constantemente em razão dos descompassos entre as antecipações e as manifestações do fenômeno visado. O aspecto mais importante nesse movimento de projeção é o fato de que a antecipação de sentido impossibilita que exista um ponto zero da interpretação, um começo marcado pela ausência de pressupostos. O acesso aos textos, às realidades históricas, aos fenômenos em geral nunca acontece sob a forma de um encontro sem expectativas, como um acesso direto à realidade. É inerente à estrutura da compreensão antecipar um horizonte global de sentido no interior do qual os fenômenos são integrados e interpretados.³⁵

³⁴ SIMON, H. S. Op. Cit. p. 79

³⁵ AQUINO, Thiago. Op. Cit. p. 55

Em Gadamer, a historicidade da compreensão revela o inevitável e condicionante papel da tradição e dos preconceitos no ato de compreender a si e ao mundo, com o que se apresenta ilusório o projeto iluminista de ruptura total com a tradição e de fundamentação racional do saber e da sociedade, sem bases pretéritas. Assim,

Gadamer apresenta o movimento antecipador da estrutura prévia da compreensão, descoberto por Heidegger na analítica existencial, ressaltando o caráter necessariamente preconceituoso de toda interpretação. Para Gadamer, o esforço iluminista de superação completa dos preconceitos herdados, além de desconhecer a essência histórica da compreensão, visa, em última instância, uma despotenciação (*Entmachtung*) da tradição, implica a proposição de um pensamento sem raízes, movido pela ilusão de um novo início absoluto. Essa quebra é característica da Modernidade, a época do novo, da inovação e do progresso, que emerge com a exigência de reiniciar os processos desde um novo ponto inaugural, sem antecedentes e autofundado. A exigência moderna de superação das tradições não é sustentada apenas pelo impulso emancipatório em direção ao futuro, pois é justificada também pela consciência da precariedade das opiniões prévias cuja vigência está garantida apenas com base na transmissão e no costume. Para os modernos, a ilegitimidade das perspectivas herdadas é consequência inevitável da ausência de uma fundamentação racional. Em outras palavras, nenhum momento da cultura que não tenha sido submetido ao crivo do exame racional merece confiança completa. Para recorrer à imagem kantiana, todos os aspectos da existência têm que se apresentar diante do tribunal da razão.³⁶

Habermas afirma que Gadamer e seus adversários (adeptos do positivismo) concordam com a afirmação de que a hermenêutica ultrapassa o âmbito da metodologia científica. Considera, porém, que Gadamer não deveria contrapor a experiência hermenêutica ao conhecimento metódico como um todo. Haja vista que as ciências humanas reúnem procedimentos empírico-analíticos com procedimentos hermenêuticos. Para Habermas, revelar um alcance mais radical e filosófico da hermenêutica e se afastar de uma concepção positivista da ciência, não deveria resultar em um distanciamento total entre Hermenêutica e Ciência ou metodologia científica.

Habermas reproduz de **Verdade e Método** o trecho revelador da pretensão gadameriana com a hermenêutica. Nas palavras de Gadamer:

Minha verdadeira pretensão era e é filosófica: não se trata do que nós fazemos (*tun*), nem do que nós deveríamos fazer, mas o que está em questão é o que acontece conosco por cima de nosso querer e fazer. (...) A compreensão (*Verstehen*) não deve ser pensada tanto como uma ação da subjetividade quanto como o entrar (*Einrücken*) num acontecer da tradição (*Überlieferungsgeschehen*), no qual o passado e o presente estão em contínua mediação. É isto que tem de ser defendido na teoria hermenêutica, que está demasiado dominada pela ideia de um procedimento, de um método.³⁷

³⁶ Ibid. p. 56

³⁷ GADAMER, Apud HABERMAS. J. Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre. L&PM. p. 14

Nessa passagem, revela-se a posição gadameriana de contestar a visão puramente metodológica da hermenêutica. Nesse aspecto, Habermas, embora repudie, igualmente, a redução metodológica da hermenêutica, considera que Gadamer acaba por afastá-la, por completo, do diálogo com as ciências humanas, como afirma o pensador frankfurtiano:

La confrontación de «verdad» y «método» no hubiera debido inducir a Gadamer a oponer abstractamente la experiencia hermenéutica al conocimiento metódico en conjunto. Pues esa experiencia es el suelo de las ciencias hermenéuticas; y aun si fuera aceptable separar por completo las humanidades del ámbito de las ciencias, lo cierto es que las ciencias de la acción no pueden menos que asociar procedimientos empíricoanalíticos y procedimientos hermenéuticos. La pretensión de hacer valer legítimamente la hermenéutica contra el absolutismo de una metodología general de las ciencias experimentales, cargado, por supuesto, también de consecuencias prácticas, no dispensa del negocio de la metodología en general, pues nos tememos que o esa pretensión se torna operante en las ciencias mismas, o no se torna operante de ninguna manera.³⁸

Habermas percebe também em Gadamer o vínculo inquebrantável entre tradição e compreensão, sendo aquela o horizonte intransponível desta. Aqui Habermas critica, outrossim, Gadamer por entender que esse horizonte, embora intransponível, não é inalterável. Diz o frankfurtiano: “Gadamer avalia mal a força da reflexão que se desenvolve no compreender”. (...) A reflexão não trabalha na facticidade das normas transmitidas (*überliefert*) sem deixar vestígios. Ela é condenada a chegar depois, mas, ao olhar para trás, desenvolve uma força retroativa.”³⁹

Para Habermas, Gadamer “transforma a inteligência da estrutura preconceitual da compreensão numa reabilitação do preconceito como tal.”⁴⁰ Diz, ainda: “a estrutura preconceitual que se tornou transparente não pode mais funcionar à maneira de preconceito.”⁴¹. Ainda que a reflexão parta de uma tradição e de um preconceito, quando se volta contra eles, os transforma.

Habermas afirma “a substancialidade se esvai na reflexão, porque esta não apenas ratifica, mas também rompe ou derruba poderes dogmáticos.”⁴² Reabilitar o preconceito como tal e a tradição por si mesma representa um risco de conservadorismo pedagógico e de conformismo político, segundo Habermas.

O educador inculca tradições no educando, porquanto a tradição e os preconceitos são condições de possibilidade do conhecimento. O jovem educando não deve, porém, aceitá-las de modo passivo e resignado, entende Habermas. Deve submetê-las ao crivo da razão, da crítica e da reflexão, ainda que tendo por base outras tradições, que, por sua vez, também não estão imunes à reflexão. Diz Habermas autoridade e conhecimento não convergem, quando repousam em tradições inquestionadas.

Assevera, portanto, Habermas que:

38 HABERMAS, Jürgen. La lógica de las ciencias sociales, Madrid, Tecnos, 2000. p. 252

39 HABERMAS, Jürgen. Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre. L&PM. p. 18

40 Ibid. p. 16

41 Ibid. p. 17

42 Ibid. p. 18

Nós só podemos nos voltar para normas interiorizadas depois de termos aprendido primeiro cegamente a segui-las sob um poder que se impôs de fora. À medida, porém, que a reflexão recorda aquele caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram exercitadas dogmaticamente como regras de concepção do mundo e do agir, pode ser tirado da autoridade aquilo que nela era pura dominação, e ser dissolvido na coerção sem violência da intelecção e da decisão racional.⁴³

Habermas critica também a pretensão de universalidade da hermenêutica. Admite, com ressalva, a tese gadameriana: “Ser que pode ser compreendido é linguagem”, em que a universalidade do fenômeno hermenêutico decorre da universalidade da linguagem.

Julga, porém, que essa universalidade se aplica ao âmbito da linguagem ordinária, produzida pela cultura. Há, todavia, na ciência moderna, sistemas de linguagem técnica, que são estranhos à linguagem do mundo da vida, terreno próprio da hermenêutica.

Habermas entende também que a pretensão de universalidade da hermenêutica não se sustenta no âmbito da comunicação ou da linguagem sistematicamente distorcida ou perturbada, que obliteram o conhecimento ou a compreensão de objetos culturais reprimidos e esquecidos.

Segundo Habermas, em face de contextos de patologia psíquica ou de dominação social, a psicanálise e a crítica de ideologias, respectivamente, tratam de seus objetos terapêuticamente, por meio da experiência da reflexão, constituindo-se, assim, em um instrumental de análise mais adequado do que a hermenêutica, nesses contextos de comunicação sistematicamente distorcida.

Para o frankfurtiano, esses contextos constituem óbice à universalidade da hermenêutica. Haja vista que neles a linguagem ordinária, campo próprio de aplicação da hermenêutica, encontra-se profundamente alterada.

Gadamer, porém, entende que diferentemente das linguagens formais, a linguagem ordinária não depende de uma metalinguagem que a analise, pois

dispõe da capacidade de fazer reflexão sobre o seu próprio funcionamento, mesmo quando os problemas de comunicação, que necessitam de esclarecimento, surgem em seu interior. Esta autorreferencialidade causou em Gadamer o pensamento de que não há nenhuma estrutura anterior à linguagem ordinária e que tudo pode ser resolvido mediante a hermenêutica da linguagem ordinária, como última metalinguagem. Habermas compartilha a tese de que a linguagem ordinária é a última metalinguagem exatamente por causa de sua autorreferencialidade, mas isso não o leva a acreditar na sua pretensão de universalidade, como propõe Gadamer.⁴⁴

Habermas esclarece que a linguagem ordinária é a última metalinguagem, mas isso não exclui o fato de existirem elementos pré-linguísticos, como os identificados por Piaget em seus esquemas de categorias da inteligência, como os analisados por Freud nas estruturas

⁴³ Ibid. p. 18

⁴⁴ DURÃO, Aylton Barbieri e DURÃO, Adja Balbino de Amorim Barbieri. Habermas sobre a comunicação sistematicamente distorcida. In: Aurora - Revista de Filosofia, Curitiba, v. 24, n. 34, p. 23-48, jan./jun. 2012. p. 27

do inconsciente e como os revelados por Chomsky nas regras gerativas da competência linguística. Reconhece, todavia, que, mesmo em relação a esses elementos pré-linguísticos, análise hermenêutica da linguagem ordinária, sua autoreferencialidade, é capaz de conduzir à compreensão desses elementos, mesmo admitindo sua precedência linguística.

Para Habermas, o que, em verdade, compromete a pretensão de universalidade da hermenêutica é a comunicação sistematicamente distorcida, na qual os participantes não podem se tornar conscientes das patologias da linguagem.

Nessas patologias, conteúdos são reprimidos, censurados ou distorcidos de forma sistemática, dando origem ao comportamento neurótico ou socialmente alienado, quando se está refém, de uma neurose ou uma ideologia, respectivamente, ensejando o emprego do instrumental, conforme o caso, da psicanálise ou da crítica da ideologia, pois ambas recorrem à reflexão para conduzir ao autoesclarecimento do neurótico ou do alienado, fazendo emergir ou trazendo à luz o que se encontrava soterrado ou submerso na mente humana. Haja vista que,

o que caracteriza uma patologia, seja provocada por uma neurose ou uma ideologia, é sua peculiar falta de coerência para um indivíduo ou para a sociedade como todo. Essa incompreensão é de tal ordem que os envolvidos não são sequer capazes de perceber que algo vai mal na comunicação. Os neuróticos não podem usar sua competência natural para o autoesclarecimento de sintomas patológicos, do mesmo modo que uma sociedade submetida a uma ideologia não utiliza a sua capacidade de compreensão hermenêutica, pelo simples fato de nem sequer serem capazes de perceber a patologia a que estão submetidas, como patologias. O traço específico da ininteligibilidade é que não se percebe a ininteligibilidade como ininteligibilidade. A pseudocomunicação se baseia em uma aparência de consenso ou de acordo que não se observa como falsa. Somente se podem perceber os mal-entendidos comunicativos por meio da participação, mas justamente por isso o participante não consegue perceber os mal-entendidos, quando estes se devem a comunicações sistematicamente distorcidos.⁴⁵

Na neurose ou na alienação, uma parte da comunicação foi reprimida pelos próprios falantes, que empregam símbolos insuspeitos para ocultar outros perturbadores.

Esse mecanismo não obedece mais às regras da linguagem ordinária pública, pois o falante usa o símbolo com um significado totalmente diferente do que lhe é atribuído na fala normal, conferindo-lhe um significado privado, que nem os outros falantes, nem sequer o próprio usuário compreende, uma vez que o símbolo insuspeito ocupa o lugar de um fenômeno que não pode ser lembrado. O mecanismo da repressão mostra como é possível haver uma linguagem privada, mas como patologia, e jamais como fala normal, porque explica como símbolos podem adquirir um significado constante e, contudo, inacessível aos seus próprios usuários.⁴⁶

45 Ibid. p. 29

46 Ibid. p. 33

O projeto emancipatório da modernidade e do iluminismo ao qual se filia Habermas assenta-se na ideia de que de que a razão e seu espírito crítico e reflexivo pode libertar, mesmo que parcialmente, o homem do jugo da tradição e de patologias que o apequenam.

Stein afirma que, em Habermas, “a razão humana pode mais do que lhe atribui a hermenêutica filosófica. Ela não tem apenas a capacidade de acolher e reconhecer o que lhe é estranho; ela pode também recusá-lo.”⁴⁷ Wellmer acentua: “A Ilustração sabia o que a hermenêutica esquece: que o ‘diálogo’, que segundo Gadamer ‘somos’, também é um contexto de violência e nisto não é diálogo”⁴⁸.

Gadamer, por sua vez, considera, porém, que a psicanálise e a crítica de ideologia revelam-se limitadas. Haja vista que em ambas o horizonte é a consciência social, que é constituída pela linguagem ordinária. Na relação terapêutica entre psicanalista e paciente ou na relação entre o crítico e o alienado, o processo pelo qual se busca a emancipação emprega a linguagem ordinária, ainda que burilada com termos específicos dos campos da psicanálise ou da crítica social. Essa busca acaba por reconhecer os limites de ambas e a admissão da universalidade da própria hermenêutica.⁴⁹

Além disso, para Gadamer, a crítica habermasiana da autoridade, fundada na herança iluminista, confunde autoridade com autoritarismo, o que não procederia. Nas palavras de Aquino,

A hermenêutica filosófica tenta tornar evidente a possibilidade concreta de preconceitos ou opiniões prévias legítimas a partir de uma análise fenomenológica da essência da autoridade. Para Gadamer, a autoridade não implica necessariamente autoritarismo. A autoridade de alguém se institui porque confiamos na sua intuição, no seu conhecimento, na sua sabedoria, na sua experiência, transformando-a numa referência a que sempre recorreremos em circunstâncias determinadas. Ao contrário de estar baseada na violência ou no poder de coerção, a autoridade está assentada em relações pessoais construídas a partir do assentimento livre, através do reconhecimento da superioridade de visão do outro. Temos, nesse caso, uma relação entre indivíduos assimétrica que não é imposta pela força bruta, pois está sustentada pela aceitação da superioridade do outro por parte daquele que está no polo mais precário da relação.⁵⁰

Gadamer contesta ainda a pretensão de universalidade da crítica de ideologia, que acaba por inviabilizar o diálogo entre o crítico e o alienado, visto que este deixa de ser considerado um interlocutor, para ser tomado como alguém dotado de uma consciência falsa e um discurso ideologizado, contra o qual se volta o crítico de ideologia que se julga em patamar superior e vertical em relação à aquele que seria vítima da dominação ideológica a ser emancipado. Essa relação um tanto quanto vertical entre o crítico e o alienado inviabiliza o diálogo entre interlocutores, em base horizontais.⁵¹

47 STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em Filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica – Para a Crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre. L&PM. 1987. p. 98 -134 p. 125.

48 WELLMER, apud STEIN, Ernildo. Op. Cit. 127

49 STEIN, Ernildo. Op. Cit. p. 120-121

50 AQUINO, Thiago. Op. Cit. p. 55

51 Ibid. p. 66

Habermas, por sua vez, reafirma o caráter emancipatório da reflexão crítica e da possibilidade do diálogo libertador. Em *Laudatio* a Gadamer, afirma o frankfurtiano:

nós só assumimos tradições em liberdade, quando podemos dizer ambas as coisas: sim e não. Sou de opinião de que nós não deveríamos obscurecer da tradição exatamente o Iluminismo (*Aufklärung*), o século XVIII universalista. Mas com este acréscimo eu não quero ficar com a última palavra. Gadamer é o primeiro a acentuar o caráter aberto (*Offenheit*) do diálogo. Dele todos nós podemos aprender a sabedoria fundamental hermenêutica de que é uma ilusão achar que alguém possa ficar com a última palavra.⁵²

Habermas, portanto, por um lado, exalta o valor da hermenêutica gadameriana, em especial, do seu necessário e virtuoso distanciamento de uma metodologia científica positivista, mas, por outro, critica a pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica que, não se aplicaria a contextos de comunicação sistematicamente distorcida, tampouco não conduz a uma visão reflexiva, crítica e esclarecedora da tradição e dos preconceitos, que podem se revelar como instrumentos de dominação e opressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longo percurso teórico foi trilhado até Gadamer formular sua hermenêutica filosófica, as contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger destacam-se na constituição de um pensamento hermenêutico que enfatiza a dimensão ontológica ou existencial do homem, sua finitude, sua historicidade e sua pertença inevitável a contextos culturais específicos, horizonte intransponível de tradições e preconceitos que são condições de possibilidade do compreender humano.

Habermas também provém de diversas tradições de pensamento filosófico, desde uma a *Aufklärung*, em especial da filosofia de Kant e Hegel, passando pelo marxismo, a psicanálise de Freud, pelo primeiros frankfurtiano até a filosofia da linguagem contemporânea.

O debate travado por esses dois pensadores alemães, nas primeiras décadas da segunda metade do século passado, representa momento singular do pensamento filosófico e científico hodierno.

Stein ressalta que

A discussão sobre hermenêutica e dialética que se desenvolveu a partir dos anos 60, constitui-se num ensaio de refazer, após a assim chamada consumação da metafísica, a pretensão de verdade da filosofia. Método nas ciências se limita a considerações sobre procedimentos. Mas método em filosofia aponta muito antes para caminhos do pensamento. E este pensamento, após a descoberta de sua finitude e na certeza das condições inelutavelmente históricas em que se desenvolve procura salvar o sentido da reflexão filosófica. Sentido que estaria perdido se a filosofia se resumisse a tarefas de justificação do pensamento científico. (...). Essa reabilitação do conteúdo propriamente filosófico e da forma filosófica de apanhar a

52 HABERMAS. Jürgen. Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre. L&PM. p. 18

realidade no diálogo não apenas oportuno, mas necessário com as ciências humanas, é o que se leva dentro da intenção de analisar a controvérsia entre hermenêutica e dialética.⁵³

Hermenêutica e dialética ou crítica são manifestações do vigor filosófico em face, de um lado, do fim da metafísica, e de outro, da absolutização da metodologia cientificista. Nesses termos, afirma Stein que

Não se trata tanto das razões que podem ser exibidas quer pela dialética quer pela hermenêutica em favor de sua universalidade. O modo de dar-se desta universalidade é que irá ramificar-se nas denominações: dialética e hermenêutica. O que aproxima esses métodos filosóficos é muito maior do que aquilo que os distingue. Tanto hermenêutica como dialética trazem em seu ventre a ideia fecunda e inalienável das condições históricas do trabalho do pensamento. Mas afirmam ao mesmo tempo e por isso mesmo, a impossibilidade de um ponto arquimédico para fundar a reflexão, uma espécie de belvedere do espectador imparcial, ou ao menos de um observador privilegiado. Após a consumação da metafísica e a afirmação da finitude, exclusividade e universalidade da razão humana, não há ponto de vista de fora sobre ela mesma. É disto que sabem a hermenêutica e a dialética. E é a esta experiência que elas se agarram como o mais ferrenho positivista à experiência empírica. É por isto que hermenêutica e dialética não são simples ferramentas de pensamento, mas modos pelos quais ele sabe da inelutável condição de participação da razão em tudo aquilo que ela conhece.⁵⁴

A aproximação e complementariedade entre hermenêutica e crítica são maiores do aquilo que as separa ou as contrapõe, assim considera Aquino:

pode-se falar de uma complementação entre hermenêutica e teoria social crítica, porque, de um lado, toda crítica pressupõe mediação histórica, interpretação e apropriação de sentido, de outro, se toda compreensão hermenêutica pressupõe a atividade crítica da situação hermenêutica, essa crítica pode eventualmente tornar-se mais intensa e tentar recuperar elementos e aspectos muitas vezes soterrados por uma tradição permeada por dominação e repressão.⁵⁵

Revela-se essa complementariedade, na preocupação tanto da hermenêutica quanto da crítica com o existir humano em sua concretude histórica e social, com a práxis humana, com a força tanto integradora quanto questionadora do diálogo. Ambas, hermenêutica e crítica, em superação do pensamento metafísico e cientificista, retomam a tradição filosófica de intenção ético-política. Nesses termos, reconhece Stein:

Filtra-se, portanto, na controvérsia entre dialética e hermenêutica e na discussão sobre dialética e hermenêutica, a afirmação do sentido ético-

⁵³ STEIN, Ernildo. Op. Cit. p. 129

⁵⁴ Ibid. p. 130

⁵⁵ AQUINO, Thiago. Op. Cit. p. 71

político do pensamento. É, sem dúvida, esse sentido prático, com sua força expressiva mais radical, que recupera, através de uma controvérsia metodológica, a verdadeira grandeza e dignidade da filosofia.⁵⁶

Se recuperam a grandeza e a dignidade da filosofia, é porque hermenêutica e dialética ou crítica baseiam-se na própria grandeza e dignidade do homem, ao reconhecerem, de um lado, a sua finitude e historicidade, e, de outro, sua capacidade em transcender tradições que o apequenam e autoritarismos que o menoscabam, mesmo que, para tanto, se amparem em tradições e autoridades libertadoras.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. A existência na história: revelações e riscos da hermenêutica. Estudos históricos - Historiografia, Rio de Janeiro, v.9, n° 17, p.31-57, 1996.

APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia I, – Filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000.

AQUINO, Thiago. Tradição histórica e reflexão crítica: notas sobre o debate entre Habermas e Gadamer. In: *Veritas*. Porto Alegre. V. 57 n. 3 set./dez. 2012 p. 53-73.

BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: *Hermenêutica Plural*. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CORETH, Emerich. Questões fundamentais de hermenêutica. São Paulo: EdUSP. 1973.

DILTHEY, Wilhelm. A construção do mundo histórico nas ciências humanas. São Paulo: Ed.Unesp, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. O Surgimento da Hermenêutica (1900). In: *Numen: Revista de Estudos e Pesquisa da religião*, Juiz de Fora, v.l. n. 1, p. 11-32.

DURÃO, Aylton Barbieri e DURÃO, Adja Balbino de Amorim Barbieri. Habermas sobre a comunicação sistematicamente distorcida. In: *Aurora - Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 24, n. 34, p. 23-48, jan./jun. 2012.

FEIJOO, Ana Maria L. C. e Cristine M. Mattar. A Fenomenologia como Método de Investigação nas Filosofias da Existência e na Psicologia. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Out-Dez 2014, Vol. 30 n. 4, pp. 441-447.

GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998.

⁵⁶ Stein, Ernildo. Op. Cit. p. 132

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre. L&PM, 1987

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 101-147 | jul./dez. 2016.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Ed. 70. 1989.

SIMON, H. S. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. *Direito, Estado e Sociedade*. 36, 2010. p. 74-101.

STEIN, Ernildo. *Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em Filosofia*. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica - Para a Crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre. L&PM. 1987. p. 98 -134.

ZABEU, Gabriela Miranda. Tradição e autoridade na hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. In: *PERI – Revista de Filosofia, UFSC*, v. 06, n. 01, 2014, p. 99-117.

O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E OS PROCESSOS DE TOMADA DE DECISÃO NA CONJUNTURA DA SOCIEDADE BRASILEIRA

José Felício Dutra Júnior¹

RESUMO: A sociedade brasileira, assim como boa parte das sociedades latino-americanas, após vários anos submetida a governos autoritários de origem militar, período durante o qual as desigualdades econômicas e sociais acentuaram-se consideravelmente, passou, a partir da década de 1980, por transformações políticas. Os integrantes da sociedade além de exercerem o direito de votar e serem votados no sistema eleitoral representativo, também exercem o direito de participar no processo de tomada de decisões, principalmente no destino de verbas públicas nas comunidades locais, como por exemplo, no orçamento participativo e conselhos comunitários de segurança pública ou saúde.

Palavras-chave: Democracia radical. Pluralismo. Comunidade. Contingências. Tomada de decisões. Participação.

INTRODUÇÃO

A democracia, na conjuntura da sociedade brasileira, não pode ser entendida apenas como um “método”² institucional para se chegar a decisões políticas, em que os indivíduos adquirem o poder de gerir a “coisa pública”, por meio de uma luta competitiva pelo voto popular.

A conjuntura da sociedade brasileira apresenta demandas que não podem ser satisfeitas apenas com uma democracia instrumental ou representativa, mas exige uma democracia “substancial”, ou seja, como afirma Roberto Gargarella³, toda pessoa tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade, vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade.

É objeto da democracia brasileira a racionalização de gastos públicos, para efetivar direitos sociais, que se referem às demandas sociais prestacionais, dentre elas as previstas no art. 6º da Constituição da República (saúde e educação, por exemplo), superação da crise ética do sistema político representativo⁴, superação da miséria, dentre outras demandas e

1 Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP (2014/2016). Especialista em Direito Constitucional Positivo, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal - FESMPDFT (2009/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2003/2008). Professor de Direito Constitucional do UDF. Assessor jurídico no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2 Para Joseph Schumpeter, a democracia caracteriza-se muito mais pela concorrência organizada pelo voto do que pela soberania do povo, ou sufrágio universal, como afirma a teoria clássica. Segundo Schumpeter, *a Democracia é um método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas – legislativas e administrativas –, e portanto não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas* (SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 304).

3 GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia**. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. P. 77.

4 Ver: STF, Ação Penal - AP n. 470, Min. Relator Joaquim Barbosa, Pleno – processo judicial alcunhado de “mensalão”.

contingências sociais complexas. Nesta perspectiva, os integrantes da sociedade não apenas passam a exercer o direito de votar, mas também o de participar, exigindo o atendimento de suas prioridades e cobrando a efetiva transparência das ações dos governantes.

O crescente nível de participação representa o sucesso do esforço conjunto da população e do Governo na construção de uma gestão pública verdadeiramente democrática.⁵

O processo de rearticulação dos movimentos populares, ocorrido na década de 1970, seguido pela baixa do regime político ditatorial militar brasileiro e a formação de um Estado Democrático de Direito, no final dos anos da década de 1980, deu origem a uma grande riqueza de propostas de participação popular na gestão pública, como formação das lideranças comunitárias, os Conselhos de Saúde nos Municípios, associações comunitárias, etc., e, na década de 1990, proliferaram experiências concretas, desenvolvidas por governos locais, dentre elas o Orçamento Participativo – OP, que proporcionam a base àqueles que, antes, sempre foram estranhos ao sistema político.

As administrações municipais participativas tornaram-se realidade a partir da experiência inicial realizada em Lages-SC⁶, no final da década de 1970, a qual se seguiram, nos anos de 1980, as experiências de Boa Esperança-ES⁷, de Diadema-SP⁸ e de Recife-PE.

Nos Municípios brasileiros, em geral, o OP surge com o objetivo de ampliar a transparência nas ações orçamentárias dos governos locais, estreitar os laços com a população e contribuir com o planejamento e gestão dos recursos públicos.

Portanto, os atores do Executivo e Legislativo local devem estar sensíveis e abertos para o desenvolvimento da capacidade de ouvir e acatar propostas simples e viáveis, apresentadas pela comunidade para a solução dos problemas concretos, rompendo o paradigma, segundo o qual, a população não sabe o que é melhor para si. Assim como também estes atores devem ser responsabilizados pela efetivação das propostas comunitárias postas na Lei Orçamentária.

1. SUPERAÇÃO DO GOVERNO AUTORITÁRIO DA DITADURA MILITAR

A sociedade brasileira, posteriormente ao Governo autoritário militar, período durante o qual as desigualdades econômicas e sociais acentuaram-se consideravelmente (1964-1984), passou, a partir da década de 1980, por transformações políticas.

Neste contexto de transformações políticas para superação do autoritarismo, surge uma dúvida fundamental sobre qual processo de tomada de decisões possibilita conciliar liberdade e igualdade em uma sociedade pluralista, e desencantada com o sistema político representativo.

Como afirma Michael Walzer, em obra organizada por Chantal Mouffe, a democracia tradicional falhou na concretização de suas promessas de igualdade e participação cívica. O autor afirma que o sucesso da produção capitalista e as facilidades geradas para melhorar a

5 SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

6 ALVES, Márcio Moreira. **A força do povo: democracia participativa em Lages**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

7 SOUZA, Herbert José de. **Município de Boa Esperança: participação popular e poder local**. In: MOISÉS, J. A. et. al. **Alternativas populares da democracia: Brasil, anos 80**. Petrópolis: Vozes/CEDEC, 1982.

8 SIMÕES, Julio Assis. **O dilema de participação popular: a etnografia de um caso**. São Paulo: ANPOCS/Marco Zero, 1992.

vida do consumidor não estão “universalmente” disponíveis. Ao contrário, um grande número de pessoas está fora da economia de mercado, vivendo, precariamente, às suas margens.⁹

Adorno e Horkheimer¹⁰, fazendo uma crítica ao capitalismo industrial da segunda metade do século passado, que viabilizou a revolução tecnológica, grandes trustes, rádio, cinema e a televisão, escreveram o ensaio “Indústria Cultural: o esclarecimento como mistificação das massas”, e depois, em 1967, Adorno fez um resumo sobre a “Indústria Cultural”, que não se trata nem das massas, e nem das técnicas de comunicação como tais:

[...] mas do espírito que lhes é insuflado, a saber, a voz de seu senhor. A indústria cultural abusa da consideração com relação às massas para reiterar, firmar e reforçar a mentalidade destas, que ela toma como dada a priori e imutável.

A denominada “indústria cultural” encontra-se voltada única e exclusivamente para satisfação dos interesses comerciais dos detentores dos veículos de comunicação, que vêem a sociedade como um mercado de consumo dos produtos por eles impostos, dando origem a um processo de massificação da cultura.

Adorno e Horkheimer¹¹, afirmam que:

[...] na era das grandes corporações e das guerras mundiais, a mediação do processo social através das inúmeras mônadas mostra-se retrógrada. Os sujeitos da economia pulsional são expropriados psicologicamente e essa economia é gerida mais racionalmente pela própria sociedade. A decisão que o indivíduo deve tomar em cada situação não precisa mais resultar de uma dolorosa dialética interna da consciência moral, da autoconservação e das pulsões. Para as pessoas na esfera profissional, as decisões são tomadas pela hierarquia que vai das associações até a administração nacional; na esfera privada, pelo esquema da cultura de massa, que desapropria seus consumidores forçados de seus últimos impulsos internos.

A partir do conceito de indústria cultural, Adorno e Horkheimer procuram apresentar uma perspectiva dialética, decifrando as determinações objetivas do social, acompanhando o prisma marxista de investigação da objetividade social das formas sociais da produção. Nesta dialética o universal – como sujeição social ou reificação – é imanente e presente objetivamente.

Jürgen Habermas também critica a política em sociedades modernas capitalistas, analisando o conceito de “crise”, em sua obra “A crise de legitimação do capitalismo tardio”, porém, opondo-se aos autores Adorno e Horkheimer, ele busca uma aproximação em relação ao pragmatismo e à teoria analítica da ciência, diferenciando-se da perspectiva dialética de recorte marxiano defendido por estes autores. Habermas¹² afirma que:

9 WALZER, Michael. **The civil society argument**. In: MOUFFE, Chantal (org.). **Dimensions of Radical Democracy: pluralism, citizenship, community**. 2ª impressão, Londres: Verso, 1995. P. 95.

10 HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **A Indústria cultural: O esclarecimento como mistificação das massas**. In: **Dialética do esclarecimento: Fragmentos filosóficos**. Max Horkheimer & Theodor Adorno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

11 HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. P. 190.

12 HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980. P. 13.

Hoje nas ciências sociais é usado frequentemente um conceito teórico sistêmico de crise. Conforme esta perspectiva sistêmica, as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema. Pode ser objetado contra a utilidade científico-social deste conceito, que ele não leva em conta as causas internas de uma sobrecarga “sistemática” das capacidades de controle, ou de uma impossibilidade de resolver “estruturalmente” os problemas de controle. As crises nos sistemas sociais não são produzidas através de mudanças acidentais no conjunto, mas através de imperativos sistêmicos inerentes estruturalmente, que são incompatíveis e não podem ser integrados hierarquicamente. Contradições estruturalmente inerentes podem naturalmente, serem identificadas apenas quando formos aptos a especificar estruturas importantes para a existência contínua. Tais estruturas essenciais precisam ser distinguidas de outros elementos sistêmicos, que podem mudar sem o sistema perder sua identidade. A dificuldade de assim claramente determinar os limites e a persistência dos sistemas sociais na linguagem da teoria dos sistemas levanta dúvidas fundamentais sobre a utilidade e o conceito teórico-sistêmico de crise social.

Verifica-se na citada obra, que Habermas alerta que somente quando membros de uma sociedade experimentam alterações estruturais como sendo críticas para a existência contínua e sentem sua identidade social ameaçada, podemos falar em crise. Distúrbios de integração sistêmica só ameaçam a existência contínua até o ponto que a integração social esteve em jogo, isto é, quando os fundamentos consensuais das estruturas normativas forem tão danificados que a sociedade se torne anacrônica. Os estados de crise assumem a forma de uma desintegração das instituições sociais.¹³

Habermas¹⁴ afirma que as ocorrências de crise devem sua objetividade ao fato que elas brotam de irresolvidos problemas de condução. Estes problemas de condução criam problemas secundários que afetam a consciência de um modo específico, precisamente daquele modo como ameaçar a integração social. Ele afirma que um conceito de crise concebido social-cientificamente precisa apreender a conexão entre “integração-sistema” e “integração social”, que derivam de diferentes tradições teóricas. A integração social está relacionada com os sistemas de instituições nos quais os sujeitos da palavra de ação estão socialmente relacionados. Os sistemas sociais são vistos aqui enquanto mundos vitais que estão simbolicamente estruturados. E, os sistemas de integração estão relacionados com os desempenhos condutivos específicos de um sistema auto-regulado. Os sistemas de integração tendo em vista os desempenhos condutivos específicos de um sistema auto-regulado. Os sistemas sociais, segundo Habermas, são considerados segundo o ponto de vista da sua capacidade de manter seus limites e suas existências contínua dominando a complexidade de uma circunstância inconstante.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* P. 14.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* P. 15.

Esta perspectiva sistêmica de crise, permite a distinção entre “modernização capitalista” e “democracia”, que, segundo Habermas, não existe umnexo automático entre estes dois fenômenos. Ele afirma¹⁵:

[...] não existe umnexo automático entre modernização capitalista e democracia, entre crescimento econômico e liberdade política. Nos países onde não existem equivalentes suficientes para as condições culturais marginais da modernidade europeia, sublinhadas acertadamente por Max Weber, entrelaçam-se a pobreza decorrente do crescimento capitalista, a destruição ecológica, a opressão política e a desapropriação cultural, num círculo negativo, cada vez mais desesperador. Um outro círculo vicioso instalou-se na política do desenvolvimento. As experiências com o fracasso de velhos programas de ajuda para o desenvolvimento forneceram razões e pretextos para a descrente disposição de exportar capital para os países em desenvolvimento. No entanto, basta contemplar as condições de vida bárbaras, onde a modernização não consegue propiciar bem-estar e nem liberdade.

[...] as utopias sociais, que retratam condições nas quais “fatigados e sobrecarregados” passam melhor, e o direito natural, que constrói condições nas quais os “humilhados e ofendidos” podem novamente levantar-se. Os progressos numa dessas dimensões não correspondem necessariamente aos da outra. A Índia oferece o grande exemplo de uma democracia de concorrência introduzida na amplidão de um subcontinente, a qual, no entanto, em nada contribui para eliminar as condições que causaram horror a Günter Grass em Calcutá. De outro lado, o conflito entorno do Kuwait nos traz à memória os emirados do Oriente Médio que prosperaram na base do petróleo, cuja economia moderna, porém, permanece atrelada a condições políticas do feudalismo. Até mesmo exemplos de um desenvolvimento capitalista bem-sucedido – Coréia do Sul ou Taiwan, logo mais a Tailândia e talvez as Filipinas – revelam que é extremamente difícil encontrar um caminho de desenvolvimento econômico sob condições democráticas.

Verifica-se que Habermas, ao analisar, sob uma perspectiva da teoria dos sistemas, o fenômeno da crise em sociedades capitalistas, parte do pressuposto dos “fundamentos consensuais”, isto é, para o autor o que garante a estabilidade do sistema social é o funcionamento das estruturas normativas que possibilitam um espaço de consenso.

A ideia de consenso é importante para o conceito de democracia em Habermas, porque, segundo esse autor, a democracia se estabelece por meio das interações comunicativas dos cidadãos, que se dão por meio de práticas deliberativas decorrentes de um processo discursivo, as quais serão filtradas para a linguagem do direito e decididas pela política, daí o porquê, para Habermas, não existe umnexo automático entre modernização capitalista e democracia. Neste contexto é que se dá o resgate habermasiano do uso público da razão prática, em que os cidadãos, como sujeitos de direitos, participantes ativos da discussão política, não apenas

15 HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler; entrevistador Michael Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. P. 85.

tematizam, mas também decidem através dos canais institucionais os rumos da sociedade histórica.¹⁶

O modelo deliberativista de Habermas, contudo, não tem por objeto a análise substancial da crise de representatividade política em sociedades capitalistas, como a brasileira, já que apenas limita-se aos espaços de formação de consensos políticos.

A efetiva participação do povo na vida pública não pode limitar-se apenas a formar as instituições representativas e os espaços deliberativos, pois, muitas vezes, não representam a própria vontade da sociedade. É diante disso, que novas formas de participação devem ser utilizadas para expressar a vontade da sociedade, ou seja, de todos os cidadãos.¹⁷

Conforme sustenta Moisés¹⁸, o sistema político democrático brasileiro passou a ser posto em “xeque”, deslegitimando-se, progressivamente, perante a massa, em função do crescente descrédito que as políticas públicas implementadas são incapazes de superar:

O entusiasmo democrático dos primeiros tempos cede lugar ao desencanto, à apatia e até à hostilidade em face de distorções que, muitas vezes, envolvem políticos e instituições democráticas; isso é ainda mais grave quando, municiada pela livre circulação de informações que caracteriza o ambiente democrático, a opinião pública toma conhecimento de seguidas e continuadas práticas de corrupção envolvendo membros do governo, do parlamento e dos partidos.

David Held¹⁹ defende que a crise do sistema político representativo, na conjuntura, é resultado de contradições estruturais entre o capitalismo e a própria democracia, porque o Estado adota, por um lado, decisões que sejam compatíveis com os interesses empresariais e que, ao mesmo tempo, pareçam neutras perante os demais interesses, de modo a manter um apoio eleitoral satisfatório ao governo.

Para exemplificar o que o autor sustenta, destaca-se a apuração da corrupção na Administração do Distrito Federal na gestão do Governo José Roberto Arruda (2007-2010), cuja a operação da Polícia Federal para a apuração dos vários crimes de corrupção e licitatórios foi alcunhada de “Caixa de Pandora”²⁰.

Trata-se de ação penal que tramita na 7ª (sétima) Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, e que visa apurar e responsabilizar penalmente condutas criminosas praticadas por ex-gestores do Distrito Federal que facilitaram procedimentos licitatórios e superfaturaram obras públicas em benefício de determinado grupo empresarial, sendo que um dos principais integrantes do grupo suspeito é o ex-Governador, que em um dos pleitos eleitorais obteve um número considerável de eleitores adeptos à sua eleição, mas no curso da

16 NETO, José Querino Tavares; SILVA, Juvência Borges. **Cidadania, movimentos sociais e democracia na realidade social e política brasileira**. In: NETO, José Querino Tavares; SILVA, Juvência Borges (orgs.). **Ações coletivas e construção da cidadania**. Curitiba: Juruá, 2013. P. 54.

17 SILVA, Juvência Borges (coord). **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015. P. 65.

18 MOISÉS, J. A. **Os brasileiros e a democracia: bases sócio-políticas da legitimidade democrática**. São Paulo: Ática, 1995. P. 83.

19 HELD, David. **Modelos de democracia**. Madrid: Alianza, 2001.

20 A Operação Caixa de Pandora é uma ação da Polícia Federal brasileira deflagrada em 27 de novembro de 2009, com o apoio do informante Durval Barbosa e que alcançou grande repercussão no noticiário nacional no final de 2009, devido às graves acusações, documentadas amplamente por vídeos, que lançou sobre um bom número de políticos influentes do Distrito Federal, inclusive o então governador José Roberto Arruda (DEM-DF). A repercussão do caso criou o assim chamado “Mensalão do DEM”, mesmo os envolvidos não sendo necessariamente membros do partido político brasileiro “Democratas”.

campanha, para evitar que fosse declarado inelegível, desistiu da candidatura e apoiou outro candidato que conseguiu disputar o segundo turno.

Davis Held²¹ afirma que esse contexto político-econômico coloca o Estado em uma posição de permanente constrangimento no que tange à formulação de políticas públicas para a sociedade, deixando-o refém de uma série de pressões que o incapacita de atender às demandas sociais. Frente à conseqüente erosão da capacidade governista do Estado, tem-se como resultado um cenário de deslegitimação da própria democracia, que passa a figurar como regime político ineficiente aos olhos da população.

Boaventura de Sousa Santos²² verifica a necessidade de fortalecimento dos mecanismos da democracia participativa para contrabalancear as injustiças decorrentes dessa crise da democracia representativa que em muito prejudica o real detentor do poder, isto é, o povo.

A democracia, portanto, é um processo dialético que a cada etapa de sua evolução incorpora novos conteúdos, enriquecendo-se de novos valores. Nesta perspectiva, a atual crise da democracia representativa irá determinar a construção de novas metodologias para o aperfeiçoamento do princípio democrático, a fim de que os processos decisórios estejam cada vez mais próximos da vontade popular.

2. CONEXÃO ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SOBERANIA POPULAR E DIREITO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Kant²³, rompendo com as concepções transcendentais divinas da Idade Média, estabelece um conceito ontológico de dignidade da pessoa humana, superando o conceito teológico que faz derivar a moralidade de uma vontade divina infinitamente perfeita.

Com seus postulados éticos, ele abre a roupagem da dignidade, dando a ela contornos ligados a racionalidade, assim o ser humano poderia agir e interagir segundo sua vontade, seu entendimento e sua razão, partindo do ideário de que todos somos iguais e possuidores de ampla liberdade de escolha.

Kant desenvolve o conceito de “boa vontade”, que não é boa por aquilo que promove ou realiza, mas tão somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação.

Todos os homens têm já por si mesmos a mais forte e íntima inclinação para a felicidade, porque é exatamente nesta ideia que se reúnem numa soma todas as inclinações, ou seja, em um ser dotado de razão e vontade a verdadeira finalidade da natureza é o seu bem-estar, ou a sua felicidade.

Nesta perspectiva, conservar a própria vida é um dever, e é algo que toda a gente tem inclinação imediata. Kant²⁴ afirma que:

21 HELD, David. *Op. Cit.*, 2001

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. In: *Revista Caros Amigos*, a. 7, n. 78. São Paulo, set. 2003. P. 34-38. Vide: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-Modernidade*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. P. 270/276.

23 Conforme o verbete “Immanuel Kant” da Enciclopédia Britânica (ENCYCLOPEDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2013.

24 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Verifica-se que o filósofo observa que nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é, a pessoa deve proceder sempre de maneira que possa querer também que a sua máxima se torne uma lei universal.

Kant foi um dos primeiros filósofos a universalizar a ideia de dignidade, vinculando-a a autonomia moral do homem, enquanto faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis.

Jürgen Habermas esclarece que Kant expressa o mundo moderno em um edifício de pensamentos, e questiona se o princípio da subjetividade e a estrutura de consciência de si que lhe é imanente são suficientes como fonte de orientações normativas, se bastam para fundar não apenas a ciência, a moral e a arte, de um modo geral, mas ainda estabilizar a formação histórica que se desligou de todos os compromissos históricos.²⁵

Habermas ainda questiona se da subjetividade e da consciência de si podem obter-se critérios próprios ao mundo moderno e que, ao mesmo tempo, sirvam para se orientar nele; mas isso significa também que possam ser aptos para a crítica de uma modernidade em conflito consigo mesmo.

Habermas também destaca que o filósofo Hegel, ao criticar Kant, quer, ao mesmo tempo, encontrar a auto compreensão da modernidade de que naquele autor se exprime.

Hegel, ao criticar as posições filosóficas entre natureza e espírito, sensibilidade e entendimento, entendimento e razão, razão prática e razão teórica, juízo e imaginação, eu e não-eu, finito e infinito, saber e fé, pretende responder à crise que está na cisão da própria vida.²⁶

A filosofia hegeliana propõe romper com o modo inconsciente e apenas abstrato que propunha a filosofia kantiana, isto é, expõe-se como o pensamento que não pode permanecer enquanto tal, mas deve tornar-se ação.

Na perspectiva hegeliana, a dignidade humana efetiva-se como resultado de um longo processo histórico, e também os direitos que a garantem, incluindo aí os “direitos naturais”, e o próprio sujeito desses direitos.

Kant assevera que autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas Leis, é um atributo apenas

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000. P. 30.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* P. 32.

encontrado nos seres racionais, constituindo assim, o alicerce da dignidade humana²⁷. Já para Hegel, a dignidade é uma qualidade a ser conquistada, o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão²⁸.

Hegel, introduzindo a história em sua compreensão de dignidade humana, entende que esta se constrói e realiza-se mediante a relação com o outro. Enquanto para Kant o respeito à autonomia de um pode resultar na limitação dos demais, caracterizando uma valorização do individual; para Hegel, o reconhecimento de um outro igualmente digno somente pode-se compreender mediante a consideração de uma coletividade construída no âmbito das relações. Sob o prisma meramente ontológico, ou religioso, a dignidade não serve de parâmetro para demarcar concretamente as questões éticas atuais que envolvem a vida humana. Ela necessita ser descentralizada do indivíduo e colocada na base das relações e no desenvolvimento histórico humano.²⁹

Verifica-se que, para Hegel ser livre é ser sujeito, assim como ser sujeito é ser livre, uma vez que o sujeito não possui a liberdade, ele é liberdade. Entretanto, a liberdade efetivamente manifestada ocorre na intersubjetividade, na comunidade ética de sujeitos que reconhecem o outro. O sujeito hegeliano, portanto, não enxerga apenas seu eu singular, mas também um eu universal, atribuindo ao outro a mesma atividade livre que atribui a si mesmo. O conceito de vontade livre não é o de uma vontade isolada, mas sim o de uma vontade, que, unificada sob a lei da liberdade, é de todos aqueles que gozam do direito. Assim, apenas por um longo processo, o Espírito alcança a forma plena da liberdade. Este processo é a História, que, em sua essência, é o progresso na consciência da liberdade.³⁰

Ingo Wolfgang defende que o homem não pode ser tratado como um fim em si mesmo, um mero objeto, no qual se coloca uma taxaço.

O ser transcende barreiras de determinismos prévios, é detentor do livre arbítrio podendo criar, recriar e modelar a sua vida segundo suas vontades, de acordo com Wolfgang a dignidade humana pode ser considerada³¹:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Segundo Pietro Alarcón de Jesús, a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.³²

27 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Madri: Tecnos, 1989.

28 HEGEL, G. **Lições Sobre a Filosofia da História Universal**. Madri, Filosofia do Direito. México, 1985

29 ALMEIDA, Silvana Colombo de. **Anais do seminário dos estudantes de pós-graduação em filosofia da UFSCar**. 10ª ed. 2014. ISSN (digital) 2358-7334.

30 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Tradução de Beatriz Sidou. -- 2. ed. --São Paulo: Centauro, 2001. P. 22.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 4ª Edição, pág. 60.

32 JESÚS, Pietro Alarcón de. **Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 244-256.

Portanto, para proteger a pessoa em sua dignidade faz-se necessário ampliar o conceito desse valor e promover a emancipação da sociedade, mais um passo da raça humana no sentido de distribuir de forma equânime o que, pelo trabalho de todos, foi e é conquistado.

Na conjuntura política da sociedade brasileira, não é possível haver reconhecimento da dignidade da pessoa humana em uma filosofia racional kantiana que prioriza o individualismo, porque somente no reconhecimento do “outro” é possível efetivar o ideal de soberania popular, e isso é um processo que se constrói em democracia participativa.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República brasileira³³ é a base para os processos participativos de tomada de decisões por cidadãos, como por exemplo, o processo do Orçamento Participativo – OP, que também indaga sobre a possibilidade de novos caminhos que levem à participação mais efetiva dos cidadãos, na condução do processo sempre em construção da democracia, já que, incorporando os princípios que foram sendo sedimentados pela trajetória dos direitos fundamentais, dentre eles a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. III, da Constituição brasileira), esse dispositivo constitucional contém o comando para a implementação de um modelo de democracia que não é exclusivamente representativo.

Sobre “soberania popular” e exclusão social, Friedrich Müller³⁴ tem uma contribuição significativa, pois, ele fala em discriminação de parcelas consideráveis da população, a quem é permitida a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, educacionais, médicos e dos sistemas de treinamento.

Müller sustenta que é uma grande leva de marginalizados que não existe apenas nos países “periféricos”, mas também no Estados Unidos, França, Alemanha e outros países “ricos”. A marginalização leva a uma reação em cadeia de exclusões, cuja consequência é o rebaixamento do status econômico, a depravação cultural e a apatia associada à pobreza política. Friedrich Müller³⁵ afirma:

Conforme ensina a experiência, as distorções no campo do Estado de Direito assumem aqui proporções estorcedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe essa parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é “integrada” na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos. Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica. A constituição não pode impor o código direito/não-direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados dispõem

33 Artº [...] Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB)..

34 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann, revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 91.

35 MÜLLER, Friedrich. *Op. Cit.* P. 76/77.

exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou contrariedade ao direito da sua ação ou da ação dos “seus” políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normalizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo. O código jurídico está subordinado [üintersteht] ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as consequências já insinuadas para os economicamente fracos, que quer dizer, para a maior parte da população. Então já não admira mais que a reivindicação de direitos de cidadania por parte de subcidadãos excluídos, subintegrados, seja “identificada constantemente como subversão”.

A conjugação dos direitos humanos (princípio da dignidade da pessoa humana) com o princípio da soberania popular possibilita a formulação do direito à participação, como expressão fundamental da autonomia política.

Habermas³⁶ procura justificar a conexão interna existente entre direitos humanos e soberania popular de maneira diferente da justificação de Kant e Rousseau, pois, segundo Habermas, ambos concebem a noção de soberania como a unificação prática da razão e da vontade soberana, de tal modo que a ideia de direitos humanos e o princípio da soberania popular interpretam-se mutuamente. No entanto, Kant se distancia de Rousseau, na medida em que obtém o princípio universal do Direito mediante a aplicação a priori do princípio moral do “imperativo categórico”. Rousseau fornece à ideia de autolegislação uma interpretação mais ética que moral. A soberania popular em Rousseau é concebida por meio do pacto ou contrato social, mediante o qual os indivíduos se tornam cidadãos com elevado senso ético, voltados para o bem comum.

Habermas sustenta que a conexão interna entre direitos humanos e soberania popular reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que não é assegurado apenas por leis formais e abstratas, isto é, a força legitimadora de um processo discursivo de tomada de decisões e de vontade conta com a ação de forças ilocucionárias vinculantes. O uso da linguagem voltado para o entendimento produz posições convincentes, através da busca do melhor argumento, capaz de levar os indivíduos a aquiescerem sem coerção.

Esta teoria deliberativa de Habermas, contudo, não traz respostas para o problema formulado por Friedrich Müller sobre a exclusão social, porque a democracia deliberativa apenas preocupa-se com os espaços de deliberação social, e não com a realidade de cada um dos interlocutores. E, conseqüentemente, o “melhor discurso” nem sempre representa democraticamente as contingências de uma comunidade, principalmente em sociedades complexas e pluralistas, como a brasileira.

Portanto, Habermas critica a metafísica racional de Kant, contudo, na sua “teoria do agir comunicativo” ainda está atrelado ao “eu” da racionalidade kantiana, mas, agora ressalta a construção de espaços para manifestações linguísticas dos vários “eus” que possam existir, e a formação de um consenso, pelo “melhor discurso”.

36 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1989. P. 67.

3. DEMOCRACIAS COMPLEXAS E DIVERSIDADE DE CONTINGÊNCIAS

A participação social tem sido salientada nas últimas décadas como elemento importante na consolidação da democratização das políticas públicas no Brasil.

Compreendida neste artigo como um movimento intencional de sujeitos interessados, tendo como objeto central recursos disponibilizados nos espaços públicos, e que supõe a construção de relações comunicativas em prol do bem comum, da equidade e da justiça social, principalmente na alocação de recursos públicos em obras e serviços sociais.

Ressalta-se que o orçamento participativo, assim como os conselhos comunitários, não se trata de um espaço deliberativo para a formação de um consenso na sociedade local de um Município sobre o melhor discurso, mas sim um processo em que vários integrantes de comunidades distintas em uma mesma cidade, dentre eles, as lideranças comunitárias, conselhos de bairros, representantes de associações civis e ONGs, etc., discutem contingências locais e alocações de recursos públicos para resolução destas, discutindo inclusive a autorregulação do processo participativo.

Chantal Mouffe³⁷, opondo-se ao consenso que a teoria do agir comunicativo de Habermas objetiva, questiona sobre qual de fato é o modelo de democracia em sociedades contemporâneas e complexas, isto é, ela questiona sobre o que é uma sociedade democrática, se é uma sociedade pacificada e harmoniosa onde as divergências básicas foram superadas e onde se estabeleceu um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores, ou se é uma sociedade com uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos.

Mouffe³⁸ defende que é um equívoco acreditar que uma “boa sociedade” é aquela na qual os antagonismos foram erradicados e onde o modelo adversarial de política se tornou obsoleto.

Para Chantal Mouffe, a crise da democracia liberal se deve à redução do político a uma atividade instrumental, isto é, o esvaziamento do sentido do político decorreu da limitação da democracia a um mero conjunto de procedimentos neutros, da transformação dos cidadãos em consumidores políticos, e da insistência liberal em uma suposta “neutralidade” do Estado.³⁹

Na perspectiva democrática defendida por Chantal Mouffe⁴⁰, a elaboração de uma cidadania democrática é crucial para aquilo que ela chama de “democracia radical”, ou seja, é imperioso reafirmar a visão de cidadania com “um sistema de direitos constitucionalmente garantidos a todos os membros da comunidade política”, e direitos que devem ser “não apenas políticos, mas também sociais”, de modo a restabelecer a ligação entre cidadania política e social, uma contribuição da social democracia que o neoliberalismo refuta.

Para Mouffe o objetivo da democracia radical e plural “não é criar um tipo completamente novo de sociedade, mas usar os recursos simbólicos da tradição democrática liberal para lutar contra relações de subordinação”.⁴¹

37 MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996. *Ez*, MOUFFE, Chantal. **Cidadania, democracia e a questão do pluralismo**. Política & Sociedade. Florianópolis, n. 3, p.11-26, out.2003.

38 MOUFFE, Chantal. **Cidadania, democracia e a questão do pluralismo**. Política & Sociedade. Florianópolis, n. 3, p.11, out.2003.

39 MOUFFE, Chantal. **Radical democracy or liberal democracy?** In: TREND, David. **Radical Democracy: Identity, citizenship, and the State**. New York: Routledge, 1996. P. 19/26.

40 MOUFFE, Chantal. **Dimensions of Radical Democracy: pluralismo, citizenship, community**. 2ª impressão. Londres: Verso, 1995. P. 3.

41 MOUFFE, Chantal. **Radical democracy or liberal democracy?** Op. Cit. P. 20.

A proposta de Chantal Mouffé, então, consiste na radicalização dos princípios ético-políticos da democracia moderna, a saber, a ideia de liberdade e igualdade para todos. Um projeto que deve ser encarado não “como uma ruptura com as ideias da democracia moderna, mas como a realização desses ideais”.⁴²

Ela critica o pensamento democrático contemporâneo marcado por uma concepção política racionalista, universalista e individualista, cuja principal fraqueza é manter-se cego à especificidade do político na sua dimensão de conflito/decisão e não poder apreender o papel construtivo do antagonismo na vida social. Em face disso, a democracia radical refuta a ideia de que a noção de antagonismo poderia ser dispensada, e assevera que uma tal ideia representa um risco à própria democracia, uma vez que nos deixa desprevenidos perante a manifestação de antagonismos não reconhecidos. No ensaio “Democracia, cidadania e a questão do pluralismo”, afirma que⁴³:

O argumento central que buscarei sustentar neste ensaio é que o tipo de teoria política democrática dominante atualmente não pode nos ajudar a entender a importância do dissenso numa sociedade democrática. Ela é incapaz de captar as diferentes formas de antagonismos que emergem em nosso mundo globalizado, pós-guerra fria, e de enfrentar um tipo de política democrática que poderia dar conta deles. Isto porque considero que é necessário desenvolver um novo modelo, ao qual denomino “pluralismo agonístico” e sobre o qual gostaria de apresentar algumas reflexões.

Ao analisar a crítica da democracia liberal de Carl Schmitt, Chantal Mouffé destaca “o papel central da relação amigo/inimigo em política” e nos torna conscientes “da dimensão do político que está ligada à existência de um elemento de hostilidade entre os seres humanos”⁴⁴. Ela assevera que Carl Schmitt já advertia “acerca da incapacidade do pensamento liberal de pensar em termos políticos e do redirecionamento do político para os discursos econômico, moral e jurídico”⁴⁵.

O aspecto central do debate entre Schmitt e Chantal Mouffé é, então, a indagação acerca da possibilidade de estabelecimento de consenso em um ambiente democrático e liberal, tangenciando a questão do pluralismo e de como poderia o liberalismo coexistir com a democracia. Mouffé, conclui, que o pensamento liberal é “cego” para o político, que o individualismo liberal não entende “a formação das identidades coletivas” e, acima de tudo, que “o político em sua dimensão antagônica não desaparecerá simplesmente por sua negação” e que “uma tal negação conduzida à importância” da própria democracia, como vem acontecendo na “sua inabilidade para compreender a natureza e as causas dos novos fenômenos do populismo de extrema-direita”⁴⁶.

42 MOUFFE, Chantal. **Democracy – Radical and Plural**. CDS Bulletin – Center for the Study of Democracy, v. 9, n. 1, p. 10, Inverno 2001-2002.

43 MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Política e sociedade, Florianópolis, n. 3, out. 2003, p. 11-26.

44 MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. *Op. Cit.* P. 13.

45 MOUFFE, Chantal. **Politics and Passions: The stakes of democracy**. Londres: Centre for the Study of Democracy, 2002. P. 2/3.

46 MOUFFE, Chantal. **Politics and Passions: The stakes of democracy**. Londres: Centre for the Study of Democracy, 2002. P. 5.

Mouffe defende que a democracia deve permitir a abertura, o reconhecimento da contingência, a aceitação de que os sentidos são plurais, irreduzíveis a uma única possibilidade significativa, eis a proposta da “democracia radical”⁴⁷.

A partir do entendimento, segundo o qual o “adversário” não é um “competidor”, como defende o liberalismo, mas deve ser entendido como “o oponente com quem se divide uma lealdade comum aos princípios democráticos de liberdade e igualdade para todos, enquanto discordam a respeito de sua interpretação”⁴⁸, Chantal Mouffe desenvolve a proposta de um pluralismo agonístico, que é uma tentativa de enfrentar os assuntos que o modelo democrático deliberativo e o modelo agregativo, com seus sistemas racionalista e individualista não conseguiram solucionar, em que a principal tarefa da política democrática não é eliminar as paixões à esfera privada e estabelecer um consenso racional na esfera pública; mais do que isso, é domesticar as paixões e mobilizá-las para os fins democráticos, bem como criar formas coletivas de identificação ao redor de objetivos democráticos.

Chantal Mouffe⁴⁹ afirma que:

As conseqüências das teses acima mencionadas para a política democrática são de longo alcance. Elas nos provêm um terreno teórico necessário para formular um modelo alternativo de democracia, mais apropriado às tarefas que nos confrontam hoje e que chamei de “pluralismo agonístico”.

Para esclarecer as bases desta visão alternativa, proponho uma distinção entre “o político” e “política”. Por “político” refiro-me à dimensão do antagonismo que é inerente a todas as sociedades humanas, antagonismo que pode assumir formas muito diferentes e emergir em relações sociais diversas. “Política”, por outro lado, refere-se ao conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre potencialmente conflituosas, porque afetadas pela dimensão do “político”.

Mouffe sustenta que é apenas quando admitimos esta dimensão do “político” e entendemos que “política” consiste em domar a hostilidade e tentar neutralizar o antagonismo que existe nas relações humanas, que podemos posicionar a questão fundamental para a política democrática.

Em face disso, para ela, a questão fundamental não é alcançar um consenso racional, onde não existiriam exclusões, e conseqüentemente, um “eles”, que significaria a própria destruição do conceito de “nós”. Pelo contrário, a democracia moderna deve reconhecer e legitimar a existência dos conflitos e criar mecanismos capazes de garantir que os “outros” sejam vistos como “adversários” e não “inimigos”. Nesta perspectiva, os conflitos, ao invés de tomarem formas antagônicas, de “lutas entre inimigos”, serão “agonísticos”, com “lutas entre adversários”. O objetivo da democracia política, para Mouffe, será, portanto, transformar o potencial antagonismo em agonismo.⁵⁰

47 KOZICKI, Katya. **A política na perspectiva da filosofia da diferença**. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD, Luiz Felipe Neto de Andrade e Silva (Orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. P. 142.

48 MOUFFE, Chantal. **Politics and Passions: The stakes of democracy**. *Op. Cit.* P. 8/9.

49 MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Política e sociedade, Florianópolis, n. 3, out. 2003, p. 15.

50 MOUFFE, Chantal. **Politics and Passions**. *Op. Cit.* P. 8/9.

É nesta perspectiva de Chantal Mouffe de diálogo plural e agonístico que devem ser entendidos os processos participativos de tomada de decisão, como o orçamento participativo e os conselhos comunitários.

Fedozzi argumenta, em artigo científico, que o orçamento participativo é importante no cenário político brasileiro, pois, ao longo de anos, a prática orçamentária não era levada a sério, isto é, o orçamento público, no cenário da política da sociedade brasileira, foi discutido e planejado enquanto um instrumento das práticas patrimonialistas, corriqueiras na gestão do Estado. Verifica-se uma dualidade entre o que está orçado no papel e aquilo que é implementado de fato, até porque o orçamento público sempre foi “um instrumento privilegiado de acesso clientelístico aos recursos públicos através de processos de “barganha” – seja como troca de favores entre os próprios poderes do Estado, seja como distribuição de recursos mediante critérios particularistas decorrentes de interesses pessoais ou privados”.⁵¹

Para Fedozzi⁵², este tipo de prática baseada em regras pessoais dificultam a consolidação e a consumação da cidadania enquanto um valor democrático. Desta forma, a discussão sobre os orçamentos com segmentos excluídos da sociedade civil, pode ser considerada como um avanço democrático, um processo inclusivo e legítimo, ou seja, o OP ocupa uma posição importante no sistema decisório da gestão, em face disso a sua idealização, aceitação e implementação tornam-se um desafio constante.

Portanto, o processo de tomada de decisões no OP corrobora aquilo que Chantal Mouffe defende no modelo de “democracia radical”, porque possibilita a existência de identidades coletivas para a viabilidade de projetos de política orçamentária (essencial para as contingências de políticas públicas, como por exemplo, sistema público de saúde, mobilidade social, sistema público de educação, saneamento básico, urbanização, etc.), tratando-se de uma cidadania como “ação coletiva”, já que funciona em uma estrutura de conselhos ou assembleias realizadas nas comunidades de várias regiões administrativas do Distrito Federal, o que fortifica a concepção de cidadania baseada na permanente e regular participação em atividades políticas que, dada a contingência e a relatividade de todo o sentido ou identidade das sociedades contemporâneas, não pode admitir o “estabelecimento de uma fundação única ou de um único centro para funcionar como base de coesão social”⁵³, até porque, verificar-se-á nos próximos capítulos, que existem vários modelos de OP que respeitam as peculiaridades econômico-financeiras, políticas, culturais, etc., de cada Município que adota esta política orçamentária.

4. CRISE ÉTICA DO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO NO BRASIL

As manifestações populares que ocorreram no Brasil durante os meses de junho e julho de 2013, e a crise ética na conjuntura da presidência da Câmara dos Deputados, além do procedimento de impeachment da Presidente da República na gestão Dilma Rousseff, demonstram a necessidade de substanciais mudanças no sistema político vigente, o que pode

51 FEDOZZI, Luciano. **Participação nos Governos Locais do Brasil Contemporâneo**. In: Cadernos da Fundação Luís Eduardo Magalhães - FLEM VIII: **Gestão Pública e Participação**. Salvador: FLEM, 2005. P. 144.

52 FEDOZZI, Luciano. *Op. Cit.* P. 145.

53 KOZICKI, Katya. *Op. Cit.* P. 143.

abrir a possibilidade de robustecer e inovar os instrumentos de democracia participativa para recuperar a legitimidade democrática das principais decisões políticas.

As manifestações de 2013 na sociedade brasileira apresentaram peculiaridades que a distinguíram de movimentos sociais tradicionais, porque se notou a mobilização por meio das chamadas “redes sociais”, recurso tecnológico indisponível em manifestações de décadas passadas, o que contraria alguns entendimentos formulados por Adorno e Horkheimer na formulação daquilo que estes autores chamam “indústria cultural”⁵⁴, ou seja, a tecnologia do “mercado de consumo da informação” foi utilizada para a manifestação social.

Outras peculiaridades devem ser destacadas, como por exemplo, despolitização “político-partidária” das reivindicações, isto é, os manifestantes demonstraram politização no pensar e agir, mas sem a tradicional intervenção das “bandeiras político-partidárias”, tão intensas nas manifestações pretéritas; os movimentos foram pulverizados pela diversidade temática de pautas e que se traduziu na inexistência de lideranças consolidadas, fator inclusive de que o Governo se valeu para justificar a dificuldade de diálogo com a população; verificou-se ainda manipulação e distorção de fatos pelo governo, mídia e movimentos, isto é, como Márton Reis⁵⁵ argumenta, de um lado os representantes dos poderes constituídos em uma zona de conforto, sem abrir espaço para um diálogo, limitando-se a decisões que ora se excediam na repressão ora se excediam na leniência, sempre sem a capacidade de ouvir a população e os integrantes das manifestações; de outro lado, os integrantes das manifestações de rua não foram necessariamente as lideranças ideológicas de tais movimentos, pois, embora houvesse a dificuldade de identificar tais lideranças, verificou-se a existência de muitas pessoas oportunistas que se “infiltraram” nas manifestações com interesses escusos, e muitos destes utilizaram-se de injustificada e desmedida violência contra pessoas e contra patrimônio público e privado com finalidades que, se ainda não estão claras, revelaram certa deturpação dos objetivos, no geral, reivindicados. A mídia, por sua vez, demonstrou-se perplexa, e muita dificuldade ao se deparar com uma situação extremamente peculiar na conjuntura pós-redemocratização, ao aparentar certa hesitação na cobertura dos fatos e levando em consideração o trabalho até então desenvolvido em temas análogos, não foram poucos os jornalistas e emissoras de televisão hostilizados pelos manifestantes.⁵⁶

Na conjuntura política da sociedade brasileira, verifica-se que os legisladores enfrentam algumas dificuldades na garantia da função legislativa. Isso se deve a diversos fatores, como a crescente tecnicidade dos projetos, demora e burocracia excessiva dos processos legiferantes, quando é necessário agir imediatamente, também se deve às resistências dos parlamentares em adotarem medidas úteis, porém impopulares, além das divisões políticas e ausência de maioria, que tornam cada decisão o resultado de compromissos laboriosamente negociados.⁵⁷

O desenvolvimento da iniciativa do executivo, ampliação de suas competências e a adoção de regulamentos nas matérias reservadas à lei, ou seja, adoção de medidas provisórias, conseqüentemente, foram instrumentos inseridos no sistema político para remediar a crise de

54 HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **A Indústria cultural: O esclarecimento como mistificação das massas.** In: **Dialética do esclarecimento: Fragmentos filosóficos.** Max Horkheimer & Theodor Adorno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991

55 REIS, Márton. **O gigante acordou: Manifestações, ficha limpa e reforma política.** Rio de Janeiro: LeYa, 2013. P. 26/42.

56 BARBOSA FILHO, Roberto Inácio; CAETANO DO NASCIMENTO, Marcos Henrique. **Educação em direitos: Uma conquista da democracia participativa.** In: BORGES SILVA, Juvêncio; LEHFELD Lucas de Souza (coord.). **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos.** Curitiba: Juruá Editora, 2015. P. 72/73

57 BURDEAU, Georges. **Traité de science politique.** Paris: LGDJ, 1974, v. 8, p. 554.

eficiência do legislativo, porém, isto tem permitido uma maior intervenção do executivo em matéria de legislação.⁵⁸

Na sociedade brasileira, portanto, existe uma função legislativa do Poder Público que enfrenta diversas intervenções da função executiva, seja por meio de edições excessivas de medidas provisórias por esta função, o que de certa forma controla a agenda do Congresso Nacional, seja pelo jogo de influência na nomeação ministerial, ou corrupção moral e ética direta dos senadores e deputados; sofre ainda com um executivo que está mais preocupado com a implementação de políticas secundárias, voltadas para a intervenção do Estado no domínio econômico-financeiro, que beneficiam grandes blocos empresariais, não implementando políticas primárias como as garantidas na Constituição, tidas por Direitos Sociais, ou Garantias Fundamentais, como saúde e educação.

Ante a ausência de Estado – Executivo – na implementação de políticas públicas essenciais, a sociedade brasileira remedia os diversos problemas advindos desta ausência, por meio da intervenção da função judicial, o que não resolve efetivamente o problema, até porque, ele é complexo, e prescinde de solução complexa.

Não existe no Brasil uma efetividade satisfatória do texto constitucional, a sociedade enfrenta uma crise de representação política, na medida em que muitos projetos e programas sociais não são efetivados.

Verifica-se que a Constituição brasileira determina princípios administrativos complexos e subjetivos para os agentes políticos da Administração Pública – princípio da moralidade e impessoalidade, por exemplo – porém, a corrupção no sistema político representativo brasileiro atingiu um estágio “institucional”, haja vista a estrutura da corrupção dos ocupantes de cargos políticos no governo Luís Inácio Lula da Silva, alcunhada de “mensalão”.

Os fatos criminosos oriundos dessa organização corrupta da política brasileira, denominada “mensalão”, foram apurados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que ao receber a denúncia do Ministério Público, transcreve os seguintes trechos em acórdão⁵⁹:

[...] CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ARTIGO 288 DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, MODO E LUGAR DO CRIME ADEQUADAMENTE DESCRITAS. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO CRIME DEVIDAMENTE INDICADO. ESTABILIDADE DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS DEMONSTRADA NA INICIAL. TIPCIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS NARRADAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. EXISTENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

[...] “CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. PRESENTE A JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. [...]

58 MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, 1969, v. 2, p. 629.

59 *Inq* 2245/MG. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. DJ 09-11-2007; PP-38; VOL. 2298-01; Pg. 1.

A peça acusatória (ação penal pública) do Ministério Público Federal – MPF, conforme consta na citada decisão do STF, descreveu a prática, em tese, do crime de formação de quadrilha pelos acusados (dentre eles encontram-se membros políticos das funções legislativa e executiva do Poder Público), narrando todos os elementos necessários à conformação típica das condutas.

A associação criminosa formou-se em meados do ano de 2002, quando já estava delineada a vitória eleitoral do partido político a que pertencem os supostos mentores dos demais crimes narrados pelo Ministério Público Federal.

Cabe ressaltar que a suposta “quadrilha” teria funcionado a partir do início do ano de 2003, quando os crimes para os quais ela em tese se formou teriam começado a ser praticados, sendo que estão descritos na denúncia tanto o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer delitos) como o elemento “estabilidade da associação”.

A decisão do STF, que acolhe a denúncia, descreve sucintamente que a dinâmica dos fatos se protraí no tempo, começando em meados de 2002 e tendo seu fim com o depoimento de um dos acusados, em 2005.

Foram realizadas inúmeras reuniões nas quais, aparentemente, decidiu-se o modo como se dariam os repasses das vultosas quantias em espécie, quais seriam os beneficiários, os valores a serem transferidos a cada um, além da fixação de um cronograma para os repasses, cuja execução premeditadamente se protraía no tempo.

Os autos do Inquérito revelam a presença de indícios de que os acusados, agentes políticos, no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária a que pertencem ou pertenciam, teriam engendrado um esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais, com a finalidade de utilizar esses recursos na “compra” de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito das suas campanhas eleitorais.

A denúncia do Ministério Público descreve ainda o mecanismo de “lavagem de capitais”, permitindo que se realizassem, nas dependências de agências da instituição (São Paulo, Minas Gerais, Brasília e Rio de Janeiro), as operações de saque de vultosas quantias em pecúnia, sem registro contábil, operacionalizadas por meio de mecanismos tendentes a dissimular os verdadeiros destinatários finais dos recursos.

Verifica-se que um dos acusados das práticas criminosas ocupava a Presidência da Câmara dos Deputados, no momento em que os fatos ocorreram, e os elementos indiciários constantes do Inquérito, dos quais se extrai a informação de que ele teria recebido quantia proveniente da empresa administrada por outro acusado, constituem indícios idôneos de materialidade e autoria do delito de corrupção passiva.

A ação penal foi julgada parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, reconhecendo-se a estrutura da corrupção do sistema político representativo brasileiro, e alguns ex-agentes políticos integrantes da Câmara dos Deputados foram condenados.

Ante este quadro de corrupção da política representativa brasileira, torna-se quase impossível a efetivação de preceitos democráticos fundamentais, como a implementação de políticas públicas voltadas para a satisfação dos programas constitucionais de educação, saúde, cultura, dentre outros.

Não se deve negar que, em decorrência das peculiares características culturais, econômicas e políticas de nosso povo, resultantes de nossa herança ibérica e do modo como se operou, em nosso país, a institucionalização do Poder, o nosso sistema de representação tem apresentado uma forte tendência às crises políticas, à concentração do poder e à ineficácia da asseguaração dos direitos e garantias.

Pode ser citado como exemplo de princípio tradicional, e não racional, que ainda influencia o quadro administrativo e político de regiões do Brasil, a presença da forma “coronelista”⁶⁰ de governo. A sociedade brasileira ainda não superou efetivamente o “voto por cabresto”.

Cada sociedade apresenta peculiaridades em sua organização jurídica fundamental, ou “quadro administrativo”, suficientes para distingui-la de outra sociedade. E, particularmente, na sociedade brasileira vislumbra-se uma Constituição que legitima o Estado Democrático de Direito, possui diversos princípios fundamentais individuais e sociais importantes, além de estabelecer princípios evoluídos para a Administração Pública, porém, em boa parte das regiões do país, possui um quadro administrativo tradicionalista e não racional, onde não vigoram princípios republicanos.

O Brasil enfrenta problemas infraestruturais em diversas frentes como educação, saúde, saneamento, consequência da ineficiência da máquina pública, concentração de renda, e, por fim, devido ao mau planejamento, e consequentes déficits fiscais e orçamentários. São questões que devem ser resolvidas o mais urgentemente possível.

A representação política deve ter como atribuição o controle da qualidade das despesas públicas, avaliando seus efeitos e seus impactos na sociedade, facilitando a implementação das políticas públicas. Contemporaneamente, seu objetivo maior deve ser assegurar a boa governança no trato da coisa pública, por meio de uma gestão moderna, eficiente e eficaz, que controle o uso dos recursos de modo racional e econômico. Uma gestão transparente, que garanta ao cidadão saber como estão sendo gastos seus recursos, orientada para os resultados da ação. Insere-se, desta feita, o conceito de eficiência, eficácia e efetividade no processo de representação parlamentar em paralelo à atividade governamental e administrativa.

Não será possível a superação da crise de representatividade política, sem a sociedade modificar alguns comportamentos perniciosos, como os desvios de finalidade por parte da função executiva do Poder Público na execução dos gastos e as falhas dos mecanismos de controle hoje existentes, carecedores de um maior engajamento tanto da função legislativo quanto dos cidadãos em geral. Este é um questionamento que surge, ante o descaso cometido pelo Governo na execução dos gastos públicos, uma vez que geralmente só executa a parte que lhe rende proveitos políticos.

Para uma representatividade política eficiente, é necessária uma maior participação dos cidadãos no processo político, para tanto não é apenas suficiente a eleição em sentido estrito, mas também uma participação ampla da população nos processos de decisão, como iniciativas

60 O coronelismo foi um sistema de poder político que vicejou na época da República Velha (1889-1930), caracterizado pelo enorme poder concentrado em mãos de um poderoso local, geralmente um grande proprietário, um dono de latifúndio, um fazendeiro ou um senhor de engenho próspero.

A forma institucional deste sistema de poder político surgiu com a formação da Guarda Nacional, criada em 1831, como resultado da deposição de dom Pedro I, ocorrida em abril daquele ano. Inspirada na instituição francesa, forjada pelos acontecimentos de 1789, a “guarda burguesa” era uma milícia civil que representava o poder armado dos proprietários que passaram a patrulhar as ruas e estradas em substituição às forças tradicionais, derrubadas pelos revolucionários.

populares, consultas públicas, e implementação de instrumentos que permitem um controle político direto, além da conscientização política da sociedade, por meio de uma educação pública eficiente. Na prática, a vontade popular é apenas representada pelos órgãos da função legislativa do Poder Público. Porém, a execução das leis aprovadas cabe ao Executivo, que geralmente, no caso brasileiro, contingencia os gastos que não lhe interessam politicamente, só liberando verbas para seus “currais eleitorais”. Ou seja, independe da importância do programa à população, passando a depender dos interesses eleitores. Principalmente no que tange aos gastos de capital com as minorias.

5. FISCALIZAÇÃO POPULAR E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA

Roberto Rocha e Leonardo Avritzer defendem que o orçamento participativo – OP representa uma alternativa à dinâmica clientelista de alocação de recursos públicos na sociedade brasileira, porque, por meio do OP, aqueles setores tradicionalmente excluídos podem participar diretamente da disputa pelos investimentos públicos. Nesse sentido, o OP pode ser encarado enquanto uma ferramenta útil para o combate da exclusão territorial uma vez que possibilita a participação dos afetados por tal processo e que tem como objeto principal a distribuição de ativos infraestruturais urbanos.⁶¹

O OP proporciona a inserção dos cidadãos em instancias de participação social ligadas a processos decisórios em políticas públicas, assim como também os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e Conferências Temáticas. Este fenômeno de institucionalização da participação política tem se diversificado e aumentado no Brasil, servindo de base e aporte ao desenvolvimento da cultura social de fiscalização sobre a gestão de recursos públicos e cobrança aos que exercem cargos políticos por uma atuação mais transparente, ética e eficiente.

A diversificação e difusão dessas instancias nos Municípios do país sugere que elas já conformam realidade inevitável a gestores e formuladores de políticas de uma maneira geral.

Sem desconsiderar a legitimidade e o alcance que outras formas de participação social têm sobre o desenho das políticas e a atuação da Administração Pública, os OPs são um espaço de inserção da população no processo de tomada de decisões em cidades brasileiras, oportunizando a inúmeros atores sociais vivências de aprendizagem e interação com outros atores e organizações interessados na construção da agenda pública de gastos orçamentários.

Os conselhos e assembleias dos OPs têm se revelado como espaços em potencial à maior organicidade e continuidade da participação social, tanto na definição de prioridades e estratégias para a formulação das políticas públicas, quanto no controle e na fiscalização de sua execução, quando se verifica a atuação de diferentes atores sociais na reivindicação e fiscalização de ações orçamentárias por parte de gestores públicos.

Apesar de esta ser uma diretriz destacada nas políticas sociais brasileiras, a efetivação da democratização da gestão pública por meio da participação social nos OPs, ainda apresenta muitos desafios, se considerarmos as mudanças culturais e estruturais que requer.

Contudo, este instrumento participativo de definição de prioridades orçamentárias somente viabiliza a solução de demandas por políticas públicas em comunidades locais,

61 PIRES, Roberto Rocha C.; AVRITZER, Leonardo. *O orçamento participativo e seus efeitos distributivos sobre a exclusão territorial*. SBS – XII Congresso Brasileiro de Sociologia, GT24 – Transformações Do Estado, 3 jun 2005, Belo Horizonte.

quando se verificam instrumentos institucionais de acompanhamento, fiscalização e cobrança dos conselheiros e delegados do OP sobre a destinação de recursos públicos, licitações e contratos administrativos das obras e serviços de efetivação de prioridades orçamentárias.

O OP torna-se mero instrumento de legitimação das decisões dos agentes políticos eleitos pelo sistema democrático representativo, afastando-se do ideal de democracia participativa, quando não existem esses instrumentos fiscalizatórios, ficando a cargo do ordenador de despesas (agente do Estado) a escolha de implementação ou não das prioridades decididas em plenárias do OP.

Portanto, se o OP for apenas utilizado como um instrumento de legitimidade de escolhas orçamentárias do gestor público eleito, então, é ineficiente a participação popular na definição orçamentária pública, por ser, nesta hipótese, apenas meio de legitimação do discurso do gestor público, eleito pelo sistema democrático representativo.

CONCLUSÃO

O orçamento participativo – OP é um instrumento que, ao invés de gastos com a elaboração de diagnósticos e prognósticos visando o excesso do formalismo e burocracia do planejamento público, permite a análise das demandas sócias apresentadas nos fóruns e plenárias, viabilizando o conhecimento da realidade local, com a apresentação de propostas de ações efetivas em termos de direitos sociais, a partir das críticas em relação à eficiência das ações apresentadas pelos agentes do Governo.

Assim, sob a perspectiva da democracia radical, nota-se que o processo de tomada de decisões do OP possibilita o aumento da qualificação dos agentes do Governo, que se deslocam para as cidades onde ocorrem as discussões temáticas, em plenárias e fóruns, e têm a oportunidade de conhecer a realidade local, mudando a forma tradicional de distribuição das verbas públicas entre as regiões de um Município.

Esse processo de tomada de decisões, contudo, é ineficiente se não existirem instrumentos fiscalizatórios por parte dos delegados e conselheiros do OP em relação às ações dos ordenadores de despesa (agentes do Governo), liberação de recursos públicos, e acompanhamento de licitações, obras e serviços.

Não havendo a possibilidade das lideranças comunitárias fiscalizarem e cobrarem a implementação por parte do Governo das prioridades elencadas em plenárias, a execução orçamentária, então, fica subordinada ao juízo discricionário do governante, e todo o processo participativo transforma-se em apenas um instrumento de legitimação das ações do Político eleito pelo sistema representativo, e não uma política de democracia participativa.

Ressalta-se ainda a relevância da continuidade e periodicidade do processo do OP, isto é, este processo de tomada de decisões deve ser contínuo e regular, tornando-se uma ação pública da comunidade, independente da alternância de gestão no Governo, para tanto é importante a criação de lei que o torne obrigatório no ciclo orçamentário do Município, ou seja, além das funções executiva e legislativa do Ente federativo local, a comunidade deve ser também uma instância no ciclo orçamentário, manifestando-se por meio do instituto do OP.

Ademais, a adoção de um percentual mínimo do orçamento geral para a execução das prioridades orçamentárias apontadas no OP também se mostra um elemento de transparência que facilita a fiscalização e cobrança exercida por conselheiros e delegados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Moreira. **A força do povo: democracia participativa em Lages**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

AVRITZER, Leonardo. **Modelo de Deliberação Democrática: Democratizar a Democracia**. B. d. S. Santos. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira. 2002. E, AVRITZER, Leonardo. **O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico**. In: NAVARRO, Z. (orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, 2000. “Sociedade civil, espaço público e poder local: uma análise do Orçamento Participativo em Belo Horizonte e Porto Alegre”. 2003.

CASTRO, J. A; RIBEIRO, J. A; DUARTE, B. C. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995 – 2005**. Texto para Discussão nº 1324. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado-RERE; nº 19- setembro/outubro/novembro 2009. Salvador – BA. ISSN 1981-1888.

EISENBERG, José. **A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política**. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 2003.

FEDOZZI, Luciano. **Inovações democráticas na Gestão Pública: A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre (Brasil)**. Junho, 1998, Coimbra-Portugal: Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais. 1998. Págs. 3/4. Fonte: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/118.pdf>> Acesso em 18 mai 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2002.

LACLAU, Ernesto. **Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo**. Buenos Aires : Nueva Visión. 1993.

LACLAU, Ernesto. **Emancipación y diferencia**. Buenos Aires : Ariel. 1996.

LACLAU, Ernesto. **Por qué los significantes vacíos son importantes para la política?** In : LACLAU, Ernesto. **Emancipación y diferencia**. Buenos Aires : Ariel. 1996.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. **Hegemony & Socialist Strategy : Towards a Radical Democratic Politics**. London : Verso. 1985.

MOUFFE, Chantal. **Cidadania, democracia e a questão do pluralismo**. Política & Sociedade. Florianópolis, n. 3, p.11-26, out.2003.

MOUFFE, Chantal. **Dimensions of Radical Democracy: pluralismo, citizenship, community**. 2ª impressão. Londres: Verso, 1995.

MOUFFE, Chantal. **Democracy – Radical and Plural**. CDS Bulletin – Center for the Study of Democracy, v. 9, n, 1, p. 10, Inverno 2001-2002

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia** - introdução de Ralph Christensen; tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. **Finanças públicas: teoria e prática**. Rio de Janeiro – RJ: Campus, 1980.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZENDE, Fernando. **Finanças públicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIBEIRO, Carlos A. C.; SIMON, Walter. **Práticas orçamentárias participativas: um estudo de caso de prefeituras paulistas**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 27, nº 1, p. 32, jan./mar. 1993. *Apud*. GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 13 ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo – SP: Atlas, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TREND, David. **Radical Democracy: Identity, citizenship, and the State**. New York: Routledge, 1996. P. 19/26.

UM MODELO CONTEMPORÂNEO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PARA LEVAR OS DIREITOS SOCIAIS A SÉRIO

José Felício Dutra Júnior¹

INTRODUÇÃO

Não há um paradigma universal de democracia, pois ela varia no espaço e tempo, isto é, cada sociedade apresenta um entendimento sobre procedimento democrático de exercício do Poder, diversificando este entendimento em cada geração.

Segundo Robert A. Dahl², em qualquer compreensão sobre democracia, seja em sistemas democráticos mais recentes ou mais consolidados ao longo do tempo, a democracia apresenta desafios que estão no cotidiano social. Para os países recentemente democratizados, a questão que se apresenta é saber como as novas instituições e práticas democráticas podem ser reforçadas. Para as democracias mais antigas, o problema é aperfeiçoar e aprofundar a sua democracia.

Dahl propõe questionamentos sobre o conceito de democracia, a sua importância para as sociedades, e ainda questiona “quão democrática é a ‘democracia’ nos países hoje chamados democráticos – Estados Unidos, Inglaterra, França, Noruega, Austrália e muitos outros”. Também questiona se “será possível explicar por que esses países são ‘democráticos’ e tantos outros não”.³

Alguns autores relacionam a democracia apenas com a dominação burguesa⁴, outros compreendem a democracia com um foco político mais social democrata, cuja expressão se dá por meio de eleições regulares e da garantia de manutenção das liberdades civis dos cidadãos⁵. Há, ainda, visões mais minimalistas de democracia, cujas definições se aproximam de um viés mais procedimental e reduzido a uma esfera metodológica⁶ e, por outro lado, outras perspectivas que lhe conferem caráter mais substantivo⁷.

Para Jean-Jacques Rousseau, a lei representa o resultado do próprio processo participativo onde os cidadãos são executores das leis que eles mesmos fizeram. O direito de opinar, de propor, de dividir, de discutir que o governo tem sempre o grande cuidado de reservar aos seus membros.⁸

1 Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, advogado criminalista, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília – IDP, especialista em Direito Constitucional Positivo pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal – FESMPDFT, e bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Assessor jurídico no STJ.

2 DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

3 DAHL, Robert A. *Op. Cit.* P. 14.

4 HOBBSBAWM, Eric J. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

5 GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Rio de Janeiro, Record, 1999.

6 SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

7 PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e terra: 1992.

8 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 127.

O processo de constitucionalização dos regimes democráticos das sociedades ocidentais, no período contemporâneo do pós-Segunda Guerra Mundial, foi um divisor de águas no sentido de que, a partir dele, o Estado Democrático cria mecanismos de ampliação dos processos decisórios. Estudos sobre a teoria da constituição têm relacionado democracia e constituição, abordando aquela como princípio jurídico integrante da Constituição, ou seja, como princípio constitucional encartado no ordenamento jurídico.

Espíndola⁹ ao tratar do papel dos princípios constitucionais na garantia da democracia, afirma que, “apartado da ideia de Constituição e da juridicidade superior dos princípios constitucionais, o conceito de democracia e sua práxis é incompleto e inseguro”. Ele ainda afirma que “a realizabilidade da democracia tem como exigência necessária e inarredável a efetividade da Constituição, o respeito à Constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios”.

Em uma análise sobre a democracia liberal burguesa da modernidade, Carl Schmitt¹⁰ afirma que desde o Séc. XVIII, na história constitucional, um determinado conceito ideal de Constituição tem prosperado tanto, que só se denominou de Constituição aquelas que correspondiam às demandas de liberdade burguesa e continham certas garantias da dita liberdade. Outras Constituições que não atendiam a esses preceitos eram consideradas despotismo, ditadura, escravidão, tirania ou o que se queira chamar.

Schmitt ainda afirma que esse conceito baseia-se na divisão proposta por Montesquieu que, de acordo com o objeto e fim imediatos, cria as categorias Constituições não-liberais – “glória do Estado”, e Constituições liberais – “a liberdade política dos cidadãos”. Assim, só se considerariam Constituições liberais, dignas da denominação “Constituição”, aquelas que continham algumas garantias da liberdade burguesa, como o reconhecimento de direitos fundamentais, a divisão entre os poderes e a participação popular no poder legislativo por meio de representação.¹¹

A concepção liberal sobre democracia e constituição, contudo, não satisfaz efetivamente demandas advindas das sociedades contemporâneas do pós-Segunda Guerra Mundial, porque as experiências vividas nas duas guerras mundiais demonstraram que os processos políticos de legitimidade via sistema representativo não garantem a proteção à valores fundamentais, como dignidade da pessoa humana, manutenção da paz, respeito à diversidade sociocultural, além da efetividade dos direitos sociais.

1. A QUEBRA DO PARADIGMA DA “DEMOCRACIA DOS MODERNOS” OU “DEMOCRACIA EM LIBERDADE”

A proposta de uma democracia contra o absolutismo do Estado moderno, e que separe a legislação do arbítrio, do capricho dos homens, do acaso das circunstâncias, relacionando-a tanto com a moral, psicologia, e história, enfim, com o tronco comum da natureza humana, marca o pensamento de Montesquieu.

9 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da Democracia: O papel dos princípios constitucionais.** In: *Novos Estudos Jurídicos*. Ano 6, Nº 11. Out./2000. P. 487.

10 SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 2009. P. 58/59.

11 SCHMITT, Carl. **Op. Cit.** P. 59.

Ele aponta para a necessidade da existência de leis que promovam a redução das diferenças de tal modo que se imponham encargos aos ricos e se concedam alívio aos pobres.

Segundo Werner Maihofer¹², para o pensamento jurídico-estatal, que começa na modernidade, há quatro princípios fundamentais que configuram a constituição do que hoje chamamos de “democracia em liberdade”: “Os princípios de liberdade e igualdade”, de um lado, e os “princípios de legitimidade e de divisão de poderes”, de outro. Estes princípios se combinam para produzir uma “moderna teoria da democracia participativa e constitucional”, mas igualmente, uma “democracia liberal e social”.

Rousseau¹³ afirma que o maior bem de todos, que deve ser o fim de todo sistema de legislação se resume nos princípios da liberdade e da igualdade. As leis devem procurar estabelecer a igualdade, na medida do possível, pois, sem ela a liberdade não poderia existir.

Segundo Rousseau, a liberdade verdadeira é a liberdade moral, que se adquire com o estado civil. Essa liberdade moral faz o homem verdadeiramente dono de si próprio, porque o impulso dos apetites é a escravidão, e a obediência à lei que cada um de nós se prescreve constitui a liberdade.¹⁴

Werner Maihofer¹⁵ afirma que Rousseau não aceitava o significado de uma justiça instaurada pela lei, com sua pretensão de universalidade e reciprocidade dos direitos e obrigações, do modo que mais tarde o fará Kant, mas reconhecia que pela primeira vez se percebeu que a vontade geral convertida em lei não emana de uma simples adequação da liberdade de cada um, mas busca a convergência dos interesses particulares dos indivíduos com os interesses comuns de todos.

Nesta perspectiva, o princípio da legitimidade racional é o que distingue a democracia perante outras formas de governo. Esse princípio seria extraído da teoria da democracia a partir da vontade geral, formulada por Rousseau, uma vez dela depurados todos os elementos especulativos que lhe foram acrescentados pela metafísica e pela ética.

O que se verifica é que, tanto para Montesquieu, quanto para Rousseau, um Estado regido por leis há que basear o seu princípio organizativo de tal forma que o povo submetido às leis tem que ser também seu autor.

Rousseau, em sua obra “Do contrato social”, defende que o princípio da legitimidade se encontra unido ao princípio da liberdade. Já o princípio da igualdade, para ele, se acha unido à ideia de uma democracia social. Isto significa que todos os cidadãos têm, da forma mais ampla possível, participação e co-decisão na organização política do Estado e participam dos benefícios inerentes à sua cidadania, de forma adequada e proporcional.

As raízes da democracia ocidental, segundo Maihofer¹⁶, estão na conexão entre o princípio de soberania popular, antecipadamente formulado por Lock e a democracia conforme a visão de Rousseau. A democracia em liberdade, que equivale à democracia participativa, é baseada, portanto, nessas duas visões. Por outro lado, a conexão entre o princípio de representação popular, também antecipado por Locke e a doutrina da divisão de poderes de Montesquieu,

12 MAIHOFER, Werner *et al. Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

13 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. P. 48.

14 Esse pensamento de Rousseau é utilizado por Kant.

15 MAIHOFER, Werner. *Op. Cit.* P. 69.

16 MAIHOFER, Werner. *Op. Cit.*

resulta na ideia de uma democracia determinada pelo princípio do controle do poder, que é na Alemanha, a democracia constitucional.

Nas sociedades modernas, além dessa noção de democracia em liberdade, Peter Berger¹⁷ destaca que houve uma reestruturação do núcleo valorativo dominante, isto é, superou-se a ideia de hierarquia e passou-se à noção de dignidade, que propõe a igualdade de todos os seres humanos, fundada na capacidade de autonomamente guiarem suas próprias existências e instituírem os princípios reguladores da vida social. Para o autor, em sociedades hierárquicas, o conceito que predomina é o da honra, associada à expressão de um *status*, da demarcação de fronteiras com indivíduos tidos como inferiores. Em contrapartida, a dignidade está dissociada de qualquer papel social, atrelada apenas à ideia do *self*, da autonomia. Então, o autor argumenta que o conceito de honra implica que a identidade é essencialmente ligada a funções institucionais. Já o conceito moderno de dignidade implica que a identidade é essencialmente independente de papéis institucionais.

A partir desta concepção moderna de liberdade é que surge o questionamento feito por André Berten¹⁸, qual seja, saber se o individualismo liberal representa reivindicação de uma liberdade que somente pode ser definida de modo negativo (não interferência), ou se a ausência de interferência do Estado (liberdade negativa) deveria ser apenas contra o arbítrio, proclamando um aspecto social da liberdade, o que significa defender o “reconhecimento” e a “igualdade”.

Para Ana Lucia de L. Tavares¹⁹ essa discussão retoma a controvérsia entre “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”, ou seja, a primeira proveniente da concepção de Rousseau sobre uma sociedade homogênea e a vontade comum suprema e a segunda tem como marco a ideia de um sujeito autônomo, senhor de si e construtor de sua própria história, cuja necessidade jurídica imediata é ver sua liberdade, do tipo “deixar agir”, e tem como marco John Locke.

A relevância da discussão entre “democracia dos antigos” e “democracia dos modernos” marca a obra de Benjamin Constant, e por meio desta verificar-se-á que o contraste entre a liberdade individual dos modernos e a liberdade política dos antigos não exclui completamente da vida dos modernos a necessidade de participação política.

Benjamin Constant parte da tese de que a condição da espécie humana, precisamente a organização social de um povo, a leva a desejar um sistema político específico, e a torna incapaz de desejar algum outro que não seja autorizado pelo seu tempo. Em face disso, a liberdade moderna é mais adequada à nossa natureza, mas só é possível nesse momento histórico. Existe, portanto, uma teoria do progresso em Constant, que admite a dupla autoridade: natureza e história.²⁰

A concepção individualista, segundo Bobbio²¹, assumiu as vestes mais modestas do individualismo metodológico, ou seja, da doutrina segundo a qual a predominante concepção

17 BERGER, Peter. **On the obsolescence of the concept of honor**. In: S. HAUERWAS e A. MACINTIRE (eds). *Revisions: Changing Perspective in Moral Philosophy*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1983, p. 177.

18 BERTEN, André. **Republicanism e motivação política**. In: MERLE, Jean-Christopher; MOREIRA, Luiz (org). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 21-36.

19 TAVARES, Ana Lucia de Lima. **A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas**. *Revista de Informações Legislativas*. Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991, p. 71-108.

20 CONSTANT, Benjamin. **Sobre a liberdade dos antigos comparada à dos Modernos**. *Filosofia Política*, n. 2, 1985.

21 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* P. 381.

pragmática da ciência parte, para analisar a sociedade, das ações dos indivíduos mais do que da sociedade considerada como um todo superior às partes. O autor afirma que são individualistas, neste sentido, dois entre os mais complexos sistemas sociológicos do século XX, o de Pareto e o de Max Weber. Na contemporaneidade, o individualismo está na base do estudo das decisões coletivas, isto é, as escolhas deste ou daquele grupo são analisadas partindo-se das escolhas de cada indivíduo que decide.

Para Bobbio²² o individualismo metodológico originou-se dos estudos econômicos, e nele está a sua força operativa, até porque não é por acaso que Pareto e Weber eram sociólogos economistas, não podendo ser transplantado para outros campos onde fenômenos coletivos, como a linguagem e em parte também o direito, não podem ser explicados a partir do indivíduo e das suas escolhas, e enquanto tal sempre alimentaram e legitimaram, com uma “absolutização” em sentido contrário e igualmente incorreta, teorias organicistas.

Verifica-se, entretanto, que o individualismo metodológico do sistema liberal representativo permite a transformação da democracia em governo de elites, porque vincula a política a serviço de interesses hegemônicos, além de viabilizar a crescente dominação dos partidos políticos, que não representam os interesses da sociedade e que pretendem substituir e estar acima da autodeterminação dos cidadãos, põe em perigo a marcha da democracia, seja como organização participativa, seja como organização representativa autêntica.

A democracia liberal do século XIX é, por vezes associada, enquanto categoria histórica, aos interesses da classe burguesa e, por outras ao sentimento humanitário. Ela foi teorizada nos estudos de Bentham e James Mill.

Estes autores do liberalismo do século XIX defendiam que o único critério defensável de bem social era a maior felicidade do maior número, tomando-se felicidade como sendo a quantidade de prazer individual menos sofrido.

Macpherson²³ afirma que a teoria geral de Bentham estava profundamente penetrada de pressupostos burgueses, não tendo percebido a diferença entre a maximização da riqueza e a maximização da utilidade, e que os modelos dos quais partiam os pensadores do século XIX era um sistema de governo representativo, incumbindo-lhes resolver sobre que dispositivos quanto ao grau e autenticidade das franquias produziram tantos governos que fomentassem uma sociedade de mercado livre como também protegesse os cidadãos contra o governo, sendo as razões em favor de um sistema democrático de natureza puramente protetora.

Para James Mill, o voto era um poder político, dele todos necessitando para sua autoproteção. Nada a não ser “uma pessoa um voto”, podia em princípio proteger todos os cidadãos contra o governo. Após argumentar em favor do sufrágio universal, suscitou a questão das exclusões, sendo que Macpherson²⁴ afirma que “tanto Mill quanto Bentham talvez estivessem interessados primordialmente na reforma eleitoral que prejudicaria o interesse dominante da pequena classe proprietária de terra e endinheirada, que tinha pleno controle antes da Lei da Reforma de 1832”.

²² BOBBIO, Noberto. *Op. Cit.* P. 381.

²³ MACPHERSON, Crawford. *A democracia liberal: Origens e evolução*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978. Caps. II e III.

²⁴ MACPHERSON, Crawford. *Op. Cit.* P. 158.

Esta doutrina foi influenciada por John Locke²⁵ (século XVII), por meio de sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, em que se destaca a importância do governo para a realização das liberdades, expressas por meio de leis.

John Stuart Mill, filho de James Mill e sucessor deste na defesa do liberalismo, em sua obra “Considerações sobre o governo representativo”, defende a forma representativa como o melhor sistema governamental dedicado às sociedades adiantadas, analisando a realidade inglesa e defendendo o utilitarismo²⁶.

Stuart Mill²⁷ defende que o governo representativo, como qualquer outro governo, não seria admissível nos casos em que não pudesse subsistir permanentemente, para isso deve preencher três condições fundamentais: “1) que o povo esteja disposto a aceitá-lo; 2) que o povo tenha a vontade e a capacidade de fazer o necessário para sua preservação; e 3) que este povo tenha a vontade e a capacidade de cumprir os deveres e exercer as funções que lhe impõe este governo”.

A conduta que o Governo representativo pode adotar é, em primeiro lugar, a que consiste em “não prejudicar os outros”, para logo acrescentar que, em segundo lugar, impor a cada um a exigência de “suportar a sua parte (a ser determinada com base em princípios equitativos) nos esforços e sacrifícios necessários para defender a sociedade e o seus membros contra danos e incômodos.

Conforme ressalta Noberto Bobbio²⁸, Stuart Mill abre espaço para a discussão sobre uma democracia, na qual o Estado apenas não se contém, mas ainda atua para impedir que os indivíduos provoquem danos uns aos outros.

Verifica-se que Stuart Mill é defensor do modelo de democracia que foi intitulado por Macpherson de “desenvolvimentista”, isto é, surgem duas mudanças em meados do século XIX, que impunham à atenção dos pensadores liberais. A primeira, era que a classe trabalhadora começava a parecer perigosa à propriedade; a segunda, era que as condições da classe trabalhadora se tornavam ostensivamente desumana. Tais mudanças levaram Stuart Mill à defesa do modelo desenvolvimentista, porque ele estava convicto de que os trabalhadores não podiam ser calados ou detidos por muito mais tempo.

Em meados do século XX, em substituição ao modelo desenvolvimentista de democracia, surge, como afirma Macpherson²⁹, a “democracia de equilíbrio”, que apresenta o processo democrático como um sistema, que mantém certo equilíbrio entre a procura e a oferta de bens políticos.

Este modelo foi defendido por Joseph Schumpeter, em 1942, e traz como principais conceitos, que a democracia é simplesmente um mecanismo para escolher e autorizar governos, e não uma espécie de sociedade, nem um conjunto de fins morais; que o mecanismo consiste de uma competição entre dois ou mais grupos escolhidos por si mesmos de políticos, formados em partidos políticos.

25 LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Tradução Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. São Paul: Editora Vozes, 2011.

26 BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Mineola, New York: Dover Publication. 2007 – tradução própria.

27 MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Manoel Innocência de L. Santos Jr. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

28 BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 126/127.

29 MACPHERSON, Crawford. *Op. Cit.* Cap III

Neste modelo, portanto, os eleitores ao escolherem entre partidos políticos manifestam seus desejos por um conjunto de bens políticos de preferência a outros.

Verifica-se, no geral, que as concepções liberais do Estado permitiram a contraposição e a linha de demarcação entre o Estado e o não-Estado, por não-Estado entendendo-se a sociedade religiosa e em geral a vida intelectual e moral dos indivíduos e dos grupos, bem como a sociedade civil (ou das relações econômicas). O duplo processo de formação do Estado liberal pode ser descrito, de um lado, como emancipação do poder político do poder religioso (Estado laico) e, de outro, como emancipação do poder econômico do poder político (Estado do livre mercado).

O Estado liberal, então, é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, por meio da concessão dos direitos civis, entre os quais, sobretudo, do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica.

A doutrina liberal econômico-política caracteriza-se em uma concepção negativa do Estado, reduzido ao puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-Estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a próprio personalidade.

No século passado, contudo, existiam algumas correntes políticas que se contrapunham ao liberalismo, a social-democracia, que produziu o Estado do bem-estar, e o comunismo, que produziu uma nova forma de Estado liberal na União Soviética e nas suas mais ou menos forçadas imitações.

A polêmica dos socialistas contra os liberais fundava-se na contraposição de um projeto ideal de sociedade a um Estado existente, e era uma contraposição na qual podia ficar em boa posição quem contrapunha aos malefícios presentes os benefícios presumíveis de uma sociedade futura pós-Segunda Guerra Mundial até então imaginada.

Segundo Noberto Bobbio³⁰, para Karl Marx o Estado é o reino não da razão, mas da força, não é o reino do bem comum, mas do interesse de uma parte, não tem por fim o bem viver de todos, mas o bem viver daqueles que detêm o poder, não é a saída do estado de natureza, mas a sua continuação sob outra forma. Aliás, a saída do estado de natureza coincidirá com o fim do Estado. Daí a tendência a considerar todo Estado uma ditadura e a considerar relevante apenas o problema de quem governa (a burguesia ou o proletariado) e não como governa.

Karl Marx, em suas teorias, segue a corrente historicista, e como tal, anti-individualista e anti-contratualista³¹, analisando nas teorias contratualistas e individualistas uma reconstrução artificial da realidade histórica que chegou a uma determinada fase do seu desenvolvimento (à sociedade civil-burguesa como sociedade da livre concorrência ou da emancipação da burguesia como classe), uma reconstrução que coloca no início da história (o estado de natureza) aquilo que, ao contrário, é o produto de uma determinada época histórica, caracterizada pelo nascimento da burguesia e correlativamente da economia política como teoria social que tem seu ponto de partida no indivíduo isolado. Para Marx, quanto mais

30 BOBBIO, Noberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier. 2000. P. 113/114.

31 O contratualismo é a forma específica por meio da qual o Estado é concebido como ente artificial, produzido não a partir da natureza, mas da concordante vontade dos indivíduos.

retrocedemos na história, mais o indivíduo parece ser não-autônomo, parte de uma totalidade mais ampla; inicialmente de um modo ainda de todo natural na família e na família ampliada em tribo; mais tarde na comunidade surgida do contraste e da fusão de tribos, nas suas diferentes formas.³²

Verifica-se que, para Marx, o homem é imediatamente ser natural, e como ser natural vivo, está, em parte, dotado de forças naturais, de forças vitais, é um ser natural ativo; estas forças existem nele como disposição e capacidades, como instintos; em parte, como ser natural, corpóreo, sensível, objetivo, é um ser que padece, condicionado e limitado, tal qual o animal e a planta; isto é, os objetos de seus instintos existem exteriormente, como objetos independentes dele; entretanto, esses objetos são objetos de seu carecimento, objetos essenciais, imprescindíveis para a efetuação e confirmação de suas forças essenciais.

Karl Marx³³, então, subverte a doutrina jusnaturalista do Estado, porque esta não é apenas uma teoria racional do Estado, mas também uma teoria do Estado racional, e para ele o Estado é apenas uma consequência da natureza humana, e a racionalidade seria a superação do Estado (não-Estado).

A teoria marxiana é importante para uma visão crítica sobre a democracia liberal-burguesa representativa, entretanto, ela não explica muitos fenômenos políticos das sociedades contemporâneas do pós-Segunda Guerra Mundial, como a participação da sociedade civil no processo decisório frente ao Estado, sem o intermédio de representantes, isto é, a participação de movimentos sociais, Organizações Não Governamentais - ONGs, associações, sindicatos, etc., em espaços de participação e deliberação sem a necessidade do estabelecimento de uma relação institucionalizada por eleições, ou necessariamente uma relação de forças.

É incontestável o fato de a democracia assumir um lugar central ao longo do século XX na Teoria do Estado, e ao final deste século o conceito de democracia perpassa pela ampliação do conceito de política mediante a participação dos cidadãos e a deliberação constituída em espaços públicos, sendo a democracia, não obstante, um sistema articulado de instâncias de intervenção dos cidadãos nas decisões que lhes concernem e, principalmente, na fiscalização do exercício de governo. Nesta perspectiva, o Estado não é um simples instrumento para o exercício da força de uma classe em detrimento de outra, e a democracia deixou de definir-se restritamente como método de seleção e legitimação de governos, ou seja, “um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para se chegar a decisões políticas e administrativas, ou exercício da força”.³⁴

Um dos defensores do liberalismo no século XX que apresenta um contraponto à teoria universalista de Karl Marx, é Isaiah Berlin, que adaptou a terminologia constantiana para “liberdade negativa” (“liberdade de” ou “liberdade para”) e “liberdade positiva” (“liberdade em”).

Berlin³⁵, no ensaio “O sentido da realidade”, propõe uma crítica ao positivismo sociológico e teorias universalistas do século XVIII e XIX sobre política e sociedade. Ele

³² BOBBIO, Noberto. *Op. Cit.* P. 116

³³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 2 v. Trad.: C. Jardim e E. L. Nogueira. Lisboa: Editorial Presença, 1974-75. P. 300.

³⁴ SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. **Para ampliar o cânone democrático**. In: SANTOS, B. S. (org.). Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Lua Nova, 2006, n.º 67, p.191-228.

³⁵ BERLIN, Isaiah. **O Sentido de Realidade: Estudo das ideias e de sua história**. Organização de Henry Hardy. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. 384 p.

afirma que os cientistas deterministas mais ambiciosos e extremos (por exemplo, Holbach, Helvétius, La Mettrie) pensavam que, dada uma quantidade suficiente de conhecimento da natureza humana universal e das leis do comportamento social, e uma quantidade suficiente de conhecimento do estado de determinados seres humanos em um tempo determinado, seria possível calcular cientificamente como estes seres humanos, ou pelo menos grandes grupos de seres humanos (sociedades ou classes inteiras) se comportariam sob outro dado conjunto de circunstâncias.

O autor afirma que “pregadores messiânicos”, como por exemplo, Saint-Simon, Comte, pensadores dogmáticos, como Hegel e Karl Marx, todos tentaram preencher a lacuna deixada pelo fracasso dos filósofos do século XVIII em construir uma ciência da sociedade adequada e bem-sucedida. Cada um destes novos apóstolos do século XIX lançou sua reivindicação de posse exclusiva da verdade. O que todos tinham em comum era a crença de haver um grande modelo universal e um método único de apreendê-lo, cujo conhecimento teria salvado estadistas de muitos erros e a humanidade de muitas tragédias medonhas.

Ele também defende que na prática, nem tudo pode ser abarcado pelas ciências, pois, “as partículas são miúdas demais, heterogêneas demais, sucedem-se umas às outras rápido demais, ocorrem em combinações complexas demais, são parte e quinhão do que somos e fazemos, para poderem ser submetidas ao grau requerido de abstração, aquele mínimo de generalização e formalização – idealização – que qualquer ciência deve exigir”³⁶.

Para Berlin o cerne do debate está na questão da obediência da coerção. “Por que devo (ou alguém deve) obedecer a outro alguém? Com base nas respostas à pergunta dos limites permissíveis de coação, visões opostas são definidas no mundo atual”. As respostas acarretam a forma como cada um dos atores se legitima no campo ou em relação a outro campo, isto é, não se trata de uma relação de força entre classe opressora e classe oprimida.³⁷

A influência que o entendimento do papel da liberdade pode exercer sobre a organização social e política, é objeto de estudo de Isaiah Berlin, no ensaio “Dois conceitos de liberdade”, em que ele distingue as noções de liberdade negativa e positiva, para fazer uma defesa sob um ponto de vista empírico, perspicaz e historicamente atento do liberalismo político, possibilitando reflexões sobre questões levantadas a partir das ideias de liberdade, democracia e liberalismo político.

Berlin, ao fazer a distinção entre “liberdade positiva” e “liberdade negativa” (constante na Teoria Política e Constitucional) retoma os dilemas e a terminologia de Constant na defesa do liberalismo, principalmente contra seus detratores mais à esquerda nessa época “de extremos” (século XX).

Nesta perspectiva, os conceitos negativo e positivo da liberdade, são definidos por Berlin por meio de duas questões, formuladas de diversos modos, isto é, o sentido negativo é aquele derivado da questão: “Qual é a área em que um sujeito, uma pessoa ou um grupo de pessoas é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?” Ou, em termos mais simples: “Até que ponto sou governado?” O segundo sentido, positivo, por

36 BERLIN, Isaiah. **O Sentido de Realidade: Estudo das ideias e de sua história**. Organização de Henry Hardy. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. 384 p.

37 BERLIN, Isaiah. Liberdade política e pluralismo. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. P. 228.

sua vez, é aquele resultante da seguinte indagação: “O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?” Ou ainda: “Por quem sou governado?”³⁸

Desse modo, Berlin empenha-se em sustentar a superioridade moral da liberdade negativa, ao mesmo tempo em que adverte seus leitores sobre os perigos da liberdade positiva para a autonomia individual, até porque ele é categórico ao afirmar que “confundir a liberdade com suas irmãs, a igualdade e a fraternidade, leva a conclusões iliberais”³⁹.

A defesa da primazia da liberdade negativa está assentada sobre três pilares principais, quais sejam, a afirmação do pluralismo de valores, o argumento contra a “divisão do eu” e, finalmente, um terceiro ponto, que recorre a evidências empíricas e históricas e diz respeito à possibilidade de a concepção positiva da liberdade degenerar ela própria em um totalitarismo, avançando sobre os direitos individuais e ameaçando a autonomia individual.

O pluralismo de valores defendido por Berlin, e o liberalismo político do século XX no geral, não têm por objeto a possibilidade de os cidadãos atuarem diretamente nas escolhas públicas ou, ao menos, engajarem-se mais profundamente nas questões políticas substantivas, tendo a garantia de que suas preocupações e opiniões sejam efetivamente ouvidas e atendidas por parte dos administradores públicos, ou que pelo menos possam fiscalizar estes gestores da coisa pública.

Estes entendimentos liberais contribuem para a formação de uma democracia formal, ou sistema de representação competitivo, que é o objeto do elitismo político sustentado por Schumpeter, isto porque, para a teoria política de Berlin, a liberdade negativa representa um conjunto de direitos destinados principalmente a proteger aspectos da privacidade e da individualidade, e a liberdade positiva representa a esfera política coletiva, as ondas que podem ameaçar as barreiras “negativas” dentro das quais está a individualidade protegida.

Leonardo Avritzer⁴⁰, contudo, adverte que para os sistemas de representação competitivos, a vantagem econômica é uma importante fonte de vantagem política. Além disso, este autor defende que, por ser mais fácil mobilizar pequenos grupos de indivíduos do que grandes grupos, a representação competitiva tende a favorecer os interesses concentrados (quando poucos atores obtêm grandes benefícios em alguma questão política) em vez dos interesses difusos (quando muitos atores ganham pequenos benefícios). Finalmente, Avritzer sustenta que, em países recém-democratizados e com uma longa história de governo autoritário e cultura pública hierárquica, como por exemplo, o Brasil, a nova roupagem eleitoral pode simplesmente reproduzir e reautorizar o passado autoritário.

Verifica-se, portanto, que os estudos de Isaiah Berlin não conseguem explicar alguns fenômenos políticos contemporâneos que fomentam a autonomia política, permitindo que as pessoas vivessem de acordo com as regras que criam para si mesmas, como por exemplo, os conselhos comunitários, as audiências públicas, a participação da sociedade civil nos processos de tomadas de decisões, o Orçamento Participativo, etc.

38 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília : UNB, 1981. P. 23

39 BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. In : BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade: Uma antologia de ensaios*. São Paulo : Companhia das Letras, 2002. P. 257.

40 AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the Public Sphere in Latin America*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

David Held esclarece que, no sistema democrático de Schumpeter, os únicos participantes plenos são os membros de elites políticas em partidos e em instituições “públicas”. Em face disso, para Schumpeter, o papel dos cidadãos ordinários é não apenas altamente limitado, mas frequentemente retratado como uma intrusão indesejada no funcionamento tranquilo do processo “público” de tomada de decisões. Tudo isso transmite considerável tensão à afirmativa de que o “elitismo competitivo” é democrático. Ainda afirma Held que a teoria elitista pouco teria a contribuir para o entendimento de democracia, exceto o argumento de “proteção contra a tirania”.⁴¹

Após a Grande Segunda Guerra Mundial, e queda do comunismo, os Governos nos Estados Ocidentais passam a serem compartilhados por diversos grupos, isto é, a ideia de governo assume um caráter pluralista, portanto, surge a noção de pluralismo social, em que a maior complexidade das questões políticas exige uma maior especialização nas organizações com vocação política, a formação da variedade de alternativas de escolha de uma sociedade pluralista também não é possível sem a multiplicidade de margens e propostas que os partidos produzem. Neste sentido, a relação de representação tornou-se muito mais complexa e não pode já ser descrita com o simplismo linear da transmissão de um mandato preciso e delimitado do eleitor ao eleito.

Além desta mudança do cenário político, no final do século XX, destaca-se o elevado aumento das despesas públicas nas sociedades pós-Segunda Guerra Mundial. Vislumbra-se este aumento tanto nos países de economia coletivizada, onde o Estado, por definição, é o grande agente econômico, quanto nas sociedades capitalistas “avançadas”, defensoras da livre iniciativa e da economia de mercado.⁴²

O Estado passa a atuar como garantidor das liberdades, via implementação de direitos sociais, que passam a ganhar o corpo de Direitos Fundamentais.

Verifica-se, então, que os Estados contemporâneos, por intermédio dos processos constitucionalistas do pós-Segunda Guerra Mundial, também entendido como “neoconstitucionalismo”⁴³, passam a assumir uma agenda voltada para a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais – Direitos Fundamentais Sociais –, e abertura dos espaços políticos para possibilitar maior participação dos integrantes da sociedade.

José Eisenberg⁴⁴ afirma que “democracia não é meramente um regime em nome do povo, governado por seus representantes eleitos, mas um governo do povo, em que os consentimentos gerados no seio deste legitimam permanentemente decisões governamentais, tornando-as, desta maneira, decisões vinculantes”.

O sociólogo Boaventura de Sousa Santos⁴⁵, ao analisar o “futuro” da democracia, sustenta que a renovação da teoria democrática assenta na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao simples ato de votar.

41 HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1987. Pag. 168.

42 GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 13 ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo – SP: Atlas, 2005. Pág. 23.

43 Segundo LUIS ROBERTO BARROSO, o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (*In Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Fonte <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em 08 mai 2014).

44 EISENBERG, José. **A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política**. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 2003. Pág. 200

45 SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Para esse sociólogo, portanto, a democracia contemporânea implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo do político seja radicalmente redefinido e ampliado.

2. O MODELO DE POLIARQUIA

Opondo-se às concepções elitistas de Schumpeter sobre Democracia e Governo, Robert A. Dahl, em sua obra “Prefácio à teoria democrática”, propôs o que chamou de uma teoria pluralista da democracia, julgando-a mais adequada às sociedades modernas.⁴⁶

Para Dahl, os recursos que contribuem para o poder estão distribuídos entre diferentes grupos. Sob esta ótica, o poder é partilhado entre grupos governamentais e interesses externos que exercem pressão sobre eles. É uma abordagem que fornece uma descrição detalhada dos processos de decisão e de análise das influências individuais de grupos e/ou organizações sobre os processos políticos. Em sua obra, ele apresenta o conceito de “Poliarquia”⁴⁷, sua maior contribuição.

Poliarquia é uma palavra de origem grega que significa “governo de muito”, ou seja, trata-se de um tipo moderno de governo democrático em grande escala, possível apenas em sociedades pluralistas, o que pressupõe o reconhecimento da dispersão do poder, a presença de cidadãos com distintos interesses, com possibilidade de agruparem-se livremente.

Para Dahl, portanto, as sociedades verdadeiramente poliárquicas são aquelas que maximizam tanto o grau de incorporação quanto o nível de institucionalização. Porém, como as sociedades não são homogêneas, não houve e nem pode haver um desenvolvimento igual em todos os países, pois nem sempre essas duas características estão presentes.

O autor utiliza-se, ao longo da obra “Poliarquia: participação e oposição”, do termo “poliarquia”, pois entende que nenhum grande sistema no mundo real é plenamente democratizado, assim o autor prefere chamar os sistemas mundiais reais com intensa inclusividade e liberalização de poliarquia.⁴⁸

As poliarquias podem ser pensadas como regimes relativamente democratizados, ou, em outros termos, são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública.⁴⁹

Dahl enumera as oito condições das poliarquias: A liberdade para formar e se filiar a organizações, liberdade de expressão, direito ao voto, elegibilidade, competição política pela preferência dos eleitores, acesso a informação, eleições livres e justas, e instituições governamentais que elaboram políticas de acordo com as preferências dos eleitores.⁵⁰

Ao discorrer sobre o caminho para uma poliarquia, Robert A. Dahl afirma que há um maior sucesso às nações que, em seu percurso histórico para a poliarquia, optaram, primeiramente, pelo aprofundamento de uma *oligarquia competitiva*, seguida de uma progressiva abertura para a participação.

46 DAHL, Robert. *Prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

47 DAHL, Robert. *Prefácio à teoria democrática*. *Op. cit.*

48 DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Ed. USP, 1997. P. 31.

49 DAHL, Robert A. *Op. Cit.* P. 31.

50 DAHL, Robert A. *Op. Cit.* Cap. 1.

Dahl⁵¹ parte do pressuposto de que a democracia é contínua “responsividade” do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais, ou seja, ela é um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.

É claro que este é um sistema hipotético, que serve como um ideal, ou parte de um ideal. Como sistema hipotético, ponto extremo de uma escala, ou estado de coisas delimitador, ele pode servir de base para se avaliar o grau com que vários sistemas se aproximam deste limite teórico.

Dahl também afirma que, para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos estes devem ter oportunidades plenas de formular suas preferências; expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

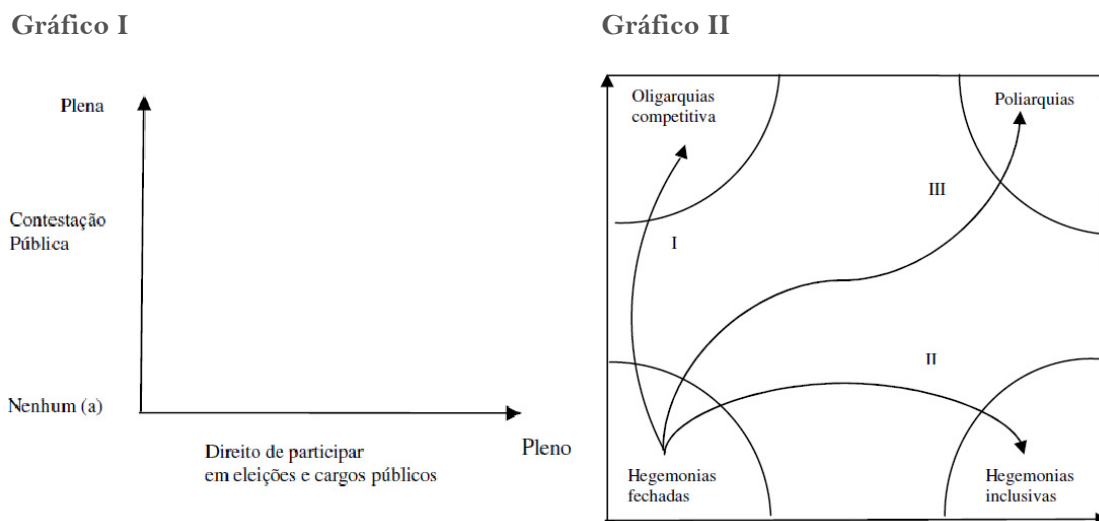
Robert Dahl afirma que a democratização é constituída de diversas transformações históricas amplas. Uma delas é a transformação de hegemonias e oligarquias competitivas em quase-poliarquias. Este foi, essencialmente, o processo que se operou no mundo ocidental ao longo do século XIX. Uma segunda é a transformação de quase-poliarquias em poliarquias plenas. Foi o que ocorreu na Europa nas quase três décadas que se estenderam do final do século passado até a Primeira Guerra Mundial. Uma terceira é a democratização ainda maior de poliarquias plenas. Este processo histórico coincide, talvez, com o rápido desenvolvimento do Estado de bem-estar democrático que se seguiu à instauração da Grande Depressão; interrompido pela Segunda Guerra Mundial, o processo parece ter-se renovado no final dos anos 60 na forma de rápido crescimento das reivindicações pela democratização de uma grande diversidade de instituições sociais, especialmente entre os jovens.

A democratização, para Dahl, é formada por pelo menos duas dimensões, isto é, “contestação pública” e “direito de participação”.

Para demonstrar mais claramente a relação entre contestação pública e democratização, Robert Dahl apresenta a seguinte figura, na qual constam dois gráficos, que representam como um regime pode ser teoricamente localizado em qualquer lugar no espaço limitado pelas duas dimensões:

51 DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciornik. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005 (Clássicos; 9). P. 25/50.

Figura 1 – Conceitos de Robert A. Dahl sobre liberalização, inclusividade e democratização



Fonte: DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciornik. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005 (Clássicos; 9). P. 29/30

Considerando os gráficos na Figura I, Dahl explica que um regime próximo do canto inferior esquerdo do Gráfico II (figura à direita do leitor) trata-se de “hegemonia fechada”. Se um regime hegemônico se desloca para cima, como no caminho I, ele estará se deslocando para uma maior contestação pública, que envolve a liberalização do regime, isto é, o regime se torna mais competitivo. Se um regime muda no sentido de proporcionar uma maior participação, como no caminho II, verifica-se que ele está mudando para maior popularização, ou que está tornando-se inclusivo.

Dahl afirma que um regime poderia mudar ao longo de uma dimensão e não da outra. Se o regime próximo do canto superior esquerdo refere-se à “oligarquia competitiva”, então o percurso I representa uma mudança de hegemonia fechada para uma oligarquia competitiva. Mas uma hegemonia fechada poderia tornar-se também mais inclusiva sem liberalizar, isto é, sem aumentar as oportunidades de contestação pública, como no percurso II. Neste caso, o regime muda de uma hegemonia para uma inclusiva.⁵²

A democracia, nessa concepção de Robert Dahl, poderia ser entendida como um regime localizado no canto superior direito do gráfico II. Contudo, ela pode envolver mais dimensões do que as duas do gráfico II, e, considerando que nenhum grande sistema no “mundo real” é plenamente democratizado, Dahl chama de poliarquias aqueles sistemas mundiais reais que estão mais perto do canto superior direito. Qualquer mudança num regime que o desloque para cima e para a direita, ao longo do caminho III, por exemplo, pode-se dizer que representa algum grau de democratização.

Dahl, portanto, sustenta que as poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias

⁵² DAHL, Robert Alan. *Op. Cit.* P. 30

são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública.

3. O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTESTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFINIÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Após as considerações sobre a proposta de Robert A. Dahl, verifica-se que o Orçamento Participativo – OP é um instrumento que corrobora o modelo de poliarquia proposto por este autor, porque é uma forma de rebalancear a articulação entre democracia representativa e a democracia participativa, na medida em que permite que os integrantes das comunidades locais dos Municípios apresentem demandas sócias e determinem critérios para aferir a relevância e urgência de cada demanda (contestação pública), assim como cria conselhos e corpo de delegados que podem ser exercidos por qualquer cidadão nas várias plenárias (direito de participar).

Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer⁵³ afirmam que o OP é um instrumento de cessão da soberania por aqueles que a detêm enquanto resultado de um processo representativo local. A soberania é cedida a um conjunto de assembleias regionais e temáticas que operam a partir de critérios de universalidade participativa.

O OP, então, baseia-se no princípio da autorregulação soberana, ou seja, a participação envolve um conjunto de regras que são definidas pelos próprios participantes, vinculando o OP a uma tradição de reconstituição de uma gramática social participativa na qual as regras da deliberação são determinadas pelos participantes.

O OP, portanto, apresenta as duas dimensões fundamentais para o modelo de poliarquia defendido por Dahl, isto é, verifica-se a contestação pública e o direito de participação, além de ser instrumento para as diversas contingências locais (pluralismo agonístico).

No OP vislumbra-se um autorregulação pelos próprios integrantes das comunidades locais na determinação das prioridades orçamentárias mais relevantes e setores das cidades mais carentes de ações implementadoras de políticas públicas e fomentação de direitos sociais.

Em face disso, a autonomia da pessoa é possível, em sociedades pluralistas e democráticas, nos processos participativos de tomada de decisões, como por exemplo, o que ocorre no OP, sendo impossível a proposta da corrente liberal, isto é, a autonomia da pessoa concebida abstratamente como livre e igual.

É necessário, contudo, esclarecer que o OP não pode ser compreendido pelo modelo “crítico-deliberativo” de democracia proposto por Jürgen Habermas, dentre outros autores, que sustenta que os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, e somente a razão comunicativa possibilita “acordos sem constrangimentos” em condições de se irradiar por toda a sociedade, porque a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoada pelos liberais, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Habermas apresenta uma justificativa filosófica da democracia, apta a gerar uma teoria que ligue aspectos filosóficos e práticos. Neste intuito, ele tenta apresentar quais são as condições para o procedimento democrático, e assim as questões políticas não devem ser confundidas com as questões éticas, as quais visam uma visão ampla dos homens, segundo o autor “a política não deve ser assimilada a um processo hermenêutico de autoexplicação de uma forma de vida comum ou da identidade coletiva”.⁵⁴

Ele defende que uma interpretação teórica discursiva insiste no fato de que a formação da vontade democrática retira sua força legitimadora não de uma prévia convergência de convicções éticas estabelecidas, mas de pressuposições comunicativas que permitem que os melhores argumentos sejam discutidos nas várias formas de deliberação e também de procedimentos que assegurem um justo processo de barganha.⁵⁵

Habermas parte do pressuposto da reciprocidade no processo deliberativo, que dá forma aos princípios da liberdade e igualdade, pela participação mútua entre os participantes.

Nesta perspectiva, todos os cidadãos devem participar do processo de deliberação com o fim de chegar a um arrazoado tal que permita determinadas conclusões dentro do consenso que foi possível produzir.

Contudo, a sociedade não é um laboratório que oferece condições ideais de pressão e temperatura para proporcionar resultados consensuais em deliberações políticas.

Não se verifica no Orçamento Participativo o ideal deliberativo habermasiano, pois há uma diversidade das demandas apresentadas por cada setor da comunidade e a necessidade de estabelecer uma escala de prioridades e urgências, e a teoria da democracia deliberativa de Habermas desconsidera a possibilidade de que os participantes possam deliberadamente partir de falsos pressupostos, apresentar razões que, embora aceitáveis para os outros participantes, por um falso entendimento ou má compreensão, não sejam as melhores possíveis e assim por diante.

Este modelo de democracia deliberativa não consegue solucionar problemas, como por exemplo, a marginalização social e desigualdade na distribuição de renda, educação, acesso à informação, ou ainda apatia política, e a simetria de todos durante o procedimento de deliberação, já que parte do pressuposto da reciprocidade dos participantes.

A metodologia do OP não se restringe apenas ao estabelecimento de um espaço de deliberação sobre propostas orçamentárias, mas também a autorregulação dos critérios de escolhas de prioridades e contingências, o enfrentamento de problemas sociais como a “precariedade de recursos públicos” em determinadas regiões, a especialização de comissões, a instrução técnica de conselheiros e delegados, a fiscalização sobre a atuação dos gestores públicos na implementação daquilo que foi escolhido como prioridade orçamentária, etc.

4. O PROBLEMA DE LEVAR AS DEMANDAS SOCIAIS À SÉRIO

Conforme determina o artigo 6º da Constituição da República brasileira, a prestação de direitos sociais (educação, saúde, moradia, cultura, etc.) pelo Estado é entendida como um direito fundamental social, que compõem o conjunto de políticas públicas.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Three normative models of democracy*. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University, 1996. P. 23/24.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, *Op. Cit.* P. 24

A questão que se propõe examinar é entender como estes valores devem ser tratados no âmbito social, isto é, como direitos fundamentais integram a realidade do contexto social.

Isaiah Berlin⁵⁶, conforme visto em tópico anterior, defende a liberdade negativa, sustentando o pluralismo de valores, e cria duas categorias de seres humanos, afirmando que existem aqueles que relacionam tudo a uma única visão central, um único sistema e, por outro lado, aqueles que buscam muitos fins, frequentemente não relacionados e até contraditórios, ligados, se é que o são, somente de algum modo de fato, por alguma causa psicológica ou fisiológica, não relacionada a nenhum princípio moral ou estético.

Partindo de um enigmático verso dos fragmentos do poeta grego Arquíloco, em que afirma que “a raposa conhece muitas coisas, mas o ouriço conhece uma única grande coisa”, Berlin afirma que o primeiro tipo de personalidade artística e intelectual pertence aos ouriços, e o segundo, às raposas.

Ronald Dworkin, na obra intitulada “Justiça para ouriços”, propõe uma crítica à concepção liberal de Isaiah Berlin que defende exclusivamente a liberdade negativa.

Dworkin⁵⁷ sustenta uma tese da filosofia grega antiga, que é a unidade de valores, argumentando que o valor é algo muito importante, e a verdade sobre viver bem e ser bom e acerca daquilo que é excelente é não só coerente, como também assume um caráter de apoio mútuo, ou seja, aquilo que pensamos acerca de cada uma destas coisas deve, subseqüentemente, ser confrontado com qualquer argumento que consideramos convincente sobre o resto. O autor tenta ilustrar a unidade, pelo menos, dos valores éticos e morais, descrevendo uma teoria sobre o que é viver bem e o que se deve ou não fazer, se quisermos viver bem, pelas outras pessoas.

A partir do momento que se permite a construção do entendimento de dignidade da pessoa humana mediante a relação com o outro, então, possibilita-se a discussão contemporânea sobre justiça social e equalização, por meio da distribuição de recursos sociais.

Paul Ricoeur, em sua obra “O Justo”, faz uma abordagem conjuntural da teoria da justiça em sociedades ocidentais. Ele inicia a obra questionando sobre quem é o sujeito de direito. Afirma o autor⁵⁸:

Gostaria de mostrar que a questão jurídica formal “quem é o sujeito do direito?” não se distingue, em última análise, da questão moral formal “quem é o sujeito digno de estima e respeito?” (distinguirei os dois termos adiante). E a questão moral formal remete, por sua vez, a uma questão de natureza antropológica: quais são as características fundamentais que tornam o si (self, selbst, ipse) capaz de estima e respeito?

Para Ricoeur, no plano teleológico do querer viver bem, o justo é o aspecto do bom relativo ao outro. No plano deontológico da obrigação, o justo se identifica com o legal. O autor afirma que falta dar um nome ao justo no plano da sabedoria prática, plano no qual se

56 BERLIN, Isaiah. **O ouriço e a raposa**. In : BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a Humanidade: Uma antologia de ensaios**. São Paulo : Companhia das Letras, 2002. P. 447/448.

57 DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedina, 2012. P. 13.

58 RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 20008. P. 24/25.

exerce o julgamento em situação. Afirma ainda que o justo já não é o bom nem o legal, é o equitativo.

O equitativo é a figura assumida pela ideia de justo nas situações de incerteza e de conflito ou, resumindo, no regime ordinário ou extraordinário do trágico da ação.

Ronald Dworkin, em sua obra “A virtude soberana”, também apresenta e defende uma concepção de igualdade, porém, de forma diferente que a análise de Paul Ricoeur, apresenta as implicações práticas dessa concepção em diversos campos, como por exemplo, a ação afirmativa nas universidades americanas, os direitos dos homossexuais e a questão da eutanásia, a igualdade política, e a justiça distributiva.

Dworkin, seguindo a perspectiva liberal americana, porém, refutando a ideia de “liberdade negativa” de Isaiah Berlin, sustenta que a igualdade distributiva propriamente entendida não implica, ao contrário do que muitos entendem, conflito entre os ideais da igualdade e da liberdade. Pelo contrário, o critério da escolha-circunstância coloca a liberdade no cerne da igualdade distributiva.

Ele defende uma teoria da igualdade de bem-estar, isto é, o nível de bem-estar que cada pessoa alcança com a mesma quantidade de recursos pode variar significativamente em virtude das capacidades distintas que possui para “converter recursos em bem-estar”.

John Rawls também analisa o conceito de justiça distributiva, mas propõe uma discussão mais profunda sobre a seguinte problemática: Como conciliar liberdade e igualdade? Como o sistema político e econômico deve ser organizado para responder às exigências da liberdade e da igualdade?

O que Rawls⁵⁹ propõe com estes questionamentos é verificar que o desenvolvimento do pensamento moderno mostrou que não há consenso acerca do modo em que as instituições básicas devem ser organizadas, a fim de que respeitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, considerados, em uma democracia liberal, como pessoas livres e iguais.

Na tentativa de superar o discurso do Judiciário como “salvador” da democracia contemporânea contra as desigualdades, proposto por Dworkin no constructo do “Juiz Hércules”, Rawls defende que a liberdade e a igualdade das pessoas morais devem ter uma forma pública, ou seja, que o sistema político e econômico, assim como os termos equitativos da cooperação social, estejam definidos e regulados por uma concepção pública de justiça social, a fim de que possam garantir o respeito e o pleno desenvolvimento dos seres humanos, bem como instaurar uma cooperação social que resulte na vantagem mútua.⁶⁰

É neste ponto que a ideia de justiça social de Rawls aproxima-se da concepção procedimentalista deliberativa de Habermas, ou seja, a defesa da construção de espaços de deliberação na sociedade.

Para o Rawls, os cidadãos, além disso, devem estar convictos de que a atuação do sistema político e econômico visa a justiça social.

Nesta perspectiva a liberdade e a igualdade são o objeto da justiça política: O sistema político e econômico é a base da sociedade (e, portanto, da vida material) e deve ser organizado para propiciar justiça social.⁶¹

59 RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 32.

60 RAWLS, John. *Op. Cit.* P. 32.

61 RAWLS, John. *Op. Cit.* P. 33.

O sistema político e econômico, em outras palavras, realiza a liberdade e a igualdade dos cidadãos (e que já representa uma determinada forma de sociabilidade). Naturalmente, sua organização é uma tarefa desses próprios cidadãos e a concepção pública de justiça social, construída por eles com base na cidadania igual, é um reflexo desse esforço.

Determinada em um sistema político e econômico a cidadania igual, Rawls acredita que pessoas livres e iguais, situadas simetricamente, escolheriam os dois princípios da justiça como equidade.

Para ele estes princípios são definidos, quando para cada pessoa há o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de direitos e de liberdades básicas iguais, que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e, as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições, isto é, primeiro, devem estar vinculadas a cargos e a posições acessíveis a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença).⁶²

Na conjuntura a dificuldade é a efetividade dos direitos sociais, pois, como sustentam Stephen Holmes e Cass Sunstein na obra publicada no final do século passado, intitulada de *The Cost of Rights — Why liberty depend on Taxes* (Os Custos dos Direitos — Por que a liberdade depende dos tributos), os “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos”⁶³.

Os autores sustentam que há direitos constitucionais que para serem efetivados dependem de atitudes positivas do Estado, mesmo os direitos ditos “negativos” dependem de uma atuação do Estado para torná-los efetivos.

Desta atuação do Estado surgem custos e despesas, porque todos os direitos para serem garantidos custam dinheiro.⁶⁴

A gestão pública contemporânea – principalmente na sociedade brasileira, em que a distribuição de renda é consideravelmente desigual, e a sociedade passou por um processo histórico-cultural de marginalização econômica, fruto do sistema colonial – deve buscar respostas de como superar a escassez de recursos para fortalecer os elos das experiências de superação da pobreza.

Sob uma ótica clássica, os direitos fundamentais eram satisfeitos por meio de uma mera omissão do Estado. Com o desenvolvimento da sociedade, entretanto, tal conceito não mais bastou para o cumprimento das exigências supervenientes. Surgiram direitos que passaram a exigir uma atitude positiva por parte do Estado.

Os direitos sócias (alguns deles previstos no art. 6º da Constituição da República), derivados do princípio da igualdade, surgiram com o Estado Social e são vistos como direitos da coletividade, que exigem determinadas prestações por parte do Estado, o que ocasionalmente gera dúvidas acerca de sua aplicabilidade imediata, pois nem sempre o organismo estatal possui meios suficientes para cumpri-los.

62 RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 60.

63 HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999. Pág. 151.

64 HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, *Op. Cit.* Pág. 169.

O conceito de Direitos Fundamentais, portanto, está intimamente ligado à evolução da sociedade, o que acarreta uma modificação nas tutelas pretendidas e, conseqüentemente, abre espaço para o surgimento constante de novos Direitos.

A crise de eficiência constitucional brasileira, ou a falta de efetividade mínima, deve-se à formação patrimonialista da sociedade, o que torna a efetivação dos conceitos de República democrática um fantástica quimera.

Somente uma administração responsável e eficiente dos gastos públicos pode possibilitar recursos financeiros para implementação de direitos sociais, e esta administração deve ser participativa, isto é, os integrantes da comunidade devem ser cidadãos ativos neste processo, inclusive exercendo fiscalização na liberação de recursos, licitações e contratações.

Conforme observa A. Premchand⁶⁵:

Durante as últimas décadas, vários esforços foram envidados no sentido de melhorar a capacidade, a transparência e a eficácia geral dos sistemas de gestão da despesa pública em países industrializados e em desenvolvimento. Tais melhorias cobrem uma ampla área, e algumas delas envolvem a restauração de algumas idéias que têm estado no âmago da gestão pública nas últimas cinco décadas, enquanto outras envolvem a introdução de novas idéias e técnicas, tomadas do mundo empresarial e das escolas de administração. Tais esforços revelam o surgimento de uma nova era de envolvimento ativo e um ponto de partida diferente da inércia tradicional associada ao setor público. Os proponentes das novas técnicas gerenciais sugerem que o que está se tentando transformar no mundo da gestão da despesa pública envolve uma mudança radical, não apenas em termos dos sistemas e das técnicas operacionais, mas nas próprias abordagens das instituições do setor público, que criariam uma nova cultura administrativa, orientada para resultados e para a satisfação do cliente [...]

A. Premchand, em seu artigo científico, analisa o ideal de uma reforma orçamentário-fiscal para o ano de 2020, defendendo ainda que os governos serão submetidos à reengenharia para serem rápidos, enxutos e flexíveis, ao invés de lentos, inchados e rígidos.

Observando especificamente a conjuntura da sociedade brasileira, o autor Basile Georges Campos Christopoulos⁶⁶, em artigo científico, afirma que:

No Brasil sempre se deu mais atenção ao fenômeno tributário, espécie do financeiro que ganhou mais importância que o gênero. No entanto, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal e de outras mudanças históricas, atualmente o fenômeno financeiro em sua plenitude, envolvendo assim receita e despesa, passa a ser objeto dos juristas no Brasil, em especial dos que desenvolvem pesquisas na área dos Direitos Fundamentais, visto que não se pode falar na efetivação desses direitos sem uma investigação sobre o financiamento e realização deles pelo Estado.

65 PREMCHAND, A. **Temas e questões sobre a gestão da despesa pública.** In Planejamento e orçamento governamental; coletânea/ Organizadores: James Giacomoni e José Luiz Pagnussat. – Brasília: ENAP, 2006. Pág. 155.

66 CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado-RERE; n° 19- setembro/outubro/novembro 2009. Salvador – BA. ISSN 1981-1888. pág. 01.

O autor Basile G. C. Christopoulos critica a ideia, segundo a qual, o orçamento público é secundário para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois estes seriam aplicados imediatamente.

Ele sustenta que a opção da alocação dos recursos é uma escolha política, e que as normas de direitos sociais são normas abertas, isto é, passíveis de serem implementadas por diversos meios e alternativas. Em face disso, o autor afirma que a própria concepção dos direitos sociais pressupõe essa escassez de recursos e ampla possibilidade de realizações, lógica própria do direito financeiro.

Christopoulos, citando Andreas Joachim Krell⁶⁷, defende que “não cabe, pois, negar mais a importância dos orçamentos públicos na efetivação desses direitos ditos sociais, pois, com relação a esses direitos, ‘o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios’”.

O autor afirma, porém, que a execução do orçamento público permanece um processo obscuro e antidemocrático, no qual faltam controles, transparência, eficiência e sobram instrumentos e disposições legais para conferir mais poder decisório ao Presidente da República e a órgãos administrativos.

Portanto, uma alternativa que surge para a racionalização do orçamento público, e efetividade de direitos sociais, como por exemplo, o direito a educação ou o direito a saúde, é o Orçamento Participativo, em que os integrantes das comunidades em várias cidades brasileiras são participantes no processo orçamentário, além do Governo.

A dúvida recorrente é sobre a vinculação das escolhas feitas no OP e a ação governamental de implementação destas, e a partir desta dúvida é que surge a hipótese, segundo a qual, o OP viabiliza a solução de demandas por direitos sociais em regiões e setores da cidade que adota esse modelo quando se verificam instrumentos institucionais de acompanhamento, fiscalização e cobrança por parte dos conselheiros e delegados do OP sobre a destinação de recursos públicos, licitações e contratos administrativos das obras e serviços de efetivação de prioridades orçamentárias.

Contudo, quando não existem esses instrumentos fiscalizatórios, ficando a cargo do ordenador de despesas (agente do Estado) a escolha de implementação ou não das prioridades decididas em plenárias do OP, então é ineficiente a participação popular na definição orçamentária pública, por ser, nesta hipótese, apenas um meio de legitimação do discurso do gestor público, eleito pelo sistema democrático representativo.

CONCLUSÃO

O Orçamento Participativo é um instrumento que permite a análise das demandas sócias apresentadas nos fóruns e plenárias, viabilizando o conhecimento da realidade local, com a apresentação de propostas de ações efetivas em termos de direitos sociais, a partir das críticas em relação à eficiência das ações apresentadas pelos agentes do Governo.

67 KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. *Apud* CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. *Op. Cit.* Pág. 05.

Esse processo de tomada de decisões, contudo, é ineficiente se não existirem instrumentos fiscalizatórios por parte dos delegados e conselheiros do OP em relação às ações dos ordenadores de despesa (agentes do Governo), liberação de recursos públicos, e acompanhamento de licitações, obras e serviços.

Não havendo a possibilidade dos delegados e conselheiros fiscalizarem e cobrarem a implementação por parte do Governo das prioridades elencadas em plenárias, a execução orçamentária, então, fica subordinada ao juízo discricionário do governante, e todo o processo do OP transforma-se em apenas um instrumento de legitimação das ações do político eleito pelo sistema representativo, e não uma política de democracia participativa.

Ressalta-se ainda a relevância da continuidade e periodicidade do processo do OP, isto é, este processo de tomada de decisões deve ser contínuo e regular, tornando-se uma ação pública da comunidade, independente da alternância de gestão no Governo, para tanto é importante a criação de lei que o torne obrigatório no ciclo orçamentário, ou seja, além das funções executiva e legislativa do Ente federativo local, a comunidade deve ser também uma instância no ciclo orçamentário, manifestando-se por meio do instituto do OP.

A adoção de um percentual mínimo do orçamento geral para a execução das prioridades orçamentárias apontadas no OP também se mostra um elemento de transparência que facilita a fiscalização e cobrança exercida por conselheiros e delegados.

O instrumento participativo de definição de prioridades orçamentárias, portanto, viabiliza a solução de demandas por direitos sociais em regiões e setores das cidades que adotam esse instrumento, principalmente as regiões mais carentes, quando se verificam instrumentos institucionais de acompanhamento, fiscalização e cobrança por parte dos conselheiros e delegados eleitos pelos integrantes da comunidade local.

Quando não existem esses instrumentos fiscalizatórios, então é ineficiente a participação popular na definição orçamentária pública, por ser, neste último caso, apenas meio de legitimação do discurso do gestor público, eleito pelo sistema democrático representativo, principalmente quando não há um instrumento legal que torne obrigatória a adoção regular e periódica do OP.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Moreira. **A força do povo: democracia participativa em Lages**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

AVRITZER, Leonardo. **Modelo de Deliberação Democrática: Democratizar a Democracia**. B. d. S. Santos. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira. 2002. E, AVRITZER, Leonardo. **O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico**. In: NAVARRO, Z. (orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, 2000. “Sociedade civil, espaço público e poder local: uma análise do Orçamento Participativo em Belo Horizonte e Porto Alegre”. 2003.

CASTRO, J. A.; RIBEIRO, J. A.; DUARTE, B. C. **Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995 – 2005**. Texto para Discussão n° 1324. Rio de Janeiro: IPEA, 2008.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado-RERE; n° 19- setembro/outubro/novembro 2009. Salvador – BA. ISSN 1981-1888.

DAHL, Robert. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

DAHL, Robert; LINDBLOM, Charles. **Política, Economia e Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lidaador, 1963.

DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997.

DAHL, Robert. **Sobre Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009; DAHL, Robert. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

EISENBERG, José. **A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política**. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 2003.

FEDOZZI, Luciano. **Inovações democráticas na Gestão Pública: A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre (Brasil)**. Junho, 1998, Coimbra-Portugal: Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais. 1998. Págs. 3/4. Fonte: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/118.pdf>> Acesso em 18 mai 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A nova opacidade: a crise do estado-providência e o esgotamento das energias utópicas**, Revista Comunicação e Linguagens, Dezembro, Porto, Edições Afrontamento. 1985.

HABERMAS, Jürgen. **Direitos fundamentais: desafios e perspectivas**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa, Publicações Dom Quixote. 1985.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia** - introdução de Ralph Christensen; tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. **Finanças públicas: teoria e prática**. Rio de Janeiro – RJ: Campus, 1980.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. Pag. 12.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SIMÕES, Julio Assis. **O dilema de participação popular: a etnografia de um caso**. São Paulo: ANPOCS/Marco Zero, 1992.

SOUZA, Herbert José de. **Município de Boa Esperança: participação popular e poder local**. In: MOISÉS, J. A. *et. al.* **Alternativas populares da democracia: Brasil, anos 80**. Petrópolis: Vozes/CEDEC, 1982.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE FATOS SOCIAIS POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE ALGUNS JULGADOS PROATIVOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

José Felício Dutra Júnior¹

RESUMO: O objeto deste artigo é a análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal – STF, especificamente no que se refere à interpretação de dispositivo constitucional que dilata a norma para alcançar situações não previstas no texto. O problema apresentado trata-se da adoção dessa atuação judicial proativa como medida profilática, ante a omissão legislativa reformadora da Constituição. É realizado um recorte epistemológico em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Para análise do problema apresentado, utilizou-se o método dialógico, além do estudo de bibliografias.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Ativismo judicial. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos da jurisdição e interpretação constitucional, na conjuntura jurídica da sociedade brasileira, refere-se à possibilidade da função judicial do Poder Público, especificamente o Supremo Tribunal Federal – STF, adotar uma interpretação extensiva do texto constitucional para possibilitar que a norma alcance situações não previstas literalmente no texto da Constituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF manifestou-se algumas vezes de forma favorável.²

A atuação do Supremo Tribunal Federal – STF na garantia da efetividade, eficácia e eficiência da Constituição da República Federativa do Brasil, na conjuntura, gera alguns questionamentos no âmbito acadêmico sobre a natureza jurídica deste excepcional Tribunal, a sua função, e a legitimidade para o exercício dela.

Alguns questionamentos secundários, em face do atual papel do STF na sociedade brasileira, repercutem no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, se este se trata de uma jurisdição constitucional, ou uma atividade legislativa negativa exercida por uma Corte de técnicos não eleitos pela sociedade, e até uma atividade legislativa positiva, pois algumas interpretações extensivas permitem que as normas constitucionais alcancem situações não previstas no texto.

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2014/2016). Especialista em Direito Constitucional Positivo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal - FESMPDFT (2009/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2003/2008). Professor de Direito Constitucional do UDF. Advogado criminalista licenciado. Assessor jurídico no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

² RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

A extensão do Direito para um campo antes ocupado exclusivamente pela política, e a complexidade dos sistemas jurídicos a demandar um órgão especial apto a realizar o reconhecimento das fontes do Direito, podem ser considerados alguns dos fatores que vieram a justificar a importância dos Tribunais Constitucionais no seu papel de promover a justiça constitucional.

Não se deve descartar a necessidade da intervenção judicial do STF, por meio controle de constitucionalidade, para a efetivação de conceitos constitucionais essenciais para a sociedade, no entanto, tratar esta intervenção como único meio de efetividade de políticas públicas, pode excessivamente politizar o referido órgão, na medida em que possibilita um ativismo judicial cada vez maior.

É inegável a expansão do Judiciário e da justiça constitucional, porém, estes fenômenos não podem ofuscar o principal problema da sociedade brasileira, que é a crise de representatividade, ante a omissão do legislativo na resolução de parte das demandas sociais relevantes.

Com o propósito de entender este fenômeno analisar-se-á o caso do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF, em que esta Suprema Corte utiliza-se de método interpretativo que ressalta normas principiológicas do texto para permitir um alcance maior da norma constitucional estrita (art. 226, §3º, CRFB), atingindo situações não previstas no texto.

Partindo-se de estudos bibliográficos de doutrinas contemporâneas e do mencionado julgamento do STF, busca-se formar análises filosóficas, como melhor método para o desenvolvimento deste trabalho, em formato de *paper*, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas com o objetivo de possibilitar uma reflexão ao leitor.

1. INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No estado moderno, de cunho marcadamente social, a doutrina constitucionalista, aponta o fenômeno da expansão do objeto das Constituições, que passa a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, finalidades para a ação estatal – conteúdo programático das Constituições.

Em face disso, surge a tendência contemporânea de elaboração de Constituições de conteúdo extenso (analíticas ou prolixas) e preocupadas com os fins estatais, com o estabelecimento de programas e linhas de direção para o futuro (Constituições dirigentes ou programáticas).

Em uma perspectiva sociológica, Ferdinand Lassalle afirma que a Constituição é a “soma dos fatores reais de poder que regem uma Nação”, dentre eles o econômico, o militar, o político, o ideológico etc., de forma que terá eficácia, ou seja, efetivamente determinará as interações sociais dentro de um Estado, quando for construída em conformidade com tais fatores; do contrário, terá efeito meramente retórico.

Outro sociólogo e jurista alemão que analisa o conceito de Constituição é Konrad Hesse, e suas concepções se contrapõem às de Ferdinand Lassalle, mas não as refuta de forma peremptória.

Ele analisa os conceitos de Lassalle sob outra perspectiva, e os completam, trazendo-os para uma nova realidade, realçando-se o caráter normativo da Constituição.

Segundo Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação; e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse³ analisando a autonomia da Constituição, verifica que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...]

Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Contra-pondo-se a este entendimento, e utilizando uma análise política, Carl Schmitt afirma que a Constituição é apenas uma “decisão política” sobre a definição do perfil primordial do Estado, que teria por objeto, principalmente, a forma e o regime de governo, a forma de Estado e a matriz ideológica da nação; todas as demais normas constantes do documento constitucional seriam fruto desta primeira decisão política, e seriam consideradas, tão-somente, leis constitucionais.⁴

No sentido normativo kelseano, a Constituição é compreendida em uma perspectiva estritamente formal, consistindo na norma fundamental de um Estado, paradigma de validade de todo ordenamento jurídico e instituidora da estrutura principal do Estado. Então, a Constituição é considerada como norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político, ou filosófico.⁵

Segundo Hans Kelsen, quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

3 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. Pgs. 14-15.

4 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

5 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen⁶ afirma que:

[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

Para o autor o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

A interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, devemos dizer, na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”.

Kelsen defende que isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Contemporaneamente, cada vez mais é reconhecida a imprescindibilidade da interpretação jurídica, especialmente em termos de leis constitucionais. Conforme nos ensina o constitucionalista Canotilho⁷, “toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, resultado de tarefa interpretativa”.

Hans-Georg Gadamer, em “Verdade e Método”, desenvolveu uma hermenêutica filosófica que não se preocupa com o estabelecimento de um método, como propunha Kelsen, uma vez que, “não se destina a resolver problemas hermenêuticos práticos, mas sim, a construir uma teoria acerca de questões preliminares ligadas ao fenômeno da compreensão”⁸. Para ele, a compreensão é como o modo de existência do próprio indivíduo em suas mais variadas possibilidades, ou seja, caracteriza-se como uma ontologia fundamental.

Ele não adota uma vertente metodológica da hermenêutica, preocupando-se com o próprio processo de compreensão de um ponto de vista filosófico.

Dessa forma, Gadamer defende que a consciência do homem ultrapassa a mera “regra” do antigo cânone hermenêutico, oriundo da retórica, para o qual se deveria compreender o todo em relação às partes e vice-versa. Devem ser agregados elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão.⁹

Conforme analisa Ernildo Stein¹⁰:

6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 246.

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004. Pg. 108.

8 CAMPOS, Luiza Ferreira. **Um olhar sobre a Hermenêutica Filosófica: pela necessidade de interpretar o pós-positivismo a partir de suas raízes**. In: Congresso Nacional de Pesquisadores em Direito, 17, 2008, Brasília. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 5615.

9 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. ISBN 97-0842.

10 STEIN, Ernildo. **A consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> Acesso em: 01 de setembro de 2014.

Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto - ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser - em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.

Necessário, pois, abandonar a idéia, tradicionalmente aceita, de que a interpretação é um ato praticado sem qualquer subjetividade por parte daquele que realiza tal operação. Esse (suposto) ideal (jamais alcançado) encontra-se inutilizado, admitindo-se, amplamente, a presença de grande margem de vontade na interpretação.

A interpretação é essencialmente uma atividade prática, voltada à solução de situações concretas (ainda que hipoteticamente construídas).

Mesmo quando a própria ciência jurídica contempla os métodos admissíveis para sua interpretação, essas normas serão instrumentais, vele dizer, normas sobre as demais normas.

Deve-se assinalar que, em matéria de interpretação jurídica, inexistente a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas. O Direito é uma ciência convencional e, assim, admite a mutação de sua própria interpretação, sem que a anterior pudesse ser considerada verdadeira e, doravante, passasse a ser falsa, como será verificado na análise sobre a mutação constitucional.

A necessidade de uma hermenêutica constitucional torna-se mais nítida pela formação da denominada jurisdição constitucional, determinada a aplicar, ou efetivar, a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que a hermenêutica jurídico-constitucional merece destaque.

Como verificou o doutrinador Francesco Ferrara¹¹, a interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais.

Todo vocábulo jurídico é possuidor de um significado lingüístico próprio e específico - caso contrario não estaria apto a alcançar um mínimo necessário para a comunicação, que é a sua própria razão de ser. Este deve ser extraído numa operação preliminar, pelo intérprete do Direito.

A dificuldade surge quando determinadas normas constitucionais alcançam um teor elevado de abstracionismo, até porque a Constituição tem, além do caráter jurídico, o político e axiológico.

Como verifica Celso Basto¹², “a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado.”

11 FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Porto Alegre: Editor Sergio A Fabris, 1997. Pg. 139

12 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999. pg. 54.

Como decorrência da reconhecida “abertura e amplitude da Constituição” surgem dificuldades interpretativas quantitativa e qualitativamente superiores àquelas constatadas nos demais segmentos jurídicos, como analisa o constitucionalista André Ramos Tavares.¹³

O intérprete não poderá laborar contra a norma constitucional, apesar da norma em aberto ser complementada pela atuação do interprete, que, nessa medida, aproveitara a força normativa do Direito.

Ante a incompletude lingüística da Constituição, permite-se a evolução do Direito Constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal da compreensão da Constituição.

Celso Basto destaca, em sua obra, que “surge a possibilidade da chamada ‘atualização’ da norma constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transforma-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica”.

J. J. Canotilho¹⁴, citando o constitucionalista alemão B. O. BRYDE, analisa o problema da tentativa de adequação da Constituição às normas infraconstitucionais. O referido doutrinador afirma que:

Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos factos, pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a constituição escripta. Algumas concepções que defendem a idéia de constituição como concentrado de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da interpretação da constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões econômicas-sociais. Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir da leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos metajurídicos (sociológicos e políticos). Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: Verfassungsentwicklungsprimat) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional.

Verifica-se que o sistema jurídico constitucional enfrenta um paradoxo, isto é, a formação de um estatuto (constituição) que traz normas fixas, ou estruturais, e a conjuntura sócio-política que, além de influenciar este sistema jurídico, fornece os recursos de efetividade do Direito Constitucional. Em face disso, o Estado não pode atribuir um carácter absolutista à

13 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. Pg. 82/83.

14 CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004. Pgs. 1230.

Constituição, a ponto de engessar a política social, econômica, educacional e etc., mas também não pode permitir uma interpretação inconstitucional da Constituição, por suposta mutação.

Desta forma, a interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela objetiva a verificação das hipóteses de alteração do sentido da Constituição mais ou menos em conformidade com as leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua interação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em indicativos das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.

Portanto, a mutação constitucional ocorre como uma forma de adequar a Constituição à realidade ou conjuntura social, e à evolução do pensamento, dos valores do corpo social. Referido fenômeno pode findar por alterar o conteúdo de uma norma constitucional, sem imprimir qualquer modificação à letra da mesma, e pode também não refletir a evolução do pensamento de toda a sociedade, mas apenas de um setor da mesma, ou de um grupo.

Verifica-se a frágil, porém essencial, relação entre sociedade e Constituição, na qual a sociedade apresenta uma evolução contínua e dinâmica do seu modo de pensar, dos seus valores etc., e que, por outro lado, as constituições devem acompanhar essa evolução sob pena de perda da sua eficácia, podendo ser utilizados mecanismos formais – emenda constitucional ou revisão constitucional – e informais – mutação constitucional – de alteração do Estatuto.

J. J. Gomes Canotilho¹⁵ sobre o tema transição constitucional ou mutação constitucional, assim se posiciona:

Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

A mutação constitucional, como meio de interpretação das normas constitucionais, conforme defende André Ramos Tavares¹⁶, permite que se promova a evolução material da Constituição.

André Tavares, citando Gustavo Zagrebelsky, ainda defende que a interpretação evolutiva é “a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta”.

Neste sentido, verifica-se que a interpretação evolutiva mostra-se extremamente adequada às constituições formalistas, com a Constituição brasileira, pois, elas contemplam finalidades distintas. Ressalta-se que preferência, por uma ou outra finalidade, não se encontra na Constituição, mas numa escolha que pertence à conjuntura social.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

A jurisdição constitucional ganha destaque a partir da noção de Estado Democrático de Direito, pois se verifica a necessidade de criação de um órgão estatal (Tribunal Constitucional)

¹⁵ CANOTILHO GOMES, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almediana. 2003, p. 1228.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. Pg. 86.

e independente do órgão encarregado da produção normativa (Legislativo), ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do paradigma da supremacia constitucional, isto é, separação e determinação das funções do Poder Público.

Como destaca José Adércio Leite Sampaio¹⁷, o confronto destas normas hierarquizadas não parecia problemático, até porque o juízo de compatibilidade ou bem se daria por exercícios semânticos de sinontônias ou bem dependeria de simples comparação do particular ao geral, portanto, os parâmetros de constitucionalidade se reuniam em poucos enunciados expressos e nada mais. No entanto, o trabalho judicial de fiscalização terminou por achar “fantasmas” que se escondiam por trás do texto e que passaram a exigir igual respeito legislativo. “Fantasmas” que logo se converteriam em “princípios” e muitos ganhariam a visibilidade de um corpo positivado. A invasão dos princípios marcou o horizonte de mudanças do Direito que se abria à moral, política, filosofia, sociologia, e a tudo que antes formava o extra-jurídico.

A noção de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição é, contemporaneamente, vista como uma exigência democrática. Como defende García de Enterría¹⁸, “uma Constituição sem um Tribunal Constitucional é uma Constituição ferida de morte, pois, é no Tribunal Constitucional que a Constituição, supostamente, deposita suas possibilidades e seu futuro”.

A extensão do Direito para um campo antes ocupado exclusivamente pela política e a complexidade dos sistemas jurídicos a demandar um órgão especial apto a realizar o reconhecimento das fontes do Direito são considerados os outros fatores que vieram a justificar a importância dos Tribunais Constitucionais no seu papel de promover a justiça constitucional.

Verifica-se que a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa político-social e a esfera normativa pode justificar a aceitação de transições constitucionais que, mesmo traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais – políticos e jurídicos – da Constituição.

Nesta perspectiva, entende-se o ativismo judicial, pois este fenômeno “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, conforme verifica Luís Roberto Barroso¹⁹, em sua obra “O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”.

Barroso afirma que²⁰:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003. Pg. 203.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 2001. Pags. 121, 186.

19 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009. Pag. 335.

20 BARROSO, Luis Roberto. **Op. Cit.** Pag. 335.

um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Barroso²¹ ainda verifica três situações em que ocorrem o ativismo jurídico:

[...] A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Kildare Gonçalves Carvalho²² verifica em sua obra que, na conjuntura, o “princípio da supremacia do legislador” tem sido abrandado em decorrência da expansão das funções da jurisdição constitucional, quer no sistema difuso, quer no sistema concentrado de controle, além da crise da representatividade democrática. Defende o doutrinado que essas vicissitudes acabam por concorrer para que a impossibilidade de acesso de grupos minoritários ao poder político seja ultrapassada pela dinâmica e criatividade das Cortes Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, independentemente dos “caprichos momentâneos” da maioria parlamentar.

John Hart Ely, para analisar a atuação interpretativa da Suprema Corte americana, principalmente naquilo que pertence ao ativismo judicial, em sua obra “Democracia e Desconfiança, uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”, categoriza as correntes doutrinárias em “interpretacionistas” e “não-interpretacionistas”. Ele afirma que²³:

Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de “interpretacionismo” e “não interpretacionismo” – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.

Ainda afirma que²⁴:

É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – os ‘princípios fundamentais’ da sociedade ou qualquer

21 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 335.

22 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pag. 1328.

23 ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 3.

24 ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 8.

outra coisa – ; mas fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que a desenvolvesse. Há, evidentemente, uma diferença crítica; em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária.

John Hart defende, em sua obra, que o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, isto é, deve viabilizar um processo de discussão das questões relevantes para a sociedade.

O autor cita em sua obra vários exemplos de atuação proativa da Suprema Corte americana.

Verifica-se que a mencionada “dinâmica” e “criatividade” das Cortes Constitucionais no exercício da jurisdição constitucional possibilita o ativismo judicial destas.

No caso brasileiro, não são poucos os exemplos de ativismo jurídico nas atuações do Supremo Tribunal Federal – STF.²⁵

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 464143/SP²⁶, verificou a possibilidade da função judicial do Poder Público determinar a implementação de políticas públicas pelo Estado, quando este inadimplente de políticas constitucionalmente previstas. A decisão do STF restou assim emendada:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 15.12.2009.

No caso em análise ambas as turmas do STF consolidaram entendimento em torno da matéria para reconhecer que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitam o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.

²⁵ RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

²⁶ AgR no RE Nº 464143/SÃO PAULO – SP. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556.

O ponto contraditório ao entendimento acima expresso consiste no argumento, segundo o qual as decisões judiciais que determinam a matrícula de crianças em creches, para adequar o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, configuram indevidas ingerências do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, violando o disposto no art. 2º da Constituição Federal, que estabelece a independência e harmonia das funções do Poder Público, pois a imposição de obrigação de fazer implica ampliação da rede de ensino, contratação de funcionários especializados e demais atos administrativos de exclusiva discricionariedade estatal, além de interferência no orçamento do Erário Público, que necessita de dotação específica para a implementação dos meios necessários à concretização da medida determinada pelo judiciário.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, os ministros do STF entenderam que “o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

A decisão do STF²⁷ restou ementada da seguinte forma:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se

²⁷ STF. Segunda Turma, RE 271.286 AgR/RS. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 12/09/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR.SCLA.%20E%20271286.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 jun. 2011.

em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Verifica-se que o rol de direitos mínimos, por ser um conceito eminentemente subjetivo, variará com o tempo e as circunstâncias. Os direitos mínimos para o cidadão da Suécia, por exemplo, é bem diferente do cidadão do terceiro mundo. As prioridades brasileiras são muito mais básicas. Essa variação conceitual dependerá principalmente da arrecadação de recursos para provimento das necessidades e da força das classes menos favorecidas na defesa de seus interesses dentro da arena política, devendo se impor desde a elaboração da proposta até a fase final do controle dos gastos.

É óbvio que, se não houver um infraestrutura de tecnologias e recursos financeiros, ficará mais difícil à função judicial do Poder Público obrigar o Executivo a implementar políticas sociais. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, impedindo que se censure o administrador. Em uma situação extrema como esta, resta ao governante elaborar plano de ação alternativo para contornar o problema, como diminuição em gastos de capital ou aumento de impostos, por exemplo, para cobrir esse déficit na área social, que deve ser prioritária, o que de certa forma acaba o Judiciário afetando a governabilidade do Estado.

A formação de um estatuto (Constituição) que traz normas fixas, ou estruturais, pode ser um paradoxo à conjuntura sócia-política que, além de influenciar este sistema jurídico, fornece os recursos de efetividade do Direito Constitucional. Então, o Estado não pode atribuir um caráter absolutista à Constituição, a ponto de engessar a política social, econômica, educacional e etc., nem pode permitir uma interpretação inconstitucional da Constituição, criando uma espécie de Tribunal Constitucional, responsável pela soberania da interpretação constitucional, e que suas decisões são vinculativas, além de ser capaz de formar súmulas, ou enunciados normativos, que também vinculam, porque isso pode gerar uma Corte de Técnicos com ultra-poderes que tomará as principais decisões do país.

Destaca-se que a capacidade interpretativa é tão poderosa quanto a capacidade legiferante, e às vezes chega a ser mais poderosa, haja vista alguns institutos do Direito brasileiro como a Súmula Vinculante, que tornam fixos entendimentos/interpretações constitucionais.

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE FATOS SOCIAIS POR MEIO DA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Para exemplificar o potencial proativo do Supremo Tribunal Federal – STF no exercício de sua jurisdição, destaca-se um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação da função legislativa do Poder Público, qual seja, o caso da fidelidade partidária.

O Supremo Tribunal Federal – STF decidiu no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.602 (relator Ministro Eros Grau) e Mandado de Segurança nº 26.603 (relator Ministro Celso de Mello), que o exercício de mandato eletivo não é direito pessoal do candidato e está vinculado à lealdade à agremiação.²⁸

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999/DF, que tem por objeto a análise de constitucionalidade das Resoluções nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, o Supremo Tribunal Federal – STF, reafirmando que o mandato eletivo não pertence ao candidato, mas sim ao partido, ainda sustenta que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”.²⁹

Vislumbra-se ativismo judicial nestas decisões, pois o STF, antecipando-se ao Legislativo, criou uma nova hipótese de perda do mandato eletivo parlamentar, além das que se encontram expressamente no texto constitucional, em nome do “princípio democrático da fidelidade partidária”.

Cita-se ainda um caso em que o Supremo Tribunal Federal – STF, utilizando uma interpretação extensiva do texto constitucional, dilata a norma prevista no §3º do art. 226 da Constituição da República para constitucionalizar a união homoafetiva, já que a redação do texto constitucional literalmente prevê apenas a proteção da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, isto é, o texto apenas tutela a união heteroafetiva.

Ante a omissão do legislativo no exercício de reforma constitucional para sanar as demandas advindas das várias uniões homoafetivas existentes no país, a Suprema Corte brasileira ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.³⁰

A interpretação das leis conforme a Constituição, não aponta apenas para o passado. Objetiva a verificação das hipóteses de alteração do sentido da Constituição mais ou menos em conformidade com as Leis Ordinárias que começaram por ser concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua interação com a realidade e com os problemas

²⁸ MS 27938/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 11/03/2010. Pub. DJe-076 divul. 29/04/2010, publ. 30/04/2010. Pag. 883.

²⁹ ADI 3999/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divul. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

³⁰ STF. ADI 4277/DF. Relator Min. AYRES BRITTO. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011

concretos, por se transformar em indicativos das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.

Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade no Brasil tem por órgão central não apenas um Tribunal Constitucional nos moldes dos tribunais da Europa Continental, mas também um Tribunal, ou órgão, com “super-poder” político de controle de constitucionalidade, verdadeiro órgão de poder constituinte permanente, pois este órgão além de compor o ápice da função judicial do Poder Público, revendo julgados em controle difuso ou jurisdicional de constitucionalidade, podendo criar súmulas vinculantes – instrumento de intervenção da função judiciária nas funções legislativa e executiva – ante as reiteradas decisões neste controle, também atua politicamente na análise abstrata das normas jurídicas, via ação direta.

Ressalta-se que em certos momentos as decisões desse órgão geram maiores repercussões na sociedade do que o próprio texto constitucional, pois interpretar normas não é apenas uma técnica de controle de constitucionalidade, mas também exercício de um Poder. Como se verificou, este exercício tem revelado o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal – STF.

Luís Roberto Barroso defende que³¹:

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilo e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àqueles que ocorram no serviço público.

O controle de constitucionalidade, dentro do contexto mais amplo da jurisdição constitucional, enfrenta o paradigma da tutela dos direitos fundamentais ou a estabilidade do governo – governabilidade – pois, o excesso formalístico, teórico e prático, a que foi remetido o Direito Constitucional, conseqüência do positivismo científico jurídico, levou-o a ser um compartimento num espaço artificialmente construído (universo dos valores) e isolado da própria realidade, tida como “ser”, sobre o qual esse mesmo sistema normativo, enquanto “dever ser”, deveria incidir e exercer sua regulação social. Neste contexto, a maior questão não se trata de identificar o correto significado da norma, muito menos a codificação e hierarquia delas; mas, chegar a uma conclusão sobre a mais razoável, para que o texto constitucional tenha efetividade, e tanto a Corte Constitucional, quanto as funções do Poder Público desempenham atividades importantes para esta resolução.

31 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 334.

A jurisdição constitucional quando bem exercida é um instrumento de efetividade da democracia.

Contudo, a importância da Constituição, e do Supremo Tribunal Federal como seu interprete, não pode suprimir, por óbvio, a política, o governo, nem o papel do Legislativo, pois cabe à Lei, votada por esta função do Poder Público e sancionada pelo Executivo, fazer as escolhas entre as diferentes perspectivas que caracterizam as sociedades pluralistas. Em face disso, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais devem apenas atuar, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.³²

Como argumenta John Hart Ely³³:

A elaboração de uma teoria do controle de constitucionalidade que saliente a importância da representação pode se dar de várias maneiras [...] Mas, como quer que seja elaborada, a teoria geral restringe o controle de constitucionalidade (sob os dispositivos de interpretação aberta da Constituição) na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas.

José Augusto Delgado³⁴ afirma, em sua obra, que o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”. Sob esta perspectiva vislumbra-se que o ativismo judicial é uma postura que, ao ser adotada pelos órgãos da função judicial do Poder Público, fazem recusar outra postura diametralmente oposta, qual seja, a “auto-restrição” judicial ou “moderação judicial”.

Ronald Dworkin³⁵ analisa esta atividade do Judiciário, sob a seguinte perspectiva:

[...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Vislumbra-se que “ativismo judicial” é um exercício pró-ativo dos órgãos da função judicial do Poder Público, não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente

³² BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 340.

³³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 243.

³⁴ DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: *Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Pag. 319.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 215.

formal, mas é uma atividade perspicaz na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros. Em face disso, a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios.

Sob esta ótica, defende Dworkin³⁶ que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim, por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso [...]

Não é demais acrescentar aos exemplos já citados, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/DF, no qual o Ministro Relator Celso de Mello, ao julgar prejudicada a referida ADPF por perda superveniente do objeto, em decisão monocrática, que tinha por mérito a verificação da constitucionalidade do veto presidencial do §2º do art. 55 da Lei nº 10.707/2003, analisa também que a ADPF, em seu sentido mais amplo, é um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

O Ministro ainda afirma que essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal – STF evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode renunciar ao encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Após verificar a perda do objeto da mencionada ADPF nº 45/DF, pois havia sido editada Lei, em que reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), que veio a ser vetado pelo Presidente da República, o Ministro CELSO DE MELLO³⁷ afirma:

[...] Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. Cit.* Pag. 215

³⁷ ADPF 45 MC/DF. STF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 29/04/2004. Publ. DJ 04/05/2004, Pag. 12.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático [...]

Ronald Dworkin³⁸, contudo, adverte, em sua obra “O império do Direito”, que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Uma das críticas ao ativismo judicial que se deve destacar também, é a feita por Ingeborg Maus³⁹:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social –

38 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999. Pag. 451-452.

39 MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, n.º. 58, Novembro de 2000. Pag. 186-187.

controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Luís Roberto Barroso⁴⁰ afirma que o ativismo judicial é um “antibiótico” poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. O professor ainda afirma que a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. O professor destaca que a solução é a reforma política, e esta não pode ser empreendida por juízes.

CONCLUSÃO

Atualmente o fenômeno do ativismo judicial adquiriu uma notável popularidade, ultrapassando as esferas acadêmicas para converter-se em expressão de uso comum⁴¹. Na sociedade brasileira, este tema passou a ser analisado por cientistas sociais, juristas e políticos, orientando estudos de caráter empírico⁴², e análises das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF⁴³.

Verifica-se a participação da função judicial do Poder Público no processo de tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas, decorrente do aumento de seu poder de fiscalização sobre as decisões do legislativo e do executivo, além do potencial da capacidade interpretativa.

A constitucionalização de fatos sociais, por meio da jurisdição do Supremo Tribunal Federal – STF, surge devido ao processo de regulação crescente da vida social pelo direito, o que leva à ampliação da esfera de atuação do Judiciário para garantir a observância das normas estatais em áreas que, no Estado Liberal, eram deixadas à “auto-regulação”, tais como as relações de trabalho, o direito contratual e as atividades econômicas. Além disso, o Estado Social também se caracteriza pela expansão dos poderes do executivo, o que diminui a possibilidade de controle de seus atos pelo legislativo e reclama a intervenção do judiciário para reequilibrar o exercício das funções do Estado, protegendo os direitos violados por decisões da maioria⁴⁴.

A influencia das decisões judiciais da Suprema Corte brasileira no sistema político é que norteia o rumo, e intensidade, das ações do executivo e do legislativo, e determina também em que medida a política é judicializada.

40 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 346.

41 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises.** In: *Lua Nova*, nº 57, 2002.

42 ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil.** São Paulo: Idesp, 1997; VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

43 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº 34, p. 147-156, junho/1997; FADEL, Alexandre Pinho. **O presidencialismo de coalizão e a crescente judicialização da política dos partidos de oposição no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004; MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns do partidos políticos.** In: Revista de Informação Legislativa, nº 163, 2004.

44 CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.** In: FAVOREU, Louis *et alli.* **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Em face disso, a constitucionalização, via jurisdição, de situações não previstas no texto constitucional, implica o funcionamento de um circuito no qual as demandas trazidas pelo sistema político ao sistema judicial retornam a ele como um conjunto de orientações a serem cumpridas, pois as decisões da justiça constitucional não apenas resolvem casos presentes, mas também estabelecem parâmetros para a solução de casos futuros, possibilitando interpretações que vincularam eventos futuros, ou seja, uma verdadeira atividade para-legislativa do Judiciário.

Esta atuação pró-ativa da função judicial do Poder Público prescinde de uma reflexão mais acurada, ante o caráter normativo sobre a judicialização da política, e a legitimidade democrática da justiça constitucional, estabelecendo-se os limites⁴⁵, ante o respeito que os tribunais devem às decisões tomadas pelo legislador democrático.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em um número expressivo de julgados, tem aplicado de forma direta a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, dando às normas constitucionais um alcance maior⁴⁶; também tem declarado a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador ou Executivo, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição⁴⁷; além de determinar implementação de políticas públicas, constitucionalmente previstas, ao Estado, impondo condutas ou abstenções ao Poder Público⁴⁸.

Destaca-se que este ativismo expressa uma postura expansiva do STF, o que, conseqüentemente, potencializa o sentido e alcance das normas constitucionais, para ir além do legislador ordinário.

Contudo, é um instrumento que contorna a inércia das funções executiva e legislativa do Poder Público na efetivação de políticas públicas e dos Direitos Fundamentais, mas poderá ser um risco para a legitimidade democrática, na medida em que aumenta a interferência da função judicial nas outras funções do Poder Público – e todas são importantes para o processo democrático e efetivação das normas constitucionais – além de possibilitar a politização da justiça constitucional.

REFERÊNCIAS

ARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

45 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

46 ADI 3999/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divulg. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

47 ADI 3685/DF. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. DJ. 10/08/2006. Pag. 19.

48 AgR no RE Nº 464143/SÃO PAULO – SP. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556. RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006. RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007. RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus, 2001.
- CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional.** 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004.
- CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Editora Almeidiana. 2003.
- CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, junho de 1997.
- CAMPOS, Luiza Ferreira. **Um olhar sobre a Hermenêutica Filosófica: pela necessidade de interpretar o pós-positivismo a partir de suas raízes.** In: Congresso Nacional de Pesquisadores em Direito, 17, 2008, Brasília. **Anais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. ISBN 97-0842.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 2001.
- GOMES JUNIOR, Luiz Moreira. **A Constituição como simulacro.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro – RJ. 2007.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução: Walter Stönner. Versão para e-Book. eBooksBrasil.org. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>> Acesso: 20 out. 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil – As ADIns dos partidos políticos**. Brasília a 41n, n.163 jul/set. 2004.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, nº. 58, Novembro de 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEIN, Ernildo. **A consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> Acesso em: 01 de setembro de 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press. 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007.

EMPREENDER COM PPP, UM BOM OU MAU NEGÓCIO?

Juliana Bandeira Advíncula¹

RESUMO: Este artigo discorre sobre os requisitos e a operacionalização das Parcerias Público-Privadas – PPP e das Sociedades de Propósito Específico – SPE, a fim de compreender sua estruturação e desenvolvimento, e as possibilidades junto a pequenas empresas. É apresentado ainda o case do centro administrativo do DF, PPP iniciada em 2009, que ilustra aspectos variados que podem ocorrer durante a execução de PPP e impactar significativamente seu sucesso ou insucesso.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Sociedade de Propósito Específico. Análise de Liquidez. Análise de Endividamento. Centrad.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa descrever os aspectos fundamentais do funcionamento das PPP, a partir da apresentação de aspectos qualitativos extraídos de revisão bibliográfica acerca do tema e aspectos quantitativos extraídos de um caso concreto estudado. O enfoque do artigo é o desenvolvimento da PPP mediante análise da estruturação e do desempenho financeiro da SPE, observando-se as variáveis liquidez e endividamento. Ambos os índices são previstos em editais para aferição da situação financeira da empresa licitante, mais especificamente a avaliação da sua solvência, continuidade e capacidade de pagamento.

Escolheu-se examinar a PPP que operacionaliza o centro administrativo do Governo do DF, porque apesar de enfrentar problemas variados, é uma obra de ampla divulgação no DF e que se encontra em estágio avançado de construção. Com isso pretende-se apresentar nuances acerca da sua função, da forma de seu estabelecimento e de sua operacionalização, a fim de, também, incentivar o desenvolvimento de outras SPE e do empreendedorismo na área.

1. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O Reino Unido foi o país precursor das PPPs, e introduziu o modelo por volta de 1992, como continuidade à política de desestatização do governo Thatcher, com o nome de *Private Finance Initiative* - PFI, e buscava atender necessidades públicas, de maneira estável e a longo prazo, mediante uma associação empresarial ou uma relação contratual, envolvendo pelo menos uma entidade pública e outra privada, compartilhando riscos e funções de gestão (Salvador, 2004). Outra expectativa em relação ao modelo era reduzir as chances de superfaturamento e de morosidade na execução das obras.

¹ Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

As PPPs têm se tornado um sistema em corrente uso na Europa, com tipologias variadas e para diferentes finalidades, atividades, desenhos e projetos, tais como construção, manutenção e exploração de infraestruturas ou provisão de bens e serviços públicos (Firmino, 2011).

A intensidade no recurso e o sucesso das PPP no conjunto dos países europeus têm divergido. Como afirmam Renda e Schrefler (2006, p. 2), países como: (a) Reino Unido e, em alguma medida, França, Alemanha e Irlanda são “utilizadores avançados” das PPP; (b) Espanha, Portugal e, de alguma forma, a Holanda são “utilizadores intermédios”; (c) Suécia e Luxemburgo, entre outros, são os chamados latecomers, estando a dar os primeiros passos na adoção das PPP. (Firmino, 2011, p. 391)

No Brasil, as PPPs foram regulamentadas em 2004, ainda que o movimento de privatização e descentralização tenha tido início das décadas de 80 e 90, como forma de descentralizar a prestação de serviços, devido às dificuldades de financiamento do Estado, consequência de crises como a do petróleo, movimentos inflacionários, crise fiscal, e globalização.

O Brasil já teve, em épocas antigas e recentes, práticas que poderiam ser definidas como PPP, em uma concepção abrangente. Desde os tempos de colônia, passando pelo Império, as ordens e irmandades religiosas cuidam de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e contribuições privadas. (...) empresários recebiam títulos da nobreza em função de investimentos em áreas de atuação do Estado. (Pasin e Borges, 2003, p. 179)

Os discursos na América e na Europa, neste ponto, assemelham-se: “o sector público cresceu em demasia, tornando-se muito dispendioso; é ineficiente e inibe a capacidade para a iniciativa privada (Pollitt, 1993, p. 48 apud Firmino, 2011). Pode-se caracterizar as PPPs como uma “desintervenção pública” (Salvador, 2004) e vislumbrá-las na engrenagem da política fiscal do governo. O Programa Nacional de Desestatização - PND, instituído pela Lei 9.491/1997, serviu como referência para a realização de PPP no Brasil (Borges e Pasin, 2003).

Durante o fim dos anos 80 e, mais acentuadamente nos anos 90, iniciou-se no Brasil uma política de desestatização da economia, marcada por uma série de privatizações e concessões de alguns serviços públicos. A lei 11.079 de 2004, a Lei das PPPs, veio ao encontro desta tendência, buscando trazer inovações na forma de prestação dos serviços públicos através da criação das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro. (Neto, 2009, p. 10)

De maneira geral, pode-se classificar a atuação conjunta entre o Estado e o Setor Privado no que se refere ao nível de comprometimento público com a atividade desenvolvida

da seguinte maneira, iniciando-se pelos modelos com maior atuação do Estado (Pasin e Borges, 2003):

1º: Licitações (lei 8.666/93), em que o Estado compra diretamente ou através de terceirizados produtos e serviços do setor privado;

2º: criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, como são Caixa Econômica e Petrobrás, respectivamente;

3º: parcerias do Estado junto ao setor privado mediante autorizações, permissões, concessões e convênios, para exercício de atividades relacionadas ao setor público ou à execução de programas e metas;

4º: transferência de atividades próprias ou não do Estado, e que tem retorno insuficiente ou desconhecido, atraindo o setor privado por meio de retornos financeiros e/ou de recursos públicos, como é o caso de concessões e PPP;

5º: transferência para o setor privado de atividades autossustentáveis e com viabilidade econômica por meio de projetos de financiamento, como é o caso de programas de financiamento de universidades privadas;

6º: transferência de ativos ao setor privado, com ou sem compromisso com os resultados, como é o caso das privatizações.

Instituídas por lei a partir de 2004, as PPPs apresentaram-se como uma alternativa de desafogamento administrativo e financeiro do Estado na execução de obras e prestação de serviços públicos, com menor atuação do ente público. Essas contratações têm abrangido, no Brasil, as áreas de infraestrutura, escolar, hospitalar, entre outras, e têm sido alvos de algumas críticas.

Entre as críticas direcionadas às PPPs, destacam-se contratações realizadas junto a empresas que hoje estão sendo alvo de investigações e condenações por crimes contra a Administração Pública, como a Operação Lava Jato, conduzida pelo Ministério Público e pela Polícia Federal. Casos como esse, lançam na opinião pública a ideia de que esses empreendimentos objetivam acobertar crimes e desviar recursos, o que denigre o modelo de negócio e prejudica contratações que acabam sendo objeto de apurações e atrasos devido a suspensões contratuais impostas pela Administração e pelo Judiciário.

Na PPP o Estado repassa recursos ou oferece bens para o ente privado, logo, não se trata de uma simples delegação da prestação de serviço, como ocorre nas concessões. A parceria abarca duas importantes premissas em sua execução, a primeira a de que a obra ou serviço prestado envolve riscos, logo, a fim de atrair particulares interessados na gestão dessa estrutura, emprega-se a contraprestação do ente público ao ente privado. A segunda premissa é a falta de capital estatal para investimento imediato (Neto, 2009), de tal forma que a falta de caixa do Estado oportuniza e justifica esse “financiamento”, materializado em sucessivas contraprestações ao agente privado.

De maneira ilustrativa, pode-se citar a fala do ex-presidente Lula ao submeter o projeto de lei que deu origem a Lei das PPPs, em 2003:

As PPPs são uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado. (Neto, 2009, p. 11)

As PPPs são também propulsoras para a atuação da iniciativa privada na medida em que demandam o esforço de modelagem de um negócio ou projeto, e de um contrato, caracteristicamente inovadores e modernizadores, capazes de serem eficientes e atrativos como negócio, na prestação de serviço público, ao mesmo tempo em que dão espaço para a inserção de novos empreendedores no mercado e favorecem o aquecimento econômico.

A modelagem de contratos nas PPPs, especialmente naquelas de infraestrutura, envolve a delimitação de riscos, com o fito de minimizá-los ao máximo. A gestão de riscos em cenários de incertezas passou a ser competência crucial no mercado mundial a partir do século XX (Nóbrega, 2013). As PPPs também devem servir de estímulo ao acesso a novas tecnologias, prevendo resultados advindos de modernizações, preferencialmente desde o edital.

O contrato prevê eventos e medições, com custos alocados no projeto, realizados por meio da contratação de consultores e auditores, firmas de engenharia e outros prestadores de serviços. Os agentes financeiros envolvidos no contrato, por sua vez, classificam o risco do empreendimento, considerando sua qualidade e credibilidade, frente ao setor público. O contrato – que é o instrumento mais importante na operacionalização da PPP –, vincula os resultados do projeto à complexidade jurídica que permeia sua execução, envolvendo aspectos de direitos civil, administrativo, comercial, trabalhista, tributário, e internacional (Borges e Pasin, 2003).

A incerteza quanto à existência de recursos por parte do Ente Público é mitigada com a utilização de fundos específicos para cada área de projeto, conforme previsto na Lei 13.529/2017, que autoriza a União a participar com até R\$ 180 milhões dos fundos no financiamento de projetos de concessão e PPP. Os fundos reduzem os riscos da PPP, pois criam um colchão de liquidez para arcar com desembolsos na fase de construção ou para saldar dificuldades de caixa para remuneração do parceiro durante sua operação (Borges e Pasin, 2003).

Tão ou mais importante que os aspectos contratuais é a transparência, necessária durante toda a execução do Projeto, de tal maneira a facilitar o acompanhamento de limites, como os previstos na lei de responsabilidade fiscal, e facilitar a fiscalização pelos órgãos competentes (Borges e Pasin, 2003).

2. A ATRATIVIDADE DAS PPP

A parceria público-privada é regida pela Lei Federal 11.079/2004 e por leis estaduais, como a Lei Distrital 3.792/2006, e municipais, e é viabilizada mediante contrato administrativo, com delegação de atividades para atender interesse público ou para explorar obra pública (Niebuhr, 2007 apud Neto, 2003). O contrato pode ser firmado em duas modalidades, patrocinada – quando houver contraprestação ao parceiro além da tarifa cobrada dos usuários – ou administrativa – quando a Administração Pública é usuária direta ou indireta do contrato.

Quando as taxas de retorno do capital não são atrativas, adota-se a modalidade patrocinada, a fim de assegurar ao parceiro privado o retorno do capital investido, mediante a cobertura da diferença pelo Estado, até tornar o empreendimento atrativo e competitivo (Pasin e Borges, 2003).

Diferentemente do que ocorre na concessão tradicional, em que o ente privado é remunerado com as tarifas do serviço que presta, na PPP o Estado arca com parte ou com a totalidade da remuneração. Esse pagamento não ocorre de imediato – como ocorre na terceirização ou na empreitada de obra – mas depois que a obra e o serviço já estão disponibilizados, de tal maneira a pagar paulatinamente esse valor. A PPP é uma alternativa para a falta de caixa para investimentos e para o esgotamento da capacidade de contrair novas dívidas pelo governo (Aragão, 2005).

Além da repartição de riscos inerentes à atividade, o parceiro privado é beneficiado também pela contraprestação pública como remuneração da atividade, que pode ser acrescida a uma tarifa caso o serviço ou a obra pública envolva a cobrança direta dos usuários.

É vedado o contrato de PPP que tenha como objeto exclusivamente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, sendo requisito para sua viabilização um prazo de duração prolongado – mínimo de 5 anos – e valor econômico vultoso – mínimo de R\$ 10.000.000,00.

A remuneração da Administração Pública nos contratos com os parceiros pode ser feita por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos perante a Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, e outros meios admitidos em lei. Além disso, o contrato pode prever o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho do agente privado, conforme metas e padrões definidos contratualmente.

Pasin e Borges (2003) elencam algumas das vantagens desse formato de contratação pública, sendo essas a obrigatoriedade de definição de objeto e metas pelo poder público, resultados superiores àqueles provenientes da atuação direta do Estado, a possibilidade de cobrança de tarifas socialmente justas, mesmo que envolvam suporte estatal, maior comprometimento por parte do agente privado com o serviço prestado, possibilidade de captar montantes expressivos de recursos, tudo isso, mediante regulação e fiscalização pública.

No que se refere ao vislumbre das áreas em que pode ser celebrada uma PPP, não há indicação na Lei 11.079/2004, mas sim a definição pelo governo dos serviços considerados prioritários para execução nesse regime, além da vedação de que a delegação se dê nas funções regulatórias, jurisdicionais, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Podem ser firmadas PPPs em áreas de saneamento, sistema carcerário, transportes e mobilidade urbana, portos, aeroportos, rodovias, ferrovias, defesa, parques nacionais, educação, saúde, entre outros.

O município do Rio de Janeiro tem como exemplos a parceria com a operadora da Linha Amarela, para projetos ambientais de controle de enchentes nas suas margens, a garagem-estacionamento na Cinelândia e a construção das vilas olímpicas destinadas aos Jogos Pan-Americanos de 2007. (Pasin e Borges, 2003, p. 182)

As PPP podem ocorrer no formato de projetos pequenos (hospitais e escolas), médios (redes de saneamento e esgotamento municipais) ou grandes (rodovias, hidrovias ou ferrovias), mas seu sucesso depende também de vontade política, do nível de complexidade e do nível de

envolvimento das comunidades locais, podendo ser útil em uma região e inviável em outras (Pasin e Borges, 2003).

3. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Antes de celebrar o contrato de PPP, deve ser constituída uma sociedade de propósito específico - SPE para a gestão do objeto celebrado. Essa é uma determinação da Lei 11.079/2004, em que também está prevista a necessidade de que a SPE obedeça a padrões de governança corporativa e apresente contabilidade e demonstrações financeiras. É vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital social votante da SPE, exceto no caso de aquisição da maioria do capital quando houver inadimplemento de contrato de financiamento em que a instituição financeira seja controlada pelo Poder Público e detentora do crédito de financiamento do projeto.

É necessária certa dose de empreendedorismo para se assumir a gestão de uma SPE. Elas são sociedades empresárias comuns e não constituem um tipo societário próprio, mas sim uma organização associativa, entre pessoas físicas ou jurídicas, formando uma espécie de acordo para a exploração de uma atividade econômica (Júnior, 2016). Essa associação deve adotar um tipo societário específico – sociedade limitada, sociedade anônima, ou outro tipo previsto em lei – com objeto social delimitado e escrituração contábil próprios, para implantação e gestão do objeto da parceria, podendo, em alguns casos, ter prazo de existência pré-definido (Castro, 2014).

A constituição da SPE é relativamente simples e é firmada mediante contrato ou estatuto social celebrado entre os sócios (a partir do levantamento dos documentos das empresas sócias, tais como contratos sociais, procurações etc.). Provida de sua personalidade jurídica, a SPE passa a estar passível de responder pelos seus direitos e obrigações, inclusive em juízo, nos termos do objetivo para o qual foi constituída (Castro, 2014).

Para evitar problemas legais, é importante que no contrato social conste de maneira clara os objetivos da empresa. É necessário também designar um administrador, definir poderes e obrigações dos sócios, quórum para votações, e definições quanto à retirada dos sócios e a distribuição de lucros (Castro, 2014). Entre suas funções está a de evitar a confusão patrimonial entre a SPE e as empresas que integram o seu quadro societário, impedindo que os ativos e as receitas dos serviços da PPP sejam utilizados em outros negócios das empresas sócias da SPE (Castro, 2014).

Diferentemente dos consórcios, a SPE pode adquirir bens móveis, imóveis e participações e, a depender da envergadura do projeto, a SPE pode ser formada somente por microempresas e empresas de pequeno porte, caso não sejam optantes do Simples Nacional, conforme artigo 56 da Lei Complementar 123/06, o Estatuto que rege as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte MPE (Castro, 2014).

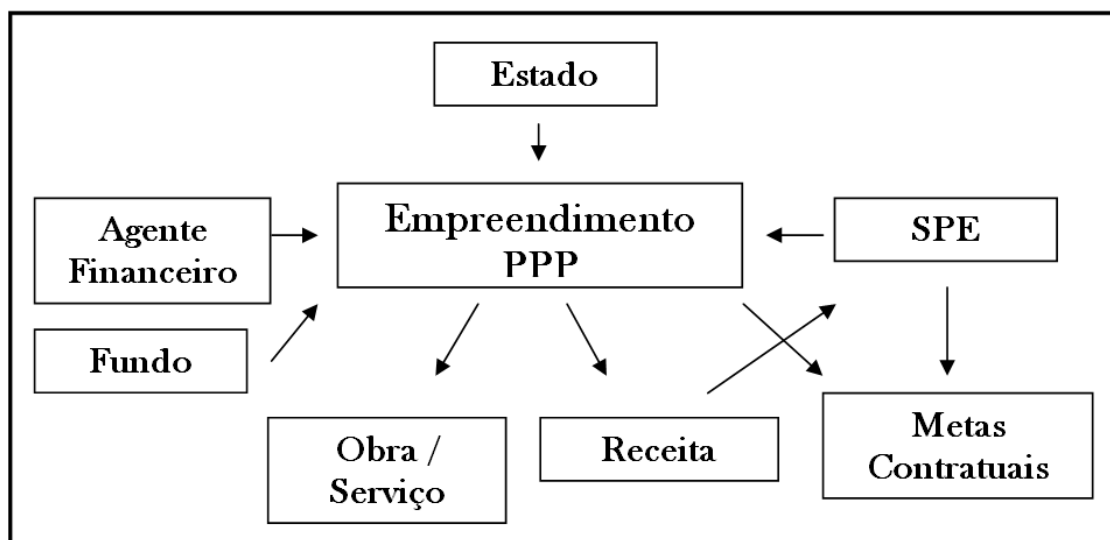
De acordo com a referida lei, o microempreendedor individual tem limite anual de faturamento de até R\$ 81.000,00, a microempresa limite de até R\$ 360.000,00 e a empresa de pequeno porte limite de entre R\$ 360.000,00 e R\$ 4.800.000,00 (limite máximo que pode ser extrapolado por receitas adicionais de exportação). Diante disso, um contrato de PPP no valor de R\$ 10.000.000,00 por um prazo de 5 anos poderia ser perfeitamente cumprido por

duas microempresas e duas pequenas empresas, por exemplo. Essa seria uma oportunidade ímpar para o engajamento e o fortalecimento de pequenos empresários com empreendimentos da esfera pública.

Empreender em projetos de PPP é uma oportunidade que começa no momento em que se vislumbra em um edital ou em um procedimento de manifestação de interesse (Decreto nº 8.428/2015) uma oportunidade no ramo de atuação das empresas interessadas, que devem apresentar proposta compatível e constituir uma SPE para a consecução da atividade, caso sejam vencedoras do certame. O sucesso do empreendimento implica em iniciar e concluir as atividades pactuadas, mantendo-se o desempenho previsto em contrato e atendendo aos normativos das instituições fiscalizadoras.

O Estado viabiliza a PPP, que é gerida pela Sociedade de Propósito Específico a fim de garantir a perfeita execução contratual e o alcance de metas e receitas. Importante ressaltar que os fundos garantidores e o suporte de agentes financeiros asseguram caixa para a manutenção das atividades do empreendimento, principalmente nas fases de maior criticidade operacional.

Figura 1: Ilustração gráfica das relações existentes na execução de PPP



Fonte: Elaborado pela autora.

4. REGISTRO CONTÁBIL PELO ENTE PÚBLICO

Na estrutura da PPP existem dois módulos distintos a serem observados contabilmente, aquele referente às atividades contratadas e executadas – cujo desempenho é avaliado por órgãos de controle estatais – e aquele da SPE, que envolvem o conjunto de empreendedores associados e que aferem e acompanham seus próprios resultados a fim de garantirem retornos lucrativos e atenderem as legislações fiscais.

O registro contábil da SPE é independente daquele de seus sócios (Júnior, 2016), e o tipo societário escolhido é o que definirá suas obrigações. Se for uma Sociedade Limitada, segue a Lei 10.406/2002 e se Sociedade Anônima, a Lei 6.404/1976.

O ente público, por sua vez, deve apresentar demonstrações contábeis de acordo com o previsto na Portaria STN nº 614/2006, que estabelece normas para a consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPPs, além de seguir os princípios fundamentais de contabilidade, atentando-se que o registro contábil dos entes públicos deve refletir a essência de sua relação econômica com as SPE.

5. DESEMPENHO FINANCEIRO DAS PPP

O desempenho das PPPs em âmbito federal, estadual e municipal é acompanhado, no decorrer do exercício, pelos órgãos de controle. Todavia, interessa-nos, neste momento, analisar o desempenho da SPE, alterando-se a perspectiva de análise, a fim de capturar nuances acerca das vantagens de se empreender em uma SPE, optando-se, para isso, na utilização dos índices de liquidez e endividamento.

Tabela 1: Índices de Liquidez Corrente e Endividamento para avaliação financeira do desempenho da PPP.

ÍNDICE	FÓRMULA	ANÁLISE DO ÍNDICE
Liquidez Corrente	$\frac{\text{Passivo Circulante}}{\text{Ativo Circulante}}$	Envolve direitos de curto prazo (Caixas, bancos, estoques, clientes) e dívidas de curto prazo (Empréstimos, financiamentos, impostos, fornecedores).
Resultado maior que 1: Demonstra folga no disponível para liquidação de obrigações. Resultado igual a 1: Direitos e obrigações a curto prazo são equivalentes. Resultado menor que 1: Não há disponibilidade suficiente para quitar as obrigações a curto prazo.		
Endividamento	$\frac{\text{Passivo Exigível (PC + PñC)}}{\text{Ativo Total}}$	Indica o grau de utilização de capital de terceiros, exigível, sobre o ativo da empresa, expresso em percentagem.

Fonte: Elaborado pela autora.

6. CASO CENTRAD

Este estudo de caso se propõe a analisar as variações nos índices de liquidez e de endividamento da SPE Centrad. Para isso, serão utilizados os demonstrativos financeiros contidos nos Relatórios de Auditoria Independente, dos exercícios de 2009 a 2016, contendo ao final uma breve discussão acerca das variações nos índices no decorrer dos anos e suas correlações com a atual situação da SPE e da PPP, que tem como partes o GDF, a Secretaria de Obras e a Concessionária do Centro Administrativo do DF S.A. – CENTRAD. A Centrad S. A. é uma holding, que tem como acionistas a Odebrecht e a Via Engenharia, cada uma com 50% do negócio.

A PPP foi firmada na modalidade de concessão administrativa, para a construção, operação e manutenção do centro administrativo do DF, destinado à utilização por órgãos e entidades da administração direta e indireta integrantes da estrutura administrativa do GDF. Entre os serviços estabelecidos na PPP estão operação e manutenção dos sistemas elétrico

e hidráulico, manutenção predial, segurança, limpeza, serviço de copa, jardinagem e brigada de incêndio. Esta é uma infraestrutura para abrigar funcionários da administração pública, com objetivo de reduzir as despesas do GDF com serviços terceirizados e gastos próprios, e aumentar a eficiência com a proximidade de alocação do espaço.

A primeira fase do contrato assinado em 08/04/2009 foi firmada no valor de R\$ 47.861.301,60 e com prazo de execução de 12 meses, enquanto a segunda fase foi pactuada no valor de R\$ 3.047.520.000,00, com prazo de execução de 240 meses, e vigência de 22 anos.

O Centro Administrativo do DF está localizado próximo à Taguatinga, Ceilândia e Samambaia, e ocupa uma área de 180 mil metros quadrados. Pretende-se abrigar no espaço governadoria, dez secretarias de governo, centro de convivência, sistema de atendimento ao cidadão e estacionamento. Existe ainda a previsão de um centro de convenções e um shopping center no local.



Imagem do Centro Administrativo do DF.

Atualmente a continuidade operacional da SPE Centrad está incerta, devido a alegações de desequilíbrio contratual tendo em vista modificações unilaterais impostas pela Administração, e contínua inadimplência do Poder Concedente. Sabe-se que, desde 2014, estão em andamento investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal, parte da Operação Lava Jato, que envolvem empresas e executivos do Grupo Odebrecht, ainda que, conforme divulgado, a parcela societária das empresas na Centrad não tenha sido objeto de mandado de busca e apreensão.

Por outro lado, o Poder Público tem realizado apurações, em que afirma a existência de falhas de planejamento que comprometeram “o espírito e a essência” dessa PPP, pois resultaram de desequilíbrios em desfavor da Administração, entre outras irregularidades, de tal maneira que recomendaram aos entes responsáveis a declaração de nulidade do procedimento licitatório e do contrato firmado.

Com base nos demonstrativos financeiros contidos nos Relatórios de Auditoria Independente, nos exercícios de 2009 a 2016, foi feito o cálculo de liquidez e endividamento registrados na execução do contrato.

Tabela 2: Índices de liquidez corrente e endividamento da Centrad (2009/2013).

Valores em R\$

	Passivo Circulante	Ativo Circulante	Liquidez	Passivo Exigível	Ativo Total	Endividamento	Comentários
2009	12.897	5.164.651	0,0025	12.897	5.230.737	0,25%	Integralização de capital de R\$ 6.200.000 e registro de prejuízo de R\$ 982.160.
2010	1.323.972	4.939.135	0,268	1.323.972	5.001.680	26,47%	Registro de prejuízo de R\$ 1.540.132
2011	65.000	1.527.000	0,0426	1.145.000	1.807.000	63,36%	Registro de prejuízo de R\$ 3.016.000
2012	867.000	1.554.000	0,558	4.072.000	1.859.000	219,04%	Registro de prejuízo de R\$ 2.875.000
2013	17.186.000	97.019.000	0,1771	477.862.000	604.071.000	79,10%	Registro de lucro de R\$ 7.671.000.

Fonte: Dados contidos nos relatórios dos auditores independentes sobre as demonstrações financeiras, dos exercícios de 2009 a 2013.

Os resultados observados nos cinco primeiros anos de execução não são considerados ideais. Os índices de liquidez demonstram insuficiência no disponível para quitar obrigações de curto prazo, enquanto o endividamento tem considerável presença de capital de terceiros em relação aos ativos da empresa, nos anos intermediários, com uma possível tendência de queda a partir do último ano observado.

Inúmeros aspectos desse contrato vêm sendo objeto de questionamentos por parte da controladoria do DF, do Tribunal de Contas do DF e do Judiciário. Todavia, este artigo limitou-se à análise de dois índices financeiros com o fito de ilustrar os aspectos que impactam a aprovação do projeto de PPP e o bom funcionamento de uma SPE, que, em linhas gerais, é um instrumento de aquecimento econômico e que favorece o empreendedorismo no país.

Também cabe pontuar que as irregularidades apontadas contra o ente privado e contra o ente estatal desfavoreceram o andamento da PPP, pois interrompem o fluxo de maturação do negócio – em relação ao ciclo maturação *versus* risco – o que, por fim, terminou por paralisar o empreendimento na fase em que o nível de risco tenderia a decrescer devido ao início das atividades. Em outras PPPs, no modelo patrocinado, seria o momento em que as operações passariam a ser abastecidas com a receita do público.

Cabe ressaltar que o risco na execução da PPP tende a diminuir com a passagem do tempo (Pasin e Borges, 2003). Durante a implantação das operações o risco é bastante elevado, considerando-se o baixo nível de receitas, enquanto que a partir do início das operações o risco é atenuado tendo em vista um nível experimental de receitas. Com as operações em andamento, com o passar dos anos, o risco tende a ser mitigado devido ao domínio e conhecimento das receitas operacionais, que podem ser crescentes, estabilizadas ou mesmo estar em queda.

O caso estudado, apesar de ser de grandes proporções, facilita compreender a importância do planejamento e controle das atividades da PPP, a fim de evitar situações semelhantes, que terminam por trazer prejuízos ao Estado, à iniciativa privada e ao mercado em geral, que perde oportunidades de negócios, geração de renda, de empregos e de serviços públicos mais modernos e eficientes para a sociedade.

CONCLUSÃO

Utilizou-se um exemplo mais polêmico, a fim de ilustrar nuances variadas de uma contratação de PPP. Todavia, como se pôde observar, a PPP pode ser gerida por empresas de menor porte em contratos menores. Por isso, mesmo com políticas governamentais mais austeras, com contenção de gastos públicos, é possível acreditar em reservas orçamentárias para o estímulo às PPPs em setores que suportem empreendedorismo de menor porte.

Além disso, o aprimoramento das contratações no modelo de PPP favorece o mercado e tem impacto positivo na política fiscal do governo, que afeta a demanda agregada - consumo, investimento, gastos públicos e exportações - e o nível de produto da economia, mediante o investimento em setores prioritários. Paralelamente, estimula o empreendedorismo no seara pública.

Pode-se observar que as SPE constituem uma opção interessante para se empreender, uma vez que são variadas as áreas em que se pode implementar uma parceria, existindo inclusive canais para o recebimento de sugestões para novas PPP disponibilizados por determinados entes.

A injeção de capital público em empreendimentos implementados pelo setor privado, com as vantagens mencionadas, como maior eficiência, risco compartilhado e desafogamento da máquina pública, constitui um promissor estímulo econômico, como foi o caso do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, de maiores proporções, executado a partir de 2007, em benefício do mercado e da criação de emprego e renda, além do próprio enriquecimento estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas - PPP's no Direito Positivo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo - FGV v. 240. Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO, David Accioly de. **A intervenção do Estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica**. Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 2015.

CASTRO, Luiz Humberto de. **Sociedade de propósito específico**. Série Empreendimentos Coletivos. Brasília: Sebrae, 2014.

FIRMINO, Sandra. **Os Novos Arranjos Institucionais na Governança Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas. Estudo comparativo entre o Sul e o Norte da Europa.** Revista da Associação Portuguesa de Sociologia. p. 389 - 422. Sociologia Online, nº 2, Abril de 2011 .

JUNIOR, Sergio Fernandes. **Sociedade de Propósito Específico e o Simples Nacional.** Contábeis, o site da profissão contábil. Disponível em <http://www.contabeis.com.br/artigos/3665/sociedade-de-proposito-especifico-e-o-simples-nacional/> . Acessado em 07/07/2018. Publicado em 12/12/2016.

NETO, Cid Pedroso. **A utilização das parcerias público-privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro.** Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

NÓBREGA, Marcos. **Riscos em Projetos de Infraestrutura: Incompletude Contratual Concessões De Serviço Público e PPPs.** Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 36, out-dez 2013.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti e BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública.** Rio de Janeiro: Revista do BNDES, v. 10, n. 20, p. 173-196, Dez. 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar, et al. **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.** São Paulo: IFC, 2015.

RIBEIRO, Luís Reis. **Peso das PPP nacionais no PIB é de 10,8%, o maior da União Europeia.** Diário de Notícias, Sessão Dinheiro. Disponível em: <https://www.dn.pt/dinheiro/interior/peso-das-ppp-nacionais-no-pib-e-de-108-o-maior-da-uniao-europeia-9214002.html> . Acessado em 30/05/2019. Publicado em 26/03/2018.

ROCHA, Alexandre Pereira da. **O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal.** Universidade de Brasília, Programa de Mestrado em Ciência Política. Brasília, 2006.

ROSS, S.A., WESTERFIELD, R.W. E JORDAN, B.D. **Princípios de Administração Financeira.** São Paulo, 2002. Editora Atlas, segunda edição.

SALVADOR, Nuno António Moura. **Parcerias público-privadas e a reforma do sistema prisional.** Universidade de Aveiro. Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas. Portugal, 2004.

SOARES, F. **Economia Brasileira, da Primeira República ao Plano Real.** Editora Campus, 2012.

* Autor desconhecido. **Utilização de Índices como instrumentos de análise financeira: estudo exploratório das empresas de carnes e derivados.** 3o Congresso UFSC de Controladoria e Finanças. Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/webroot/anais/3CCF/20090719235441.pdf> . Acesso em 18/05/2018 .

LISTA DE FIGURA:

Figura 1: Ilustração gráfica das relações existentes na execução de PPP

LISTA DE TABELAS:

Tabela 1: Índices de Liquidez Corrente e Endividamento para avaliação financeira do desempenho da PPP.

Tabela 2: Índices de liquidez corrente e endividamento da Centrad (2009/2013).

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/14

Mário Hermes da Costa e Silva¹

RESUMO: O objeto do presente artigo é a análise da Lei 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1584 e 1.634 do Código Civil. Diz respeito à guarda compartilhada e suas implicações no Direito de Família. Far-se-á também análise sintética do instituto jurídico sob o prisma jurisprudencial e suas origens no Direito comparado, notadamente na Inglaterra, França e Estados Unidos da América. Por fim, conclui que a guarda compartilhada é benéfica para os pais e filhos, desde que aplicada com base em provas produzidas no processo judicial.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Direito de Família. Direito comparado. Prova judicial. Melhor interesse dos filhos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda um assunto muito importante para vida social porque se refere a um bem fundamental: o ser humano em sua formação. Isto é, a guarda dos filhos menores, atingindo principalmente a criança e o adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional, possibilitando o entendimento e a relevância de sua aplicabilidade na esfera do ordenamento jurídico brasileiro.

O interesse pelo tema tem origem na finalidade de entender de que maneira, com a evolução do direito de família e a transformação dos valores sociais, a guarda compartilhada poderia fazer parte da opção da família brasileira, em virtude de a mesma não ter surgido com o intuito de acabar com outros modelos, mas para atender ao interesse do menor, que é a parte mais sensível em um processo judicial de rompimento da sociedade conjugal ou da dissolução da união estável.

O modelo de guarda unilateral não é ideal para atender às necessidades dos filhos. Por isso, procurou-se um paradigma, que, dependendo da cooperação dos pais, pode ser considerado melhor.

Além de operadores do direito, os quais poderiam aprender mais sobre este sistema e até mesmo incentivá-lo, muitos pais, que estão passando por situação abordada no presente trabalho também podem ter um genuíno interesse em ler o artigo.

O presente trabalho é útil também aos universitários, com finalidade de servir como base para o enriquecimento cultural, podendo inclusive explorar pontos não discutidos no decorrer desta pesquisa.

Na elaboração do Artigo buscou-se um tema na área de Direito de Família, sendo este assunto palco de discussões atuais no âmbito do Poder Judiciário e por não ser pacífico o entendimento jurídico, cabível uma análise sobre a guarda compartilhada conforme a novel lei 13.058/14.

¹ Professor de Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Docência em Ensino Superior.

Assim sendo o presente Artigo tem por objetivo geral demonstrar que a guarda compartilhada é a melhor opção para se fixar a guarda no caso de divórcio consensual, sendo que deve sempre levar em conta o melhor interesse do menor, podendo contar com ambos os genitores em sua criação e educação.

Utilizou-se como referencial teórico a legislação esparsa no ordenamento jurídico, com enfoque anterior e posterior ao enunciado da lei 13.058/14 que alterou o Código Civil no tema pertinente à guarda compartilhada, bem como a pesquisa bibliográfica em livros, artigos eletrônicos e nas jurisprudências dos tribunais brasileiros competentes para o julgamento de causas vinculadas ao litígio familiar. Enfim, todos tratando da questão da guarda compartilhada.

Portanto, inicia-se este trabalho tendo como Metodologia de Abordagem o método dedutivo, sistematizando de forma mais prática os tópicos relacionados ao tema.

O Artigo está dividido em seis capítulos, sendo tratado em primeiro momento a abordagem do poder familiar por meio da origem e a evolução histórica da família, o conceito de entidade familiar e o poder familiar sob o prisma da constituição federal, código civil e estatuto da criança e do adolescente; em seguida, no segundo capítulo, será abordado a guarda e proteção dos menores com a sua definição, os critérios para determinação da guarda e suas principais modalidades; no terceiro capítulo, será estudado o instituto da guarda compartilhada por intermédio do surgimento da sua necessidade, a guarda compartilhada, a evolução do instituto no direito internacional e brasileiro.

Por fim, o capítulo 4.3 e 5 explanarão acerca das vantagens e desvantagens da aplicabilidade do modelo da guarda compartilhada, bem como as novidades sobre o instituto com base na Lei 13.058/14 que alterou o Código Civil. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça também são analisadas.

1. HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

1.1 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Ao longo da história, sempre se atribuiu à família funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política e econômica. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos, religiosas e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico na medida em que a rígida estrutura hierárquica era substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.

Os poderes conferidos aos chefes de família não eram puramente domésticos, havendo uma unidade política, religiosa e econômica. Daí se extrai a amplitude e soberania do poder patriarcal em Roma, onde o *pater familiae* exercia, exclusivamente, para si e em seu proveito, as funções de sacerdote, de juiz, de chefe e administrador absoluto de seu lar.

O termo “família” origina-se do latim *fâmulos*, correspondendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. Entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e os filhos. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus *fâmulos*: esposa, filhos, servos livres e escravos.

A expressão família apenas servia para qualificar um ramo do direito: o direito de família. Aparece, porém, o termo da Constituição de 1988, art. 226, para dizer que a família enquanto base da sociedade, constituída pelo casamento e vínculo dissolúvel, está sob especial proteção do Estado.

A família, na sua fase pós-romana, recebeu a contribuição do direito germânico, compreendendo a espiritualidade cristã e diminuindo seu grupo familiar, ficando limitado aos pais e filhos, assumindo um cunho sacramental. Esta conclusão é referente aos estudos realizados por CAIO MÁRIO.

O poder familiar era absoluto, sem limites e exercido exclusivamente pelo varão. Já outra linha doutrinária diz que a origem da família se baseia em outras duas teorias: a matriarcal e a patriarcal.

A Carta Magna de 1988 deu as linhas mestras de alguns princípios do direito de família, colocando o ser humano no centro do ordenamento jurídico, consolidando o princípio da dignidade humana, como valor maior, cujo respeito se impõe como ideal estrutural da República.

O respeito à dignidade humana é o fundamento da família, pois garante o pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros, tanto homens e mulheres, quanto idosos, crianças, adolescentes, estendendo, inclusive, essa proteção aos embriões, aos nascituros e a filiação sócioafetiva.

1.2 O CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR

A família não pode ser vista em sentido muito amplo, porque pretende trazer para seu seio parentes distantes, muitas vezes sem o menor compromisso com os anseios e preocupações de outra parte da mesma. Mas também não pode se limitar apenas ao conjunto de pessoas formado pelos pais e filhos, excluindo avós, tios e outros parentes, com vínculos de sangue ou não, que também se identificam com aquele núcleo. Necessário estabelecer-se um meio termo capaz de identificar os membros mais próximos, ou não, que realmente se interagem, se preocupam e se apresentam para tentar ajudar a construir o objetivo comum em prol da mesma. Daí, o conceito de formação da família, não apenas por laços consanguíneos mas também por vínculo sócio afetivo.

O poder familiar é exercido pelos pais quanto à pessoa dos filhos, competindo a eles, enquanto os filhos não atingirem a maioridade civil ou por outra causa, determinada pela legislação, dirigir-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade até à maioridade ou cessação da incapacidade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A constituição da família é uma consequência natural do ser humano, visto que o homem é uma das raras espécies que nascem com a mínima ou nenhuma condição de sobrevivência. Daí a autoridade dos pais sobre os filhos, em função dos cuidados especiais que estes demandarão por muitos anos até estarem prontos para “seguirem sozinhos suas vidas”.

O Estado, com o objetivo de evitar o abuso dessa autoridade por parte dos pais, submete o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle.

Atualmente, a chamada entidade familiar não se caracteriza tão somente pela formação em decorrência de laços sanguíneos, mas também por relações estabelecidas pela adoção, união estável, união homo afetiva, casamento, *multiparentalidade*, devido à revisão dos valores as quais a sociedade vivencia e a jurisprudência acompanha.

Modernamente, o poder familiar despediu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística. Outrora, o poder familiar representa uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão dos pais para criar o filho.

Pode-se observar claramente esse novo conceito ao deparar com a Lei 10.406/2002 do novo Código Civil, onde é bastante clara a figura da união estável como uma forma de entidade familiar:

O Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias. No século XXI, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção dos pais e seus descendentes (art.226, CF). Estas de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

Com a modernização do direito, o pátrio poder foi expandido da hipótese-padrão, ou seja, quando pai e mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial, sendo ambos plenamente capazes, nesta circunstância o poder pátrio é simultâneo.

1.3 O PODER FAMILIAR SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes mesmo de exercer um pátrio poder, os pais têm o pátrio dever constitucional de prestar assistência aos filhos. Para tanto, o Estado utiliza uma gama de leis e dispositivos legais, possibilitando a fiscalização dessa função, ou seja, permitindo aos pais o exercício dos deveres de educação e criação da prole, desde que tenham sua companhia e guarda.

Tal função poderá ser facilmente observada nos seguintes dispositivos: artigos 1634, I do CC, 22 do ECA e 229 da CF, onde o Estado obriga os pais ao exercício de seus deveres.

Apesar de tais deveres parecerem simples e fáceis de serem cumpridos, a cada dia esses se mostram mais complexos, pois, se pensar no quanto é árduo o trabalho de agregar valores na educação, voltada ao desenvolvimento da pessoa humana, englobando o desenvolvimento físico, intelectual, psicológico, espiritual, religioso, entre vários outros, sendo das principais razões para se terem ambos os pais nessa tarefa. O Código Civil de 1916 mostra em seu corpo. Essa tarefa é exclusiva do pai, a figura da mãe era admitida esporadicamente. Já a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, concedeu a mãe à condição de colaboradora do pai na relação parental. Algum tempo depois, com a Lei 6.515,

de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 27, observou-se que existia a figura do pai e da mãe como titulares do direito parental.

Com as modificações do Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002), foi possível a observação de cair por terra aquela prevalência de um dos genitores para ser guardião, ou ainda, núcleo do poder familiar, em relação ao menor. Nessa linha de raciocínio, na compreensão do ditame constitucional, a igualdade do marido e da mulher, em direitos e deveres, referente à sociedade conjugal, não se limita a relação bilateral, projetando-se em todas as relações familiares e a outras que com elas se inter-relacionem pelas repercussões decorrentes, notadamente às suas condições de pai e mãe que, por tais qualidades, também assumem, em igualdade, os direitos e deveres em relação aos filhos.

Ainda em relação ao Novo Código Civil, a denominação “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”. E isto se repetiu nos poderes conferidos aos cônjuges, que em vez de pátrio poder, se falasse em “poder familiar”, que é uma expressão mais justa e adequada. Portanto os pais exercem esse poder em função dos interesses da casa e da prole.

Com o ECA (Lei 8.069/90), que segue a “doutrina da proteção integral”, baseado no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, em seu artigo 21, tem-se bastante nítida a ideia de que aos pais cabem essa missão de assistência, criação e educação dos filhos.

Tal conceito deve ser considerado de maneira isonômica entre os genitores, observando-se algumas características importantes, como uma missão confiada a ambos os pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção até a idade adulta. É função exercida no interesse dos filhos. É mais um múnus legal do que propriamente poder.

O pátrio poder apresenta características bem marcantes: a) é um múnus público, id est, uma função correspondente a um cargo privado (direito-função ou poder-dever); b) é irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão; c) é inalienável: não pode ser transferido pelos pais a outrem, salvo em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (verbi gratia, na adoção e na suspensão do poder dos pais); d) é imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo; somente poderá o genitor perdê-lo nos casos previstos em lei; e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do artigo 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dispositivo do artigo 226, Parágrafo 5º da CF confirma o explanado em relação aos filhos, de maneira que, por exemplo, em caso de viagens ao exterior a autorização deve ser do pai e da mãe.

2. A GUARDA E PROTEÇÃO DOS MENORES

2.1 A DEFINIÇÃO

O conceito de guarda está previsto no direito brasileiro e encontra seu respaldo na Lei 6.515/77, no Código Civil e no ECA. Em todas suas definições é possível observar um grande valor de proteção, preservação do menor que deve ser educado, assistido material e moralmente, para que assim tenha a idade adulta de maneira mais saudável, podendo galgar uma vida digna e com princípios adquiridos ao longo dos anos.

Guarda é sustentar, dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.

A principal característica da lei e da doutrina é a incondicional proteção e bem-estar do menor, que por si é naturalmente indefeso e precisa de todo amparo. Para isso é necessário que a guarda seja entregue a terceiros diferente dos genitores.

2.2. OS CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA

No ambiente familiar, quando mãe e pai estão juntos, com os mesmos objetivos, os mesmo ideais, ambos são responsáveis pela criação e educação dos filhos menores, de maneira que não se faz necessário levantar questões referentes à guarda dos filhos. Todavia, essas questões passam a ser suscitadas a partir da primeira discordância ou da primeira divergência de pensamento, tão logo ocasiona uma separação.

De acordo com o Código Civil anterior a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, seu artigo 1.584, após a decretação da separação judicial, sem haver algum acordo quanto à guarda dos filhos, esses devem permanecer com quem oferecer melhores condições de exercê-la, ou seja, é bastante evidente a preocupação em priorizar o bem estar do menor, sobrepondo seus interesses em relação aos dos pais.

Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores. Nesse sentido, alguns critérios para determinação da guarda devem ser analisados como o interesse do menor, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, a opinião do menor, comportamento dos pais, interesse do menor.

O princípio do interesse do menor é basicamente um dos requisitos mais importantes, visando ao atendimento do interesse do menor em todos os sentidos, tratando cada caso de maneira diferente, observando suas peculiaridades, suas particularidades e seus diferenciais.

De acordo com o artigo 1.586 do CC e artigos antecedentes, o juiz poderá decidir que maneira será conveniente ao menor. Quanto a idade e sexo, com o advento do novo Código Civil, essa questão não mais faz parte da discussão pela determinação da guarda, tendo em vista que de absoluta relevância é o interesse do menor, tornando-se então irrelevante a questão de idade e sexo.

É certo que na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda será deferida pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade.

Do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, formando com ela um par, da qual se discrimina e da qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica. A respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

No que diz respeito à guarda de Irmãos juntos ou separados, não é aconselhável separar a parte da família. Separar irmãos causaria grande rompimento na afetividade, solidariedade e

união. Tal critério perderia a razão de existir quando há grande divergência de idade entre os irmãos, onde cada qual desenvolve diferentes tarefas. Quando não for possível a união desses irmãos, é recomendável amplo regime de visitas.

A opinião do menor: segundo a Convenção dos Direitos das Crianças, esse critério deve ser observado quando da idade e da maturidade dos menores, visto que não pelo raro encontrar pais que diante da separação façam promessas aos filhos menores, na expectativa de manifestarem opinião favorável a um dos genitores.

O comportamento dos pais deve levar em consideração o interesse do menor, que é condição básica para se definir a guarda dos filhos menores. Dessa maneira, seria inevitável observar também o comportamento dos pais, seja no âmbito material, envolvendo renda, profissão, habitação. Seja no âmbito moral, englobando convívio social, idoneidade, caráter, entre outros.

Em todos os critérios para determinação da guarda, é observada grande preocupação com o real bem-estar dos filhos menores e nesse princípio, baseia-se toda estrutura do legislador e do julgador, para a prioridade única ser o interesse dos genitores.

2.3. AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE GUARDA

A doutrina brasileira, apresenta classificação das modalidades de guarda, que resumidamente pode ser entendida como guarda comum, desmembrada e delegada; guarda originária e derivada; guarda de fato; guarda provisória e definitiva; guarda única; guarda peculiar; guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários; guarda jurídica e material compartilhada; guarda alternada, aninhamento ou nidação; guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta.

Apesar de tal classificação ser bastante aceita ressalta-se que para o direito brasileiro a guarda, seria única ou monoparental, bem como guarda compartilhada.

Para que o interesse do menor esteja sempre resguardado, foi necessária a instituição de um modelo de guarda adequado à atual sociedade, suprimindo as deficiências dos modelos, isto é, um paradigma em que os genitores exerçam efetiva e conjuntamente seus deveres em relação à sua prole.

3. O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1. O SURGIMENTO DA NECESSIDADE DO INSTITUTO

A aparição do instituto nasce com a ruptura da relação conjugal. A sociedade que já não é a mesma, encarando de maneira aquém o preconceito e com mais naturalidade tal fato, dispensa demasiadas justificativas, evitando conflitos que venham a repercutir na pessoa dos filhos.

O poder familiar é um instituto de caráter eminentemente protecionista com mais deveres do que direitos para os pais em relação aos filhos menores de idade. É uma matéria que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público.

Dentro do princípio da paridade de gêneros, os titulares do poder familiar são o pai e mãe.

A separação judicial, divórcio e a dissolução da união estável do casal não podem alterar o poder familiar dos genitores. Na realidade, a atribuição automática da guarda à mãe nem sempre atende ao melhor interesse da criança, e muitas vezes, a guarda é atribuída à mãe, por entender que esta possui uma posição mais adequada para criação e educação dos filhos, mesmo nas situações mais diversas.

Até a década passada, quase que a totalidade dos pais aceitavam a função de provedor material a eles atribuído sem cogitar qualquer questionamento em relação aos parâmetros estabelecidos pela sociedade.

Hoje, vislumbram-se importantes mudanças com homens e mulheres, questionando as posições tradicionalmente a eles atribuídas. Cada vez mais, a tendência é considerar cada caso em suas vicissitudes e particularidades, livres de conceitos ultrapassados.

O surgimento do instituto da guarda compartilhada deu-se pela necessidade da sociedade e pelo respeito à legislação vigente. Ela torna mais efetiva a interação da figura não-detentora da guarda no cotidiano de seus filhos, eliminando o rótulo de visitante ou de mero provedor, frequentemente imposto ao não-guardião.

3.2. A GUARDA COMPARTILHADA

Esse novo modelo de guarda é motivado pela crescente necessidade e desejo de ambos os genitores se unirem para a educação e criação dos filhos, de modo que não mais haverá somente um dos pais com a guarda do menor, mas uma união, a qual, apesar da ruptura da relação conjugal, não afetará a relação parental.

Uma nova corrente, diferentemente daquela, surge como o objetivo de mitigar o sofrimento dos menores. E com a ajuda da sociologia e da psicologia tenta desenvolver e melhorar o relacionamento com os filhos após a separação.

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a visão de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. A partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a ideia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.

De suma importância diferenciar a chamada guarda alternada da guarda compartilhada, tendo em vista que, na primeira os filhos alternam de residência, ora ficando com a mãe e ora com o pai. Tal forma tem sido bastante criticada e desacolhida pelos doutrinadores e pela jurisprudência com a justificativa de a alternância de residência ser prejudicial para o menor que não terá uma referência do que seja um verdadeiro lar.

Na guarda compartilhada, os filhos têm uma residência principal, onde podem ter uma efetiva referência de uma vida normal como amigos, vizinhos, escola, atividades cotidianas.

A desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneciam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios, dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional.

Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do não detentor da guarda na vida dos filhos, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes, de simples provedor financeiro.

Com esse modelo de guarda, ambos os genitores poderão conjuntamente decidir sobre vários assuntos e aspectos relativos à vida de seus filhos: religião, melhor escola, lazer, rotinas das crianças, entre outros, os quais normalmente, no caso de separação, seriam definidos somente por um dos genitores.

O maior objetivo de tal instituto é que os pais vivam intensamente a parte mais importante da vida de seus filhos, onde estes estão em plena formação de caráter, de personalidade, ou seja, é a fase que revelará o tipo de adulto que essa criança ou adolescente se tornará.

A cada dia a guarda compartilhada atrai novos olhares, inclusive de áreas científicas diferentes do direito como filosofia e psicologia, todas realmente interessadas nessa novidade que busca melhorar a situação das famílias, as quais por algum motivo se desfez.

Contudo, não se deseja que em todos os casos exista a opção pela guarda compartilhada, uma vez que nem sempre o ambiente é propício para tal. Nesse sentido, os operadores do direito têm grande responsabilidade, sendo de extrema importância conscientizar os reais benefícios e as vantagens de sua utilização.

O modelo da guarda compartilhada deve ser estudado com bastante paciência pelas partes e pelo Poder Judiciário, pois, dependendo do caso, sua aplicação pode ser aconselhada, devendo haver alternativas, sempre atendendo o interesse do menor que é a parte mais fragilizada e mais necessitada de uma efetiva proteção. Os pais são os responsáveis pelo sucesso ou fracasso desta opção.

3.3 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

3.3.1 Direito internacional

A guarda compartilhada tem influência no direito de muitos outros países, sendo o modelo preferido e mais utilizado no direito estrangeiro. As maiores contribuições de outros países ocorreram principalmente no direito inglês, americano, canadense e francês, embora outros países, como Portugal, Alemanha, Espanha, Argentina e Uruguai, também tenham relatos de tal instituto em seus ordenamentos jurídicos.

O modelo de guarda compartilhada, surgiu primeiramente no sistema jurídico da *common law*, atribuindo o pioneirismo do sistema ao direito inglês. Inicialmente, neste direito estrangeiro considerava-se que o pai era o legítimo detentor do poder familiar e detentor exclusivo da guarda dos filhos menores. Algum tempo depois, a atribuição da guarda

Convencidos de que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e segundo porque a participação comum dos genitores tende de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino.

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissod*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência

inglesa. Em 1972, a Court de Apelação da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança.

Assim, esse modelo que beneficia o interesse do menor e a efetiva participação de ambos os genitores na guarda dos menores surgiu e, quase como obrigação, ganharia o mundo propagando seus benéficos.

Na França, o novo sistema é muito bem recebido a partir de 1976 com o mesmo intuito de mitigar o sofrimento dos menores, assim como ocorreu na Inglaterra. Mais uma vez observar-se-á a busca pelo melhor interesse do menor e a consequente modernização do direito familiar estrangeiro.

O Código Civil Francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo *guarda*), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai ou filhos. Esta ideia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este ordenamento, da qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor.

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos - *care and control* - resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores - *custody*.

Nos Estados Unidos, o sistema da guarda compartilhada é bastante estimulado em vários Estados: Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnessota, Ohio, Virgínia, permitindo ser uma alternativa quanto à guarda de menores.

Presentemente, é política pública dos Estados Unidos assegurar ao menor contato frequente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança.

Hoje, a legislação de cerca de 45 unidades da federação dos Estados Unidos da América autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12, é presumida e, em outros 8, a presunção se dá por acordo de ambos os pais.

É crescente o fluxo de pais preocupados com o futuro dos filhos, sendo o crescimento de Estados, adotando o sistema da guarda compartilhada, demonstrando a solidez do instituto. Sua divulgação é bastante ampla, permitindo aos pais optarem pela preservação da relação pais e filhos, para os menores saberem que seus genitores permanecem unidos, apesar de separados.

Nos Estados Unidos da América, a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda mais crescente. As estatísticas demonstram que os pais são a ele francamente favoráveis, sob vários aspectos: autoestima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência. Os tribunais estão decidindo favoravelmente pela guarda compartilhada, pois

compreendem ser o melhor modelo de guarda para os menores, mesmo que o relacionamento do casal tenha chegado ao fim.

A questão de maior relevância é o melhor interesse do menor e o juiz considerará várias questões relativas ao menor: emocional, psicológico, etc., sendo o peso maior estar justamente em atender às reais necessidades da prole, ou seja, o juiz tem a grande responsabilidade de decidir quando a guarda conjunta ou compartilhada será a melhor opção.

Desta forma, percebe-se que a regra no exterior é o compartilhamento. A exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida.

3.3.2 Direito nacional

No direito brasileiro, não existia até o início do século XXI nenhum dispositivo legal que discipline a modalidade da guarda compartilhada e diferentemente do direito estrangeiro. Nos tribunais, somente agora é possível observar decisões favoráveis nesse sentido. Isso poderia ser facilmente resolvido, em virtude de o ordenamento jurídico brasileiro não proibir a existência de tal instituto e nem tem o objetivo de acabar com as modalidades de guarda, mas emergem com fins de soma e oferecimento de maior gama de alternativas para os pais e juristas, a guarda compartilhada.

O modelo da guarda compartilhada tem uma grande responsabilidade em sua finalidade já se estuda no país a guarda compartilhada com um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses não foram negligenciados após o divórcio ou dissolução da União Estável.

As decisões mais importantes na vida do menor, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias, o dia-a-dia, são repartidas entre ambos os genitores, ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda.

O primeiro estudo sobre a guarda compartilhada foi em 1986. O modelo começou a ser pesquisado no Rio Grande do Sul, sob o ponto de vista jurídico e psiquiátrico, envolvendo diversas áreas: educação, medicina, sociologia e psicologia.

Apesar de poucos estudos aprofundados, final do século passado, sobre a guarda compartilhada, principalmente em relação às doutrinas e jurisprudências, essa se mostra juridicamente a mesma e também não havia proibição jurídica de sua utilização.

Alguns dispositivos poderiam ser relacionados com a guarda compartilhada sem prejuízo da finalidade, como é o caso da Constituição Federal em seu artigo 5º, I referindo-se aos direitos iguais entre homens e mulheres, ou ainda do ECA, em seu artigo 16, inciso V, mostrando o direito de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

A guarda compartilhada tem a função de ajudar os pais no caso de uma inevitável separação, dando a oportunidade de os pais participarem nas decisões mais importantes na vida de seus filhos, estabelecendo o frequente contato entre os genitores e filhos, não existindo, contudo, uma divisão, visto que os filhos, assim como na guarda alternada, podem ficar um período com a mãe e outro com o pai, cuja diferença é a inexistência da fixação de dias, horas, tendo maior flexibilidade, devido à colaboração dos pais. Nesse modelo, também

tem a fixação de residência, entendendo que o menor deve ter um lugar fixo, com seus objetos, suas intimidades, enfim uma referência da sua casa.

4. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA APLICABILIDADE DO MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1. AS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é um modelo de que, diferentemente dos outros, com a alternada ou a única, propicia a efetiva participação de ambos os genitores na criação, educação e assistência aos filhos menores. Atende à real necessidade de se terem ambos os pais presentes, não somente como meros fiscalizadores com dias e horários rigidamente marcados, sem permitir consenso, afastando ainda mais quem teria sido parte de uma família, mas agregando valores e afeto na relação com os filhos.

A sociedade já não deixa espaço para os modelos extremamente rígidos e desprovidos de sentimentalismo e afeto familiar. Existe a grande preocupação com bem estar do menor, não somente no direito brasileiro como também no estrangeiro, sendo muitos países, os quais adotam o modelo da guarda compartilhada com a menor alternativa para privilegiar a convivência dos genitores com os filhos.

Os benefícios, advindos da guarda compartilhada, encontram amplo fundamento psicológico. O divórcio ou dissolução da união estável dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos e a guarda compartilhada visa à amenização de tais perdas, beneficiando a criança à proporção que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação.

No Brasil, o tipo de guarda mais utilizado ainda é a que deriva da antiga cultura familiar machista, seguindo a jurisprudência dominante, ou seja, a guarda exclusiva, quase sempre da mãe, e visitas quinzenais do pai em finais de semana alternados.

A percepção da criança quanto ao tempo cronológico é muito diferente do adulto. Uma semana para um adulto, por exemplo, pode corresponder a um mês para a criança. Trata-se de tempo suficiente para gerar na criança o medo do abandono e o desapego àquele progenitor que não detém a guarda. A doutrina e a jurisprudência entendem favorável à guarda compartilhada, como alternativa mais adequada à saúde psíquica da criança, por diminuir o tempo da ausência tanto de um quanto do outro progenitor, esse tipo de guarda garante a presença de ambos os pais na sua vida, impedindo assim a sensação de abandono e o desapego na qual se originam os sintomas.

Os processos de família lidam com pessoas e a singularidade de membro não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em relação sociais e familiares.

Depois do divórcio ou da dissolução da união estável, existe a quebra da relação diária pai, mãe e filhos. Passa-se a ter a mãe os filhos de um lado e o pai do outro lado, o qual tem que visitar os filhos com certa frequência, o que muitas vezes oscila entre o muito presente e regular ao desaparecimento total do outro.

É importante que a criança, filho de pais separados, tenha oportunidade de adaptar-se à nova vida, criando vínculo com as duas casas. Permitir-lhe o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem medo de ser abandonada.

A criança não pode perder o referencial, o vínculo, o afeto e a convivência dos pais; então, o grau de intimidade com os pais garantirá alguma segurança e permitirá que ela viva além da extensão do lar.

A verdadeira solução são os pais, responsáveis pela vida de uma criança, continuarem a entender-se para que essa criança viva a fase entre os seus dois progenitores, se possível, e possa estar a par da sua situação; para que saiba que os seus pais, embora divorciados, se sentem ambos responsáveis por ela.

Entende a moderna Psicologia que, mesmo em litígio, a guarda compartilhada é a melhor solução para os filhos, pois estes precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais.

Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aula, etc.

4.2. AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é um modelo não isento de imperfeições e a exemplo de outros modelos possui alguns fatores desfavoráveis. O modelo é mais uma alternativa para se chegar ao interesse do menor, não tendo a pretensão de ser a única solução para todos os problemas de uma família desconstituída.

O modelo da guarda compartilhada pode ter ótimos resultados quando se pode contar com o efetivo envolvimento e cooperação dos pais, porém se usado de maneira inadequada por pais cheios de mágoas e ressentimentos que não buscam preservar os filhos, poderá ocasionar estragos imensuráveis na vida de quem deveria ser protegido, levando inevitavelmente o modelo ao fracasso. Pais egoístas, contrários ao diálogo e indispostos a ceder, não podem e nem devem optar pelo modelo da guarda compartilhada, devendo alternar pela guarda única, onde será definido o genitor mais capacitado para permanecer com os filhos podendo o outro visitá-lo.

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados que não possuem o mesmo objetivo em relação a sua prole. Essa resulta em verdadeiras tragédias, cuja heresia que transforma filhos em *iô-iôs*, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra, com aquela em alguns dias da semana e com este nos demais.

Em todos os processos judiciais ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico.

Exemplos de casos em que se litigou por mais de um ano sobre qual escola para o filho, se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou da escolinha pelo pai, próxima da dele.

Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável.

Críticas são feitas ao modelo de guarda compartilhada, decorrem do fato de que se deve analisar caso a caso, sem haver imposição sob pena de aumentar o sofrimento dos filhos.

4.3. O INSTITUTO E A JURISPRUDÊNCIA

Tendo sempre como critério primordial o melhor interesse do menor, considerando que o divórcio ou dissolução da união estável são elementos frequentes da atual sociedade, a jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que os pais são capacitados para criarem e educarem seus filhos. É por isso que os tribunais são favoráveis ao modelo que mais assegura o bem-estar dos filhos.

É louvável atitude de juízes que convocam as partes, ouvem os menores e recorrem à consulta interdisciplinar. De qualquer forma, porém, nem sempre a solução judicial atende a contento o futuro de seus jurisdicionados.

A guarda compartilhada, embora seja um modelo importado de outros países, encontra-se em consonância com os princípios, vigentes no ordenamento pátrio, principalmente, na permanência do poder familiar que não finda com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores e mostra-se capaz de acompanhar a jurisdição dos diversos aspectos das modificações da realidade da vida provada dos indivíduos os quais impõe novas formas de arranjos familiares, provocando rearranjos internos, decorrentes da estrutura existente na família anterior, agora desfeita e passam a exigir dos julgadores a articulação de conhecimentos provenientes de outras áreas para dirimir os conflitos.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento jurisdicional no seguinte sentido, conforme Ementa abaixo transcrita:

Processo

REsp 1428596 / RS
RECURSO ESPECIAL
2013/0376172-9

Relator(a)

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

03/06/2014

Data da Publicação/Fonte

DJe 25/06/2014

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.

NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
7. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entende que necessário que haja harmonia entre o casal para que seja possível a guarda compartilhada, conforme a Ementa abaixo descrita:

Classe do Processo:

2014 00 2 009796-6 AGI (0009860-68.2014.8.07.0000 - Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número:

835460

Data de Julgamento:

26/11/2014

Órgão Julgador:

2ª Turma Cível

Relator:

FÁTIMA RAFAEL

Publicação:

Publicado no DJE : 02/12/2014 . Pág.: 253

Ementa:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FATOS QUE DEMANDAM A DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA.

1. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e ajuste entre os genitores, de modo que não pode ser imposta em decisão antecipatória de tutela.
2. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime.

Decisão:

NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME.

5. A LEI 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014

A guarda compartilhada com a vigência da Lei 13.058/2014, passou a ser obrigatória a partir de 23/12/14, conforme alterações no Código Civil.

A lei 13.058/14 tem embasamento em pesquisa do IBGE, disponibilizada em Dezembro do ano corrente, que apurou que foram concedidos 324.921 divórcios diretos em 2013 e registrados 1.052.477 casamentos no mesmo ano, 1,1% (11.037 casamentos) a mais que no ano anterior. Em 2013, 86,3% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres. A guarda compartilhada ainda é uma situação pouco observada no país, porém crescente, visto que o percentual de divórcios que tiveram este desfecho no que diz respeito à guarda dos filhos menores foi de 6,8%. O Pará, com 11,4%, e o Amazonas, com 10,8%, foram os estados brasileiros com os maiores percentuais de divórcios nos quais foram evidenciadas as guardas compartilhadas.

O artigo 1.583, §2º, do Código Civil consigna hipótese jurídica que exigirá do Poder Judiciário, do Ministério Público e de equipe multidisciplinar (psicólogos, pedagogos) bastante atenção, pois diz respeito a forma pela qual será dividido o tempo de convivência, tal qual se verifica pelo texto legal:

§ 2º - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

E isto é de capital importância para as partes envolvidas, pois é a base da guarda compartilhada, ou seja, o tempo de convívio entre as partes potencializa a razão de ser do instituto jurídico ora em estudo. Do contrário, aplica-se a guarda unilateral. A guarda compartilhada não é automática, exige maior compromisso dos genitores e grande capacidade de articulação com o filho(s) sobre o tempo de convivência

O artigo 1.583, §3º, do Código Civil trata de outro aspecto com características essenciais para o sucesso da guarda compartilhada:

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Onde residir a criança, quando os pais moram em cidades diferentes? E como exercer a guarda compartilhada em locais geograficamente distantes? Se um filho gosta mais do convívio com a mãe, mas esta reside em município com infraestrutura precária e o pai reside em município de grande porte, qual é o melhor para o exercício da guarda compartilhada? Mas, o que é o melhor interesse dos filhos.

Quando os pais residem no mesmo município, estas perguntas são resolvidas de forma mais fácil e eventualmente tais questionamentos são inexistentes. Todavia, o magistrado deve embasar sua decisão em provas que serão produzidas ao longo do processo judicial. Mesmo havendo consenso entre os genitores, ainda assim, a razoabilidade entre aspectos materiais e emocionais devem ser estudados, averiguados pelo Juiz, Ministério Público e equipe multidisciplinar.

Observa-se que a lei 13.058/14 torna obrigatória o regime de guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais, tal qual dispõe o artigo 1.584, §2º, do Código Civil. O artigo textualmente afirma que

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor..

A nova lei dá preferência à guarda compartilhada, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho. Todavia, a lei deve ser analisada sob um contexto em que existem provas suficientes nos autos do processo, as quais demonstrem que ambos os genitores possuem capacidade para exercerem o poder familiar.

Então, o magistrado só deve optar pela guarda compartilhada quando estiver munido de provas que atestem a capacidade do pai e da mãe para exercerem a guarda do filho. E mesmo assim, uma decisão determinando a guarda compartilhada para genitores que não se entendem, pode tornar a situação das partes envolvidas mais sofrida e desarmoniosa.

Por este motivo o artigo 1.584, §3º, do Código Civil fala em estudo realizado por profissionais da psicologia ou equipe interdisciplinar:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Determinar que uma pessoa esteja submetida a guarda de genitores desarmoniosos entre si é causar um mal maior a quem necessita de estabilidade emocional. Inclusive a opinião de especialistas da área corrobora a importância de estabilidade para a criança.

“É a diferença que traz liberdade emocional para a criança. A chance de a pessoa se aceitar e se desenvolver, sendo autêntica, é maior quando tem relação com o pai e a mãe, sem se prender a um padrão. Assim, ela torna-se mais segura”, explica a diretora do Serviço de Psicologia do Departamento de Psiquiatria do Hospital das Clínicas, Jônia Lacerda, em entrevista à Agência Estado, publicada em 12 de agosto de 2010.

O juiz cauteloso terá a prova pericial não como uma faculdade e sim como uma obrigação legal, para ter amparo quanto a aplicação ou não de guarda compartilhada.

A jurisprudência do TJDFT é bastante clara quanto a necessidade de que a guarda compartilhada somente deve ocorrer quando de fato existir harmonia entre os pais. Do contrário, a guarda unilateral prevalece como medida sensata, sendo fixado o regime de visitação do pai ou mãe que não possua a guarda.

A realidade forense demonstra que a guarda compartilhada é uma exceção e não regra. E continuará sendo assim, apesar da lei 13.058/14 que alterou notadamente o artigo 1.584 do Código Civil, determinar que a guarda compartilhada será o regime preferencial quando os genitores não acordarem sobre a guarda do filho. E isto porque deve-se fazer uma investigação sobre qual é a melhor situação para a família, se realmente o pai e a mãe possuem condições financeiras e emocionais de compartilharem a formação de uma criança em lares diferentes.

Em uma audiência judicial, se não houver conciliação entre as partes, haverá instrução do processo. Isto implica em produção de provas testemunhais, documentais e produção de prova pericial. O magistrado precisa ter certeza de qual é a melhor situação para o filho e para isso a perícia realizada por equipe interdisciplinar é fundamental.

O artigo 1.584, § 4º afirma o seguinte:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

A possibilidade de alteração de cláusula de guarda compartilhada com redução de prerrogativas ao pai ou a mãe, também deve estar expressa em sentença judicial. Nada pode ser subtendido ou sujeito a interpretação ambígua quando o magistrado decide a vida de uma família. Então, a clareza na sentença quanto a este ponto evita dissabores futuros para os pais e a criança.

O artigo 1.585 do Código Civil confirma a necessidade de análise probatória para que seja deferida a guarda compartilhada. Excepcionalmente, admite a liminar em ações de guarda sem produção de provas:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

A concessão de liminar sem oitiva da outra parte (pai ou mãe) está relacionada ao poder geral de cautela do juiz quanto à verificação de eventual prejuízo a proteção dos filhos. E nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal esta decisão liminar sem oitiva da parte contrária, deve ser motivada com base na legislação, provas produzidas nos autos do processo e princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e ampla defesa e contraditório.

A nova lei, por meio de alteração do artigo 1.634 do Código Civil, chama a atenção para a responsabilidade dos genitores qualquer que seja o regime de guarda.

Observa-se de imediato que a guarda unilateral não implica em maiores poderes ao detentor da guarda do filho. Seja qual for o regime de guarda adotado judicialmente ou mesmo em consenso entre os pais de forma extrajudicial, o genitor que não detiver a guarda deve estar presente em situações formalizadas exemplificativamente no artigo 1634, incisos I a IX, do Código Civil. E também em outras situações não previstas em lei, mas que autorizam aos genitores estarem vigilantes quanto à criação de seus filhos, independentemente da guarda ser unilateral ou compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo discutiu a relevância da guarda compartilhada na evolução do Direito de Família demonstrando que sua aplicabilidade é perfeitamente possível com a legislação positivada, com a cooperação dos pais e com bom-senso do magistrado e dos operadores do direito, sempre com o objetivo de atender ao melhor interesse do menor.

A doutrina estrangeira pode ser uma excelente parceira, visto que desde os anos setenta do século XX, utiliza-se das vantagens de um modelo de guarda, a qual permite que os genitores possam participar ativamente da criação e educação dos filhos após o divórcio.

O trabalho demonstra que o atual contexto é propício para se investir na guarda compartilhada, pois com a evolução a sociedade a maioria dos divórcios e separações são consensuais, sendo o primeiro passo para a cooperação entre os pais e o efetivo sucesso do modelo.

O modelo da guarda compartilhada foi adequado à legislação positivada no direito brasileiro, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 e recentemente pela Lei 13.058/2014.

Muitos operadores do direito, com certeza ainda tecerão vários comentários sobre a nova lei que alterou o artigo 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil.

A expectativa é de que as relações entre pai e filho, apesar de um divórcio ou dissolução de união estável, serem envolvidas por interesses afetivos em detrimento de interesses pessoais. Espera-se que os pais da atualidade não queiram ter uma participação secundária e de fiscalização na vida de seus filhos, isto é, queiram ter a responsabilidade da criação e educação na tomada de decisões relativas às questões mais importantes que envolvam seus filhos.

O empreendimento deste artigo é analisar possíveis repercussões no âmbito social e familiar, pois coleta idéias de vários doutrinadores e juristas atribuindo melhor entendimento sobre o tema guarda compartilhada no que diz respeito ao ser humano em sua formação.

Oxalá este trabalho contribua para o avanço do Direito de Família, alargando as discussões quanto ao melhor interesse do menor. E mais do que isso, criando melhores condições para a convivência dos pais e filhos após o rompimento da sociedade conjugal ou dissolução da união estável.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

BARRETO, Elaine Gomes. Temas polêmicos em direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto, pátrio Poder, regime jurídico atual. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 81, v. 676, p. 80, fev.1992.

CASA NOVA, Marcial Barreto. Guarda Compartilhada. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: O preconceito & A Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLTO, Françoise. Quando os pais se separam. Rio de Janeiro. Zahar, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr, Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Cláudia Baptista. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARKY, Tomas. Curso elementar de Direito Romana. 3. Ed. São Paulo: Saiva, 1987.

MIRANDA, Pontes de. A guarda e o direito. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. São Paulo: Ática, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de [i]direito. São paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco de Nioac. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/>. Acesso em 30/08/2009.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br//>. Acesso em 10/09/2009.

SEVERO, Drielen Caroline. Instituto da guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.folhadomate.com.br//>. Acesso em 19/10/2009.

16. O BRASIL E O CUMPRIMENTO DO ODM 1: EXPERIÊNCIA E PRESTÍGIO INTERNACIONAL (2000 A 2015)

Gibran Schriter Costa¹

Júlia Rabelo Mousinho²

Dra. Patricia Lucia Cantuária Marín³

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade a análise de como foi a experiência brasileira no cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio 1 (ODM 1) – “Erradicar a extrema pobreza e a fome”, buscando entender os esforços do Brasil que levaram ao seu êxito, além de verificar como isso colaborou para o seu prestígio internacional. Como hipótese, pode-se citar a criação e consolidação do Programa Bolsa Família, que possuía enorme relação com o ODM 1 e que foi um dos carros-chefe do Brasil no combate à extrema pobreza e à fome. O marco teórico utilizado, na pesquisa, foi o neoliberalismo institucionalista, por demonstrar a importância das instituições no cenário internacional e da cooperação entre Estados. A metodologia aplicada neste artigo abarca um estudo de caso e utilizará da pesquisa documental e bibliográfica para compô-la.

Palavras-chave: Extrema Pobreza. Fome. Brasil. ODM. ONU.

INTRODUÇÃO

A história do Brasil é cercada de acontecimentos que colaboraram para a ocorrência da extrema pobreza e da fome no país. Eventos como a colonização exploratória inicial, a escravidão indígena e a africana, a concentração da riqueza entre os colonizadores e a má distribuição de renda são apenas alguns dos fatores que contribuíram para a instauração de um Estado dotado de camadas sociais tão díspares.

Destarte, segundo McGee (1974, p. 15), a classificação social marxista (burguesia, proletariado e lumpemproletariado) não é suficiente para caracterizar a sociedade, sendo necessária a inclusão do “protoproletariado” (apud SANTOS, 2013, p. 41), setor social no qual há a predominância de atividades econômicas correspondentes a vendedores ambulantes, prostituição e outras atividades antissociais ou ilegais na sociedade (MCGEE, 1974, p. 18, apud SANTOS, 2013, p. 59). No Brasil, algumas destas atividades ainda se fazem muito presentes, podendo ser observadas como decorrentes da pobreza.

A fim, então, de superar os desafios ligados à erradicação da fome e da extrema pobreza no país, o Governo Brasileiro buscou fortalecer as suas políticas públicas nessas áreas e, em

¹ Graduado em Relações Internacionais pelo Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF

² Graduada em Relações Internacionais pelo Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF

³ Profª. do curso de Direito e do curso de Relações Internacionais do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF. E-mail: patricia.marin@udf.edu.br

alguns destes casos, se obteve considerável êxito. No entanto, foi no período da promulgação dos ambiciosos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2000, que a nação brasileira teve as suas maiores conquistas registradas, conforme será apresentado neste artigo.

Ademais, a importância de verificar a promulgação dos ODM através da ONU corrobora com o marco teórico aplicado (neoliberalismo institucionalista), uma vez que propõe que, além da importância das Organizações Internacionais (OIs), nas quais a presença brasileira recrudescer, o “*soft power*” (NYE, 1990; 2004) foi fulcral para a projeção brasileira, inclusive para expandir a sua cooperação com outros países. Além disso, citar o institucionalismo liberal-internacionalista (ILI) será de suma importância para compreender o efeito da ONU no sistema internacional.

Dessa forma, buscar-se-á, neste artigo, apresentar, em quatro principais tópicos, a análise da caminhada brasileira rumo ao cumprimento do ODM 1. Outrora, constarão as explicações necessárias para compreender o cenário anterior do Brasil em relação ao tema, passando pela promulgação dos ODM, seguindo pela análise dos meios que possibilitaram essa conquista e finalizando com o prestígio adquirido pelo Brasil após tal realização.

1. A EXTREMA POBREZA E A FOME NO BRASIL

Visando a entender a existência da fome e da extrema pobreza no Brasil, há a necessidade de inserir a história brasileira no objeto de pesquisa. Os caminhos tomados pela sociedade brasileira, ao longo de 197 anos como uma nação independente explicam, decerto, a relação desse país com tais problemas. Outrossim, a conceituação dos termos “fome”, “pobreza” e “miséria” (que se assemelha à extrema pobreza) é essencial para a compreensão do leitor, uma vez que há distinções entre eles.

1.1 CONCEITUAÇÃO DOS TERMOS “FOME”, “MISÉRIA” E “POBREZA”

Inicialmente, a fim de compreender o histórico da extrema pobreza e da fome no Brasil, é necessário conceituar tais termos. A acepção de “fome”, ao ser delimitada, pode-se pensar, enquanto “*the short-term physical experience of discomfort to chronic food shortage to severe and life-threatening lack of food*” (HABICHT et al., 2004, p. 1).

Por outro lado, ao buscar a definição de “miséria” (ou extrema pobreza), precisa-se, primeiro, fazer a distinção deste termo com o termo “pobreza”, que são, geralmente, usados pelo senso comum como se detivessem o mesmo significado. Segundo Moore (1963), de acordo com Santos (2013, p. 16), pobreza é a “função de uma participação maior ou menor na modernização”. Essa definição aproxima-se do conceito dado por O. Lewis (1969, p. 115, apud SANTOS, 2013, p. 17), que definiu pobreza como “a incapacidade de satisfazer necessidades de tipo material”. Pode-se pensar também sobre a introdução da “relatividade” no significado da palavra pobreza, uma vez que, de acordo com Carter (1970, p. 58), conforme citado por Santos (2013, p. 17): “a riqueza só traz satisfação quando comparada com o nível de vida de outros... estar satisfeito é ser suficientemente rico para não sofrer de inveja”.

A pobreza, no entanto, não se restringe apenas a não capacidade de obter bens materiais, mas, de mesma forma, “um modo de vida - e um conjunto complexo e duradouro de relações e

instituições sociais, econômicas, culturais e políticas criadas para encontrar segurança dentro de uma situação insegura” (BUCHANAN, 1972, p. 225, apud SANTOS, 2013, p. 18-19).

Por outro lado, no que tange a acepção da palavra miséria ou extrema pobreza, a definição distingue-se daquela de pobreza. Segundo a publicação “Erradicar a Pobreza Extrema: Um Objetivo ao Alcance do Brasil”⁴, “Na bibliografia sobre pobreza, é comum encontrar sistemas em que dois ou mais tipos de linha são usados: por exemplo, uma linha de pobreza e outra, mais baixa, de miséria, indigência ou pobreza extrema.” (OSORIO et al, 2011, p. 15).

Dessa forma, “Os miseráveis estariam privados da satisfação de algumas das necessidades vitais, de maneira que a saúde e a força física tornar-se-iam precárias a ponto de fazer perigar a própria vida.” (SANTOS, 2013, p. 17).

1.2 BREVE HISTÓRICO DA EXTREMA POBREZA E DA FOME NO BRASIL

Ao visualizar a história do Brasil, pode-se afirmar a proximidade de que a sociedade brasileira tem com a fome e a extrema pobreza ao longo de toda a sua trajetória de consolidação enquanto nação. Isso se deu por diversos motivos, entre eles estão: a conjuntura da sociedade colonial; a escravidão de índios e negros; e a completa desigualdade social, que perdura até os dias atuais, dificultando a muitos o acesso aos direitos básicos para a sua sobrevivência digna enquanto ser humano.

Há o reconhecimento de que, tanto no período colonial quanto nos períodos históricos pós-independência, o Brasil era organizado e governado por grupos pequenos. Acerca destes grupos, é observável que, como no primeiro reinado, a aristocracia não-sanguínea ou o grupo de “nobres por títulos” (FAUSTO, 2013, p. 128-129), que era uma das características idiossincráticas da monarquia brasileira, e, na primeira república, a oligarquia cafeeira, obtinham suas riquezas pela exploração das classes sociais inferiores do Brasil.

De acordo com Caio Prado Jr., em sua obra “Formação do Brasil Contemporâneo”, a sociedade colonial brasileira dividia-se em três, a saber: latifundiários; formas inorgânicas; e escravos. Ao focar nessa estratificação social de Prado Jr., percebe-se que coexistem duas formas. A primeira é a forma orgânica das classes sociais brasileiras, formadas por latifundiários e negros sob trabalho compulsório, e a segunda é a forma inorgânica, formada por homens brancos pobres e negros alforriados, os quais eram categorizados como desclassificados, frívolos e inadaptados. Ainda no tocante a esta forma, as práticas econômicas exercidas eram voltadas para dentro do território, como a pecuária, sendo esta uma atividade proibida na costa do Brasil, após a Carta Régia de 1701, cujo intento era proscurever quaisquer criações de gado dentro de um perímetro de dez léguas da costa, visto sua característica extensiva que ocupava terras suscetíveis para a plantação de cana de açúcar. Por conseguinte, as relações sociais constituíam uma população marginalizada e explorada pela atividade econômica canavieira e cafeeira à época (PRADO JR., 1942).

No final do Império, a Lei Áurea de 13 de maio de 1888, isto é, a Abolição da Escravatura, colaborou com o recrudescimento da marginalização social no Brasil, haja vista a incapacidade de inserção das formas inorgânicas e dos negros recém-libertos na

⁴ A publicação “Erradicar a Pobreza Extrema: Um Objetivo ao Alcance do Brasil” trata-se de um Texto para Discussão (Nº 1619), escrito pelos Pesquisadores da Diretoria de Estudos e Políticas Sociais (DISOC) do IPEA (OSÓRIO, R. G., SOARES, S. S. D., e SOUZA, P. H. G. F).

sociedade. Essa marginalização culminou, então, no aumento da fome e da extrema pobreza, principalmente no Nordeste, região esta com os maiores índices de dificuldade de melhorar sua renda e bem-estar. Segundo dados da pesquisa “Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2017”, divulgada pelo IBGE, neste mesmo ano, 43,5% da população brasileira na pobreza encontravam-se no Nordeste (IBGE, 2017, p.65).

Ademais, antigamente, a dificuldade em se pensar sobre a inserção destes grupos na sociedade e seu acesso a direitos estava fortemente relacionada à falta de conhecimento do poder público sobre as características da população de seu próprio país. A exemplo, no Brasil, o primeiro Censo foi realizado somente em 1872 (IBGE, 2019a), sob o gabinete de José Maria da Silva Paranhos, o Visconde do Rio Branco. Este documento foi chamado de “Recenseamento da População do Império do Brasil”⁵, e analisou dados como: quantidade de indivíduos livres e sob regime de escravidão; idade; nacionalidade; profissão; religião, falhando de averiguar quantas pessoas viviam em situação de extrema pobreza e/ou passavam fome.

Este primeiro Censo foi seguido pelos de 1890, 1900 e 1920. No entanto, foi somente a partir de 1940 que os estudos demográficos brasileiros passaram a ser realizados de forma periódica, ocorrendo a cada dez anos (IBGE, 2019a). É importante destacar ainda que, durante o governo de Getúlio Vargas, em 1934, criou-se, através do Decreto nº 24.609, o Instituto Nacional de Estatística (INE), que, mais tarde, em 1938, daria origem ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através do Decreto-Lei nº 218 (IBGE, 2019b). Isso possibilitou, finalmente, uma melhor análise dos dados concernentes às características do Brasil, inclusive sobre os temas relacionados ao presente artigo, facilitando o norteamo do poder público sobre as demandas sociais.

Por fim, apenas no início do século XXI, com os Censos de 2000 e 2010, realizados pelo IBGE, que as questões da extrema pobreza ganharam maiores contornos estatísticos, demonstrando a existência de dados alarmantes, como: 22.887.465 brasileiros na extrema pobreza em 2000 e, em 2010, 15.002.815 (apud MDS, SAGI, 2012, p. 4).

Dessa forma, a fim de ampliar o debate até os tempos atuais, estas características da extrema pobreza e da fome no Brasil serão associadas, a seguir, ao pensamento de alguns autores sobre a sua relação com a globalização.

1.3 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NA POBREZA

Ao relacionar os dois termos principais do ODM 1 e, conseqüentemente, deste artigo, “extrema pobreza” e “fome”, percebe-se que eles estão vinculados por diversos motivos, mas, principalmente, porque uma das principais causas da falta de acesso à alimentos é a extrema pobreza. A probabilidade de um indivíduo encontrar-se em situação de pobreza e passar fome é, demasiadamente, grande, e um dos fatores disto é a globalização.

Atualmente, muito se debate sobre as benesses da globalização e do crescimento tecnológico e econômico. Por conta disso, os estudos de Singer podem servir de conexão para

⁵ O documento “Recenseamento da População do Império do Brasil” está disponível via internet na Biblioteca IBGE, através do link: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/Recenseamento_do_Brazil_1872/Imperio%20do%20Brazil%201872.pdf>

esta tentativa de compreensão, apontando que “com a modernização tecnológica, a criação de empregos leva ao aumento do desemprego” (SINGER, 1970, p. 70-71 apud SANTOS, 2013, p.80). Isto é, a criação de certos empregos que demandam do trabalhador a operação de máquinas tecnológicas e, conseqüentemente, a necessidade de sua instrução gera o desemprego de indivíduos em países emergentes, como o Brasil.

A globalização criou, então, um novo sistema econômico urbano nas cidades, que Milton Santos, em seu livro “Pobreza Urbana”, dividiu em dois circuitos, a saber: circuito superior e circuito inferior (SANTOS, 2013, p. 43). O circuito superior é composto por atividades intensivas em capital e tangencia fortemente a modernidade. Já o circuito inferior é composto por atividades de escala ínfima, ou seja, o setor informal, no qual a presença do “protoproletariado” predomina. Dessa maneira, a globalização beneficia, mormente, apenas o circuito superior, que, a despeito da interdependência entre ambos os circuitos no sistema econômico, o circuito inferior é subordinado àquele. Dessa forma, Milton Santos demanda por uma globalização mais humanizada, isto é, que leve mais em conta as questões sociais (SANTOS, 2013).

Assim, essa forma de globalização proposta por ele assemelha-se às proposições da ONU que estavam por vir no início dos anos 2000, com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, uma vez que se percebeu que não bastava alcançar apenas o desenvolvimento econômico e o tecnológico, mas também atentar-se às agendas social e ambiental.

2. ONU E A DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO

Tendo grande importância para os diversos Estados do globo, a Organização das Nações Unidas tem um papel fundamental para o bom relacionamento entre os países. Em busca de intensificar a melhora mundial e a cooperação das Nações para a realização de ideais de aperfeiçoamento e desenvolvimento consciente e eficiente para o benefício de todos, a ONU, ao longo das décadas, alavancou medidas de suma consideração, como os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, por exemplo.

Assim, compreender os fatos desde o nascimento da pioneira Liga das Nações até a consolidação da ONU e dos ODM é de suma importância para o assunto deste artigo.

2.1 DO FRACASSO DA LIGA DAS NAÇÕES AO SUCESSO DA ONU

De acordo com Herz e Hoffmann (2004), a origem da Organização das Nações Unidas transcende do contexto do pós-Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com a gênese de sua antecessora, a Liga das Nações.

Idealizada a fim de restringir o mundo das mazelas de uma nova e destruidora guerra entre os países, a Liga das Nações foi criada com a derrocada da Primeira Guerra Mundial, durante a Conferência de Paris (1919) com o ideal de que “o direito deveria prevalecer sobre o poder, e os processos democráticos sobre os aristocráticos na condução das relações internacionais” (BARACUHY, 2005, p. 24).

Pensado pelo então presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, o ideal da Liga estava afixado aos chamados “Quatorze Pontos de Wilson”⁶, constado em seu último artigo: “*XIV. A general association of nations must be formed under specific covenants for the purpose of affording mutual guarantees of political independence and territorial integrity to great and small states alike*” (WILSON, 1918).

No entanto, apesar das boas propostas associadas à Liga, os seus ideais não duraram muito tempo. Inúmeros acontecimentos tornaram possível o fracasso e o término da Liga das Nações como, por exemplo, a não permanência de seu próprio idealizador: os Estados Unidos (WALTERS, 1952, p. 66-74, apud GARCIA, 2000, n.p.) e a ascensão do nazismo na Alemanha, que culminou na Segunda Guerra Mundial (1938-1945).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo tentou reerguer, novamente, a sua vontade de cooperar pela paz e pela segurança. Surgiu assim, em 1945, a Organização das Nações Unidas, nome este engendrado por Franklin Roosevelt e que foi utilizado, pela primeira vez na história, na Declaração das Nações Unidas, no dia 1º de janeiro de 1942. No mesmo ano da criação da ONU, foi elaborada a Carta das Nações Unidas, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, e a Organização adquiriu oficialidade após a ratificação da Carta por diversos países ao redor do mundo, como China, Estados Unidos, França, Reino Unido e ex-União Soviética, além de, certamente, da maior parte de seus signatários (ONU, 2018).

Segundo Castro (2012, p. 355-356), “o idealismo isonômico-legalista da Carta da ONU de linha institucionalista (ILI) teve papel importante na reconstrução dos corações e mentes esfacelados pela tragédia da Segunda Guerra Mundial”, tornando-se uma nova expectativa dos países de evitar uma Terceira Guerra Mundial e de cooperar efetivamente para os temas que permeiam os interesses dos Estados (como saúde, cooperação, segurança, educação, infraestrutura, alimentação, igualdade, entre outros), estando presente até os dias de hoje e não perdendo a sua importância no cenário global.

2.2 A PROMULGAÇÃO DOS ODM E A ESPERANÇA MUNDIAL

No período do pós-Segunda Guerra Mundial, o mundo ainda tinha dificuldade de lidar com diversos problemas que assolavam a população mundial, como a fome, a miséria, as doenças e os conflitos civis, por exemplo.

Devido a isso, a ONU estava determinada a fazer mudanças no sistema internacional e, no ano de 2000, promoveu a Cúpula do Milênio, em Nova Iorque, aproximando o maior número de indivíduos responsáveis de diversos países do mundo com a pretensão de agendar os desafios das Nações e formular maneiras de superá-los, uma vez que estavam presentes em inúmeros Estados (ONU, 2010).

Assim, surgiram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, definidos a partir da *United Nations Millennium Declaration*⁷, no dia 18 de setembro de 2000, e adotada pelos 191 membros da ONU à época⁸. Consubstanciados a fim de promover o avanço através da

6 Disponível, pela *Yale University*, em: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp>

7 Declaração oficial disponível em: <<http://undocs.org/A/RES/55/2>>

8 Atualmente, a ONU conta com 193 países membros. A consulta da lista oficial de países membros está disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>>

cooperação multilateral entre as nações, os ODM buscavam elevar o bem-estar mundial por meio do aprimoramento das práticas exercidas pelos Estados sobre os temas de cada um dos Objetivos.

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio foram configurados em oito objetivos principais: 1 – erradicar a extrema pobreza e a fome; 2 – alcançar a educação primária universal; 3 – promover a equidade de gênero e capacitar a mulher; 4 – reduzir a mortalidade infantil; 5 – melhorar a saúde materna; 6 – combater o HIV/ AIDS, a malária e outras doenças; 7 - garantir a sustentabilidade ambiental; 8 - estabelecer uma parceria global para o desenvolvimento (ONU, 2015).

Dentro desses oito Objetivos principais, foram estabelecidas, ainda, 22 Metas e 48 indicadores (UNRIC, 2019) - que possibilitaram aos países a identificação de suas conquistas e necessidades e, também, de serem avaliados por suas ações. No entanto, é preciso lembrar que os ODM não se restringiam aos Objetivos e Metas, porquanto, também provaram ser uma busca global por medidas que eram, outrora, de difícil aproximação, haja vista a sensibilidade dos temas.

Outrossim, os Objetivos catalisaram um novo mecanismo de contribuição entre as nações que os haviam adotado, demonstrando ser uma benesse tanto a nível nacional e regional, quanto mundial.

2.3 O BRASIL E O COMPROMISSO COM OS ODM

O Brasil, enquanto um país com grande participação na Organização das Nações Unidas desde a sua fundação (SARDENBERG, 2013), sentiu que os ODM eram uma motivação a mais para o aperfeiçoamento do trabalho que já vinha colocando em prática no escopo nacional.

Dessa forma, o Brasil iniciou, mais vigorosamente, os seus ideais, principalmente se tratando das metas do ODM 1, determinando as medidas necessárias para alcançar o tão esperado êxito frente à ONU e aos seus países-membros.

3. ESFORÇOS DO GOVERNO BRASILEIRO PARA O CUMPRIMENTO DO ODM 1

Com a ratificação brasileira dos ODM, o país caminhou para a realização dos Objetivos e suas Metas. Ao observar os anos de constância dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, é perceptível que o Brasil teve grande destaque no que tange sua dedicação sobre o ODM 1 – “Erradicar a extrema pobreza e a fome”, e, a seguir, este tema será tratado com maior profundidade, demonstrando a trajetória brasileira entre 2000 e 2015.

3.1 CARACTERÍSTICAS E DESAFIOS DO ODM 1

O ODM 1 – “Erradicar a extrema pobreza e a fome” parecia, não só para o Brasil, mas, também, para a maior parte das nações em desenvolvimento, um obstáculo difícil de ser ultrapassado, já que, no ano de 2000, segundo a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), aproximadamente 800 milhões de pessoas passavam fome no mundo (FAO, 2000).

O Objetivo 1 era, dessa forma, claramente, ambicioso. Então, mais do que seguir um objetivo avulso, o Brasil precisaria cumprir suas Metas, a saber:

Target 1.A: Halve, between 1990 and 2015, the proportion of people whose income is less than \$1.25 a day; Target 1.B: Achieve full and productive employment and decent work for all, including women and young people; Target 1.C: Halve, between 1990 and 2015, the proportion of people who suffer from hunger (UN, 2015).

Assim, com a instauração dessas Metas, se iniciaria ao redor do mundo um esforço global visando à redução da extrema pobreza e da fome.

3.2 O HISTÓRICO DOS PROGRAMAS SOCIAIS RELACIONADOS AO ODM 1 NO BRASIL

Durante muitos anos, o Governo Brasileiro trabalhou para a criação de medidas sociais para a redução da fome e da extrema pobreza no país. Historicamente, foi no ano de 1939 – durante o governo de Getúlio Vargas –, que surgiu a Comissão de Abastecimento, através do Decreto-Lei Nº 1.607, de 16 de Setembro de 1939, que tinha como função principal:

a) executar os levantamentos dos estoques Comerciais das utilidades referidas no art. 1º, quando necessário; b) fixar preços máximos de venda de mercadorias, no comércio em grosso e a varejo, em todo o país; c) adquirir, com os créditos que lhe forem para tal fim concedidos, mercadorias nos centros produtores nacionais ou estrangeiros, sempre que tal medida for determinada pelo Presidente da República; d) distribuir, pelo preço de custo, as mercadorias compradas na forma prevista na alínea anterior; e) requisitar mercadorias, declaradas pelo Governo de necessidade pública, e promover a respectiva distribuição aos centros de consumo.(BRASIL, 1939).

Citar esta Comissão é tão importante, então, por se tratar de uma tentativa governamental pioneira de lidar com demandas públicas relacionadas ao consumo no campo alimentício.

Mais à frente, no ano de 1945, nasceu a Comissão Nacional de Alimentação (CNA), que foi “destinada ao estudo de todos os assuntos que se prendam à alimentação da população brasileira” (BRASIL, 1945) e visou à promover o auxílio alimentar e nutricional ao grupo materno infantil, escolares e trabalhadores (VASCONCELOS, 2005, p. 456). Trinta anos depois, em 1975, durante o Regime Militar – comandado por Ernesto Geisel, surgiu o Programa de Nutrição em Saúde (PNS), que contemplava, gratuitamente, às gestantes, nutrizes e crianças de seis meses a seis anos de idade - sendo estas com renda familiar de, no máximo, dois salários mínimos, a distribuição de alimentos de caráter básico (MS, INAN, 1980, p. 3).

Já no ano de 1993, com a redemocratização das instituições políticas brasileiras, durante o governo de Itamar Franco, ainda com grande observação às gestantes e crianças com menos de dois anos de idade – e, novamente, com renda familiar de até dois salários mínimos-, nasceu o Programa Leite é Saúde (PLS), que passou a distribuir leite em pó e óleo de soja aos grupos contemplados (VASCONCELOS, 2005, p. 457).

Posteriormente, no ano de 1995, foi criado o Programa Comunidade Solidária, que tinha como objetivo principal “coordenar as ações governamentais voltadas para o atendimento da parcela da população que não dispõe de meios para prover suas necessidades básicas e, em especial, o combate à fome e à pobreza” (BRASIL, 1995).

Por fim, no início do século XXI, foi criado o Programa Nacional de Renda Mínima visando “à promoção das condições de saúde e nutrição de gestantes, nutrizes e crianças de seis meses a seis anos e onze meses de idade, mediante a complementação da renda familiar para melhoria da alimentação” (BRASIL, 2001). O benefício era voltado às famílias com renda mensal que não fosse superior a R\$ 90,00 por pessoa⁹. Essas pessoas recebiam como benefício o valor que compreendia entre R\$ 15,00 (mínimo por pessoa) e R\$ 45,00 (máximo por família, acumulando até três benefícios), sendo estes valores de extrema significância aos beneficiários (BRASIL, 2001).

E, apesar da enorme importância de todos esses programas sociais, o que recebeu mais destaque e reconhecimento foi criado em 2003: o Programa Fome Zero e o seu carro-chefe, o Programa Bolsa Família.

3.3 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Após o seu longo histórico de valorosos programas sociais para o combate à fome e à extrema pobreza, foi no ano de 2003 que o Governo Brasileiro deu início a um de seus principais programas com alinhamento aos princípios do ODM 1: o Programa Fome Zero.

Levando em conta os principais aspectos do Programa Fome Zero, suas abordagens mais significativas eram estratificadas em quatro principais itens: acesso à alimentação; promoção do fortalecimento da agricultura familiar; criação de empregos e renda, e; articulação, mobilização e controle social (BRASIL, MDS, 2010, p. 89).

Sendo parte do escopo de acesso à alimentação do Programa Fome Zero, o Programa Bolsa Família (PBF) foi codificado através da Lei Nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, pelo ex-presidente Lula. Este Programa promoveu a junção de alguns benefícios criados anteriormente, no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), a saber: Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola; Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA; Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação; Programa Auxílio-Gás; e Cadastramento Único do Governo Federal (CadÚnico)¹⁰ (BRASIL, 2004). Ademais, desde a sua origem, o Programa tem os seguintes objetivos gerais:

Combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; combater a pobreza e outras formas de privação das famílias; promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, saúde, educação, segurança alimentar e assistência social (CAIXA, 2018).

⁹ O valor de R\$90,00 foi estipulado pelo Poder Executivo Federal, no ano de 2001, como prova o Decreto Nº 4.313, de 24 de julho de 2002, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/2002/D4313.htm#art33>

¹⁰ É possível verificar o ano de criação de cada um dos benefícios citados, durante o governo de FHC, na Lei Nº 10.836, de 9 de Janeiro de 2004, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>

Estes objetivos demonstram, dessa forma, o grande ideal possuído pelo PBF e, como ao observar de forma comparativa esta convicção com o ODM 1, é possível notar a semelhança de anseio entre as duas iniciativas.

Assim, após ajustes ao longo dos anos, atualmente, o PBF oferece benefícios separados em quatro grupos principais e que atuam de forma diferenciada, exatamente para suprir as diversas demandas das famílias brasileiras.

O Benefício Básico é destinado às famílias em situação de extrema pobreza que possuam renda mensal *per capita* de até R\$ 89,00, recebendo o benefício de R\$ 89,00 mensais. O Benefício Variável, por outro lado, é voltado às famílias em situação extrema pobreza ou pobreza que possuam, necessariamente, em seu conjunto mulheres gestantes, crianças e adolescentes de 0 a 15 anos de idade, e nutrízes; neste caso, o valor de cada benefício corresponde a R\$ 41,00 e cada uma das famílias pode concentrar até cinco benefícios mensalmente (CAIXA, 2018; MDS, 2019).

Já o Benefício Variável Jovem é voltado para as famílias que tenham em sua formação adolescentes com idades entre 16 e 17 anos e sejam detentoras de renda mensal de até R\$ 178,00 *per capita*. Para este grupo, o valor do benefício é de R\$ 48,00 por mês, podendo cada família acumular até dois benefícios, isto é, R\$ 96,00. Por fim, o Benefício para Superação da Extrema Pobreza é destinado às famílias em situação de extrema pobreza, podendo cada uma delas receber um benefício por mês, sendo que este pode sofrer variação, uma vez que depende de um cálculo realizado de acordo com a renda *per capita* da família e do benefício já recebido no Programa Bolsa Família (CAIXA, 2018; MDS, 2019).

3.4 BF ROMPE AS BARREIRAS DO ODM 1 E TORNA-SE PRESENTE TAMBÉM NO ODM 2

O Programa Bolsa Família, ademais de estar, intrinsecamente, relacionado ao ODM 1, também possui breve relação com o ODM 2 – “Alcançar a educação primária universal”. Isto se dá por conta de um dos mais fortes requisitos¹¹ exigidos para a aderência das famílias ao PBF estar relacionado à educação (para as famílias que têm crianças e adolescentes em sua composição), a saber: assegurar a frequência mínima de 85% no colégio, para crianças e adolescentes de 6 até 15 anos, e de 75%, para adolescentes que tenham entre 16 e 17 anos de idade (CAIXA, 2018; MDS, 2019).

Uma vez que a Educação Básica no Brasil é regida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e compreende a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio (BRASIL, 1996), o fato do PBF definir que o benefício será recebido por aquelas famílias que cumprirem com a premissa de ter os seus filhos devidamente matriculados e frequentes nas escolas faz com que a educação seja também um dos olhares atentos do Programa.

3.5 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA E SUA RELAÇÃO COM O ODM 1

É sabido que o Programa Bolsa Família teve um efeito de suma importância para a diminuição da extrema pobreza e da fome no país. Desde que o PBF foi lançado,

¹¹ Os demais requisitos podem ser consultados em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>

aproximadamente cinco milhões de brasileiros foram capazes de superar a extrema pobreza e, desde 2009, o PBF colaborou com a redução da pobreza em uma estimativa percentual de oito pontos (SOARES, 2012, apud UNDP, 2015, p. 170). Ademais desse fato:

Bolsa Família has enabled an increase in the employment rate of the economically active population, a reduction of inactivity and informality rates, an increase in the proportion of workers contributing to social security and an increase in the average hourly wage for the primary occupation (MACHADO et al, 2011, apud UNDP, 2015, p. 170).

Assim, o Programa passou a ser acolhido e observado enquanto uma importante medida para alcançar os ideais do ODM 1. No que tange esta demonstração, o Brasil provou sua capacidade de cumprir o Objetivo 1 já no ano de 2008, sete anos antes da finalização do prazo de cumprimento dos ODM, quando reduziu a extrema pobreza a 1/4 do nível de 1990 (ODM BRASIL, 2018).

Consequentemente, corrobora-se que o Brasil foi um país com grandes desafios para erradicar a fome e a extrema pobreza, mas que se demonstrou bastante exitoso em sua busca, sendo elogiado por diversas representações internacionais e nações, que passaram a exaltar o Brasil, o que alavancou o prestígio internacional brasileiro e a sua liderança para a exportação de programas sociais ao redor do mundo.

4. O PRESTÍGIO INTERNACIONAL BRASILEIRO APÓS O CUMPRIMENTO DO ODM 1

Ao averiguar as relações internacionais do Brasil com as sociedades externas e com as Organizações Internacionais, percebe-se uma ampliação do papel brasileiro na governança global – sendo esta definida como:

...the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken...
(COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, 1995).

Esse maior papel foi concebido após seu protagonismo em regimes internacionais, que se apresentam como princípios, normas, regras e processos decisórios que envolvem atores no sistema internacional – preferencialmente Estados soberanos, que desencadeiam processos de cooperação em torno de uma questão/problema (KRASNER, 1983).

4.1 IMAGEM BRASILEIRA NO EXTERIOR

Os resultados exitosos do Brasil, durante o período de vigência dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, resultaram ao país prestígio internacional por ter conseguido alcançar, principalmente, o Objetivo 1 e suas respectivas Metas antes mesmo da finalização do prazo de vigência dos ODM (ODM BRASIL, 2018).

É possível observar que o Brasil, naqueles anos, foi considerado um país líder no combate à fome e à extrema pobreza e passou a ser exaltado em ambientes importantes para as Relações Internacionais, como no relatório “O Estado da Insegurança Alimentar no Mundo 2014” da FAO, onde apresentou o exemplo brasileiro como próspero, após a criação e fortalecimento de políticas públicas para suprimir a fome e a extrema pobreza entre seus habitantes (FAO, 2014).

Por exemplo, no ano de 2013, o Banco Mundial publicou um artigo de Deborah Wetzel, afirmando que o Brasil passava pelo que chamou de “*quiet revolution*”, por conta das melhorias sociais realizadas por intermédio do Programa Bolsa Família. Segundo o artigo:

Brazil's experience is showing the way for the rest of the world. Despite its relatively short life, BF has helped stimulate an expansion of conditional cash transfer programs in Latin America and around the world – such programs are now in more than 40 countries (DEBORAH WETZEL, 2013).

Além disso, o Estado brasileiro adquiriu a congratulação da FAO, uma vez que o Programa Bolsa Família vai ao encontro do direito humano de alimentação adequada, que está sob a égide dessa Organização. Com a exportação dessa política pública a outros países do sul global, localizados, principalmente, nos continentes africano e latino americano e caribenho, e os passos largos para a erradicação da fome e da extrema pobreza no ambiente doméstico, a imagem brasileira, nessa organização, recrudescerá demasiadamente, de modo que José Graziano da Silva, encarregado de implementar o Programa Fome Zero, foi eleito, em 2012, para ocupar o cargo de Diretor-Geral da FAO, sendo o primeiro latino-americano a assumir essa posição, e reelegendo-se, em 2015, para seu segundo mandato (RAMALHO, 2015).

A envergadura brasileira chegou até mesmo a atingir meios de comunicação de grande circulação e relevância nos Estados Unidos, como o *The Guardian*, quando apresentou em uma de suas publicações de 2013, que o Brasil passou a ser consultado para prover aconselhamento sobre programas de transferência de renda para países da África – como Angola, Moçambique e Gana; do Oriente Médio – como Turquia e Egito; da América – como os Estados Unidos; e até da Ásia – referindo-se à Índia (NOBREGA, 2013).

Ademais, com a aproximação aos Estados africanos por meio de cooperações técnicas em setores sociais, como a exportação da política pública do Programa Bolsa Família, o mar do atlântico transformou-se em um “grande rio”, permitindo, portanto, um apoio indelével dos Estados africanos aos pleitos brasileiros em organizações internacionais, como a eleição de José Graziano da Silva, como supracitado, na FAO, e, do mesmo modo, a eleição do diplomata brasileiro Roberto de Azevedo ao cargo de Diretor-Geral da Organização Mundial do Comércio em 2013, sendo reeleito para o cargo em 2017 (ITAMARATY, 2017).

Os objetivos alcançados internamente, portanto, foram cruciais para a afirmação brasileira de ser um Estado pivô e “*global player*” nas relações internacionais, não apenas regionalmente, mas também em contexto mundial.

Mais do que nunca, a projeção internacional brasileira galgou através de suas ações engendradas à eficácia dos programas sociais relacionados ao ODM 1. Dessa forma, observa-

se a correlação com a ideia de “*soft power*” cunhada por Joseph Nye (1990), quando demonstra que os aspectos ideológicos, culturais e sociais aproximam os atores sem necessidade de coagi-los para isso. Assim, acredita-se que essa foi a reação de grande parte da comunidade internacional com relação à vitória brasileira.

CONCLUSÃO

O sucesso brasileiro, ao completar o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio 1, que se exauriu em 2015, não foi um acontecimento isolado, mas, sim, um evento que incorpora ações históricas que transcendem desde os problemas do período colonial até a criação de políticas públicas executadas pelo esforço dos governos e das instituições políticas do Brasil.

De maneira a viabilizar a conquista de tornar-se a sétima maior economia do mundo, acumulando prestígio no sistema internacional, as políticas público-sociais, como o Programa Fome Zero e o seu carro-chefe, o Programa Bolsa Família, foram forças motrizes para o êxito brasileiro internacionalmente. A força do PBF, tendo colaborado para a saída da miséria de muitas famílias brasileiras, provou que, durante os anos de vigência dos ODM, o Brasil soube como caminhar para a efetuação de seu compromisso.

Esta foi uma ação muito valorosa para o Brasil, que recebeu bastante prestígio e se projetou no sistema internacional não como uma nação de poderio militar excedente, conquanto não tenha um “*hard power*” exíguo, mas pelo seu êxito no cumprimento de um direito humano tão fundamental: o acesso aos recursos e à alimentação de qualidade.

Portanto, a inserção brasileira internacionalmente foi efetuada pela cooperação multilateral para o desenvolvimento da humanidade, como encontrado no Artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 – “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (BRASIL, 1988). Dessa maneira, o intento do Brasil não foi apenas ampliar sua capacidade de influência internacional sobre outros Estados por meio da exportação dos programas sociais de reconhecimento internacional a países de renda baixa, mas também, e, mormente, construir sociedades mais igualitárias e capazes de conceder a suas populações um bem-estar mais elevado.

Fica comprovado, então, que, a partir dessa elevação de bem-estar, uma égide sobre os direitos humanos criar-se-á, dando maior dignidade e proteção humana à geração atual e às gerações futuras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACUHY, B. **Vencer ao perder: A natureza da diplomacia brasileira na crise da Liga das Nações (1926)**. Brasília: FUNAG, 2005. p. 24

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 1.366, de 12 de Janeiro de 1995. Dispõe sobre o Programa Comunidade Solidária e dá outras providências.** Brasília, 12 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1366.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 4.313, de 24 de julho de 2002. Regulamenta o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação - “Bolsa Escola”, e dá outras providências.** Brasília, 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/2002/D4313.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.607, de 16 de Setembro de 1939. Cria a Comissão de Abastecimento.** Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1939. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1607-16-setembro-1939-411637-retificacao-1-pe.html>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 7.328, de 17 de fevereiro de 1945. Cria, no Conselho Federal de Comércio Exterior, a Comissão Nacional de Alimentação, e dá outras providências.** Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7328.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.** Brasília, 9 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Brasília, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001. Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde: “Bolsa-Alimentação” e dá outras providências.** Brasília, 6 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2206-1.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL, MDS. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Desenvolvimento Social e Combate à Fome no Brasil: balanço e desafios.** Brasília, DF: MDS; Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, 2010, p. 89. Disponível em: <<https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirmps/ferramentas/docs/24.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019

CAIXA. **Programas Sociais - Bolsa Família.** Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 17 set. 2018.

CASTRO, T. **Teoria das Relações Internacionais.** Brasília: FUNAG, 2012, p. 355-356.

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **Our Global Neighborhood**. New York: Oxford University Press, 1995. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighborhood/chap1.htm>>. Acesso em: 9 out. 2018.

FAO. **O Estado Da Insegurança Alimentar No Mundo 2014**. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i4037o.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

FAO. **World Food Day - 16 October 2000**. 13 July 2000. Disponível em: <<http://www.fao.org/english/newsroom/highlights/2000/000702-e.htm>>. Acesso em: 8 out. 2018.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 14^a Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 128-129.

GARCIA, E. V. **O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): Vencer ou Não Perder**. Porto Alegre, Brasília: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Fundação Alexandre de Gusmão, 2000. n.p.

GENERAL ASSEMBLY (GA). **Resolution A/55/L.2** (United Nations Millennium Declaration). New York, 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>>. Acesso em: 9 out. 2018.

HABICHT, J.P. et al. 2004. **Conceptualization and instrumentation of food insecurity**. Paper prepared for National Academy of Sciences workshop, 15-16 July 2004. 2004, p.1. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/237712682_Conceptualization_and_Instrumentation_of_Food_Insecurity>. Acesso em: 18 set. 2018.

HERZ, M.; HOFFMANN, A. R. **Organizações Internacionais: História e Práticas**: 1^a Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home>> Acesso em: 15 set. 2018.

IBGE. **Panorama Introdutório - Censos demográficos no Brasil**. 2019a. Disponível em: <<https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos-dos-censos/panorama-introdutorio.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2017**. Rio de Janeiro, 2017, p.65. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019

IBGE. **Sínteses Históricas – Linha do Tempo**. 2019b. Disponível em: <<https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/linha-do-tempo.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>> Acesso em: 12 set. 2018.

ITAMARATY. **Nota 58 - Reeleição do embaixador Roberto Azevêdo para o cargo de Diretor-Geral da Organização Mundial do Comércio.** 28 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/15806-reconducao-do-embaixador-roberto-azevedo-a-direcao-geral-da-omc>>. Acesso em: 15 fev. 2019

KRASNER, S. D. **International Regimes.** New York: Cornell University Press. 1983.

MDS, SAGI. **Estudo Técnico - No. 23/2012 Estimativas da População em Extrema Pobreza da PNAD ajustadas ao Censos 2000 e 2010.** 2012, p. 4. Técnico responsável: Enrico Martignoni. Disponível em: <<https://fpabramo.org.br/acervosocial/wp-content/uploads/sites/7/2017/08/371.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

MDS. **Bolsa Família – Perguntas Frequentes.** Disponível em: <<http://mds.gov.br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/bolsa-familia/beneficios/beneficiario>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

MS, INAN. **Programa Nacional de Alimentação e Nutrição: Abordagem dos Aspectos Multissetoriais de sua Atuação.** Apresentado na Conferência Internacional sobre Planejamento de Alimentação e Nutrição. Guatemala, 15 a 18 de abril de 1980. Brasília, abril de 1980, p. 3. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/programa_nacional_alimentacao_nutricao_abordagem.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019

NOBREGA, C. para o THE GUARDIAN. **Bolsa-Família: template for poverty reduction or recipe for dependency?** The Guardian. 15 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2013/nov/05/bolsa-familia-brazil-cash-transfer-system>>. Acesso em: 17 set. 2018.

NYE, J. **Bound to Lead: The Changing Nature of American Power.** New York: PublicAffairs, 1990.

NYE, J. **Soft Power: The Means to Success in World Politics.** New York: Public Affairs, 2004.

ODM BRASIL. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

ODM BRASIL. **O Brasil e os ODM.** Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/o-brasil-e-os-odm>>. Acesso em: 17 set. 2018.

ONU. **A história da Organização.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ONU. **Cúpula das Nações Unidas sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Nova York, 20 a 22 de setembro de 2010.** 2010. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cupula-das-nacoes-unidas-sobre-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio-nova-york-20-a-22-de-setembro-de-2010/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ONU. **Países-Membros da ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ONU. **Relatório Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2015**. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/images/stories/2015/PDF/MDG2015_PT.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018

OSORIO, R. G.; SOARES, S. S. D.; SOUZA, P. H. **Erradicar a pobreza extrema: um objetivo ao alcance do Brasil**. Brasília: Ipea, 2011 (Texto para Discussão, n. 1619). p. 15. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

PRADO JR, C. **Formação do Brasil Contemporâneo: colônia**. São Paulo: Martins, 1942.

RAMALHO, R. para o G1. **José Graziano é reeleito como diretor-geral da FAO**. G1. 6 de junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/jose-graziano-e-reeleito-como-diretor-geral-da-fao.html>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

RECENSEAMENTO DO BRAZIL EM 1872. Rio de Janeiro, 1972. Disponibilizado pela Biblioteca IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/Recenseamento_do_Brazil_1872/Imperio%20do%20Brazil%201872.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

SANTOS, M. **Pobreza Urbana**. 3ª Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SARDENBERG, R. M. **O Brasil e as Nações Unidas**. Brasília: FUNAG, 2013.

UNITED NATIONS (UN). Disponível em: <<http://www.un.org/>> Acesso em: 17 set. 2018.

UN. **Millenium Goals – Goal 1: Eradicate Extreme Poverty & Hunger**. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/poverty.shtml>>. Acesso em: 9 set. 2018.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (UNDP). Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/>> Acesso em: 12 set. 2018.

UNDP. **Human Development Report 2015: Work for Human Development**. New York, USA. 2015, p. 170. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

UNRIC. **Objectivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM)**. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/objectivos-de-desenvolvimento-do-milenio-actualidade>>. Acesso em: 24 set. 2019.

VASCONCELOS, F. A. **Combate à Fome no Brasil: uma análise histórica de Vargas a Lula**. Revista de Nutrição, vol. 18, n.º.4, 2005, p. 456-457.

WETZEL, D. para o WORLD BANK. **Bolsa Família: Brazil's Quiet Revolution.** World Bank. 4 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/news/opinion/2013/11/04/bolsa-familia-Brazil-quiet-revolution>>. Acesso em: 17 set. 2018.

WILSON, W. **Fourteen Points.** The United States of America. 8 January, 1918.

WORLD BANK. **Millenium Development Goals.** Disponível em: <<http://www.worldbank.org/mdgs/>> Acesso em: 10 set. 2018.

YALE LAW SCHOOL. **President Woodrow Wilson's Fourteen Points. Lillian Goldman Law Library: 2008.** Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp>. Acesso em: 10 set. 2018.

O “MUSEU DE CERA” DAS IDEIAS CONSTITUCIONAIS: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O PROCESSO DE GOVERNADORES POR CRIME COMUM, SEM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA, SUBMETIDA AO “TESTE DA PROPORCIONALIDADE” DE MATTHIAS KLATT

Thiago Aguiar de Pádua¹

Lucas Rodrigues de Paula²

RESUMO: Este artigo analisa o recente caso da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da (des)necessidade de autorização das casas legislativas estaduais e distrital para o processo de Governador de Estado pelo Superior Tribunal de Justiça, por crime ou infração penal comum, submetendo a respectiva mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira ao teste da proporcionalidade de Matthias Klatt, dileto discípulo de Robert Alexy. A presente abordagem utiliza o método de revisão bibliográfica sobre a temática da proporcionalidade, centrando sua análise na obra de Matthias Klatt, e quanto ao aspecto metodológico da decisão do Supremo Tribunal Federal, utiliza-se o aspecto da MAD – Metodologia de Análise de Decisões, elaborada por Roberto Freitas Filho. A conclusão a que chegamos, por inúmeras razões, foi a de que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal não passa no teste da proporcionalidade.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Suprema Corte. Matthias Klatt.

INTRODUÇÃO

“The Constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please” (Carta de Thomas Jefferson para o Juiz Spencer Roane, em 6 de setembro de 1819).

A epígrafe de Thomas Jefferson, livremente traduzida, menciona que em certas circunstâncias a Constituição vem a ser uma “mera coisa de cera” nas mãos do poder judiciário, que poderia misturá-la e modelá-la da maneira que quisesse, num contexto que caracterizaria uma espécie de “tirania judicial”. Não obstante, menciona-se com alguma frequência que o Direito deve ser “estável sem ser estático, e dinâmico sem ser frenético”³. De que forma,

¹ Doutorando e Mestre em Direito. Professor do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF, advogado.

² Bacharel em Direito egresso do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF, advogado, assessor jurídico-legislativo.

³ HOLMES, Oliver Wendell. **O direito comum**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 29; REALE, Miguel. **A dinâmica do direito numa sociedade em mudança**. Em: REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 52-57. COELHO, Inocêncio Mártires. **Poder normativo das cortes constitucionais: o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 5, n. 3, 2015.

e sob quais limites? Neste artigo, analisamos exatamente um marco normativo, fixado por uma interpretação anterior da Suprema Corte há aproximadamente 55 anos, e a mudança de entendimento operada recentemente pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, com novos argumentos (e nova formação).

O marco que estabeleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os Governadores de Estado somente poderiam ser processados pelo poder judiciário por crime comum, após a autorização da casa legislativa do respectivo Estado, advém do ***Habeas Corpus* n. 41.296**, impetrado por Sobral Pinto em favor do então governador do Estado de Goiás, Mauro Borges, em 1964, após o Golpe de Estado. A decisão foi unânime. O relator deste Habeas Corpus foi o Ministro Gonçalves de Oliveira, e o Presidente da Corte era o Ministro Ribeiro da Costa. Ambos ficaram marcados na história por motivos relevantes. O primeiro se aposentou em solidariedade aos três ministros afastados pela ditadura, embora estivesse na lista de ministros que os militares queriam afastar desde o início⁴. O segundo legitimou o Golpe de Estado, e depois teria oferecido as “chaves do tribunal” aos militares, quando sentiu a ameaça posterior⁵.

Por trás da questão, estava não apenas a liberdade do paciente, mas o seu “impeachment”, vale dizer, seu afastamento do cargo como consequência. Nos casos de crimes comuns e de responsabilidade dos Governadores de Estado, havia a regra sobre um primeiro juízo de autorização (pela casa legislativa estadual) e um segundo juízo de mérito (no caso do crime de responsabilidade, um tribunal misto composto por desembargadores e deputados, e no caso de crime comum, o julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado).

A essência do modelo deita raízes que remontam ao modelo norte-americano, explícito desde as discussões de “O Federalista”, representando uma escolha política justificada no “*Federalist paper*” n. 65, atribuído a Hamilton (explicitamente lembrado no caso Mauro Borges perante o STF, em 1964), pois o afastamento do cargo de um Presidente da República, ou Governador de Estado, não deveria ficar a cargo nem mesmo da Suprema Corte (um pequeno grupo de pessoas não eleitas pelo povo, “embora da maior categoria, experiência e responsabilidade”), especialmente por sua natureza política, e a partir da consequência que se verifica.

O que Hamilton vai estabelecer, como ideia central, é que seria necessário ocorrer uma cisão no julgamento, num juízo de pronúncia (primeiro) e subsequente (segundo) juízo de mérito, ficando claro que no caso de acusação por desvio de conduta, a casa do povo (Câmara dos Deputados) admitiria a acusação, e posteriormente a casa da federação (Senado) analisaria o juízo de mérito. Assim, o Federalista vai questionar: “Seria razoável que as mesmas pessoas que pronunciaram um julgamento político, um julgamento sobre sua honra e os seus direitos de cidadão, os mais caros, pudessem ainda, num segundo julgamento, ser novamente os árbitros de sua vida e da sua morte?”. A resposta é negativa, segundo a proposta sistemática do Federalista. Curiosamente, e guardadas as devidas diferenças, é ideia similar àquela presente na discussão sobre um direito penal garantista de um “juízo de instrução” (inclusive

4 Dentre outros, cfr: RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: O STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

5 Confira-se os itens 2.4 “A institucionalização do golpe militar e o testemunho do ministro Ribeiro da Costa” e 2.14 “O episódio das chaves” da biografia institucional denominada “Memória Jurisprudencial”. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 62-117.

já melhorado e substituído na Europa pelas Procuradorias de Instrução) nos processos penais de tipo acusatório⁶.

Em poucas palavras, este era o modelo e a raiz da tradição influenciadora de nosso direito público constitucional, mas que foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal, num grupo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que buscaram (e conseguiram) alterar esse entendimento, para estabelecer que é inconstitucional a exigência de autorização da Casa Legislativa (Assembleia Legislativa Estadual ou Câmara Legislativa do DF) para que o Superior Tribunal de Justiça possa processar e julgar os Governadores por crime comum, mesmo havendo norma na Constituição Federal prevendo esse mesmo modelo para o Presidente da República, num contexto existencial das chamadas “normas de repetição obrigatória” e “normas de mera reprodução” a informar nosso modelo normativo de caráter federativo.

Este grupo de decisões do STF pode ser submetido aos mais diversos tipos de análises críticas, desde a reflexão sobre aspectos inerentes a chamada “teoria da argumentação”, ou com inclinações (e sob os influxos) da “teoria dos sistemas”, ou a partir de aportes hermenêuticos, sob as luzes de marcos teóricos tão diversos quanto estimulantes, como as teorias de Robert Alexy, Matthias Klatt, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Niklas Luhmann ou Lenio Streck (CHD). Neste artigo, entretanto, em razão de sua limitação, optamos por submeter a alteração de entendimento do STF ao “teste da proporcionalidade”, na versão trabalhada por Matthias Klatt.

Ou seja, o item n. 1 aborda o processo de Governadores de Estado por crime comum, desde o “*leading case*” de 1964, até a mudança de entendimento do STF em 2017, explicitando os elementos centrais do raciocínio jurídico. Na sequência, no item n. 2 trabalhamos o princípio da proporcionalidade, com preponderância do raciocínio de Matthias Klatt. Por fim, no item n. 3, utilizamos os elementos tratados nos tópicos precedentes para submeter a mudança de entendimento ao teste da proporcionalidade. Esperamos poder realizar num momento futuro outra análise desta decisão que alterou o entendimento sobre o tema, submetendo seu conteúdo a outras lentes teóricas.

1. DO PROCESSO DE GOVERNADORES DE ESTADO POR CRIME COMUM E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF

1.1 INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Utilizamos aqui a denominada MAD – Metodologia de Análise de Decisões (que não se confunde com o Estudo de Caso⁷ e nem com a Análise de Jurisprudência⁸) com vistas a trabalhar a partir da “formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar

6 RIBEIRO, Paulo Victor Freire. **O Juízo de Garantias: definição, regramento, consequências**. Revista da Faculdade e Direito da USP, v. 105, jan.-dez., 2010.

7 Conforme se verifica de maneira sucinta, o Estudo de Caso: “pode compreender um “estudo de caso” ou mais “estudos de casos”, [que] pode incluir pesquisa quantitativa e se basear em uma multiplicidade de fontes de evidências que leva em consideração propostas teóricas previamente existentes”. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Universitas Jus, n. 21, jul.-dez, 2010.

8 Igualmente de forma sucinta, na Análise de Jurisprudência: “[su]a metodologia consistente em coletar as decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do “estado da arte” sobre o assunto. A Análise de Jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas.”. Cfr. Supra.

para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis”, com uma tríplice finalidade: 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) Verificar a **coerência decisória**⁹ no contexto determinado previamente; e, 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos. A realização deste procedimento investigatório, em três momentos, resulta em dois produtos: **a)** recorte objetivo (ou seja, “uma identificação de uma questão-problema jurídica relevante aos olhos do pesquisador”); e, **b)** recorte institucional (a escolha dos órgãos decisores que serão pesquisados).¹⁰

A questão-problema jurídica relevante consiste em identificar a forma argumentativa (e portanto, de fundamentação) de oposição entre dois princípios constitucionais (republicano e federativo), feita a partir do colegiado plenário da Suprema Corte brasileira no que concerne à mudança de entendimento sobre o caso do processo de Governadores de Estado por crime comum, no ponto em que se estabelece a discussão sobre a necessidade de autorização da respectiva casa legislativa estadual.

Com efeito, em maio de 2017, empreendeu-se uma relevante guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em matéria de federalismo e princípio republicano. Conquanto a República e a Federação compartilhem a mesma época de surgimento na história pátria, na controvérsia em questão, a exegese dos primados que contornam os núcleos das referidas formas de governo e de Estado foi tratada sob a ótica de aparente tensão entre os referidos princípios basilares do Estado brasileiro.

Nos autos das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.540/MG, 4.764/AC, 4.797/MT e 4.798/PI**, imergiu-se a Excelsa Corte em debates acerca da necessidade e da possibilidade de reprodução, nas Constituições Estaduais, das normas insculpidas no art. 51, inciso I¹¹, e no art. 86 da Constituição Federal¹², os quais estabelecem o regramento de licença prévia da Câmara dos Deputados como condição de procedibilidade da ação penal movida contra o Presidente da República pela prática de infração penal comum.

É certo que ao Estado Federal é inerente a descentralização, da qual decorre a autonomia dos Estados-membros. Não por outra razão, dispõe o artigo 18 da Carta Política Brasileira que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição” (itálico inserido).

Lado outro, consoante o escólio de Fernanda Dias Menezes de Almeida, “o *modus vivendi* na Federação pressupõe harmonização da diversidade de interesses estaduais com

9 De acordo com a nota de rodapé n. 11, supra, temos dois conceitos bastante relevantes quando tratamos de análise crítica de decisões (sentido lógico-formal): consistência e coerência. Com efeito, “para os efeitos da aplicação da MAD o conceito de coerência inclui o de consistência. Os conceitos de consistência e coerência estão em MacCormick” Tradução livre: “A análise de argumentos de coerência e consistência é ainda mais reveladora. O argumento da consistência nos obriga a não tolerar a presença em um sistema jurídico de duas regras que se controvertam reciprocamente [...]. O argumento da coerência vai além, mesmo, buscando não apenas evitar contradições ou inconsistências, mas de fato encontrar uma maneira de atribuir sentido ao sistema como um todo, dando sentido a cada um dos ramos dele de cada vez [...]. Ao argumentar a partir da coerência, estamos defendendo maneiras de tornar o sistema jurídico o mais próximo possível de um todo racionalmente estruturado, que não nos obrigue a perseguir objetivos gerais mutuamente inconsistentes”. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Series, 2003. p. 152; FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Universitas Jus, n. 21, jul.-dez, 2010.

10 FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Universitas Jus, n. 21, jul.-dez, 2010.

11 Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

12 Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

a necessidade da tomada de decisões comuns que transcendam a tais interesses e a todos se apliquem”¹³. Nessa toada, importante, ainda, o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “a noção de Estado Federal é também uma noção, um conceito, de caráter normativo, que deve ser compreendido a partir da formatação específica tomada por cada Estado Federal em sua concreta ordem constitucional”¹⁴.

Deste modo, o respeito à referida forma de Estado não é analisado de forma dissociada das características concretamente estabelecidas no diploma constitucional, a qual, no contexto brasileiro, se verifica na forma do federalismo de equilíbrio, que busca a harmonização dos interesses dos entes federados, com inspiração na Constituição alemã de 1949¹⁵.

O princípio republicano, por sua vez, se caracteriza, segundo a lição de Geraldo Ataliba, pela eletividade, periodicidade e responsabilidade. Com efeito, assere o autor que “a eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular”¹⁶.

Não obstante, a origem das ideias republicana e federativa entre nós deita origens no modelo norte-americano da Convenção da Filadélfia de 1787, como um dos autores teve oportunidade de mencionar em outro local¹⁷, quando foi criado um “federalismo em dois níveis, uma Carta de Direitos, um sistema representativo constituído por um Congresso bicameral e um presidencialismo forte, além de uma Suprema Corte¹⁸, em um desenho institucional criado para afastar, e não aproximar os cidadãos da democracia, sendo esta a causa maior do desgaste da representação política¹⁹. A missiva que James Madison escreveu à Thomas Jefferson, em 10 de outubro de 1788, é disso prova robusta”²⁰.

13 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 18, *caput*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 700.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 887-888.

15 HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 355.

16 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. IX.

17 PÁDUA, Thiago. **Alice no país da democracia, ou através do espelho parlamentar da jurisdição constitucional: um diálogo com o professor Eduardo Mendonça sobre o neotribunado da plebe**. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017.

18 O que James Madison chamou de “república composta”, no entanto, embora representativa de uma novidade notável, como usualmente se afirma; mas tal assertiva aumenta a ironia de que “todo o edifício foi construído para deter a continuidade da democracia, num contexto que alguns membros daquela construção institucional se opunham tão severamente à democracia que hodiernamente seria embaraçoso, como a observação de George Cabot, político de Boston, para quem a democracia seria “o governo dos piores”. Cf. KEANE, John. **Vida e Morte da Democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 267.

19 Roberto Gargarella, pesquisando as causas do que chamou de “crise do sistema político representativo”, buscou responder a perguntas como 1) porque há desconfiança das instituições públicas? 2) porque o grande desinteresse da maioria das pessoas de tomar parte das atividades políticas? Observa-se que alguns autores dizem que tal se daria por “algumas deformações” ou “disfunções” do sistema político, mas Roberto Gargarella discorda. Para ele, tais “males” representariam justamente o contrário, uma vez que tal sistema político “funciona tal como se esperava que funcionasse”: “a presente crise de representação tem muito que ver com o modo como essas mesmas instituições políticas foram desenhadas. Segundo minhas investigações, tais instituições não foram desenhadas com o objetivo de promover a intervenção da cidadania nos assuntos públicos, antes, foram mais bem pensadas para desalentar dita participação. Os “Pais Fundadores” do sistema representativo rechaçavam drasticamente todo tipo de democracia direta; desconfiavam de toda intervenção ativa da cidadania na política, e, fundamentalmente, temiam as assembleias e as discussões majoritárias”. (Tradução Livre) Cf. GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México-DF: Fontamara, 1997. p. 93-95.

20 O importante livro de Charles C. Thach Jr., originalmente escrito em 1923 sobre a “Criação da Presidência Americana” (1775-1789) observa que a mencionada Carta, a qual James Madison remeteu à Thomas Jefferson em 10 de outubro de 1788, contém a “verdadeira base filosófica”, não apenas da segunda revolução americana, mas da Constituição que dela resultou, e cujo fragmento é a seguir reproduzido: “Esteja onde estiver, o poder real dos Governos traz consigo o perigo da opressão. Em nossos governos o poder real situa-se na maioria da comunidade, e a invasão dos direitos privados é principalmente apreendida, não a partir dos atos governamentais contrários ao senso de seus constituintes, mas a partir dos atos em que o Governo é um mero instrumento da maioria. Esta é uma verdade de enorme importância, mas não suficientemente atendida, e provavelmente isso é mais forte na minha mente por conta de reflexões e fatos por ela sugeridos do que na sua, que tem contemplado abusos de poder advindos dos mais diferentes nichos. Onde quer que esteja presente um interesse e o poder para fazer o mal, o mal geralmente será feito, e não menos facilmente por um poderoso e interessado partido do que um poderoso e interessado príncipe. A diferença, relativamente a superioridade das repúblicas sobre as monarquias, reside no menor grau de probabilidade de que o interesse pode propiciar abusos de poder nas primeiras do que nas últimas; e, na segurança das republicas contra a opressão de mais do que

1.2. O ENTENDIMENTO ANTERIOR DO STF: 1964-2017

Pois bem, em um primeiro momento, a jurisprudência²¹ do Supremo Tribunal Federal não vislumbrou colisão entre o princípio federativo e o princípio republicano no que concerne à licença prévia das assembleias legislativas estaduais para instauração de ação penal contra Governadores de Estado.

O precedente apresentado pelo Ministro Celso de Melo²² como o primeiro representativo da controvérsia (*leading case*), **Habeas Corpus n. 41.296/DF**²³, denominado de “Caso Mauro Borges”, em que figurava como paciente o então Governador do Estado de Goiás, indica que há muito já se firmara o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que é constitucional a licença prévia do legislativo estadual para instauração de processo penal em face do Governador.

No referido julgado, mencionou o Ministro Relator, Gonçalves de Oliveira, *ad exemplum*, a decisão proferida em 3 de outubro de 1947, que chancelara a referida conclusão ao julgar a **Representação n. 96** contra a Constituição do Estado de São Paulo, a qual dispunha no § 1º de seu artigo 45 que o **recebimento da denúncia** pela maioria absoluta da Assembleia importaria o afastamento do Governador do exercício das suas funções até decisão do processo.

Registrou, ainda, que o mesmo entendimento foi seguido em posterior caso referente à Constituição do Estado de Alagoas (**RMS 4.928/AL**, julgado em 20 de novembro de 1957). Demais disso, salientou que o Supremo já havia determinado que a apreciação do legislativo deve preceder à ação penal (*indictment*) em relação ao então Prefeito de Araçatuba-SP, tal como constitucionalmente exigido em relação ao Presidente da República, no **RHC 38.619/SP**²⁴.

Na impetração do Caso Mauro Borges, por sua vez, alegava-se incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o Governador do Estado de Goiás pela suposta prática de crime contra o Estado e a Ordem Política e Social, tipificado na Lei n. 1.802, de 5 de janeiro de 1953. Ao confirmar a incompetência da Justiça Militar e apontar ser competente para processar e julgar a ação penal o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assentou o Supremo

uma pequena parte da sociedade, enquanto que nas monarquias ela pode ser estendida, de certa maneira, para todos. Já se ressaltou que há uma tendência em todos os Governos à argumentação de poder ao preço da liberdade. Mas a ressalva, como geralmente compreendida, não me parece bastante fundada. O poder, quando alinhado à certo grau de energia e independência, geralmente vai aumentando os seus graus. Mas quando tal grau vai abaixando, a tendência direta é a promoção de graus de relaxamento, até que os abusos da liberdade promovam uma inesperada transição para um grau indevido de poder. Com esta explicação, a ressalva pode ser verdadeira, e em última análise apenas é assim, em minha opinião, aplicável ao Governo existente nos Estados Unidos da América. Isso é uma reflexão melancólica de que a liberdade deve ser igualmente exposta ao perigo, sempre que o Governo possua muito ou pouco poder”. (Tradução Livre). Cf. THACH JR., Charles C. **The Creation of the Presidency: 1775-1789**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1969. p. 23-24.

²¹ Aqui o termo jurisprudência é utilizado com ressalvas, nos termos da alta imprecisão e ampla inconsistência que a caracteriza. Cfr. PADUA, Thiago. **Jurisprudência Líquida: Reflexões Críticas Sobre a Fragilidade Jurisprudencial Brasileira**. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2, 2016.

²² “O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na realidade, o “*leading case*”, na matéria, resultou de julgamento do Plenário desta Corte, proferido em 23/11/1964, no exame do HC 41.296/DF, impetrado em favor de Mauro Borges, então Governador do Estado de Goiás...”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5540/MG, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 3 mai. 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 28 mar. 2019.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 41296/DF. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira, Tribunal Pleno, julgado em 23 nov. 1964. Brasília: Diário de Justiça, 22 dez. 1964, PP-04651 EMENT VOL-00607-07 PP-02818 RTJ VOL-00033-02 PP-00590.

²⁴ *Impeachment. Indictment*. Aquêle tem de preceder a êste. Lei federal 3.528, de 3.1.1959, que mandou aplicar aos prefeitos a lei. 1.079, de 10.4.1950. Crimes de responsabilidade não são somente os que o acusado comete contra o Estado ou Município que governa, mas também os praticados contra indivíduos. Habeas corpus concedido.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 38619, Relator: Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 22 nov. 1961. Brasília: Diário de Justiça, 2 abr. 1962, PP-00557 EMENT VOL-00492-05 PP-01742 ADJ 02-10-1962 PP-02843 RTJ VOL-00021-01 PP-00167.

Tribunal Federal que o Governador somente pode ser processado “após julgada procedente a acusação, pela Assembleia Legislativa”.

Mais do que isso. O voto do ministro Victor Nunes Leal, no caso Mauro Borges, menciona que a prevalecer a postura da ditadura civil-militar em subverter (ou suprimir) a regra de competência que contava com a autorização prévia (e necessária) das Assembleias Legislativas estaduais seria “interpretação ‘*ad absurdum*’, para demonstrar que aqueles que defendiam tal interpretação “*deixaram de lado a lógica jurídica*”, representando ainda um perigo demasiado amplo no que concerne à condução do governo político, pois equivaleria a permitir que os juízes governassem o país²⁵.

Na ocasião, o Excelso Pretório destacou como fundamento da constitucionalidade da medida, prevista no art. 40 da Constituição goiana, não apenas a autonomia do Estado-membro, consectária da forma federativa de Estado, mas também o princípio republicano, na medida em que a referida conclusão, nas palavras do Ministro Victor Nunes, garante “eficazmente o livre exercício dos poderes políticos” e, conforme já previa a Constituição de 1937 em seu art. 1º, o poder emana do povo. Deste modo, concluiu-se que “Para destituir os governantes, dada a relevância da função política, o prévio julgamento dos seus atos é realizado, pelo menos em uma das fases, por um órgão político, que também deriva a sua legitimidade da mesma fonte, isto é, do povo”. Ou seja, ainda segundo o ministro Victor Nunes, suprimir a vontade política prevista da Constituição Estadual representaria “**uma forma indireta de intervenção federal**” (sem o destaque no original).

1.3. O INÍCIO DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF: ANTES DE 2017, E DAÍ EM DIANTE...

Com o advento da Constituição de 1988, a qual passou a estabelecer, no art. 105, inciso I, alínea “a”²⁶, a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os Governadores pela prática de crimes comuns, surgiu novo fator que influiria a análise da constitucionalidade da licença prévia das assembleias legislativas estaduais como condição de procedibilidade da ação penal, na medida em que, a se permitir a manutenção do mencionado entendimento, admitir-se-ia que o exercício da jurisdição, que passou a ser centralizada em órgão judicante federal, fosse limitado pelo legislativo estadual, uma vez que antes de 1988 cabia aos Tribunais Estaduais o julgamento dos Governadores de Estado por crime comum.

Inicialmente, a questão foi tratada a título de *obiter dictum* em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nos autos da **Ação Penal n. 303/DF**²⁷, na qual se discutia a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ex-Ministro de Estado das Comunicações por crime

25 Trecho do voto do Ministro Victor Nunes no caso Mauro Borges: “Todo esse mecanismo de salvaguarda do exercício dos poderes políticos ruiria, se o Presidente da República, ou os Governadores de Estados, pudessem ser presos e, portanto, suspensos ou destituídos, por um simples despacho da Justiça comum (incluindo nessa expressão militar), sobretudo de juízes de primeira instância. Se isso fosse possível, os juízes, mesmo os inferiores, é que governariam o país, em lugar dos titulares legitimados pelo voto popular, de onde emana o poder”.

26 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 303/DF. Relator: Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 9 set. 1992. Brasília: Diário de Justiça, 23 out. 1992, PP-18780 EMENT VOL-01681-01 PP-00001 RTJ VOL -00144-02 PP-00361.

supostamente praticado durante o exercício deste cargo, que, supervenientemente, durante o curso do processo penal, assumiu o posto de Governador do Estado da Bahia. Eis o teor do voto do citado Ministro Revisor, ao tratar da questão que comporta pertinência ao presente estudo, após acolher a premissa de que remanesceria o processo na competência do Supremo Tribunal Federal:

27. Aduziu-se finalmente como um suposto complicador da questão que, a aplicar a Súm. 394, a jurisdição do Supremo Tribunal ficaria condicionada à prévia autorização para o processo de Assembleia Legislativa do Estado correspondente.

28. De minha parte, aceito a premissa da necessidade da autorização (no que creio dissentir do em. Ministro Celso de Mello, que, em aparte ao Ministro Moreira Alves, invocou opinião de José Afonso da Silva (Curso Dir. Constitucional Positivo, 5ª ed., 1999, p. 530), para quem não mais parece possível, nos crimes comuns, definir na Constituição estadual que a admissibilidade do processo depende da autorização da Assembleia Legislativa, visto como não é mais um órgão judiciário estadual – o Tribunal de Justiça, como antes – que detém a competência para o processo e julgamento desses crimes.”).

29. O raciocínio do autorizado professor paulista desvela sua fidelidade, *mutatis mutandis*, às inspirações da Súm. 3, segundo a qual “a imunidade concedida aos deputados estaduais é restrita à Justiça dos Estados: no longo voto que proferi, em 11.12.91, no Inq. 316, depois de recordar todo o histórico daquele assento de nossa jurisprudência, busquei demonstrar que, com relação aos parlamentares estaduais, ficou ele superado com o art. 27, § 1º, da Constituição.

30. Creio que, embora sem norma expressa, raciocínio similar conduz a derivar da própria Constituição Federal a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para, no curso do seu mandato, instaurar ou dar sequência a processo contra Governador de Estado por crimes comuns, não obstante caiba a competência a um Tribunal da União.

31. Pelo contrário, **essa circunstância – por suas óbvias implicações com a autonomia do Estado-membro –, parece reforçar as razões determinantes da subordinação do processo a juízo político do órgão de representação popular da unidade federada.**

32. **Se, no modelo federal, a exigência de autorização da Câmara dos Deputados finca raízes no princípio da independência dos poderes centrais, à mesma inspiração se soma o dogma da autonomia do Estado-membro perante a União, quando se cuida de confiar a própria subsistência do mandato a Governador do primeiro a um órgão judiciário federal.**

33. Convenci-me, assim, do acerto do entendimento firmado a propósito pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. Rev. STJ 6/17, RT 654/341).

34. Não me convenci, entretanto, que daí advenha complicação inédita a que se mantenha, nas circunstâncias do caso, a competência do Supremo Tribunal Federal, na linha ditada por sua jurisprudência centenária.

35. A necessidade, que, admito, da autorização da Assembleia Legislativa, à vista de seus fundamentos substanciais nada tem a ver especificamente com

a competência do Superior Tribunal de Justiça, nem, por outro, tem nada de incompatível com a reafirmação da competência do Supremo Tribunal Federal.

36. A autorização para o processo dos Chefes do Executivo tem natureza similar à de licença prévia para o processo dos membros do Legislativo e, como esta última, se prende à função atual do acusado e, ao contrário da competência por prerrogativa de função, não se estende além da cessação do exercício dele.

37. Por isso, nas virtualidades de aplicação da Súm. 394, a hipótese vertente não será a única em que o exercício da jurisdição remanescente do Supremo Tribunal ficará subordinada à autorização ou à licença do Legislativo estadual.

38. Basta pensar na hipótese do ex-Deputado Federal que, por fato ocorrido no curso do respectivo mandato, responderá perante o STF, ainda que, ao tempo da denúncia, exerça mandato de Deputado Estadual: o processo e o julgamento já não dependerão de licença da Câmara dos Deputados, mas estarão sujeitos à da Assembleia Legislativa.

39. Há mais, porém: mesmo fora das hipóteses da Súm. 394, pode a jurisdição do STF subordinar-se à licença ou à autorização da Câmara Estadual. Considere-se o caso em que um membro do Congresso Nacional ou um Ministro de Estado seja denunciado ao STF por crime comum praticado em co-autoria com Governador de Estado ou Deputado Estadual: nessa eventualidade, em razão da continência e da hierarquia – como ainda recentemente se reafirmou na Corte (HC 68.846) –, a competência do STF prevaleceria para o julgamento de todos os co-réus e, não obstante, em relação a eles, o processo dependeria do consentimento da Assembleia Legislativa competente.

(...). (Negritos inseridos).

A incursão realizada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence acabou superada quando o julgamento, suspenso por pedido de vista formulado pelo Ministro Moreira Alves, foi retomado após a definição, na Questão de Ordem no **Inq n. 427/DF**²⁸, do entendimento segundo o qual passava a ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores de Estado e do Distrito Federal que, em decorrência da aplicação da **Súmula n. 394/STF**²⁹, continuavam a ser processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Como a análise do referido Ministro partia da premissa de que a competência para julgamento do caso em questão remanesceria no Supremo Tribunal Federal, seu voto resultou, ao final, vencido, tendo em vista que, no que concerne à matéria concernente à competência do STF, o entendimento da Corte se firmou em sentido diverso. Não obstante, o sentido de sua exposição, no tocante à licença prévia do Legislativo estadual ou distrital como condição de procedibilidade para instauração de ação penal por prática de crime comum por Governador, foi adotado em julgados subsequentes.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 427 QO/DF, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 12 ago. 1992, Brasília: Diário de Justiça, 15 out. 1993, PP-21623 EMENT VOL-01721-01 PP-00087 RTJ VOL-00148-01 PP-00026.

29 Súmula nº 394/STF: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **Recurso Extraordinário n. 153.962/BA**³⁰, tornou a aplicar o entendimento anteriormente vigente, segundo o qual é garantida, por força do pacto federativo, a autonomia dos Estados-membros para evocar a simetria com a União no que concerne ao Chefe de Governo, mormente ante a ausência de hierarquia entre os entes federados.

Quanto à reprodução dos §§ 3º e 4º do art. 86 da Constituição Federal³¹ nas Constituições estaduais, contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em sentido contrário, afirmando que, por **prevalência do princípio republicano**, não se aplica a imunidade temporária por atos estranhos ao exercício da função ao Governador da República, tampouco a vedação à prisão cautelar na ação penal pela prática de crime comum, conforme entendimento estabelecido na **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 978/PB**³², reproduzido na **ADI n. 1.008/PI**³³.

Apesar dos argumentos declinados, mormente no tocante à impossibilidade de restrição da responsabilidade dos governantes, consectária do princípio republicano, em hipótese não expressamente prevista na Constituição Federal, do que se depreenderia que o artigo 86, §§ 3º e 4º, da Carta Política se aplica apenas ao Chefe de Estado, e não aos demais Chefes de Governo das unidades da federação, não é possível extrair do julgado em que medida o entendimento referente à autorização prévia da Assembleia Legislativa não se amoldaria a esta lógica.

É de se ver que, no que concerne a este tema, houve, no referido julgado, a busca de manutenção do entendimento até então firmado no âmbito da Excelsa Corte. Entretanto, se optada a preponderância da autonomia dos entes federativos em relação a esta questão por respeito aos julgados passados, não haveria margem para conclusão diversa em relação às demais questões postas na ação constitucional. Caminha nesse sentido, a propósito, o voto do Ministro Ilmar Galvão no referido julgado, o qual restou vencido, malgrado não suficientemente infirmado por seus pares.

No âmbito dos estudos referentes à técnica decisória e política de precedentes, este fenômeno se identifica como distinção inconsistente³⁴, que se trata de hipótese de utilização da técnica de distinção (*distinguishing*)³⁵ em incongruência com a norma subjacente ao precedente paradigma, tendo em vista as propostas sociais que sustentam o entendimento³⁶,

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153968/BA, Relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 6 out. 1993. Brasília: Diário de Justiça, 10 dez. 1993, PP-27100 EMENT VOL-01729-04 PP-00650.

31 Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

(...) § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 978, Relator: Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 1995. Brasília: Diário de Justiça, 17 nov. 1995, PP-40377 EMENT VOL-01809-01 PP-00001.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.008/PI, Relator: Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 1995. Brasília: Diário de Justiça, 17 nov. 1995, PP-40378 EMENT VOL-01809-01 PP-00049.

34 O termo é apontado por Eisenberg tanto como *inconsistent distinguishing*, como *inconsistent distinction*. EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 136 e 140.

35 Em análise aprofundada, um dos autores já sintetizou, com aporte de abalizada doutrina, que, para a utilização da técnica de distinção, é imprescindível a “identificação de fatos que conduzam a fundamentos jurídicos relevantes que diverjam da *ratio decidendi* do padrão decisório paradigma ou ausência de situação apta a preencher todo o suporte fático para a incidência do padrão decisório”. Cfr. DE PAULA, Lucas Rodrigues. **Legitimidade para instar a superação de padrões decisórios vinculantes no STJ e no STF**. Monografia (Graduação em Direito). Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal, 2018, p. 67.

36 EISENBERG, Melvin. *Op. cit.*, p. 136. Tradução livre da obra original: “Another process by which the courts overturn established doctrines is the drawing of inconsistent distinctions—that is, distinctions that are inconsistent with the underlying rule, given the social propositions that support the rule. This process resembles overruling and transformation in that it involves overturning an established doctrine that substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency”.

as vezes também recebendo o nome de “a 5ª técnica do precedente”, quando feita de maneira consciente, denominada de “estreitamento” (*Narrowing Precedent*)³⁷.

Com efeito, verifica-se que todas as questões objetos de análise na referida ação de controle concentrado de constitucionalidade evocam a mesma *ratio decidendi*, qual seja, a de que, a despeito de a disposição constitucional referente ao Presidente da República ensejar possível óbice à imediata responsabilização do governante, o princípio federativo, que alça, na Carta de 1988, o patamar de cláusula pétrea, deve prevalecer na análise da questão, a admitir a simetria entre a União e os demais entes federativos.

Deste modo, se pretendido o respeito aos precedentes da Corte Suprema, não se afiguraria viável conclusão pela inconstitucionalidade da reprodução dos §§ 3º e 4º do artigo 86 da Constituição Federal nas Constituições estaduais ou na Lei Orgânica distrital. Não obstante, não tendo a Excelsa Corte concluído pela incompatibilidade lógica entre o entendimento firmado em relação à licença prévia das Assembleias Legislativas estaduais ou Câmara Legislativa distrital, o imbróglio referente à primeira questão persistiu, até o momento em que os fundamentos para esta medida tiveram de ser revisitados, em julgados mais recentes.

O entendimento firmado quanto à licença prévia das assembleias legislativas estaduais para instauração de ação penal contra Governador pela prática de crime comum foi reproduzido no *Habeas Corpus* n. 80.511/MG³⁸, de relatoria do Ministro Celso de Mello, quem abriu a divergência no julgado anteriormente citado para realizar a dita distinção ora apontada como inconsistente.

A despeito de inexistir na Constituição mineira norma que estabelecesse a necessidade de autorização prévia do legislativo estadual para o processo e julgamento do Governador por prática de crime comum, foi a ordem concedida com fundamento nas normas constitucionais referentes ao Presidente da República, para assegurar, ao paciente, o direito de apresentar resposta à acusação somente após a eventual concessão, por parte da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, da pertinente e necessária autorização.

Mais adiante, adveio a Emenda Constitucional n. 35/2001, que suprimiu a necessidade de autorização da respectiva Casa legislativa para processamento de parlamentares, antes insculpida no art. 53, § 1º, da Constituição Federal³⁹. Este fator ensejou novo questionamento relativo à autorização das assembleias legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal como condição de procedibilidade da ação penal ajuizada em face do Governador por prática de crime comum.

Instado a se manifestar quanto a esta questão, tornou o Supremo Tribunal Federal a manter o entendimento consolidado no sentido de que se faz imperiosa a licença prévia, afirmando que a dita emenda Constitucional não impacta na situação dos Governadores.

³⁷ A este respeito, conferir nosso trabalho de dissertação de mestrado. Cfr. PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da ‘ratio decidendi’ a partir de Pierluigi Chiassoni**. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2015, p. 118.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80.511/MG, Relator: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 21 ago. 2001. Brasília: Diário de Justiça, 14 set. 2001, PP-00049 EMENT VOL-02043-02 PP-00294.

³⁹ Redação original: Art. 53. (...). § 1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35/2001: § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a ADI 4.791/PR⁴⁰, a ADI 4.792/ES⁴¹ e 4.800/RO⁴². Em 2017, contudo, o Supremo Tribunal Federal trilhou caminho diverso quanto ao assunto.

Na **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.540/MG**, o Ministro Edson Fachin protagonizou a **reviravolta jurisprudencial** que superou o entendimento há décadas afirmado no sentido de que a norma que demanda a autorização das assembleias legislativas estaduais era de reprodução obrigatória.

No caso em questão, a Constituição do Estado de Minas Gerais não possuía previsão que reproduzisse a norma da Constituição Federal que exige a referida licença prévia do Legislativo. Na análise acerca da aplicabilidade dos dispositivos constitucionais referentes à autorização prévia do legislativo referente ao Presidente da República ao Governador estadual ao qual se imputa a prática de crime comum, o Ministro Edson Fachin apresentou o argumento de que houve **mutação constitucional**, “diante dos reiterados e vergonhosos casos de negligência deliberado pelas Assembleias Legislativas estaduais, que têm sistematicamente se negado a deferir o processamento dos Governadores de Estado”.

O fato ensejador da superação da jurisprudência constitucional de longa data firmada foi, portanto, um fato atestado pelo Supremo Tribunal Federal, também nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na **ADI nº 4.764/AC**, julgada no dia seguinte à mencionada **ADI nº 5.540/MG**, segundo o qual,

Em informações prestadas em 19.02.2015 pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, contendo dados levantados a partir de 20.12.2003, constata-se que o STJ formulou aos Poderes Legislativos dos Estados e do Distrito Federal 52 pedidos de autorização para processar governadores. Todavia, a somente 1 desses pedidos houve autorização da respectiva Casa Legislativa. Quanto aos demais, 36 não foram respondidos, com a consequente baixa do processo em virtude da perda superveniente do foro por prerrogativa de função, e 15 foram negados.

Sob o prisma da irresignação com a impunidade, pois, passou-se a asseverar, na mesma linha das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 978/PB e 1.008/PI**, que o princípio republicano não comportaria limitações não expressas na Constituição Federal, razão por que inaplicável a norma que se refere especificamente ao Presidente da República aos Chefes de Governo dos demais entes federativos, na medida em que não há idêntica previsão na Carta Política Brasileira em relação a estes.

Destacou-se, ademais, ofensa à cláusula da separação de poderes, insculpida no art. 2º da Constituição Federal⁴³, na medida em que a interpretação que exige a licença prévia das assembleias legislativas estaduais implicaria na limitação da competência do Superior Tribunal de Justiça estabelecida no art. 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República, a despeito da inexistência de previsão constitucional nesse sentido.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4791, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 12 fev. 2015. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 24 abr. 2015.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4792, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12 fev. 2015. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 24 abr. 2015.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4800, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12 fev. 2015. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 24 abr. 2015.

43 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Afirmou-se, ainda, que o entendimento favorável à licença prévia das assembleias legislativas estaduais constitui **ofensa ao princípio da igualdade** e, conseqüentemente, do devido processo legal, pois “querer estabelecer tal condição de procedibilidade é alçar um sujeito à condição de desigual, supostamente superior por ocupar relevante cargo de representação”, conquanto sua posição não seja diversa de qualquer outro servidor público.

Ademais, salientou-se a incompetência dos estados e do Distrito Federal para legislar acerca de direito processual penal, conforme preconiza o art. 22, inciso I, da Constituição Federal⁴⁴. Por derradeiro, dentre os fundamentos destacados para a viragem jurisprudencial, destaca-se ainda o apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso na mencionada **ADI nº 4.764/AC**, segundo o qual, se a jurisprudência daquela Suprema Corte (**ADI 978**) “considera violado o princípio republicano quando as Constituições Estaduais adotam regras semelhantes às dos §§ 3º e 4º do art. 86, não há razão suficientemente convincente para não estender o mesmo raciocínio no que diz respeito ao art. 51, I, da Constituição Federal”.

Do referido julgado às ações julgadas no dia posterior (**ADI nº 4.764/AC; 4797/MT** e **ADI 4798/PI**⁴⁵), constata-se a evolução do debate acerca da referida mutação constitucional. Além de ter se firmado, na **ADI nº 5.540/MG**, que a norma não era de reprodução obrigatória, firmou-se, na análise das Constituições estaduais que reproduziam, em relação aos Governadores, a norma constitucional referente ao autorização do Legislativo referente à ação penal instaurada contra o Presidente da República, a conclusão de que tal previsão era inconstitucional, porquanto a norma da Constituição Federal não apenas deixou de ser considerada de reprodução obrigatória, mas passou a ser considerada de reprodução vedada, como estabelecido respectivamente nas Ações Diretas nº 5.400/MG e 4.764/AC, que sintetizam o debate.

Portanto, verifica-se que o entendimento que surgiu a partir de uma **distinção inconsistente**, na **ADI nº 978/PB**, tornou-se a regra. Entretanto, fosse consistente a técnica decisória, constata-se que o referido precedente não teria se erigido de tal forma.

Ademais desse fato, verifica-se que a solução do “inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos” (palavras afirmadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso na **ADI nº 4.764/AC**) foi apresentado como objetivo legítimo da ponderação entre o princípio republicano, na faceta da responsabilização dos agentes políticos, e o princípio federativo, na ótica da autonomia dos Estados-membros da federação.

Lado outro, oportuno questionar a procedência de tal objetivo legítimo na análise da proporcionalidade dos referidos julgados. Isto porque, consoante lição comezinha, o princípio da dignidade da pessoa humana e a conseqüente noção garantista em matéria de direitos fundamentais é a diretriz central do núcleo rígido constitucional pátrio. Tais reflexões se reservam aos capítulos posteriores.

Com efeito, elencamos na tabela abaixo a forma como cada uma das unidades da federação (nível estadual) organizou a temática da autorização da respectiva casa legislativa para processo e julgamento de Governador de Estado por crime comum perante o Superior

44 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4764/AC, ADI 4797/MT e ADI 4798/PI**, Relator: Min. Celso De Mello, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 4 mai. 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico: 15 ago. 2017.

Tribunal e Justiça, no âmbito da respectiva Constituição Estadual e Lei Orgânica do Distrito Federal, registrando também o quanto disposto na Constituição Federal de 1988 para o caso do Presidente da República na CF/1988, e de como estava regulado no famoso “*leading case*” no caso Mauro Borges, então Governador de Goiás em 1964:

Unidade da Federação	Quórum	Regras da respectiva CF, CE ou LODF
União (1988) Constituição Federal de 1988	2/3	Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns , ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.
Goiás (em 1964) <i>Leading Case</i> STF HC 41.296 <i>Caso do Gov. de Goiás</i> <i>Mauro Borges</i>	Maioria Absoluta	Art. 40. O Governador do Estado será submetido a processo e julgamento, nos crimes de responsabilidade, perante a Assembleia Legislativa; e, nos comuns, perante o Tribunal de Justiça do Estado , depois de declarada a procedência da acusação por maioria absoluta da Assembleia.
União (1946-64) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, vigente no período acima.	Maioria Absoluta	Art. 88 - O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns , ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.
DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PÓS 1988		
Acre	2/3	Art. 81. Admitida a acusação contra o governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa , é ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Alagoas	2/3	Art. 110 - Admitida a acusação pela Assembleia Legislativa Estadual, pelo voto de dois terços de seus membros , será o Governador do Estado, nas infrações penais comuns , submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça, e perante a própria Assembleia Legislativa, na hipótese de crime de responsabilidade.
Amapá	2/3	Art. 121. O Governador do Estado, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados Estaduais , será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Amazonas	2/3	Art. 56. Admitida por dois terços dos integrantes da Assembleia Legislativa a acusação contra o Governador do Estado, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Bahia	2/3	Art. 107 - O Governador será julgado, nos crimes de responsabilidade, pela Assembleia Legislativa e, nos comuns , pelo Superior Tribunal de Justiça, depois de admitida a acusação por dois terços da Assembleia.
Ceará	2/3	Art. 90. O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade pela Assembleia Legislativa e, nos comuns , pelo Superior Tribunal de Justiça, após admitida a acusação por dois terços dos membros da Assembleia.

Distrito Federal	2/3	Art. 103. Admitida acusação contra o Governador, por dois terços da Câmara Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a própria Câmara Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Espírito Santo	2/3	Art. 93 Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns .
Goiás	2/3	Art. 39 - Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça nas infrações penais comuns e pela Assembleia Legislativa por crimes de responsabilidade.
Maranhão	2/3	Art. 66. Admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, o Governador do Estado será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Mato Grosso	2/3	Art. 68 O Governador, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Mato Grosso do Sul	Maioria Simples	Art. 63 - Compete privativamente à Assembleia Legislativa: (...) XVIII - conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns. Art. 91 - Nos crimes comuns, o Governador do Estado será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça e, nos de responsabilidade, nos termos da lei federal. RIALMS: Art. 274. Cabe ao Poder Legislativo apreciar pedido de concessão de licença para processar, pela prática de crime comum, o Governador do Estado.
Minas Gerais	Sem previsão de autorização	Art. 92 – O Governador do Estado será submetido a processo e julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns.
Pará	2/3	Art. 137. Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, mediante votação secreta, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a própria Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Paraíba	Maioria Absoluta	Art. 88. Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por maioria absoluta da Assembleia Legislativa, ressalvada a competência do Superior Tribunal Militar, nos casos que configurem crime militar, será ele submetido a julgamento: (...) a) nas infrações penais comuns , perante o Superior Tribunal de Justiça;
Paraná	2/3	Art. 89. Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços dos membros da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a própria Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Pernambuco	2/3	Art. 39. Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante o Tribunal Especial, nos crimes de responsabilidade.

Piauí	2/3	Art. 104. O Governador, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos deputados estaduais, será processado e julgado, originalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Rio de Janeiro	2/3	Art. 147. O Governador do Estado, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Rio Grande do Norte	2/3	Art. 65. São crimes de responsabilidade do Governador os definidos em lei federal, que estabelece as normas de processo e julgamento. § 1º. Admitida acusação contra o Governador do Estado, por dois terços (2/3) da Assembleia Legislativa, é ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns , ou perante tribunal especial, nos crimes de responsabilidade, e, quando conexos com aqueles, os Secretários de Estado.
Rio Grande do Sul	2/3	Art. 84. O Governador do Estado, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.
Rondônia	2/3	Art. 67. O Governador do Estado, admitida a acusação pelo voto de dois terços dos Deputados, será submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade.
Roraima	2/3	Art. 65. O Governador será submetido a processo e julgamento: (...) II - nos crimes comuns perante o Superior Tribunal de Justiça, depois de declarada por aquela, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, a procedência da acusação; § 1º O Governador será suspenso de suas funções quando incorrer:
Santa Catarina	2/3	Art. 73 — O Governador será submetido a processo e julgamento, nos crimes de responsabilidade, perante a Assembleia Legislativa e, nos comuns , perante o Superior Tribunal de Justiça, depois de declarada, por aquela, pelo voto de dois terços de seus membros, a procedência da acusação.
São Paulo	2/3	Artigo 49 — Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns .
Sergipe	2/3	Art. 86. Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça nas infrações penais comuns , ou perante a Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade.
Tocantins	2/3	Art. 41. § 1º. Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa, será ele submetido a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns e, pela Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

Conforme se verifica, quase todas as Unidades da Federação copiaram o modelo geral da Constituição Federal de 1988, no que concerne ao aspecto sobre a autorização prévia da casa legislativa como condição de procedibilidade para processo dos Governadores de Estado pelo cometimento de crime comum, variando-se apenas quanto quórum (a Constituição da Paraíba foi a única a divergir do quantitativo de 2/3, e a Constituição de Minas Gerais a única a não prever autorização).

Tendo tais dados em mente, passamos a abordar o princípio da proporcionalidade em geral, e em particular segundo a abordagem de Matthias Klatt, para uma posterior verificação sobre a proporcionalidade da viragem jurisprudencial do STF a partir dos argumentos que utilizou.

2. A PROPORCIONALIDADE: EM GERAL E EM MATTHIAS KLATT

2.1 PROPORCIONALIDADE EM GERAL

Neste tópico analisaremos o princípio da proporcionalidade, para na sequência submetermos ao crivo do “teste da proporcionalidade” (na versão proposta por Matthias Klatt⁴⁶, famoso discípulo de Robert Alexy) a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a mudança de entendimento acerca do processo e julgamento dos Governadores de Estado por crime comum sem a necessidade de autorização da respectiva casa legislativa, a despeito de existir regra Constitucional Federal de idêntica incidência sobre o Presidente da República.

É importante registrar que podemos falar sobre o princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal de duas maneiras: 1) a utilização do princípio da proporcionalidade pelo próprio Tribunal, e, 2) a submissão de uma de suas decisões ao “teste da proporcionalidade”, sem que ele tenha sido necessariamente utilizado pelo próprio Tribunal, com finalidade analítica.

No primeiro caso, é de se observar duas profundas pesquisas, uma de mestrado, e outra de doutoramento. A primeira, de autoria de Paola Cantarini⁴⁷, sob orientação de Willis Santiago Guerra Filho, observa a fragilidade da utilização da proporcionalidade pelo STF, que utiliza muitas vezes indistintamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, as vezes utilizando proporcionalidade como sinônimo de “equidade”, ora utilizando apenas uma parte do princípio (apenas um de seus “fragmentos”, ou subprincípios); a outra pesquisa é a tese de Fausto Santos de Moraes, levada à cabo no PPG/Direito da UNISINOS, sob a supervisão do professor Lenio Luiz Streck, analisando o comportamento do STF num período de 10 anos (entre 07/07/2002 e 07/07/2012) com 189 decisões prolatadas a partir do princípio da proporcionalidade, constatando-se que o STF utilizou de forma equivocada (apenas a vulgata do) o pensamento *alexiano* sobre a proporcionalidade⁴⁸.

Na segunda hipótese, uma das decisões do Tribunal é analisada a partir de um determinado ponto de vista que busque estabelecer seu acerto, ou equívoco, tendo como paradigma (exemplo de contraste) o próprio princípio da proporcionalidade e seus aspectos mais salientes. Esta é a proposta deste texto.

46 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the ICON controversy**. International Journal of Constitutional Law n 10, 2012; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **La Proporcionalidad como principio constitucional universal**. México: UNAM, 2017; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. Revista Publicum, n. 1, 2015; KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014; KLATT, Matthias. **Argumentação jurídica e devido processo legal**. Trad. Luíza A. B. Borges. Em: TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford, 2012.

47 CANTARINI, Paola. **Direito comercial à luz do princípio da proporcionalidade: Uma análise filosófico-poética**. Novas Edições, 2015.

48 MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

O princípio da proporcionalidade é algo controverso, sendo certo que, a despeito disso, considera-se seu nascimento por ocasião do famoso julgamento da Corte Constitucional Alemã (“Apothekenurteil”; BVerfGE 7, 377), de 1958, sendo considerado o caso de maior sucesso de um “transplante de ideias”, a partir da difusão de sua utilização por parte de Tribunais do mundo inteiro. Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini, responsáveis pelo verbete “proporcionalidade” da “Enciclopédia Jurídica”, destacam haver três contextos: 1) histórico, 2) teórico, e, 3) de aplicação, sendo considerado o “princípio dos princípios”, referente a “relatividade” mútua (“*verhältnismäßig*”), sendo capaz de dar um “salto hierárquico” (“*hierarchical loop*”), conforme o pioneiro estudo de Willis Santiago Guerra Filho entre nós, indo do topo da pirâmide normativa para sua base, validando as normas individuais ali produzidas (administrativas, judiciais, etc.).

De maneira bastante concreta, observamos que é o princípio da proporcionalidade que permite se realizar aquilo que os norte-americanos denominam de “*balancing*” (entre interesses e bens), e cuja mesma ideia está na base alemã da “*Abwägung*” (sopesamento, ponderação). Através do princípio da proporcionalidade busca-se preservar ao máximo os demais princípios em disputa, sem lhes ferir o “núcleo essencial”, local “onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático”, e é dividido em três subprincípios ou proposições parciais (*Teilgrundsätze*), quais sejam: “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (*Abwägungsgebot*), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (*Gebot des mildesten Mittels*)⁴⁹, aqui mencionados com certa frequência como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Analisando a posição de Virgílio Afonso da Silva⁵⁰ acerca da distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini concordam em estabelecer que o princípio da (não)razoabilidade seria uma proibição do absurdo em direito, do que é “despropositado, sem finalidade juridicamente justificável, enquanto o da proporcionalidade se traduz em uma proibição de excessos e se presta a determinar o meio mais adequado, exigível e respeitoso à dignidade humana, para que se atinja certa finalidade, considerada merecedora de ser atingida, por razoável”⁵¹. Em outras palavras, por não ser absurdo e com respeito a proibição de excessos.

Existem muitas críticas ao princípio da proporcionalidade, como aquela de Stavros Tsakyrakis⁵² sobre ser “obscuro” ou obscurecer debates importantes, ou aquela mais famosa entre nós, feita judicialmente no STF por parte do então Ministro Eros Roberto Grau, nos autos do *Habeas Corpus n. 95.009/SP*, quando disse que os princípios são banalizados, especialmente o da proporcionalidade, que é manipulado e inserido num patamar (e num contexto) argumentativo de que “não existiriam direitos absolutos”, e assim sendo, a

49 Aliás, conforme ressaltado por Willis Guerra e Paola Cantarini, embora não esteja expresso no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade “é uma exigência *inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”*. Cfr. GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo de Teoria Geral e Filosofia do Direito, São Paulo, 2017.

50 AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o Razoável, in: Revista dos Tribunais, vol. 798, p. 26.

51 GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo de Teoria Geral e Filosofia do Direito, São Paulo, 2017.

52 TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: An assault on human rights?*, 7 I NT’ L J. C ONST. L. (I CON) 468 2009.

proporcionalidade seria utilizada como uma “gazua” (chave micha) apta a “*arrombar toda e qualquer garantia constitucional*”. Aliás, o ministro Eros Grau já havia se pronunciado de maneira provocativa sobre os limites dos tribunais quando abordou, em voto, a tese de Loewenstein sobre “as árvores judiciais que (não) tocam o céu”, na **Reclamação 4.335/AC**.

2.2 PROPORCIONALIDADE EM MATTHIAS KLATT, E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Pois bem, sem endossar a argumentação de que o princípio da proporcionalidade é uma varinha mágica de condão, e conscientes de que existem muitos problemas e críticas relevantes, observamos com Matthias Klatt, para os fins deste artigo, que “a proporcionalidade é o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre os objetivos de princípios contrapostos” e que “as etapas de aferição da adequação e da necessidade referem-se à otimização em face das circunstâncias fáticas do caso concreto”, possuindo 5 passos: **i)** objetivo legítimo; **ii)** meio legítimo; **iii)** adequação; **iv)** necessidade; e, **v)** sopesamento [ou ponderação] ⁵³.

Sobre o **n. i** (objetivo legítimo), num primeiro momento, conforme assevera Matthias Klatt, “a autoridade estatal que interfere em direitos de liberdade deve perseguir um objetivo legítimo com essa interferência”, inicialmente estabelecendo com precisão qual é o objetivo perseguido com a interferência, e se há ligação com o suporte fático concreto (*Sachverhalt*). Num segundo momento, é de se formular a pergunta: “este objetivo é juridicamente admissível?”. Ressalta-se haver dois tipos de objetivos legítimos: (a) os que traduzem “valores coletivos absolutos” (imposição obrigatória ao Estado), e, (b) os que traduzem valores coletivos relativos (liberalidade que faculta ao Estado) ⁵⁴.

A seu turno, **sobre o n. ii** (meio legítimo), “o meio efetivamente empregado deve ser precisamente designado e juridicamente avaliado”, geralmente relacionado “a uma norma permissiva cuja consequência jurídica autoriza, em princípio, o emprego justamente do meio utilizado”, com um bom exemplo: utilização da pena de morte (meio) para perseguir um objetivo legítimo (redução dos custos da execução penal), o que seria vedado ⁵⁵.

Em sentido relacionado ao **n. iii** (adequação), observamos que deverá haver adequação, e assim sendo: “um meio [será] adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado. O objetivo não precisa ser completamente satisfeito por meio do emprego do meio; um fomento [seria] suficiente”. Um outro bom exemplo é fornecido: uma lei regulamentadora de Caça com falcão que exigisse prova da habilidade com armas de fogo não seria adequada, pois “conhecimentos técnicos referentes a armas são irrelevantes para o exercício da falcoaria – caça que ocorre com a ajuda de uma ave de rapina – e, portanto, inadequados para o fomento do objetivo de exercer a caça de maneira mais ordenada” ⁵⁶.

⁵³ KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

⁵⁴ KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

⁵⁵ KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

⁵⁶ KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

Por sua vez, **sobre o n. iv** (necessidade), temos que “um meio [será] necessário, se não há outro meio igualmente adequado que interfira de maneira menos intensa no direito fundamental”. Em um momento inicial, o “meio efetivamente empregado deve fomentar ou promover o objetivo almejado, no mínimo, na mesma medida em que o teria feito o meio alternativo”, e num segundo momento, o meio efetivamente utilizado pode levar, “no máximo, a uma interferência tão intensa sobre o princípio constitucional restringido quanto o emprego – hipotético – do meio alternativo”⁵⁷.

Isso equivale a dizer que é necessário “determinar e – conforme o caso – comparar os efeitos do meio alternativo hipotético e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional.”⁵⁸.

E finalmente, o **n. v** (sopesamento, ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito), que representa “o núcleo central da aferição da proporcionalidade” tendo relevo para o “escrutínio de decisões discricionárias”, e que lida com a necessidade de oferecer argumentação “racional, persuasiva e coerente”, sendo certo que o sopesamento lida com muitos valores e traz muitas dificuldades para seus usuários, valendo destacar, ainda, que “o sopesamento é, na maioria das vezes, a bússola decisiva para o resultado que soluciona o caso”⁵⁹.

São **três os passos (ou fases) do sopesamento**, que fornecem clareza e transparência, com diversos aspectos de desenvolvimento do ônus argumentativo que se relacionam com a intensidade da interferência estatal: “quanto mais intensa for a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências constitucionais para a justificação da interferência”. Em outras palavras: “quanto mais intensa [for] a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências quanto à importância do objetivo perseguido”⁶⁰.

Primeiro: determinação da intensidade da interferência no caso concreto. **Segundo:** debater sobre “quão importante no caso concreto [seria] o fim perseguido por meio da interferência. Terceiro: aferição, a partir das duas anteriores, “se a importância do objetivo pode justificar a intensidade da interferência”. Neste sentido, a aferição da intensidade “da interferência e da importância do objetivo” está relacionada ao que se chama de “escala triádica”, com os níveis leve, moderado e sério, relacionados “sempre (e apenas) ao caso concreto”, pressupondo lidar com “decisões valorativas e argumentação moral”. **Terceiro:** Cabe, por fim, investigar, se “a importância do objetivo perseguido pode justificar a intensidade da interferência. Isto sempre será simples, quando o grau da intensidade da interferência e a importância do objetivo almejado forem avaliadas distintamente na escala triádica”⁶¹.

Pois bem, igualmente conscientes de que existem possibilidades outras de sofisticação do teste, e de abordagens distintas, no entanto, optamos por passar para a análise do STF na mudança de entendimento sobre a (des)necessidade de autorização da casa legislativa para processo de Governador de Estado por crime comum, da maneira como abordado previamente.

57 KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

58 KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

59 KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

60 KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

61 KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, 2014.

3. A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF SUBMETIDA AO TESTE DA PROPOSICIONALIDADE

Os dois grandes argumentos na viragem jurisprudencial operada pelo STF nas **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.540/MG, 4.764/AC, 4.797/MT e 4.798/PI**, são: (1) o combate à impunidade (muitos pedidos de autorização para processo foram feitos às diversas casas legislativas, sem que houvesse resposta), (2) preponderância do princípio republicano em detrimento do princípio federativo, em razão de o princípio republicano ser princípio constitucional sensível.

Igualmente, podemos observar que combate a corrupção é um objetivo legítimo, imposto ao estado como mandamento de proibição da proteção insuficiente. Assim, **observamos aprovação** da viragem de entendimento no que se relaciona ao **n. i) objetivo legítimo**.

Passo subsequente, não parece haver legitimidade do meio utilizado, tendo em vista que se utilizou de uma “via” inadequada, muito embora a consequência seja adequada: se utilizar a pena de morte para a redução dos custos com a execução penal não é um meio legítimo para um objetivo legítimo, por idêntica razão buscar um objetivo legítimo (fim da impunidade de governadores Estaduais) através da desestruturação das salvaguardas políticas, apenas para “facilitar” as coisas, não parece constitucionalmente correto. Neste sentido, **observamos a reprovação** da viragem de entendimento no que se relaciona ao **n. ii) meio legítimo**.

Com efeito, sequencialmente um meio será adequado quando com seu auxílio o objetivo puder ser fomentado, o que não é o caso da viragem de entendimento em tela, pois o fim da corrupção e o combate à impunidade não são fomentados com a mera retirada de autorização prévia das casas legislativas, sendo uma medida que se insere no plano da “constitucionalização simbólica” de Marcelo Neves⁶², com um mero álibi retórico, sendo certo que sequer foram utilizados argumentos empíricos neste sentido. Por esta razão, **observamos a reprovação** da viragem de entendimento no que se relaciona ao **n. iii) adequação**.

Prosseguindo no teste e na reflexão, conforme vimos, um meio será necessário, se não há outro meio igualmente adequado que interfira de maneira menos intensa no direito fundamental, ou seja, há um direito fundamental em jogo (princípio federativo, não intervenção federal indireta e respeito à proteção da representação democrática) e do outro lado há a bandeira valorativa, evidentemente como um mandamento e objetivo legítimo de combate à impunidade e à corrupção.

Existem outros meios alternativos que poderiam ter sido propostos pelo STF, mas não foram: (1) a estipulação de prazo razoável e proporcional para a deliberação das assembleias legislativas (para os casos de inércia); (2) determinação de oferecimento de efetiva deliberação parlamentar enfrentando exaustivamente as razões dos pedidos de autorização (para os casos das poucas respostas), e, (3) imposição de solução constitucionalmente mais drástica apenas para os casos de reiterados pedidos que tenham sido negados insatisfatoriamente, ou não analisados, ou quando não houver quórum parlamentar com isenção mínima (ex. dos casos em que 23 dos 24 parlamentares de determinada assembleias estavam envolvidos nas acusações feitas contra o governador). Por este motivo, **observamos a reprovação** da viragem de entendimento no que se relaciona ao **n. iv) necessidade**.

62 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

E por fim, **quanto ao último passo do teste**, verifica-se que as razões invocadas pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, principais responsáveis pela mudança de entendimento, não se desincumbiram sequer de enfrentar as razões trazidas pelos ministros do STF que haviam firmado o entendimento na época da ditadura civil-militar em favor de um paciente submetido aos abusos do regime.

Mais do que isso, na escala triádica, a intensidade da interferência operada pode ser classificada como “grave”, a mais alta de todas, uma vez que realiza uma “intervenção federal indireta”, afetando inclusive a normalidade democrática e de representatividade. Por outro lado, o combate a impunidade também representa pretensão determinada pela Constituição com importância “grave”, no que se relaciona à determinação da importância do objetivo almejado.

Aqui ocorre uma espécie de empate no sopesamento, mas é preciso observar o que menciona o nosso autor: “Nestes casos [em que há empate], há uma situação de impasse, que conduz a uma margem de conformação do legislador. O TCF contém-se a si próprio e não pode estabelecer uma violação constitucional”. Ou seja, haveria de prevalecer a contenção do tribunal, o que não foi o caso. Aqui também, no quinto passo, **observamos a reprovação da viragem de entendimento no que se relaciona ao n. v) sopesamento [ou ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito]**.

Mencione-se, ainda, a observação de Willis Santiago Guerra Filho, já recordada acima, no sentido de que a base da proporcionalidade é a preservação da dignidade humana, e o processo penal e o combate à impunidade não podem prevalecer acima de tudo, como bandeiras a tremular à qualquer custo, acima de todos, sobretudo num país como o nosso em que as estruturas judiciais do poder (de julgar), e nas quais estão enraizados elementos sombrios, historicamente, alimentam uma burocracia que “produziu mais danos do que os que se lograram evitar [Ferrajoli] (...) [relacionado ao aprofundamento das crises, que ocorrem, e] se existe um afastamento na administração da justiça das suas funções reais com relação às manifestas, o incremento da sua eficiência não faz mais do que aprofundar essa distorção [Zaffaroni]⁶³.

Por tais motivos, a viragem jurisprudencial foi aprovada em apenas um de cinco requisitos do teste da proporcionalidade, merecendo ser analisada sob outras lentes e outros enfoques, mas em todo o caso, sob perspectiva crítica.

CONCLUSÃO

Concluimos afirmando que neste artigo foi realizada uma abordagem em três tópicos. Inicialmente tratamos sobre a viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da (des)necessidade de autorização da casa legislativa Estadual ou Distrital para processo de Governador de Estado pelo cometimento de crime comum perante o STJ. Abordamos o marco inicial, vinculado ao estabelecimento do entendimento durante a ditadura civil-militar em 1964, com judiciosas razões de existir, como preservação do postulado federativo e da

63 ANITUA, Gabriel Ignacio. *Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Florianópolis: tirant lo blanch, 2018, p. 140-144.

não intervenção federal indireta, além da normalidade democrática que evitava transferir os controles políticos das funções de governo para os juízes.

Abordamos sequencialmente a mudança de entendimento em 2017, quando o STF, sob as roupagens das vestes argumentativas de novos ministros, sobretudo dos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que lideraram a mudança de entendimento, atribuindo maior peso ao postulado republicano, que seria princípio constitucional sensível a permitir inclusive a intervenção federal, e atribuindo necessidade de combate à impunidade e à corrupção.

Num momento posterior, abordamos o princípio da proporcionalidade em geral, e em particular em Matthias Klatt, após uma breve abordagem de suas premissas, submetendo a decisão do Supremo que mudou o entendimento ao teste da proporcionalidade em 5 passos, concluindo que a decisão foi aprovada em apenas um dos cinco, obtendo a reprovação em todos os demais.

Este acabou sendo um caso, perfeito e acabado, em que se poderia invocar corretamente a epígrafe de Thomas Jefferson sobre a Constituição representar uma “mera coisa de cera” nas mãos do judiciário, pois modelaram e formataram da maneira que lhes bem entendeu, com déficits argumentativos, déficits de realização de distinção (*distinguishing*) entre os vários casos ao longo dos anos, com uma decisão final extremamente frágil, de simbolismo à lá “Constitucionalização Simbólica” de Marcelo Neves, menos como uma postura constitucionalmente efetiva, e mais como álibi retórico⁶⁴. Além de tudo, o Supremo de 2017 demonstrou desconhecer não apenas a proporcionalidade, mas também o espírito e as raízes federalistas de Hamilton, Jay e Madison.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O Proporcional e o Razoável**, Revista dos Tribunais, vol. 798, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Florianópolis: tirant lo blanch, 2018.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, 1988.

BRASIL. **Constituição do Estado do Acre**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Alagoas**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Amapá**, 1991.

BRASIL. **Constituição do Estado do Amazonas**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado da Bahia**, 1989.

64 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

BRASIL. **Constituição do Estado do Ceará**, 1989.

BRASIL. **Lei Orgânica do Distrito Federal**, 1993.

BRASIL. **Constituição do Estado do Espírito Santo**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Goiás**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Maranhão**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Mato Grosso**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Minas Gerais**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Pará**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado da Paraíba**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Paraná**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Pernambuco**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Norte**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Rondônia**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Roraima**, 1991.

BRASIL. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de São Paulo**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado de Sergipe**, 1989.

BRASIL. **Constituição do Estado do Tocantins**, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANTARINI, Paola. **Direito comercial à luz do princípio da proporcionalidade: Uma análise filosófico-poética**. Novas Edições, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Poder normativo das cortes constitucionais: o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 5, n. 3, 2015.

DE PAULA, Lucas Rodrigues. **Legitimidade para instar a superação de padrões decisórios vinculantes no STJ e no STF**. Monografia (Graduação em Direito). Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal, 2018.

EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Universitas Jus, n. 21, jul.-dez, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México-DF: Fontamara, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Proporcionalidade**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo de Teoria Geral e Filosofia do Direito, São Paulo, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

HOLMES, Oliver Wendell. **O direito comum**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KEANE, John. **Vida e Morte da Democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010.

KLATT, Matthias. **Argumentação jurídica e devido processo legal**. Trad. Luiza A. B. Borges. Em: TOLEDO, Claudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **La Proporcionalidad como principio constitucional universal**. México: UNAM, 2017.

KLATT, Matthias. **Ponderando competencias Acerca de cómo el cosmopolitismo institucional puede resolver conflictos jurisdiccionales**. Em: QUISPE, Jorge Portocarrero (Org), Ponderación y Discrecionalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **A Discricionariedade epistêmica no Direito Constitucional**. Em: MORAIS, Fausto Santos de; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. *A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. *Revista Publicum*, n. 1, 2015.

KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, 2014.

KLATT, Matthias. **An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing**. A Response to Luc B. Tremblay, *International Journal of Constitutional Law*, n. 12, 2014.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the ICON controversy**. *International Journal of Constitutional Law* n 10, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Epistemic Discretion in Constitutional Law**. *International Journal of Constitutional Law* n. 10, 2012.

KLATT, Matthias. **Robert Alexy's Philosophy of Law as System**. Em: KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason*, Oxford, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Series, 2003.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PÁDUA, Thiago. **Alice no país da democracia, ou através do espelho parlamentar da jurisdição constitucional: um diálogo com o professor Eduardo Mendonça sobre o neotribunado da plebe**. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, 2017.

PADUA, Thiago. **Jurisprudência Líquida: Reflexões Críticas Sobre a Fragilidade Jurisprudencial Brasileira**. *Revista Thesis Juris*, v. 5, n. 2, 2016.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni**. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2015.

REALE, Miguel. **A dinâmica do direito numa sociedade em mudança**. Em: REALE, Miguel. Estudos de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: O STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THACH JR., Charles C. **The Creation of the Presidency: 1775-1789**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1969.

TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: An assault on human rights?** , 7 I N T ' L J. C O N S T. L. (I C O N) 468 2009.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO¹

Inocência Mártires Coelho²

RESUMO: Trata-se do caráter exemplar ou o significado paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito – como asseverou Hans-Georg Gadamer em sua obra fundamental; que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais; que a interpretação/aplicação de qualquer modelo jurídico deve ser feita em conformidade com a interpretação/aplicação do modelo constitucional, tal empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal; então pode-se concluir que o conhecimento do direito brasileiro confunde-se com o conhecimento da Constituição, elevando-se a hermenêutica constitucional ao patamar de nova teoria do conhecimento do direito.

Palavras-chave: Hermenêutica. Conhecimento do Direito. Conhecimento da Constituição.

INTRODUÇÃO

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito, e, nos domínios do direito, o papel nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, de resto potencializado pelo fenômeno contemporâneo da *materialização das constituições* e da concomitante *constitucionalização do direito*, parece lícito dizer-se que a *hermenêutica constitucional* transformou-se em verdadeira *epistemologia jurídica* ou *teoria do conhecimento do direito*, ou, se preferirmos, em *conhecimento do conhecimento do direito*, porque incumbe a ela – como espécie da *arte geral do compreender* – a sobretarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos *vários mundos constitucionais* que podem emergir dessas distintas visões das leis fundamentais.³

1. O FENÔMENO DO CONHECIMENTO E A SUA TEORIA

1.1 GNOSIOLOGIA, EPISTEMOLOGIA OU TEORIA DO CONHECIMENTO

Embora usando, indistintamente, essas três locuções no jogo de linguagem da filosofia, o que provoca algumas confusões, não há divergência de monta entre os pensadores sobre a “coisa”

¹ Texto base da palestra proferida no Curso de Direito do UDF, em 26.04.2019.

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Professor Titular Aposentado da Universidade de Brasília; Subprocurador-Geral da República Aposentado; ex-Procurador-Geral da República.

³ F.D.E.Schleiermacher. *Herméneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989, p.113, e Hermenêutica e Crítica. Ijuí: Edições UNIJUÍ, 2005, p. 91; Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I. 1993, p. 396-414; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ, v. 1, 1997, p. 482-505; Edgar Morin. *O método 3: O conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; Andrés Ortiz-Osés. *Antropologia hermenêutica*. Lisboa: Escher, 1989, p. 67; Gustavo Just. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan. 2005; José Juan Moreso. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 167-171.

a que eles se referem quando empregam qualquer dessas expressões. Todos sabem tratar-se de uma das questões fundamentais da filosofia, mais precisamente, do *fenômeno do conhecimento e dos problemas nele contidos*, a saber: a sua *possibilidade, origem, essência, espécie* e o *critério de verdade*.⁴

Apenas para ilustração, vejamos alguns *Dicionários de Filosofia* e o que neles se encontra sobre o *problema do conhecimento*, independentemente do nome com que aparecem nessas obras de referência: *epistemologia, gnosiologia* ou *teoria do conhecimento*.

Em seu *Diccionario de Filosofia*, no verbete *Epistemologia*, Ferrater Mora, por exemplo, afirma que os termos “epistemologia” e “gnoseologia” são considerados, frequentemente, como sinônimos e que, em ambos os casos, trata-se de “teoria do conhecimento”, expressão que também se usa no lugar de qualquer das duas anteriores.⁵ No verbete *Gnosiologia*, Lalande, citando e acolhendo proposta de M. Baldwin, sugere que se entenda por *Epistemologia* a teoria do conhecimento no sentido mais geral da palavra: origem, natureza e limites do conhecimento; e *Gnosiologia* como a análise sistemática dos conceitos usados pelo pensamento para interpretar o mundo, incluindo aí a crítica ao ato de conhecer, considerado quanto a ao seu valor ontológico.⁶ Em Nicola Abbagnano, lê-se que o problema cujo tratamento é tema específico da teoria do conhecimento é a realidade das coisas ou, em geral, do *mundo externo*; que, por origem e formulação, a teoria do conhecimento é *idealista*; e que mesmo as soluções chamadas *realistas* são formas de idealismo, na medida em que as entidades que reconhecem como *reais* são, muito frequentemente, consciências ou conteúdos de consciência.⁷ Por fim, em M. Rosental e P. Iudin, pensadores formação marxista, *Gnoseologia* – traduzida do grego como “estudo do conhecimento” –, essa expressão é assimilada à “teoria do conhecimento”, que qualificam como “doutrina filosófica que trata da possibilidade do homem de descobrir a verdade, de conhecer a realidade; teoria das fontes do conhecimento e das formas de que se reveste o processo do conhecimento”, asseverando, ainda, que “o ponto de partida de toda gnoseologia é a resposta que, materialista ou idealista, ela dá à questão fundamental da filosofia”.⁸ Algo semelhante constatamos no *Dicionário Oxford de Filosofia*, de Simon Blackburn, que identifica *Epistemologia* e *Teoria do Conhecimento*, apontando, como algumas das suas questões centrais, a origem do conhecimento; o lugar da experiência e da razão na gênese do conhecimento; a relação entre o conhecimento e a certeza, e entre o conhecimento e a impossibilidade do erro; a possibilidade do ceticismo universal; e as formas de conhecimento que emergem das novas conceitualizações do mundo.⁹ Desse balanço comparativo, conclui-se que, não obstante os termos *Epistemologia, Gnosiologia* e *Teoria do Conhecimento* sejam usados, indistintamente, a maioria dos dicionaristas prefere o termo *Teoria do Conhecimento* para tratar do problema do conhecer.

4 Edgar Morin. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 3ª edição, 2005; Johannes Hessen. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 8ª edição, 1987; Albert Keller. *Teoria Geral do Conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009; Paul K. Moser *et al.* *A Teoria do Conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Urbano Zilles. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005; Roderick M. Chisholm. *Teoria do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969; Jacob Bazarian. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. São Paulo: Alfa-Omega, 1985; Caio Prado Júnior. *Dialética do conhecimento*. São Paulo: Editora Brasiliense, tomos I e II, 1955; Max Wentscher. *Teoría del Conocimiento*. Barcelona: 1927; A. J. Ayer. *O problema do conhecimento*. Lisboa: Editora Ulisseia, s/d; Israel Scheffler. *Bases y condiciones del conocimiento*. Buenos Aires: Paidós, 1970; e José Afonso da Silva. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

5 José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Alianza Editorial, vol. 2, E-J, 1986, p. 959-960.

6 André Lalande. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 448.

7 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183.

8 M. Rosental & P. Iudin. *Pequeno Dicionário Filosófico*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1959, p. 242.

9 Simon Blackburn. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 118-119.

1.2 ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DO CONHECIMENTO

A análise fenomenológica do conhecimento, levada a efeito, entre outros, por Johannes Hessen e Manuel García Morente¹⁰, cujos ensinamentos aqui reproduzimos, propõe-se a *descrever* o evento cognitivo tal como ele se apresenta em sua estrutura geral, abstraídos quaisquer vínculos com a realidade, a historicidade e a existencialidade, desprezando, inclusive, a discussão em torno da possibilidade do conhecimento.

Graças a essa espécie de *redução eidética*¹¹, que intenta colocar entre parênteses o objeto *conhecimento* para poder captar-lhe a *essência* no modo como ela se manifesta na *experiência* cognitiva, é possível afirmar-se que aquilo a que chamamos *conhecimento* apresenta-se como um fenômeno de natureza *relacional*, mais precisamente como uma relação dupla ou uma *correlação ontognosiológica* - subjetivo-objetiva - na qual se encontram frente à frente o *sujeito* e o *objeto* do conhecimento.

No âmbito dessa relação, embora complementarmente imbricados, o sujeito e o objeto possuem funções distintas e inconfundíveis, pois enquanto ao sujeito pensante ou sujeito cognoscente compete apreender o objeto - o que ele faz *saindo* de sua esfera e *ingressando* na esfera própria do objeto -, a este corresponde a função de ser conhecido ou apreendido pelo sujeito, ao qual *transfere* as suas propriedades.

Como, por outro lado, aquelas propriedades não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas, antes, captadas *através* da imagem, da representação, da ideia ou do pensamento, que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista ou por causa disso, “o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento.”¹² Já Georg Lukács, citando Fichte, afirma que se trata da “projeção absoluta de um objeto, *de cuja origem não se pede contas*, no qual, por conseguinte, *há uma obscuridade e um vazio entre a projeção e o projetado, uma projeção per hiatum irrationalem.*”¹³

Tendo em vista que, nessa relação ontognosiológica, mesmo preservada a necessária autonomia dos seus elementos constitutivos, sujeito e objeto se implicam e se exigem reciprocamente, é possível dizer-se que esses elementos *só são o que são enquanto o são um para o outro*. Mais precisamente, em palavras do próprio García Morente:

Lo que el objeto es, no lo es en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es objeto de un sujeto. Lo que el sujeto es, tampoco lo es como un ser absoluto, en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es sujeto destinado a conocer un objeto.¹⁴

No mesmo sentido, respeitada, obviamente, a diferença radical que singulariza, em tudo o mais, a teoria marxista do conhecimento, Henri Lefebvre assinala que, em termos filosóficos, o sujeito e o objeto atuam e reagem continuamente, em perpétua *interação*, e que essa interação é de natureza *dialética* porque no âmbito do processo gnosiológico, embora sejam opostos, aqueles elementos são partes de um todo, tal como se *integram* numa discussão

10 *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 7ª edição, 1976; e Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofia*. Buenos Aires: Losada, 6ª edição, 1957.

11 Ver *Eidético; redução eidética*, em José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Alianza, vol.2, 1986, p. 901-902.

12 Roger Garaudy. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L & PM, 1983, p. 47.

13 Georg Lukács. *História e consciência de classe. Estudos de dialética marxista*. Porto-Portugal, Publicações Escorpão, 1974, p. 136.

14 Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofia*. Buenos Aires: Losada, 6ª edição, 1957, p. 273.

ou num diálogo os seus diversos participantes.¹⁵ Mais incisivo sobre, digamos, o protagonismo do sujeito na construção do conhecimento, o filósofo marxista Adam Schaff afirma que aquele que conhece não é um espelho, não é um aparelho registrando passivamente as sensações geradas pelo circunvizinho; que, pelo contrário, é precisamente ele, sujeito do conhecimento, quem dirige esse aparelho, que o orienta, o regula, e em seguida transforma os dados que o mesmo lhe oferece; que é ele quem introduz no conhecimento um fator subjetivo, ligado ao seu condicionamento social; que, por fim, o caráter ativo por excelência do sujeito que conhece está em relação com o fato - omitido na maior parte das análises abstratas - de que o conhecimento equivale a uma atividade.¹⁶

Em razão dessa necessária correlação subjetivo-objetiva, que os torna inseparáveis, podemos dizer que até no plano *conceitual* sujeito e objeto são congenitamente complementares e interdependentes, tal como o são outros pares de conceitos correlatos, como *direita/esquerda*, *acima/abaixo*, que se implicam e se exigem, reciprocamente, no momento mesmo em que são formulados.

Apesar dessa similitude, no entanto, uma diferença essencial particulariza a relação ontognosiológica em face das outras relações conceituais que lhe são afins. É que no âmbito da relação subjetivo-objetiva, sendo *intrínsecas* ou *inerentes* aos seus elementos constitutivos as posições e/ou funções correspondentes ao sujeito e ao objeto, elas são também mutuamente *inconvertíveis*.

O mesmo, porém, não se verifica nas relações desempenhadas por aqueles outros pares de conceitos correlatos, cujas funções, sendo-lhes externas e contingentes, acidentais, portanto, podem ser trocadas mutuamente, desde que, para tanto, invertamos as posições atribuídas aos elementos da relação.

Com efeito, se invertermos as posições que dois objetos ocupam no espaço, deslocando-os da direita para a esquerda ou de cima para baixo, essa alteração implicará a troca das funções que eles desempenhavam anteriormente. A esquerda se converterá em direita quando a direita se converter em esquerda; o que estava abaixo passará para cima, quando o que se encontrava em cima se deslocar para baixo.

Isso ocorre, precisamente, porque não sendo da essência de tais objetos assumir ou sinalizar posições no espaço, podemos jogar com eles ou deslocá-los de um ponto para outro, sem que esse jogo ou esse deslocamento desnaturem tais objetos ou inviabilizem as suas relações mútuas.

No âmbito da relação ontognosiológica, no entanto, isso não pode ocorrer, porque ao sujeito incumbe, necessária e exclusivamente, a tarefa de *conhecer*; e, ao mesmo tempo, ao objeto, também de forma necessária e exclusiva, a função de *ser conhecido*.

Noutras palavras, como o sujeito é sempre o sujeito e o objeto é sempre o objeto - *e um só é o que é enquanto o é para o outro* -, qualquer mudança nas suas posições relativas, mesmo que se tratasse de uma alteração simplesmente imaginária, implicaria a eliminação do próprio conhecimento.

15 Henri Lefebvre. *Lógica formal, lógica dialéctica*. Madrid, Siglo XXI de España: 1970, p.55-101.

16 Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 82-83.

Assim, ainda quando nos ensimesmamos e nos fazemos *objeto* das nossas reflexões, mesmo nessa particularíssima relação ontognosiológica, não se confundem o *eu* pensante e o *eu* pensado, permanecendo irreduzíveis e necessariamente separados, o primeiro enquanto *sujeito*, o segundo enquanto *objeto* do conhecimento. É que o dualismo sujeito-objeto, convém insistir à exaustão, pertence à essência do conhecimento, funcionando como verdadeira condição de possibilidade de todo evento cognitivo.

Tendo em conta, por outro lado, que apesar da autonomia e da irreduzibilidade dos elementos da relação ontognosiológica, o sujeito é sempre *determinado* pelo objeto - mais precisamente, pela *imagem* do objeto que se forma em sua consciência cognoscente -, em razão dessa *prevalência* do elemento objetivo costuma-se definir o fenômeno do conhecimento como uma *determinação do sujeito pelo objeto*.

Por isso, também se afirma que no processo gnosiológico o sujeito se conduz *receptivamente* em face do objeto, muito embora essa receptividade não signifique nem passividade nem subordinação do sujeito perante o objeto. Isso porque, ao fim e ao cabo, o conhecimento constitui uma *atividade* espontaneamente desenvolvida pelo sujeito, uma *tarefa* que ele desempenha para apreender o objeto, vale dizer, para dominar cognitivamente a realidade.

Noutras palavras, é saindo de sua esfera e *trabalhando* o objeto, que o sujeito *constrói* o conhecimento e o traduz em linguagem. Nessa perspectiva, portanto, afigura-se equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se no processo do conhecimento ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora da sua consciência.

Afinal de contas, sem a *criação* do objeto, ainda que apenas enquanto *objeto do conhecimento* - objeto que não é um ser *em si* e *por si*, mas uma entidade puramente *lógica*, que o sujeito *põe* diante de si *para ser conhecido* -, sem a *movimentação* do sujeito não ocorre o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Então, também sob esse ponto de vista, pode-se dizer que o sujeito é o *senhor* do conhecimento.¹⁷

A despeito de preservar, por essa forma, a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe-se salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente, o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que o conhecimento, sempre e necessariamente, é o conhecimento *do* objeto, de algo externo e alheio, que está *fora* do sujeito, que se lhe *opõe* e para ele permanece um *outro*, mesmo depois de ser *apreendido* pela consciência.

Em razão disso, afirma-se que o objeto *transcende* o sujeito - em face do qual se mantém autônomo e independente -, uma assertiva que é válida para qualquer objeto do conhecimento, inclusive para os objetos ditos *ideais*, que nem pelo fato de serem puros entes de razão perdem aquela transcendência epistemológica em face do sujeito que lhes dá existência.

Destarte, a *autonomia* do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado *a priori* ou, como salientado anteriormente, verdadeira *condição de possibilidade* do evento cognitivo, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, uma descrição

¹⁷ Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, Capítulo I - *A Relação Cognitiva, O Processo do Conhecimento, A Verdade* - p. 65/98.

fenomenológica que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as *ciências naturais*, quanto para o que se produz no âmbito das chamadas *ciências humanas* ou *ciências do espírito*.

1.3 CIÊNCIAS: OBJETO MATERIAL, OBJETO FORMAL E MÉTODO

Independentemente do setor da realidade com que trabalham e dos respectivos procedimentos de indagação e de validação, todas as ciências se constituem de três elementos essenciais: objeto *material*, objeto *formal* e *método*. O objeto material, como o próprio nome sugere, é a *matéria* sobre a qual o cientista faz incidir o foco das suas investigações; o objeto formal, a seu turno, é o ângulo, a perspectiva ou o ponto de vista sob o qual o cientista encara o setor da realidade de que ele se “apossa” para desenvolver as suas investigações; o método, afinal, como revela a etimologia dessa palavra, é o “caminho” - pavimentado de processos e técnicas, assim como de regras explícitas e formais -, que o cientista deve percorrer para chegar ao “seu” objeto. O conhecimento científico, já se disse, é aquele criticamente adquirido e sistematicamente organizado.

Aplicados esses conceitos às diversas “ciências” do direito, tem-se que o objeto *material* desses múltiplos saberes jurídicos é a “coisa” direito, aquilo que ao longo da história tem sido vivenciado como experiência jurídica. Objetos *formais* serão os múltiplos aspectos dessa realidade - as dimensões *fática*, *axiológica* e *normativa* dessa humana experiência -, a que correspondem, como indagações distintas e autônomas, respectivamente, a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito e Jurisprudência. O *método*, afinal, é o método *jurídico*, constituído pelas técnicas e procedimentos de que se valem todos os juristas para apreender/trabalhar a “coisa jurídica”, aí incluído o próprio “jogo de linguagem” do direito, pois toda ciência precisa de uma linguagem própria, sem a qual o saber não se constitui e não se comunica.

Noutros termos, próprios do vocabulário de Wittgenstein, dir-se-ia que para nos situarmos no mundo do direito e compreendermos o significado dos conceitos jurídicos, para termos acesso a essa esfera do real, devemos participar do seu *jogo de linguagem*, cuja compreensão, de sua vez, pressupõe certas *vivências-chave*, até porque o elemento *normativo* não se pode *mostrar* de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos.¹⁸

Pela sua importância, como verdadeira condição de possibilidade do conhecimento científico, a expressão *jogo de linguagem* não pode ser incorretamente compreendida, como se com ela se aludisse simplesmente a um jogo *com* a linguagem, a um *fazer malabarismos* com palavras. Um jogo de linguagem, tal como deve ser corretamente entendido, é o modo especial como - dentro de certa linguagem - se fala de determinado setor de coisas ou âmbito de experiência. Tais setores são, por exemplo, a natureza inanimada e a natureza viva, a técnica, a arte, ou mesmo o Direito. Numa linguagem, fala-se sempre *sobre* algo. A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é *trazida à linguagem*. A coisa de que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência é a *coisa Direito*.¹⁹

18 Ludwig Wittgenstein. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995, pág. 177; *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, págs. 225/229; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2ª ed., 1989, p. 236/239.
19 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2ª edição, 1989, p. 238.

1.4 O MÉTODO CIENTÍFICO

Conceituado o método científico *tout court* como um “procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível”²⁰, impõe-se observar, desde logo, que esse gênero comporta duas grandes espécies - *explicação* e *compreensão* - e que toda opção metodológica é imposta pela natureza do objeto da investigação. Daí a advertência de Aristóteles, lembrada por Gadamer, de que a ideia de método único, que se possa determinar antes de investigar a coisa, constitui uma perigosa abstração, pois é o *próprio objeto* que deve determinar o método apropriado para investigá-lo.²¹

Aceita, em princípio, essa colocação, temos que nos dar conta, no entanto, de que ela nos encerra num círculo vicioso, na medida em que é só pelo método quer nós “caminhamos” até o objeto, mas é preciso conhecermos previamente esse objeto para escolher o modo adequado de chegar até ele.

Posta a questão nesses termos, forçoso é reconhecer que “o método não pode explicar a eleição do método e que não devemos esperar verdades profundas da parte da metodologia.”²² A saída parece residir, então, na ideia de *pré-compreensão*, a nos dizer que qualquer pergunta já envolve, de certa forma, a intuição do perguntado, ou seja, que é preciso, desde logo, termos alguma noção, mesmo vaga e imprecisa, do que seja a coisa direito para só depois escolher o melhor caminho para chegar até essa coisa. Nesse sentido, o conhecimento do objeto jurídico precede a escolha do método adequado para investigá-lo.²³

Nesse cenário, é fecunda, além de ilustrativa e interessante, a “viagem” sugerida por Luís Recaséns Siches para que se localize, no universo das diversas regiões ônticas, aquela em que “mora” o ente jurídico, uma caminhada que, necessariamente, pressupõe alguma orientação prévia, sob pena de partirmos “em todas as direções” e não chegarmos a lugar nenhum. Ao fim da sua caminhada, que se inicia pela natureza física e passa pela natureza psíquica, Recaséns acaba localizando o direito no mundo da cultura, como “pedaço de vida humana objetivada”, à semelhança de outros produtos culturais, como a ciência, a arte, a técnica e tudo o mais imaginado pelo *homo sapiens* e produzido pelo *homo faber*.²⁴ Essa direção prévia - sem a qual é impossível até mesmo iniciar-se a busca do direito e que se acha vagamente traçada em nossa mente - formou-se com a nossa humana vivência/experiência como seres “imersos” ou “jogados” no mundo - o heideggeriano *Dasein* ou *ser-aí* -, cujo *existir* consiste em ir topando nas coisas e aprendendo com essas topadas.²⁵ Encontrado o ente jurídico como *pedaço de vida humana objetivada* imerso no mundo da cultura, no mundo das *realidades referidas a valores* - o que significa dizer nem realidade bruta nem puro valor -, nós nos damos conta de que os *produtos* humanos, porque dotados de *sentido* ou *significação*, não podem ser conhecidos em sua essência, em seu *ser autêntico*, se usarmos as categorias e os métodos manejados pelas ciências da natureza, como a física ou a biologia, por exemplo. Afinal de contas, já se afirmou com razão que os homens, todos nós, *somos* animais

20 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, verbete *Método*, p. 668.

21 Hans-Georg Gadamer. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 21.

22 Gustavo Zagrebelsky. *La Corte Constitucional y la Interpretación de la Constitución*, in *División de Poderes e Interpretación - Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p.171; Giuseppe Zaccaria. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 337; e Kart Popper. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 57.

23 Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 13ª edição, 1986, p.1-13.

24 Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 53 e seguintes.

25 Hans-Georg Gadamer. *A virada hermenêutica*. Petrópolis:RJ, Vozes, vol. II, 207, p. 24.

interpretativos, verdadeiros caçadores de significado, e, ao que parece, não há nada que possamos fazer para corrigir esse defeito congênito.²⁶

Os fenômenos da natureza se conhecem na medida em que os *explicamos* do ponto de vista da *causalidade*, ou seja, como efeito de um conjunto de causas e, por sua vez, com causa de efeitos ulteriores, nada havendo mais para dizer a seu respeito. São coisas explicáveis, mas não inteligíveis, precisamente porque desprovidos de *sentido*. É possível e mesmo provável que para Deus a natureza tenha o sentido que Ele lhe atribuiu como seu Criador, mas isso escapa por completo ao conhecimento físico. É também possível - e isso frequentemente acontece - que uma paisagem tenha sentido para a pessoa que a contemple, mas, não nos enganemos, esse sentido não pertence à paisagem como realidade física, antes se referindo à vivência humana suscitada pela paisagem.²⁷ Pelo contrário, os fatos humanos, a conduta humana, e também as obras produzidas pelos homens, além das causas que as engendram, e dos efeitos que provocam, têm algo que não possuem os meros fatos da pura natureza: têm *sentido* ou significação.

Em síntese, como dizia Dilthey, enquanto a natureza se *explica* o homem se *compreende*, entendendo-se por compreensão aquele ato gnosiológico que consiste em captar, por trás da materialidade das obras ou das condutas, o sentido que os anima como realidades referidas a valores ou formas significativas.

Enquanto a *explicação* prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento de partida (*e.g.* dos efeitos às suas causas e destas às respectivas causas, e assim cada vez mais longe; ou do todo às suas partes e assim cada vez a algo mais simples), a *compreensão*, ao contrário, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por *explicação*, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um *recomeço* que *não aumenta* o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido. Diversamente, tal como ao se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda à outra, vê-se que *todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o sempre mais adiante.*²⁸

2. FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO. AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA E SUA FORMULAÇÃO NOS DOMÍNIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO. ONTOLOGIA, GNOSIOLOGIA E AXIOLOGIA JURÍDICAS

2.1 FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

Admitindo-se que o estudo da filosofia do direito, como, de resto, o de toda filosofia particular ou especial, pressupõe, se não o domínio, pelo menos o conhecimento dos problemas fundamentais com que se defronta a filosofia geral ou a filosofia *tout court* - os problemas *ontológico, gnosiológico, axiológico e metafísico* -, acreditamos que estas nossas reflexões devam começar pela aceitação de que as indagações básicas formuladas nos domínios da filosofia do

²⁶ Marcelo Dascal. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2006, p.662.

²⁷ Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 110.

²⁸ Carlos Cossio. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 78-79.

direito apenas reproduzem *sub specie juris* aqueles problemas maiores, aos quais procuram dar respostas consistentes e adequadas.

Disso resulta que, a cada disciplina ou ramo da filosofia geral deva ou, pelo menos, possa corresponder, *mutatis mutandis*, uma certa ordem de indagações nos domínios da filosofia do direito - designadamente, uma *ontologia*, uma *gnosologia* e uma *axiologia* jurídicas - em cujo âmbito são discutidos, *filosoficamente*, os princípios supremos do direito e os problemas jurídicos fundamentais.

Obviamente, não se propõe, nesse domínio particular, nenhuma resposta para a indagação metafísica sobre o *ser enquanto ser*, porque, conforme adverte Cabral de Moncada, o problema *metafísico* já não é, ou o é muito menos que os outros, um problema de Filosofia Jurídica, a qual há de ser chamada simplesmente para colaborar na sua formulação e eventual solução, no âmbito de uma concepção unitária metafísica da vida e do mundo - o problema do Absoluto -, onde igualmente deve-se achar um lugar para o direito e para a nossa visão a seu respeito.²⁹ Como, por outro lado, a discussão desses temas, em perspectiva filosófico-jurídica, não os afasta das preocupações filosóficas em geral - até porque envolvem questões fundamentais da existência humana - permanecem eles, digamos, sob o “jugo” da filosofia, como saber *radical, autônomo e pantônomo*, um saber universal e sem pressupostos, como o qualificou Ortega y Gasset³⁰; como especulação, enfim, que se debruça sobre a *totalidade abarcante* em busca da sua verdade última, menos para dar respostas - sabidamente sempre contingentes e transitórias -, às dúvidas que suscita, do que para refazer, em perspectiva historicamente adequada, as mesmas e eternas perguntas sobre o *ser*, o *conhecer* e o *valor*; em sua referência à criatura humana, até hoje “espantada”, “perplexa” e “estremecida” diante daquelas indagações fundamentais.³¹

Aceita essa abordagem sobre as relações entre a filosofia geral e a filosofia do direito, cumpre caracterizarmos, inicialmente, os *objetos formais* da ontologia, da gnosiologia e da axiologia jurídicas, isto é, as perspectivas ou os pontos de vista, necessariamente parciais, sob os quais essas disciplinas filosófico-jurídicas - nisso reputadas autônomas e distintas - encaram a *coisa* direito, como *objeto material*, que lhes é comum, para, afinal, tentarmos reunificar esses mesmos enfoques parciais em perspectiva totalizadora, filosófica portanto, que evidencie a unidade essencial da experiência jurídica como fato histórico-cultural.

Noutras palavras, *distinguir para unir*, como ensinava Maritain, ao salientar que “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, uma advertência que devemos ter presente em todos os domínios da experiência humana.³² Igual procedimento haveremos de adotar - sem perder de vista a sua unidade substancial - se quisermos “isolar”, para análises específicas, os distintos fatores ou momentos da experiência jurídica, que é essencialmente dialética, porque só assim conseguiremos discriminar as diferentes *ciências do direito*, as diversas disciplinas, inclusive as de índole filosófica, que a partir de um *objeto material comum* - o direito ou a experiência jurídica em sua totalidade - delimitam perspectivas ou campos de pesquisa cientificamente autônomos.³³ Em síntese, parte-se do uno e ao uno se retorna, mas

29 Luiz Cabral de Moncada. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Arménio Amado, 1955, vol. I, p. 6.

30 José Ortega y Gasset. *¿Que es Filosofía? Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335-336.

31 Karl Jaspers. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 15-25.

32 Jacques Maritain. *Los Grados del Saber*. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947, p. 7.

33 Miguel Reale. *Dialética da experiência jurídica*, in *Textos clássicos de Filosofia do Direito*. Anacleto de Oliveira Faria (Coord.). São Paulo:

não de forma circularmente estéril, pois os resultados das indagações sobre cada *fragmento* analisado - na exata medida em que evidenciarem as suas íntimas conexões -, revelarão não apenas a *essência* do fenômeno estudado, mas também a *consistência* da sua apreensão e o *lugar* que lhe cabe - enquanto *objeto de conhecimento* -, na tipologia dos objetos científicos em geral, ou, se preferirmos, no quadro das diferentes *ontologias regionais*, onde “moram” os distintos entes que intentamos apreender.

Ilustrativamente, sobre a *coisa* direito, porque hoje *a todos* se apresenta *como* criação do homem, racionalmente produzida ou simplesmente revelada no curso da experiência social, existe acordo em situá-la na região dos objetos *culturais*, onde “residem” as realidades *significativas* - positiva ou negativamente valiosas -, que exigem *compreensão* para se darem a conhecer, nisto se distinguindo, essencialmente, dos fenômenos da natureza, que, já vimos, habitam o universo físico e têm na *explicação* o método adequado ao seu conhecimento.

2.2 AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA DO DIREITO E SUA FORMULAÇÃO NOS DOMÍNIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO. ONTOLOGIA, GNOSIOLOGIA E AXIOLOGIA JURÍDICAS

Se, como nós afirmamos acima, o estudo das questões mais importantes da filosofia jurídica exige, se não o domínio, pelo menos algum conhecimento - uma *pré-compreensão* - acerca das indagações fundamentais, que se formulam, em perspectiva universal e totalizadora, no âmbito filosófico em geral, então se torna indispensável esclarecermos, preliminarmente, ainda que em termos sumários, qual a temática dessas três partes da filosofia *tout court* - a ontologia, a gnosiologia e a axiologia - porque disso resultará evidenciado, por via de consequência, o objeto específico da ontologia, da gnosiologia e da axiologia *jurídicas*.

Sendo a filosofia, como já observamos, citando Ortega y Gasset, um saber *autônomo*, um saber que não tem pressupostos, porque lhe cabe definir não apenas os seus próprios pressupostos, mas também as condições de possibilidade do conhecimento em geral; e sendo, igualmente, um saber *pantônomo*, porque é a Ciência do todo ou de tudo quanto possa ser objeto de conhecimento, desde logo podemos dividi-la em dois grandes capítulos - a ontologia e a gnosiologia - em cujos âmbitos se estudam, respectivamente, os *objetos* e o *conhecimento* dos objetos, ou seja, *ser* e o *conhecer* das coisas.

Como, por outro lado, além dessas duas indagações fundamentais, uma outra se impõe, igualmente *radical*, sobre o *valor* ou o sentido último da “totalidade abarcante” para a existência humana, a filosofia compreende, igualmente, uma terceira ordem de estudos, de formulação recente, aliás, a teoria dos valores ou *axiologia*, em cujo âmbito se procede ao “isolamento” da noção geral de valor, do valor *em si mesmo* ou enquanto tal, para analisá-lo sob múltiplos aspectos - ontológico, gnosiológico, antropológico e teológico, por exemplo - e formular respostas, tanto quanto possível satisfatórias, para estas perguntas, também fundamentais: que são os valores?; que espécie de *ser* lhes corresponde?; qual a estrutura ôntica desta classe de objetos ideais, parecidos com os números, que povoam a nossa consciência espiritual e que parecem não ser meramente subjetivos mas têm uma objetividade própria? Que espécies

e categorias há de valores e qual a sua respectiva dignidade em hierarquia?; Que meios de conhecimento temos para os apreender?; e, finalmente, em que relação se acham eles com o homem, com a vida, com o espírito, com Deus?³⁴ Quanto à *radicalidade* do saber filosófico, como esclarece Ortega y Gasset, isso consiste em que as reflexões dos filósofos, diversamente do pensamento vulgar ou ingênuo, não se detêm na superfície da realidade, antes se aprofundam até o seu âmago, na ânsia por desvelar as suas estruturas fundamentais:

Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces.³⁵

Quanto à pretensão filosófica de se constituir num saber fundante de si mesmo e de todos os demais saberes - uma espécie de conhecimento *antes* do conhecimento -, há muito que essa autocompreensão vem sofrendo críticas severas, sobretudo dos heideggerianos, fortes na tese de que quaisquer reflexões - sejam elas ingênuas ou refinadas, de carvoeiros ou de filósofos -, todas pressupõem um prévio *estar-no-mundo*, que as precede e condiciona.³⁶ Noutras palavras, embora alimente a pretensão de se constituir como *saber primeiro*, em verdade a filosofia não parte do nada porque, quando começa a refletir, já está investida na compreensão do ser por intermédio do *Dasein*, que a *Analítica*, na condição de Ontologia Fundamental, investiga e revela como um ente ou *ser-no-mundo*, um ser que independentemente da sua vontade é “jogado” no *aí* - como os filhotes da gata são “dados à luz” ou jogados no mundo -, onde restará “imerso” por todo o curso da sua *existência*.³⁷

Em suma, por força da natureza das suas reflexões como *saber primeiro* e *radical*, a própria filosofia acaba sendo obrigada a repelir fundamentos inconcussos ou razões inaugurais, porque descobre, ela mesma, que *não existe conhecimento absoluto no ponto de partida*.³⁸ Nesse mesmo sentido, costuma-se dizer que, assim como a poesia épica, também a filosofia começa do meio, que o seu começo não é absoluto, porque ela não está desvinculada de certa tradição; como a hermenêutica do *Dasein*, a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a faticidade, por onde deve começar.

Essa a razão da crítica fundamental da Habermas à soberba da filosofia porque, para ele, ao insistir na pretensão de se constituir num conhecimento *antes* do conhecimento ou um *conhecimento do conhecimento*, ela abre entre si e as ciências um domínio próprio, do qual se vale para exercer funções de *dominação*. Ao pretender aclarar de uma vez por todas os fundamentos da ciência e de uma vez por todas, também, definir os limites do experimentável,

34 Luís Cabral de Moncada. *Prefácio à Filosofia dos Valores*, de Johannes Hessen. Coimbra: Arménio Amado, 1967, p. 8.

35 José Ortega y Gasset. *El nivel de nuestro radicalismo*, in *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965, p. 282, e *¿Que es Filosofía?*, in *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335/336.

36 Jürgen Habermas. Habermas *A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 17-35.

37 Hans-Georg Gadamer. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 24.

38 Benedito Nunes. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Ática, 1991, p. 100-101, e *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 55 e 58; Friedrich Schlegel. *O Dialeto dos Fragmentos*. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 60; Benedito Nunes. *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 40).

a filosofia pretende indicar às ciências o seu lugar. Ora, parece que esse papel de indicador de lugar há muito excedeu às suas forças.³⁹

Demarcadas as três grandes ordens de indagações em que se divide o trabalho filosófico - *ontologia*, *gnosilogia* e *axiologia* - e sabendo-se que essa tricotomia básica encontra correspondência ou se projeta no âmbito das reflexões sobre a *coisa* direito, podemos conceituar a ontologia jurídica como a parte da filosofia do direito onde se indaga sobre a *essência* desse fenômeno; a gnosilogia, como a ordem de estudos voltada à questão do *conhecer* do direito; e, finalmente, a axiologia jurídica, como o lugar teórico em que se discute o *valor* do direito ou o seu valer para a existência humana.

3. OS PLANOS E ÂMBITOS DO CONHECIMENTO DO DIREITO. O SER E O CONHECER DO DIREITO. AS DIVERSAS “CIÊNCIAS” DO DIREITO E A UNIDADE DO SABER JURÍDICO

Admitindo-se que esses recortes da realidade são procedimentos epistemológicos necessários ao estudo de qualquer fenômeno, até porque parece corresponder à natureza do real se nos apresentar sob aspectos múltiplos e variados - nessa perspectiva, dir-se-ia que os *entes* são as diversas moradas do *ser* - e que essa fragmentação do mundo não compromete, antes reforça, a unidade essencial das *coisas* estudadas, pois, com Maritain já vimos que “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, devemos distinguir, igualmente, já agora nos domínios do saber jurídico, as diferentes *formas de conhecimento* do direito, como nos propõe Miguel Reale, *verbis*:

O Direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, em sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita.⁴⁰

Em conformidade com essa orientação epistemológica, o mestre do tridimensionalismo jurídico nos apresenta um “esquema ordenatório” das diferentes formas de conhecimento do direito, nos planos transcendental ou filosófico e empírico ou científico-positivo, discriminando, a seguir, os diferentes saberes ou disciplinas que têm a *experiência jurídica* como objeto material comum, mas que se distinguem, nesses dois planos, segundo a perspectiva ou o ponto de vista adotados na apreensão do Ser do Direito.⁴¹ Dado que, por outro lado, *fato*, *valor* e *norma*, mais do que simples elementos, são dimensões que representam *qualidades essenciais* da experiência jurídica, pode-se dizer, novamente com Reale, que *todo conhecimento do Direito é necessariamente*

39 Jürgen Habermas, *A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 18.

40 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.

41 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª edição., 1982, p. 611.

tridimensional; que em cada ciência particular, o que se verifica é apenas um predomínio de pesquisa em função de uma dessas dimensões, distinguindo-se as respectivas indagações *tão-somente pelo sentido do seu desenvolvimento*; e que, finalmente, sob essa ótica, a Ciência do Direito é uma disciplina de natureza *normativa* porque suas análises verticalizam-se no momento da *normatividade*, do mesmo modo que a *faticidade* é o momento último da Sociologia Jurídica.⁴² Ainda em palavras desse mestre do tridimensionalismo jurídico concreto, dada a sua complicação essencial em todas as formas de experiência jurídica, *fato*, *valor* e *norma* devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente como momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização *normativa* dos *valores* no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o *fato* da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto tal, considera *valor* e *fato* em razão da *normatividade*, a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga das condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia.⁴³ Trata-se de uma posição que, de resto, encontra reconhecimento e receptividade crescentes entre os mais importantes jurisfilósofos contemporâneos, desde o clássico Luís Recaséns Siches, que declara haver assumido o tridimensionalismo jurídico do saudoso jurista filósofo brasileiro, até o moderno e já consagrado Elías Díaz, que, sob o sugestivo rótulo *a dialética concreta entre norma e decisão*, desenvolve sólidas considerações, referidas no tópico a seguir, sobre a integração fático-axiológico-normativa como procedimento indispensável para uma compreensão integral do fenômeno jurídico.

A possibilidade de coordenar correta e coerentemente essas três perspectivas das normas - validade, eficácia, legitimidade - a possibilidade de coordenar as exigências da Ciência jurídica com as da Sociologia e da Filosofia do Direito, constituirá, creio, a base para esse pluralismo metodológico próprio de nosso tempo. (...) As normas aparecem, assim, como fatos dotados de certo sentido sociológico (segundo os fatores sociais de todo tipo que condicionam dita normatividade), e como fatos carregados de valores, nunca neutros ou indiferentes a eles, mas sim compreensíveis sempre em conexão com uma determinada concepção do mundo ou um sistema de legitimidade. A investigação-interpretação e a aplicação-realização do Direito deverão ter em alta conta essas dimensões presentes em toda normatividade, dimensões desde as quais se constrói e reconstrói, como crítica e dinâmica totalização, a realidade jurídica.⁴⁴ Posta assim a questão, podemos dizer que a *essência* do Direito, em seu modelo permanente, apresenta três aspectos, dimensões ou momentos, embora se trate de uma unidade ontológica, plena e incindível, só fracionável idealmente para efeito de análise por todos quantos se dediquem à sua investigação.

Não é somente um *fato social*, nem tampouco apenas um conjunto de *normas* que se impõem a todos sob a ameaça de sanções socialmente organizadas. É, também, a realização,

42 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.

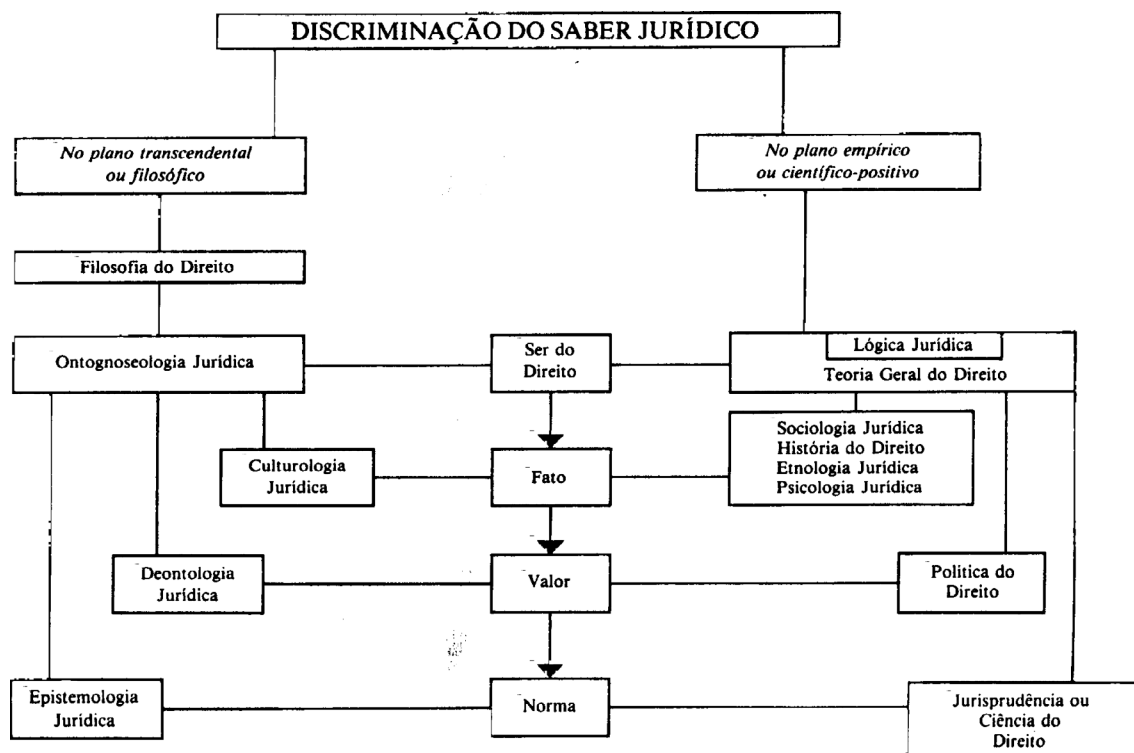
43 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 1997, p.610.

44 Elías Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1982, p. 123.

no plano histórico e social, de uma tábua de *valores*, que fundamentam e legitimam essa coercibilidade numa sociedade democrática aberta e pluralista.

Portanto, para que se fale em Direito, na plenitude de seu significado, é preciso que se tenha presente a *eficácia* de certas normas de comportamento, *formalizadas* segundo regras preestabelecidas, e *legitimadas* pela aderência a certos padrões de justiça ditados pela consciência social e histórica da humanidade.

A partir dessa visão unitária e totalizante do fenômeno jurídico, podemos apreender o direito debaixo das três perspectivas - fática, axiológica e normativa -, que põem em evidência as dimensões essenciais desse “pedaço de vida humana objetivada” que chamamos de “experiência jurídica”.



4. A (PAN)CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRANSFORMAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO

Fenômeno relativamente recente, pelo menos sob esse nome, o que os juristas atuais vêm chamando de *constitucionalização do Direito* é o propósito alimentado e realizado, sobretudo após a 2ª segunda guerra mundial – fato registrado pelo clássico Mirkine Guetzévitch⁴⁵ –, de se apreender nas malhas da normatividade constitucional todo o conjunto da vida social, sobretudo nos países em que as cartas políticas promulgadas após o interlúdio rebarbarizante do nazismo deixaram de ser apenas aqueles textos exortativos da democracia e das liberdades públicas, para se converterem em documentos dotados de *força normativa*

⁴⁵ Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, Paris: PUF, 1951, p. 17; e *Evolução constitucional europeia*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 29-30.

própria e de aplicabilidade direta e imediata – e.g. a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a Constituição Italiana, de 1948 –, sem terem de esperar pelas sempre demoradas mediações/conformações legislativas. Daí a mais sugestiva palavra de ordem do movimento denominado *novo constitucionalismo* – “mais Constituição do que leis” –, a conclamar os operadores do direito a “falarem” diretamente com a Carta Política, sob a crença de que o seu texto lhes proverá de soluções adequadas para todas “as crises dos negócios humanos”. O mesmo viria a ocorrer, um pouco mais adiante, em Portugal, na Espanha e no Brasil, cujas Constituições são igualmente dotadas de força normativa própria e de injuntividade imediata, tornadas efetivas por tribunais constitucionais independentes, encarregados de velar pela supremacia dessas constituições e pela imperatividade dos seus preceitos. Atualmente, pode-se dizer que esse modelo de tribunais constitucionais, situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais⁴⁶, está presente praticamente em todas as democracias contemporâneas, exceção feita ao Reino Unido, à Holanda e a Luxemburgo, que mantêm o padrão de supremacia parlamentar, como registrado, entre outros, por Roberto Barroso.⁴⁷

Sobre em que consiste essa constitucionalização do direito, Riccardo Guastini – que prefere chamar de *constitucionalização do ordenamento jurídico*, por sugestão de Louis Favoreu –, diz tratar-se de um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao termo do qual o ordenamento em questão resulta totalmente *impregnado* por normas constitucionais; e que um ordenamento constitucionalizado caracteriza-se por uma Constituição extremamente invasiva e intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.⁴⁸ Para Roberto Barroso, no estudo antes citado, a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, de tal sorte que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo não apenas sobre a atuação dos três Poderes, mas também nas relações entre particulares. Mais ainda, prossegue Barroso, nesse ambiente a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – coma sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, reinterpretando os seus institutos sob uma ótica constitucional. Do Código Civil, antes a sobranceira “constituição do homem comum”, às mais mezinhas regras jurídicas, de ínfima hierarquia, tudo vai se constitucionalizando, a tal ponto que a expressão *norma normarum*, que antes significava ver a Constituição como simples *fonte das fontes do direito*, sem aplicação direta e imediata às relações sociais, essa expressão assume um novo e superior sentido, qual seja, o de *norma fundamental*, que filtra todas as outras, para conferir a sua validade, só reconhecida se compatível com as regras e princípios constitucionais, em sua forma quanto em seu conteúdo.⁴⁹ Dá-se, assim,

46 Mauro Cappelletti. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, in *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1961, p. 38.

47 Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. *Themis*, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, vol.4, nº 2, p.65.

48 Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trota, 2005, p. 49.

49 Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. *A constitucionalização do Direito*, in *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p. 39.

um reaparecimento da pirâmide normativa de Kelsen, antes puramente descritiva do modo de produção/aplicação das normas – o processo legislativo formal –, agora parâmetro de controle da validade formal e material de tudo quanto se produz no ordenamento jurídico. A essa luz, repita-se, a Constituição retém nas malhas da sua normatividade todo o conjunto da vida social, desde os modelos jurídicos de maior hierarquia – como as emendas, reformas e revisões do seu texto, que para serem válidas hão de guardar conformidade com ele – até as relações entre particulares, outrora vistas como expressão da autonomia da vontade dos particulares e, nessa condição, operando nos chamados “espaços livres do direito”.

Para que essa transformação não se mostre caótica e qualquer sinal de presença da Constituição em modelos jurídicos de menor hierarquia possa considerar-se “constitucionalização” dessas regras infraconstitucionais, o citado Guastini cuidou de formular o que chamou de “condições de constitucionalização”, as quais, uma vez satisfeitas em sua totalidade, permitirão dizer-se que o ordenamento jurídico de que se trate estará “impregnado” por normas constitucionais. Para esse emérito jurista italiano, são em número de sete essas condições de constitucionalização, a saber: 1) uma Constituição rígida; 2) garantia jurisdicional da Constituição; 3) força vinculante da Constituição; 4) “sobreinterpretação” da Constituição; 5) aplicação direta da Constituição; 6) interpretação das leis em conformidade com a Constituição; 7) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Conferindo-se se em nosso sistema jurídico estão presentes e satisfeitas todas essas condições – o que nos parece ocorrer efetivamente –, então podemos dizer que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais, com todas as consequências daí advindas, a maior das quais é compactarem-se os nossos modelos jurídicos, de todos eles – legislativos, jurisprudenciais, consuetudinários e negociais – no macromodelo constitucional e atribuir-se à hermenêutica constitucional a sobrefunção de “interpretar as interpretações” de todas as normas vigentes no direito brasileiro, seja para convalidá-las ou impugná-las, se conformes ou desconformes com as regras e princípios da Constituição de 1988.

Nesse cenário, poder-se-ia dizer que o direito constitucional “engoliu” os demais ramos do direito, assim como, em palavras de Radbruch, no Estado socialista, o direito administrativo, como direito social, teria engolido o direito civil.⁵⁰

CONCLUSÃO

Assente o caráter exemplar ou o significado paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito – como asseverou Hans-Georg Gadamer em sua obra fundamental⁵¹; que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais; que a interpretação/aplicação de qualquer modelo jurídico deve ser feita em conformidade com a interpretação/aplicação do modelo constitucional, tal empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal; então pode-se concluir que o conhecimento do direito brasileiro confunde-se com o conhecimento da Constituição, elevando-se a hermenêutica constitucional ao patamar de nova teoria do conhecimento do direito.

⁵⁰ Gustav Radbruch. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

⁵¹ Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997, tópico 2.2.3, p. 482-505.

PODE ACONTECER AQUI¹

Cass Sunstein (Autor)²

Thiago Aguiar de Pádua (Tradutor)³

RESUMO: Trata-se de texto escrito pelo professor norte americano Cass Sunstein, da Universidade de Harvard, analisando alguns aspectos sobre os perigos que rondam a democracia moderna, com os olhos voltados para o trágico passado nazifascista, para alertar sobre a importância de nos mantermos atentos e vigilantes para os pequenos sinais de alerta.

Palavras-chave: Democracia. Ditadura.

A democracia liberal já desfrutou de dias muito melhores. Vladimir Putin estabeleceu um governo autoritário, e está firmemente encarregado do ressurgimento da Rússia. Na influência global, a China pode ter superado os Estados Unidos, e o presidente chinês Xi Jinping agora está autorizado a permanecer indefinidamente no cargo. À luz dos recentes rumos em direção ao autoritarismo na Turquia, Polônia, Hungria e nas Filipinas, fala-se generalizadamente sobre uma “recessão democrática”. Nos Estados Unidos, o presidente Donald Trump pode não estar suficientemente comprometido com os princípios constitucionais de um governo democrático.

Em épocas como essa, poderíamos ser estimulados a tentar aprender alguma coisa desde as experiências iniciais com o autoritarismo, particularmente a triunfante ascensão dos nazistas na Alemanha, na década de 1930. O problema é que o nazismo era tão horripilante e tão bárbaro que, para muitas pessoas, em nações onde o autoritarismo está agora se estabelecendo, é difícil enxergar paralelos entre o regime de Hitler e seus próprios governos. Vários relatos do regime nazista demonstram uma série de eventos inimagináveis, de uma nação que enlouqueceu. Esse aspecto é reconfortante, e facilita o pensamento de que isso não pode acontecer novamente.

Mas algumas representações sobre a ascensão de Hitler são mais íntimas e pessoais. Elas se concentram menos em líderes conhecidos, eventos significativos, propaganda estatal, assassinatos e guerra, e mais nos detalhes das vidas individuais. Algumas narrativas ajudam a explicar como as pessoas podem não apenas participar de coisas terríveis, mas também permitem compreender como elas conseguem ficar quietas e viver dias bastante comuns no meio do horror. Elas oferecem lições para as pessoas que vivem hoje em dia com horrores genuínos, e também para aquelas pessoas para quem o horror pode jamais chegar, mas que vivem em nações onde as práticas e normas democráticas estão sob severa tensão.

¹ Tradução de artigo publicado originalmente na edição do *The New York Review of Books*, de 28 de junho de 2018, vol. LXV, n. 11, sob o título: “*It Can Happen Here*”, como resenha dos livros: “*They Thought They Were Free: The Germans, 1933–45*”, de Milton Mayer, e “*Broken Lives: How Ordinary Germans Experienced the Twentieth Century*”, de Konrad H. Jarausch. The New York Review of Books Copyright © by Cass Sunstein. 2018. Autorização solicitada em 19.03.2019 e obtida em 21.03.2019.

² Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, USA.

³ Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

O clássico de Milton Mayer, *“They Thought They Were Free”* (*Eles Pensaram que Eram Livres*), de 1955, republicado recentemente com um posfácio do historiador Richard J. Evans (de Cambridge), foi um dos primeiros relatos da vida cotidiana nazista. Escrito com humor, e com um improvável toque iluminado, proporciona um contraste chocante com as devastadoras e inacabadas memórias de Sebastian Haffner, *“Defying Hitler”*, de 1939, que permite a sensação de se vivenciar o exato momento da ascensão de Hitler. (O manuscrito, descoberto pelo filho de Haffner após sua morte, foi publicado em 2000 na Alemanha, tornando-se sensação imediata.)⁴ Uma perspectiva muito mais ampla vem de *“Broken Lives”*, de Konrad Jarausch, num esforço para reconstruir a experiência dos alemães ao longo de todo século XX. O que distingue estes três livros é o senso de proximidade. Eles não se concentram em figuras históricas que tomaram decisões transformadoras. Eles exploram como pessoas comuns tentaram levar suas vidas sob condições terríveis.

O nome verdadeiro de Haffner era Raimund Pretzel. (Ele usou um pseudônimo para não colocar em perigo sua família, quando estava exilado na Inglaterra.) Era um jornalista, e não um historiador ou teórico político, mas ele interrompeu sua narrativa fascinante para abordar uma questão densa: “O que é a história e onde ela acontece?” Ele fez objeções de que a maioria das obras de história dão “a impressão de que não mais do que poucas dúzias de pessoas estão envolvidas, que por acaso estão “à frente do navio do Estado e cujos atos e decisões formam o que é chamado de história”. Na sua opinião, isso está equivocado. O que importa somos “nós, os outros anônimos”, que não somos apenas “peões no jogo de xadrez”, porque “os ditadores, ministros e generais mais poderosos são impotentes contra as decisões simultâneas em massa, tomadas individualmente e quase inconscientemente pela população em geral”. Haffner insiste na importância de se investigar “alguns processos e experiências mentais muito peculiares e reveladoras”, envolvendo “as vidas privadas, emoções e pensamentos de indivíduos alemães”.

Mayer tinha o mesmo objetivo. Sendo um jornalista americano de ascendência alemã, ele tentou se encontrar com Hitler em 1935. Ele falhou, mas viajou muito na Alemanha nazista. Atordoado ao descobrir um movimento de massas, em vez da tirania de alguns poucos malvados, concluiu que seu verdadeiro interesse não estava em Hitler, mas em pessoas como ele, a quem “alguma coisa havia acontecido, e que não tinha acontecido comigo e meus compatriotas (ou pelo menos não ainda)”. Em 1951, ele retorna à Alemanha para descobrir o que tornou o nazismo possível.

Em *“They Thought They Were Free”* (*Eles Pensaram que Eram Livres*), Mayer decidiu se concentrar em dez pessoas, diferentes em muitos aspectos, mas com uma característica comum: todas tinham sido membros do Partido Nazista. Eventualmente, eles concordaram em conversar, aceitando sua explicação de que ele esperava auxiliar o povo de sua nação a ter uma melhor compreensão da Alemanha. Mayer era sincero sobre isso e sobre quase todo o resto. Mas não disse a eles que era judeu.

⁴ NT: Sebastian Haffner, pseudônimo de Raimund Pretzel, que escolheu o *nom de plume* a partir de suas predileções musicais: Sebastian é o nome de Johann Sebastian Bach e Haffner é o nome de uma sinfonia de Mozart (a sinfonia n. 35, K.385, a qual foi composta em honra do filho do presidente da câmara de Salzburgo, Sigmund Haffner). O Livro mencionado: HAFFNER Sebastian. *Defying Hitler: A Memoir*, trad. Oliver Pretzel, Picador, 2003.

No final da década de 1930 - período que mais interessava a Mayer -, seus entrevistados estavam trabalhando como zelador, soldado, alfaiate, marceneiro, gerente de escritório, padeiro, cobrador de contas, inspetor, professor do ensino médio e policial. Um deles era um estudante do ensino médio. Todos eram do sexo masculino. Nenhum deles ocupou posições de liderança ou influência. Todos eles se referiam a si mesmos como “*wir kleine Leute*” (nós, gente pequena). Eles viviam em Marburg, uma cidade universitária às margens do rio Lahn, não muito longe de Frankfurt.

Mayer conversou com eles durante um ano, sob condições informais – regadas a café, refeições e noites longas e relaxantes. Ele se tornou amigo de cada um (e por toda parte ele se refere a eles como tal). Como ele disse, com surpresa evidente: “Eu *gostei* deles. Não pude evitar”. Eles podem ser irônicos, engraçados e autodepreciativos. A maioria deles gostava de uma piada originada na Alemanha nazista: “O que é um ariano? Um ariano é um homem alto como Hitler, louro como Goebbels, e ágil como Göring”. Eles também podiam ser sábios. Falando das opiniões das pessoas comuns sob Hitler, um deles perguntou:

“Oposição? Como alguém saberia? Como alguém saberia contra o que outra pessoa se opõe ou não? Que um homem diga se opor ou não, vai depender das circunstâncias, onde e quando, e para quem, e como ele diz isso. E então você ainda deve adivinhar porque ele diz o que diz.”

Quando Mayer retornou para casa, estava com medo de seu próprio país. Ele sentiu “que não era o homem alemão que havia conhecido, mas o homem”, e que sob certas condições, ele poderia ter se saído como seus amigos alemães. Ele aprendeu que o nazismo tomou conta da Alemanha “não pela subversão de dentro, mas com um grito e um escândalo”. Muitos alemães “queriam isso; eles conseguiram; e eles gostaram”.

A conclusão mais impressionante de Mayer é que, com uma exceção parcial (o professor), nenhum de seus entrevistados “viu o nazismo como nós - você e eu - o vimos, em qualquer aspecto”. Aonde a maioria de nós entende o nazismo como uma forma de tirania, os entrevistados de Mayer “Não sabiam, antes de 1933, que o nazismo era mau. Eles não sabiam, entre 1933 e 1945, que era mau. E eles não sabem disso agora”. Sete anos após a guerra, eles olharam para o período de 1933 a 1939 como a melhor época de suas vidas.

Mayer sugere que, mesmo quando governos tirânicos fazem coisas horríveis, quem enxerga as coisas de fora tende a exagerar os efeitos reais nas experiências da maioria dos cidadãos, que se concentram em suas próprias vidas e nas “suas próprias visões, em seu cotidiano”. O nazismo tornou as coisas melhores para as pessoas que Mayer entrevistou, não por ter restaurado algum orgulho nacional perdido (como muitos pensam), mas porque melhorou a qualidade da vida diária. Os alemães tinham bons empregos e moradias. Eles puderam passar férias na Noruega ou na Espanha através do programa “Força Através da Alegria”. Poucas pessoas passavam fome ou frio, e os doentes tinham maior probabilidade de receber tratamento. As bênçãos da Nova Ordem, como era chamada, pareciam ser desfrutadas por “todos”.

Mesmo em retrospecto, os entrevistados de Mayer gostaram e admiraram Hitler. Eles o viam como alguém que tinha “um sentimento de massas de pessoas” e falava diretamente em

oposição ao Tratado de Versalhes, ao desemprego - a todos os aspectos da ordem existente. Eles aplaudiram Hitler por sua rejeição do “pacote inteiro” (“todos os políticos parlamentares e todos os partidos parlamentares”), e por sua “limpeza dos degenerados morais”. O funcionário do banco descreveu Hitler como “um fascinante orador natural. Eu acho que ele foi distanciado da verdade, mesmo da verdade, por sua paixão. Mesmo assim, ele sempre acreditou no que disse”.

Mayer não mencionou o tópico do antissemitismo com nenhum de seus entrevistados, mas depois de algumas reuniões, cada um deles o fez por conta própria, e retornaram a ele frequentemente. Quando a sinagoga local foi incendiada, em 1938, a maioria da comunidade estava sob uma única obrigação: “não interferir”. Eventualmente, Mayer mostrou a seus entrevistados um jornal local, de 11 de novembro de 1938, que continha uma reportagem: “No interesse de sua própria segurança, vários judeus do sexo masculino foram detidos ontem. Esta manhã eles foram mandados embora da cidade”. Nenhum deles se lembrava de ter visto, ou de qualquer coisa parecida.

A morte de seis milhões de judeus? “*Fake News*”. Quatro dos entrevistados de Mayer insistiram que os únicos judeus levados para campos de concentração eram traidores da Alemanha, e que os demais puderam sair com seus pertences ou receberam por elas um justo valor de mercado. O cobrador de contas concordou que o assassinato dos judeus “estava errado, a menos que tivessem cometido traição em tempo de guerra. E é claro que eles traíram”. Ele acrescentou que “alguns dizem que aconteceu e alguns dizem que não”, e que você “pode me mostrar fotos de crânios... mas isso não prova isso”. Em qualquer caso, “Hitler não tinha nada a ver com isso”. O alfaiate falou da mesma forma: “Se aconteceu, foi errado. Mas eu não acredito que isso tenha acontecido”.

Com evidente fadiga, o padeiro mencionou: “Não houve tempo para pensar. Havia tanta coisa acontecendo”. Seu relato foi semelhante ao de um dos colegas de Mayer, um filólogo alemão, que estava no país à época, e enfatizou a natureza devastadoramente crescente do mergulho na tirania: “não tínhamos tempo de pensar sobre essas coisas terríveis que estavam crescendo, pouco a pouco, ao nosso redor”. O filólogo apontou para um regime, empenhado em desviar a atenção de seu povo, através de dramas intermináveis (frequentemente envolvendo inimigos reais ou imaginários), e “a gradual naturalização do povo, pouco a pouco, de ser governado pela surpresa”. Em seu ponto de vista, “cada passo era tão pequeno, tão inconsequente, tão bem explicado ou, na ocasião, tão lamentado”, que as pessoas não podiam mais vê-lo “se desenvolver diariamente, não mais que que um agricultor em sua fazenda, vendo o milho crescer. Num belo dia, já cresceu tudo”.

Concentrando-se largamente em 1933, Haffner, em “*Defying Hitler*”, oferece um quadro radicalmente diferente, em que desde o início a verdadeira natureza do nazismo era evidente para muitos alemães. Com apenas vinte e cinco anos naquele período, e estudando direito com o objetivo de se tornar um juiz ou administrador, ele descreve os efeitos crescentes do nazismo na vida de seus amigos ambiciosos e colegas de turma, que estavam preocupados com diversão, perspectivas de emprego, e casos de amor. Haffner assevera que, tão logo os nazistas tomaram o poder, ele foi salvo por sua capacidade de sentir o cheiro da podridão:

“Quanto aos nazistas, meu nariz me livrou de todas as dúvidas. Foi cansativo falar sobre quais de seus supostos objetivos e intenções ainda eram aceitáveis ou mesmo “historicamente justificados” quando tudo isso fedia. E como isso fedia! O fato de os nazistas serem inimigos, meus inimigos e inimigos de todos os que eu amava, era cristalino para mim desde o começo.”

Como Haffner descreve, uma forma de terror começou rapidamente, quando membros da SS fizeram sentir sua presença, intimidando pessoas em lugares públicos. Ao mesmo tempo, os cidadãos eram distraídos por um fluxo interminável de festividades e celebrações. A intimidação, acompanhada pela atividade pró-nazista, fervorosa e orquestrada, produziu um aumento do medo, o que levou muitos cétricos a se tornarem nazistas. No entanto, as pessoas flertavam, gostavam de romances, “iam ao cinema, faziam uma refeição num pequeno bar de vinhos, bebiam um bom *Chianti* e dançavam juntas”. Soando aqui como os entrevistados de Mayer, Haffner escreve que foi a “continuação automática da vida cotidiana” que acabou “impedindo qualquer reação pujante e vigorosa contra o horror”.

Segundo Haffner, o colapso da liberdade e do Estado de Direito ocorreu por partes, algumas das quais parecendo relativamente pequenas e insignificantes. Em 1933, quando oficiais nazistas permaneciam ameaçadoramente diante das lojas judaicas, os judeus ficaram “apenas ofendidos. Nem preocupados ou ansiosos. Apenas ofendidos”. Mas Haffner insiste que a brutalidade de Hitler e a contínua politização da vida cotidiana estavam claras desde o início. Nos primeiros dias do regime, um autointitulado republicano aconselhou-o a evitar comentários cétricos, o que seria inútil: “Eu acho que conheço os fascistas melhor que você. Nós republicanos devemos uivar com os lobos”.

Haffner catalogou os uivos. Livros começaram a desaparecer das livrarias e bibliotecas. Revistas e jornais também desapareceram, e os que permaneceram foram mantidos na linha partidária. Mesmo em 1933, os alemães que se recusaram a se tornar nazistas se viram “em uma situação diabólica: um momento de desesperança completa e sem trégua; você era submetido diariamente a insultos e humilhações”. Haffner buscou refúgio no domínio privado, inclusive com um pequeno grupo de jovens que estudavam Direito, que haviam formado uma espécie de clube íntimo de debates. Eles eram bons amigos. Um dos membros, chamado Holz, tinha opiniões nacionalistas. Outros discordavam, mas era tudo civilizado: o tipo de discussão enérgica que os jovens costumam travar sobre política.

O grupo desmoronou quando Holz acusou Haffner de “ignorar os desenvolvimentos monumentais no ressurgimento do povo alemão” e de ser “um perigo latente para o Estado” – e, de maneira intimidadora, ameaçou denunciá-lo à Gestapo. Não muito longe do fim, a narrativa de Haffner fornece um relato delicado e quase insuportavelmente tocante de várias semanas idílicas com o amor de sua vida, que estava noiva de um inglês, e estava prestes a deixar a Alemanha para sempre. (Vendo sua aflição após informá-lo de seu noivado, ela respondeu com infinita gentileza: “Por enquanto ainda estou aqui.”) Resumindo essas semanas e algo como a resiliência humana, o manuscrito inacabado de Haffner oferece algumas palavras do poeta Friedrich Hölderlin: “Não olhemos para frente / nem para trás. Seja de balançar, como em/ um barco navegando no mar”.

Enquanto Haffner se concentra largamente em um único ano, Jarausch se debruça sobre um século. Em *“Broken Lives”*, ele se baseia em mais de setenta memórias pessoais produzidas por alemães que nasceram majoritariamente na década de 1920. Seu objetivo é produzir uma “imagem vívida e pessoal do que significou viver no século XX”, enraizada nas perspectivas das pessoas que nasceram após a carnificina da Primeira Guerra Mundial, e que no geral desfrutaram de infâncias felizes e até mesmo despreocupadas na República de Weimar. É uma imagem reveladora, abrangente, panorâmica, e, na maioria das vezes, bastante sombria.

Jarausch oferece um relato repleto de fatos sobre a vida de “adolescentes nazistas”, alguns anos mais jovens que Haffner, e sobre as imensas pressões sociais que levaram ao rápido crescimento do movimento nazista entre os jovens. Uma das estratégias inteligentes dos nazistas, adotadas imediatamente após assumirem o poder, foi aumentar essas pressões, impondo “uma aparência de apoio unânime ao Terceiro Reich”. Muitos alemães não eram nem tão pró-Hitler e nem tão anti-Hitler; e sua oposição aos adversários de Hitler auxiliou em sua ascensão. Décadas depois, os memorialistas referiram-se aos seus “tempos felizes” na Juventude Hitlerista, concentrando-se não na ideologia, mas em passeios de caminhadas, camaradagem e acampamentos de verão.

Da perspectiva de Jarausch, as coisas pioraram muito para os alemães a partir de 1º de setembro de 1939, quando a Alemanha invadiu a Polônia. Alguns dias depois, Inglaterra e França declararam guerra à Alemanha. Um memorialista observou que, com a Grande Guerra aparecendo ao fundo, “nenhuma bandeira voava, não havia aprovação, nem entusiasmo”. Jarausch descreve meticulosamente os desenvolvimentos subsequentes, começando com os triunfos iniciais das forças de defesa (*Wehrmacht*⁵) e a rápida conquista da Polônia, terminando com a invasão da Normandia, o avanço implacável do Exército Vermelho e o suicídio de Hitler.

Depois da guerra, a derrota significou um recomeço para muitos, um tipo de oportunidade, e Jarausch mostra como os alemães - impiedosos, em estado de choque, determinados - voltaram à vida comum, apostando em um futuro melhor. Evitando o nacionalismo, e mesmo o orgulho nacional, eles conseguiram reconstruir sua economia e seu moral. O foco principal de Jarausch é na Alemanha Ocidental, mas ele dedica uma atenção considerável ao colapso do comunismo na República Democrática da Alemanha, sugerindo que ela afundou porque desapontou e desiludiu seus cidadãos. Embora seu tema unificador tenha sido a fragmentação das vidas de inúmeros alemães (de várias maneiras), sua conclusão é otimista: muitos alemães foram transformados “em democratas sinceros e pacifistas que querem evitar a repetição de horrores anteriores”.

Para aqueles que buscam entender a experiência alemã no século XX, Jarausch fez um grande trabalho. Ele pinta em uma tela muito mais ampla do que Mayer e Haffner, mesmo quando ele explora a ascensão de Hitler. Mas precisamente por causa da natureza íntima e refinada de seus relatos, Mayer e Haffner falam mais diretamente aos que se preocupam com as condições de possibilidade do autoritarismo. É claro que não podemos ter certeza se

⁵ NT: Conforme se verifica, o termo alemão *Wehrmacht* significa “Força de Defesa”, que pode ser entendido como “meios/poder de resistência”; foi o nome do conjunto das forças armadas da Alemanha durante o Terceiro Reich (entre 1935 e 1945), englobando o Exército (*Heer*), Marinha de Guerra (*Kriegsmarine*), Força Aérea (*Luftwaffe*) e tropas das *Waffen-SS* (que, embora não fossem da *Wehrmacht*, eram frequentemente dispostas junto às suas tropas).

devemos acreditar nos entrevistados de Mayer, quando eles afirmam que ignoravam o que Hitler realmente fez. (Mayer também não tem certeza.) Mas eles são convincentes quando dizem que na época estavam focados principalmente em suas famílias, amigos e em suas vidas diárias. A representação de Haffner sobre a “continuação automática da vida cotidiana”, possível para tantos em meio ao ataque, passo-a-passo, que seu governo fez contra a liberdade e à dignidade, segue a mesma linha.

Todos os três autores estão cientes de que suas narrativas oferecem lições importantes, e estas não devem ser perdidas nos leitores contemporâneos. A Turquia, por exemplo, tem deslizado em direção ao autoritarismo por meio de táticas não muito diferentes dos nazistas: prisão dos dissidentes políticos, ataque à liberdade de expressão, tratamento dos críticos como inimigos do Estado, e supressão dos mecanismos de controle (freios e contrapesos). Até agora, o presidente Trump mais latiu do que mordeu. Mas alguns dos latidos têm uma história que é ao mesmo tempo feia e reveladora. Os nazistas aplicaram o termo “*Lügenpresse*” (imprensa mentirosa) à imprensa tradicional; o Presidente Trump refere-se à “imprensa FAKE NEWS”, que, segundo ele, “não é minha inimiga, mas inimiga do povo americano!” Em domínios significativos (incluindo a mudança climática), sua administração denigre a ciência; ele até não conseguiu preencher o cargo de conselheiro científico da Casa Branca. Os nazistas também descartaram ou politizaram a ciência (especialmente a “Ciência Judaica” de Einstein) em favor do que afirmavam ser o espírito do povo (*Volk*).

Se o presidente dos Estados Unidos estiver constantemente mentindo, reclamando que a imprensa independente é responsável por notícias falsas (*fake news*), clamando pela retirada das licenças das redes de TV, publicamente exigindo sentenças de prisão para oponentes políticos, minando a autoridade do Departamento de Justiça e do FBI, ampliando as divisões sociais, deslegitimando os críticos como “corruptos” ou “fracassados” e até mesmo se recusando, em aberta violação à lei, a proteger as crianças contra os riscos associados à pintura com chumbo - bem, isto não é fascismo, mas os Estados Unidos não viram nada parecido antes.

Com o nosso sistema de controle (freios e contrapesos), é improvável que ocorra aqui um autoritarismo total, mas seria tolice ignorar os riscos que Trump e sua administração representam para as normas e instituições estabelecidas, que ajudam a preservar a ordem e a liberdade. Esses riscos crescerão se a oposição às violações de normas de longa data for limitada aos democratas, e se os republicanos rirem, aplaudirem, concordarem ou derem desculpas para Trump - se eles “uivarem” com o lobo.

De diferentes modos, Mayer, Haffner e Jarausch mostram como a naturalização, a confusão, a distração, o interesse próprio, o medo, a racionalização e a sensação de impotência pessoal, tornam possível a ocorrência de coisas terríveis. Eles chamam a atenção para a importância de ações individuais de consciência, pequenas e grandes, por pessoas que nunca chegam aos livros de história. Há quase dois séculos, James Madison advertiu: “Não existe virtude entre nós? Se não houver, estamos em uma situação miserável. Nenhuma salvaguarda teórica e nenhuma forma de governo pode nos tornar seguros”. Haffner ofereceu algo semelhante a um corolário, que é a salvaguarda definitiva contra os pretendentes a autoritários, e lobos de todos os tipos estão na consciência individual: nas “decisões tomadas individualmente e quase inconscientemente pela população em geral.”

REFERÊNCIAS

MAYER, Milton. *“They Thought They Were Free: The Germans, 1933–45”*, Chicago: The University of Chicago Press, 2017.

JARAUSCH, Konrad H. *“Broken Lives: How Ordinary Germans Experienced the Twentieth Century”*, Oxford: Princeton University Press, 2018.

A INDICAÇÃO DE BORK¹

Ronald Dworkin (Autor)²

Thiago Aguiar de Pádua (Tradutor)³

RESUMO: Trata-se de artigo escrito por Ronald Dworkin (1931-2013) sobre a nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte Americana, por parte do partido republicano, analisando os aspectos centrais do ponto de vista constitucional sobre as indicações de candidatos, contribuindo decisivamente para a rejeição de Bork pelo Senado.

Palavras-chave: Bork. Suprema Corte.

A indicação do juiz Robert Bork pelo presidente Ronald Reagan para suceder ao juiz Lewis Powell na Suprema Corte, apresenta um problema incomum ao Senado. Sobre os pontos de vista de Bork, não estão em tela o antigo debate entre liberais e conservadores sobre o apropriado papel da Suprema Corte.

Bork é um constitucionalista radical, que rejeita o requerimento do Estado de Direito, o qual todos os lados daquele debate já haviam previamente aceitado. Ele rejeita a visão de que a Suprema Corte deve testar suas interpretações sobre a Constituição contra os princípios latentes em suas próprias decisões passadas, bem como outros aspectos da história constitucional da nação.

Ele considera partes centrais da doutrina constitucional estabelecida como equivocadas, e que agora estariam abertas à revisão por um tribunal de direita; senadores conservadores e liberais deveriam se incomodar com o fato de que, como argumentarei aqui, ele até agora não ofereceu justificativas coerentes para essa posição antijurídica e radical.

Seria impróprio para os senadores rejeitarem um candidato a Ministro⁴ da Suprema Corte apenas porque discordaram de suas opiniões detalhadas sobre questões constitucionais. Mas o Senado tem uma responsabilidade constitucional no processo de nomeações para a Suprema Corte, além de garantir que um candidato não seja um bandido ou um tolo.

A Constituição é uma tradição, tanto quanto um documento, e o Senado deve se convencer de que um candidato pretende, de boa fé, unir-se e ajudar a interpretar essa tradição de maneira jurídica, não para desafiá-la e substituí-la por uma visão política radical que argumento jurídico algum jamais poderá tocar.

A responsabilidade do Senado é particularmente grande nas circunstâncias da indicação de Bork. Bork é o terceiro candidato a Ministro acrescentada ao Tribunal, por

¹ Tradução de artigo publicado originalmente pela revista "The New York Review of Books", em 13 de agosto de 1987. The New York Review of Books Copyright © by Ronald Dworkin. 2018. Autorização solicitada em 19.03.2019 e obtida em 21.03.2019.

² University College London e New York University School of Law, Inglaterra e EUA.

³ Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

⁴ NT: Na versão original, evidentemente, consta a expressão "justice", que foi aqui traduzida para o equivalente brasileiro: Ministro, embora sejam expressões semântica e historicamente distintas, opção realizada ao longo do texto, em razão da utilização do paradigma da contextualização, ao invés da tradução literal, a partir e além da influência de Gregory Rabassa sobre estilos e traduções, em seu famoso livro: *If 'Tis Be treason: translation and Its Dyscontents*.

uma administração que há sete anos realiza uma campanha, aberta e inflexível, de nomeações ideológicas em todos os níveis dos tribunais federais, na esperança de torná-los um lugar de poder da direita, mesmo muito tempo depois de a administração acabar.

Reagan não mediu esforços para disfarçar o caráter político da nomeação de Bork, quando disse que ele seria: “*amplamente considerado como o defensor mais proeminente e intelectualmente poderoso da autocontenção judicial*”, e que ele “*compartilha de minha opinião*” sobre o apropriado papel da Suprema Corte. Grupos de pressão conservadores já estão arrecadando dinheiro para apoiar a indicação, e o *direitista New York Post*, desafiou os liberais a “*fazer o nosso dia*”, em desafio aberto.

A nomeação de Bork, se confirmada, promete alcançar o domínio da direita na Suprema Corte, que as prévias nomeações de Reagan falharam em assegurar. O Ministro Powell tem sido um voto decisivo, aliado principalmente à direita sobre questões de direito penal, e às vezes com juízes mais liberais sobre outras questões de direitos individuais, e ele proferiu o quinto e conclusivo voto, de uma forma ou de outra, em muitas ocasiões.

Se Bork votar como aqueles que o apoiam, e eles têm todas as razões para esperar que assim o faça, a Corte terá perdido o equilíbrio que Powell forneceu, e terá perdido a oportunidade para que os casos sejam decididos um de cada vez, e não na forma de algum teste ideológico simples. Portanto, o Senado não deve aplicar os padrões relaxados que faz quando um presidente busca meramente ter sua própria filosofia constitucional representada na Suprema Corte. A indicação de Bork é o estágio culminante de uma ambição presidencial muito diferente: congelar essa instituição, pelo maior tempo possível, em uma ortodoxia representativa do próprio projeto presidencial.

Além disso, poucos indicados anunciaram de forma tão clara e definitiva suas posições sobre assuntos que provavelmente enfrentarão, caso viessem a ser confirmados. Bork declarou, por exemplo, que a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que limitou o poder de um Estado de criminalizar o aborto, era, em si mesma “inconstitucional”; que a Constituição reconhece claramente a adequação da pena de morte, e que uma longa série de decisões da Corte implementando o princípio “um homem, um voto”, nas eleições nacionais e locais, foram seriamente equivocadas.

Ele chamou de absurda a sugestão de que minorias morais, como os homossexuais, pudessem ter direitos constitucionais contra a discriminação, e duvidou da sabedoria da regra constitucional de que a polícia não pode usar provas obtidas ilicitamente em julgamento criminal. Num voto divergente, proferido na sua Corte de origem, em que a maioria desafiou um forte precedente da Suprema Corte, ele disse que o Congresso não pode contestar em juízo a constitucionalidade dos atos do presidente.

O *New York Times* relata que os funcionários da Casa Branca confiam, além disso, que Bork apoiará a posição extremada do governo contra as ações afirmativas, que a Suprema Corte rejeitou em vários julgamentos recentes. Bork sugeriu fortemente que ele estaria pronto, como juiz, para reverter decisões anteriores da Suprema Corte que ele desaprovava. (“O Tribunal”, disse ele, “deve estar sempre aberto a repensar os problemas constitucionais.”)

Os indicados muitas vezes se recusam a responder às perguntas detalhadas dos senadores sobre as suas opiniões sobre questões específicas, com receio de que o anúncio público ponha

em risco a sua liberdade de decisão posterior, mas Bork deu tamanha publicidade aos seus próprios pontos de vista radicais que os senadores não precisam ter escrúpulos para pedir que ele os defenda.

A maioria dos comentadores tem assumido que Bork tem uma teoria constitucional bem elaborada, uma que é evidente e direta, embora muito conservadora. Não há nada na Constituição, diz Bork, exceto o que os “constituintes” colocaram lá - “aqueles que redigiram, propuseram e ratificaram suas disposições e várias emendas”.

Quando um caso exige que os ministros fixem o significado de uma proposição constitucional abstrata, tal como a exigência da Décima Quarta Emenda de que o governo não negue a qualquer pessoa “igual proteção” da lei, eles devem, de acordo com Bork, ser guiados pela intenção dos constituintes, e nada mais.

Se a Suprema Corte vai além do que os constituintes pretendiam, então ela está confiando em “preceitos morais” e “filosofia abstrata” e, portanto, atuando como tirana judicial, usurpando a autoridade que pertence ao povo. Isso, acredita Bork, é exatamente o que a Suprema Corte fez quando decidiu o caso sobre o aborto, os casos sobre um homem e um voto, e sobre a pena de morte, e os casos das ações afirmativas, dentre outros casos que ele desaprova.

Essa é uma explicação teórica adequada de suas posições constitucionais radicais? A ideia de que a Constituição deveria se limitar às intenções dos constituintes tem sido muito popular entre os juristas de direita, desde que o Procurador-Geral Meese proclamou-a como sendo a filosofia jurídica oficial da administração Reagan. Isso tem sido amplamente criticado, em argumentos conhecidos, que nem Bork e nem qualquer outro membro da administração respondeu⁵.

Não vou prosseguir com esses argumentos neste artigo, pois estou interessado, como eu disse, numa questão diferente: não se trata de verificar se Bork possui uma filosofia constitucional persuasiva ou plausível, mas se ele possui alguma filosofia constitucional.

De maneira a explicar minhas dúvidas, devo descrever, com algum detalhamento, como Bork realmente usa a ideia de “intenção original” em seus argumentos jurídicos. Ele ofereceu seu mais elaborado relato sobre essa ideia em um artigo escrito há muitos anos atrás, discutindo a famosa decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*, que usou a cláusula da proteção igualitária para declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas⁶.

O caso *Brown* é um embaraço potencial para qualquer teoria que enfatize a importância das intenções dos constituintes. Pois não há evidência de que qualquer número substancial de constituintes que propuseram a 14^a Emenda pensasse ou esperasse que a educação racialmente segregada fosse tornada ilegal. De fato, há evidências mais fortes do contrário.

O autor do projeto que precedeu a emenda disse à Câmara dos Deputados que “os direitos civis não significam que todas as crianças devem frequentar a mesma escola”, e o

⁵ A ideia de uma intenção institucional é profundamente ambígua, por exemplo, e o julgamento político é necessário para decidir qual dos diferentes significados que ela pode ter é apropriado para o julgamento constitucional. (Veja o meu livro, *Law's Empire*, Capítulo 9.) E a teoria da intenção original parece ser autodestrutiva, porque há evidência histórica persuasiva de que os autores entendiam que suas próprias interpretações da linguagem abstrata que escreviam não deviam ser consideradas decisivas nos Tribunais. Cfr. H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent,” *Harvard Law Review*, Vol. 98, p. 885 (1985).

⁶ Cfr. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, pp. 12–15 (1971).

mesmo Congresso continuou a segregação racial das escolas do Distrito de Columbia, que eles então administravam⁷.

Entretanto, quando a Suprema Corte decidiu, em 1954, que a Décima Quarta Emenda proíbe essa segregação, muitos constitucionalistas eruditos e distintos, incluindo o eminente Juiz Learned Hand e um renomado professor de direito, Herbert Wechsler, tinham sérias dúvidas.

Mas esta decisão já se tornou tão firmemente aceita, e tão amplamente aclamada como um paradigma de estadismo constitucional, que ela atua como uma espécie de teste informal de teorias constitucionais. Nenhuma teoria parece ser aceitável se condenar essa decisão como um erro. (Eu duvido que qualquer candidato indicado para a Suprema Corte seja confirmado se ele disser que a decisão foi um erro.)

Assim, a discussão de Bork sobre o caso *Brown vs. Board of Education* fornece um teste útil do que ele realmente quer dizer quando diz que a Suprema Corte deve nunca se afastar da intenção original dos constituintes.

Bork diz que o caso Brown foi decidido adequadamente porque a intenção original que os juízes devem consultar não é um conjunto de opiniões muito concretas que os constituintes poderiam ter, sobre o que representaria cair ou não cair dentro do escopo do princípio geral que eles pretendiam estabelecer, mas antes, o próprio princípio geral em si.

Uma vez que os juízes tenham identificado o princípio que os constituintes promulgaram, eles devem aplicá-lo como princípio, de acordo com seu próprio julgamento acerca do que eles exigem em casos particulares, mesmo que isso signifique aplicá-lo não apenas em circunstâncias que os constituintes não contemplaram, mas em formas que eles não teriam aprovado se tivessem sido questionados.

Como os constituintes autores da Décima Quarta Emenda não acreditavam estar tornando inconstitucionais as escolas segregadas, nada menos que essa interpretação expansiva da “intenção original” poderia justificar Brown como uma decisão fiel à sua intenção. E Bork deixou isso claro em muitas outras ocasiões em que a interpretação expansiva é o que ele tem em mente.

Em um caso recente no Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia, por exemplo, ele se uniu a uma decisão majoritária declarando que a Primeira Emenda protegeria os colunistas de jornal de um processo por difamação trazido por um cientista político marxista depois que eles relataram que ele não possuía amplo status em sua profissão⁸.

O então colega de Bork naquele tribunal, Antonin Scalia, que desde então foi promovido por Reagan à Suprema Corte, discordou e repreendeu Bork e os outros membros da maioria por estarem sendo infiéis à intenção dos Constituintes da Primeira Emenda, que claramente não supunha que eles estavam mudando a lei de difamação da maneira que a decisão da maioria estava assumindo.

Bork respondeu, mais uma vez, insistindo que a responsabilidade de um juiz não seria para com as opiniões concretas que os constituintes poderiam ou não ter tido sobre o escopo do princípio da Primeira Emenda que criaram, mas sobre esse princípio em si, que, em sua

7 Cfr. Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Harvard University Press, 1977), pp. 118–119.

8 Cfr. Bork's concurring opinion in *Ollman v. Evans* 750 F.2d 970 (1984).

opinião, exigia que a imprensa fosse protegida de processos por difamação de maneiras que os autores não teriam conseguido antecipar.

Isso parece certo. Se quisermos aceitar a tese de que a Constituição está limitada ao que os constituintes pretendiam que ela fosse, então devemos entender suas intenções como grandes e abstratas convicções de princípio, e não como opiniões estreitas sobre determinadas questões específicas.

Mas entender suas intenções desse modo dá uma responsabilidade ainda maior aos juízes do que sugerem as repetidas afirmações de Robert Bork sobre a autocontenção judicial. Pois então qualquer descrição da intenção original é uma conclusão que deve ser justificada não apenas pela história, mas por alguma forma muito diferente de argumento.

A história sozinha poderia mostrar que alguma opinião concreta em particular, como a opinião de que a segregação escolar não era inconstitucional, era amplamente compartilhada dentro do grupo de legisladores e outros dos principais responsáveis por uma emenda constitucional. Mas a história jamais poderia determinar com precisão qual princípio ou valor geral seria correto a se atribuir a eles.

Isso é assim não apenas porque podemos falhar em coletar evidências suficientes, mas pela razão mais fundamental de que as convicções das pessoas não se dividem nitidamente em princípios gerais e aplicações concretas. Em vez disso, elas assumem a forma de uma estrutura mais complexa de camadas de generalidade, de modo que as pessoas consideram a maioria de suas convicções como aplicações de princípios ou valores ainda mais gerais.

Isso significa que um juiz terá de escolher entre descrições mais ou menos abstratas do princípio que remonta ao texto dos constituintes, que a ele confiaram sua custódia, e suas próprias decisões, tomadas no exercício dessa responsabilidade, que dependerão criticamente de qual descrição ele escolher.

Devo ilustrar esse ponto para explicá-lo e, novamente, posso recorrer aos próprios argumentos de Bork para fazê-lo⁹. Em sua discussão sobre o caso *Brown*, ele propôs um princípio particular de igualdade como princípio geral que os juízes devem atribuir aos constituintes: o princípio de que o governo não pode discriminar por motivos de raça. Mas ele poderia também atribuir-lhes um princípio mais geral e abstrato: o princípio de que o governo não deve discriminar nenhuma minoria quando a discriminação reflete apenas preconceito.

A cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda, afinal de contas, não menciona raça. Diz apenas que o governo não deve negar a qualquer pessoa a proteção igualitária da lei. A Décima Quarta Emenda foi, obviamente, adotada após a (e em consequência da) Guerra Civil, que foi travada sobre a escravidão. Mas Lincoln disse que a guerra foi travada para testar a proposição de que todos os homens são criados iguais e, claro, ele também queria dizer mulheres.

Em todo caso, seria absurdo pensar que os estadistas que criaram a cláusula de proteção igualitária pensavam que o preconceito oficial era ofensivo apenas no caso de raça. Eles achavam que a discriminação racial oficial era ultrajante porque eles possuíam um princípio mais geral, condenando todas as formas de preconceito oficial. De fato, seus pontos de vista sobre raça

⁹ Para discussões mais gerais sobre o mesmo ponto em diferentes contextos, veja meu *"Taking Rights Seriously"* (Harvard University Press, 1977), cap. 5, *"A Matter of Principle"* (Harvard University Press, 1986), cap. 2, e *"Law's Empire"* (Harvard University Press/Belknap Press, 1986), cap. 9.

não teriam sido visões morais, o que elas claramente eram, a menos que as considerassem em virtude de algum princípio mais geral desse tipo.

Então, por que os juízes não devem tentar definir e impor esse princípio mais geral? Por que eles não deveriam dizer que os constituintes promulgaram um princípio que proíbe qualquer forma de discriminação oficial baseada no preconceito? Segue-se que a cláusula de proteção igualitária protege as mulheres, por exemplo, bem como os negros da legislação discriminatória.

Os constituintes aparentemente não pensaram que seu princípio tivesse esse alcance; eles não achavam que as distinções de gênero refletissem estereótipo ou preconceito. (Afinal de contas, foi necessária uma emenda constitucional para dar às mulheres o voto). Mas uma vez definido o princípio, através do qual atribuímos aos constituintes dessa maneira mais abstrata, devemos tratar suas opiniões sobre as mulheres como mal-entendidos pela força de seu próprio princípio, e que o tempo nos deu a chance de corrigir, assim como tratamos suas visões sobre a educação racialmente segregada. Isso, com efeito, foi o que a Suprema Corte fez.¹⁰

Mas agora considere o caso dos homossexuais. Bork disse que a sugestão de que os homossexuais são protegidos pela Constituição é um exemplo flagrante da tentativa de emendar a Constituição por meio ilegítimo. Mas uma vez que tenhamos declarado a intenção dos constituintes como um princípio geral que condena toda discriminação baseada no preconceito, pode-se argumentar que devemos reconhecer os direitos dos homossexuais contra tal discriminação, para sermos fiéis a essa intenção.

Os constituintes talvez não concordassem, mesmo que tivessem examinado a questão. Mas, mais uma vez, um juiz pode se considerar forçado, com toda a honestidade intelectual, a considerar isso como outro erro que teria cometido, comparável aos seus erros sobre segregação escolar e as mulheres.

Mais uma vez, como nesses casos, o tempo nos deu a informação e o entendimento que lhes faltava. As superstições sobre a homossexualidade foram expostas e desaprovadas; muitos estados revogaram leis que criminalizavam atos homossexuais, e as leis que permanecem são amplamente consideradas como agora baseadas apenas em preconceito.

Não pretendo afirmar que o argumento em favor dos direitos homossexuais seria irresistível se aceitássemos a leitura mais ampla da intenção original que descrevi. Mas seria um argumento muito forte, que qualquer oponente teria que responder em detalhes, e não simplesmente deixar de lado, como fez Bork.¹¹

Um apelo à intenção dos constituintes, em outras palavras, não decide nada até que seja feita alguma escolha sobre o modo correto de formular essa intenção, sobre qualquer questão em particular. Se escolhermos a formulação mais estreita e mais concreta da intenção

¹⁰ Cfr., por exemplo, *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976).

¹¹ Eu poderia ter usado muitas outras áreas do direito constitucional para ilustrar o ponto que venho fazendo sobre a ideia da intenção original. No artigo de 1971 que mencionei anteriormente, por exemplo, Bork ofereceu uma teoria sobre a intenção original por trás da garantia da liberdade de expressão da Primeira Emenda. Ele disse que os constituintes pretendiam limitar a proteção constitucional ao discurso politicamente valioso, e que a Primeira Emenda, portanto, não impede os legisladores de proibirem trabalhos científicos com os quais discordem ou censurar romances que considerem pouco atraentes. Ele anunciou recentemente que há muito tempo abandonou essa visão, pela razão um tanto instável de que obras e romances científicos podem se relacionar com a política (a maioria deles não). Mas ele ainda aparentemente acredita que a Primeira Emenda não tem nenhuma aplicação à pornografia ou ao que ele considera uma defesa da revolução, com base em que nenhum dos dois tem qualquer valor político aos olhos dele.

original, que fixa as discretas opiniões expressadas pelos constituintes, e ignora a visão moral mais geral que eles estavam tentando servir, então devemos considerar Brown como infiel à vontade dos constituintes.

E essa conclusão parecerá à maioria das pessoas uma ampla evidência de que a formulação mais concreta é a equivocada. Se atribuirmos aos constituintes um princípio que seja suficientemente geral para não parecer arbitrário e *ad hoc*, por outro lado, como o princípio de que o governo não deve discriminar com base no preconceito, então muitas das decisões que Bork atribui como ilegítimas tornam-se adequadas aos padrões que o próprio Bork alega endossar.

Então, tudo depende do nível de generalidade que um juiz escolhe como apropriado, e ele deve ter algum motivo para sua escolha. Bork escolhe um nível intermediário entre os dois que eu acabei de descrever.¹² Ele alega que os juízes devem atribuir aos constituintes um princípio limitado aos grupos ou tópicos que eles realmente discutiram. Se a raça tivesse sido discutida durante o debate sobre a cláusula de proteção igualitária, mas nem o gênero e nem o comportamento sexual tivessem entrado “na discussão”, então a intenção original inclui o princípio de que o governo não deveria discriminar racialmente.

Não inclui o princípio mais geral de que o governo não deveria agir por preconceito contra qualquer grupo de cidadãos, porque esse princípio mais geral se aplicaria às mulheres e aos homossexuais, que não entraram na discussão.

A estranha sugestão de que não podemos atribuir nenhum princípio geral aos constituintes, cuja aplicação se estenderia a qualquer grupo ou tópico que não estivesse “em discussão”, limitaria, evidentemente, os direitos individuais que a Constituição deveria proteger. Mas é completamente inconsistente com as outras opiniões de Bork - os autores da Primeira Emenda não discutiram a lei de difamação, por exemplo. E isso não possui nenhum mérito jurisprudencial ou histórico.

Não há mais sentido em atribuir aos constituintes a intenção de proteger apenas os grupos que eles realmente mencionaram do que em atribuir-lhes uma intenção limitada às aplicações concretas que eles realmente imaginaram, o que Bork concorda que seria um absurdo. Os constituintes pretendiam decretar um princípio moral de dimensões constitucionais e usavam uma linguagem ampla e abstrata apropriada para esse objetivo.

É evidente que eles discutiram apenas as aplicações do princípio que estavam mais presentes em suas mentes, mas eles pretenderam que sua discussão fosse baseada no princípio mais geral, e não eviscerá-lo. Talvez eles discordassem entre si sobre o que seu princípio exigiria, além das questões discutidas.

E os juízes contemporâneos, com mais informações, podem pensar que isso exige decisões jurídicas que poucos ou nenhuns dos constituintes previram, como no caso de escolas segregadas e discriminação de gênero. Mas a sugestão de Bork insulta os constituintes, em vez de respeitá-los, pois nega que eles estivessem agindo por princípio. Isso reduz a visão constitucional a um conjunto de preceitos isolados e arbitrários.

¹² Ele assim procede em uma palestra na Universidade de San Diego (School of Law on November 18, 1985), reimpresso em: San Diego Law Review, Vol. 23, No. 4 (1986), p. 823. Bork tentou responder, naquela palestra, a um argumento do reitor Paul Brest, da Faculdade de Direito de Stanford, aparentemente semelhante ao argumento que fiz aqui. Bork não fornece uma única referência ao argumento de Brest.

Bork defende essa visão truncada da intenção original apenas apelando para a trivialidade de que os juízes devem escolher “nenhum nível de generalidade superior àquele que a interpretação das palavras, estrutura e história da Constituição apoia de maneira justa”. Isso certamente é verdade, mas é inútil, a menos que Bork possa argumentar que sua própria concepção truncada atenderia a esse teste; e ele, até onde eu sei, não produziu sequer o começo de tal argumento.

Sua concepção produz regras constitucionais limitadas que protegem apenas alguns grupos e excluem outros na mesma posição moral. Como uma regra discriminatória desse tipo poderia contar como uma interpretação justa da linguagem totalmente geral e abstrata que os constituintes utilizavam quando se referiam à igualdade de proteção para todas as pessoas?

A maioria dos advogados pensa que o ideal de integridade de princípio - que os direitos fundamentais reconhecidos por um grupo se estendem a todos - é central para a estrutura da Constituição. Como, então, as regras restritas de Bork podem ser recomendadas por qualquer interpretação justa dessa estrutura? A menos que ele possa produzir algum argumento genuíno para sua visão reducionista da intenção original, além do fato de que ele produz decisões que ele e seus apoiadores aprovam, sua filosofia constitucional é vazia: não apenas empobrecida e pouco atraente, mas não há qualquer filosofia.

Os juízes mais proeminentes de nossa prática constitucional são muito mais respeitosos do que Bork com relação às intenções dos constituintes, entendidos como uma questão de princípio. Eles aceitam a responsabilidade que os constituintes lhes impôs, para desenvolverem princípios legais de amplitude moral para proteger os direitos dos indivíduos contra a maioria.

Essa responsabilidade requer julgamento e habilidade, mas não confere licença política aos juízes. Eles testam princípios concorrentes de maneira jurídica e interpretativa, perguntando até que ponto cada um deles se encaixa nas decisões dos constituintes e ajuda a entendê-los, não como eventos históricos isolados, mas como parte de uma tradição constitucional que inclui a estrutura geral da Constituição, bem como decisões anteriores da Suprema Corte e outras decisões judiciais.

É evidente que juízes competentes e responsáveis discordam sobre os resultados desse exercício. Alguns atingem principalmente resultados conservadores e outros principalmente liberais. Alguns, como o ministro Powell, resistem à classificação porque seus pontos de vista são particularmente sensíveis às diferenças entre os diferentes tipos de questões. A discordância é inevitável, mas a responsabilidade que cada juiz aceita, de testar os princípios que ele ou ela propõe dessa maneira, disciplina seu trabalho e concentra e aprofunda o debate constitucional.

Bork, entretanto, desdenha desses métodos familiares de argumentação e análise jurídica; ele acredita que não tem responsabilidade de tratar a Constituição como uma estrutura integrada de princípios morais e políticos, e nenhuma responsabilidade de respeitar os princípios latentes nas decisões anteriores da Suprema Corte que ele lamenta terem sido tomadas.¹³

¹³ Em um artigo anterior (The New York Review, November 8, 1984) eu contrastei os métodos de Bor, como exibidos no caso Dronenburg, com os métodos que os advogados mais tradicionais usariam.

Em 1971 ele subscreveu uma alarmante teoria moral, num esforço para explicar motivo¹⁴. Ele disse que opiniões morais eram simplesmente fontes do que ele chamava de “gratificação”, e que “não há maneira de decidir que as gratificações de um homem são mais merecedoras de respeito do que outras, ou que uma forma de gratificação é mais digna que outra”. Levado a sério, isso significa que ninguém poderia ter uma razão de princípio para preferir as satisfações da caridade ou da justiça, por exemplo, às do racismo ou do estupro.

Um cético moral embrutecido é uma pessoa estranha para carregar as cores dos fundamentalistas morais. Não obstante, se Bork ainda é esse tipo de cético, isso explicaria seu cinismo jurídico, e sua indiferença quanto ao fato de o direito constitucional ser coerente por princípio. Se não, devemos procurar em outro lugar para encontrar convicções políticas que possam explicar seu desprezo pela integridade do direito.

Seus escritos não desenvolvem nenhuma filosofia política sofisticada, entretanto, por trás de frequentes apelos ao truísmo que elegem legisladores que deveriam fazer as leis onde a Constituição silencia, e não juízes. Ninguém contesta isso, é claro; as pessoas discordam apenas sobre quando a Constituição é silente. Bork afirma que ela silencia sobre a discriminação de gênero e sobre os direitos dos homossexuais, apesar de declarar que todos devem ter a mesma proteção da lei. Mas ele não oferece, como eu disse, nenhum argumento para essa visão surpreendente.

Ele sugere, de vez em quando, uma explicação mais preocupante de sua leitura restrita da Constituição, porque ele flerta com a radical tese populista de que as minorias, de fato, não possuem direitos morais contra a maioria. Essa tese recomenda dar tão pouca força às intenções dos constituintes quanto possível, tratando a Constituição como uma coleção de regras isoladas, cada uma delas estritamente limitada à questões que os constituintes discutiram.

Mas o populismo desse tipo é tão inconsistente com o texto e o espírito da Constituição, e com as mais aparentes e fundamentais convicções dos constituintes, que qualquer um que a apoie parece desqualificado, apenas por esse motivo, por um lugar na Suprema Corte.

Há muito pouco a respeito da moralidade política nos escritos de Bork. Ele declarou uma posição política surpreendente há muito tempo, em 1963.¹⁵ Ele se opôs as leis de direitos civis, alegando que proibir que pessoas que possuam restaurantes e hotéis discriminem negros infringiria seus direitos à liberdade. Ele tentou defender essa posição apelando ao princípio liberal de Stuart Mill, no sentido de que a lei não deveria impor a moralidade apenas pela própria moralidade. Ele denominou a ideia de que a liberdade das pessoas pode ser restringida apenas porque a maioria desaprova seu comportamento como uma ideia de “fealdade insuperável”.

Sua análise da conexão entre liberdade e direitos civis foi confusa. As leis de direitos civis não violam o princípio de Mill. Elas proíbem a discriminação racial não apenas com base no fato de que a maioria não gosta de racistas, mas porque a discriminação é um dano profundo e um insulto às suas vítimas. Talvez Bork tenha percebido esse erro, porque em

¹⁴ Bork, “Neutral Principles,” p. 10

¹⁵ Bork, “Civil Rights—A Challenge,” *The New Republic* (August 31, 1963), p. 19.

1973 declarou, em audiências de confirmação de sua nomeação como procurador-geral de Nixon, que viera aprovar os atos de direitos civis.

Mas em 1984, sem reconhecer qualquer mudança de opinião, ele desmentiu inteiramente o princípio de Mill e abraçou o que antes chamava de uma ideia de “fealdade insuperável”, a ideia de que a maioria tem o direito de proibir o comportamento apenas porque acha moralmente errado¹⁶. Em uma palestra perante o “American Enterprise Institute”, na qual ele estava discutindo a liberdade não de racistas, mas de minorias sexuais, Bork rejeitou a ideia de que “dano moral não é dano que os legisladores devessem condiderar”, e aceitou a opinião de Lord Devlin de que a comunidade tem o direito de legislar sobre aspectos sexuais e outros da moralidade porque “o que faz uma sociedade é uma comunidade de ideias, não apenas ideias políticas, mas também ideias sobre como seus membros deveriam se comportar e governar suas vidas”.¹⁷

Talvez as convicções de Bork tenham mudado muito dramaticamente ao longo do tempo. Mas é difícil resistir a uma conclusão menos atraente: que seus princípios se ajustam aos preconceitos da direita, por mais inconsistentes que possam ser.

Em qualquer caso, o Comitê Judiciário do Senado deveria tentar descobrir, se puder, os verdadeiros fundamentos da hostilidade de Bork ao argumento jurídico ordinário em direito constitucional. Não deve ficar satisfeito se ele defender suas posições anunciadas apelando apenas e vagamente para a intenção original dos constituintes. Ou ele denuncia as decisões passadas que pode votar para alterar, dizendo que os juízes que as decidiram inventaram novos direitos quando a Constituição estava em silêncio.

Para essas afirmações, como tentei mostrar, suas alegações são vazias em si mesmas, e suas tentativas de torná-las mais substanciais mostram apenas que Bork usa a intenção original como os alquimistas uma vez usaram o flogisto, para esconder o fato de que não possui nenhuma teoria, nenhuma jurisprudência conservadora, mas apenas um dogma da direita para orientar suas decisões. O Senado permitirá que a Suprema Corte se torne a fortaleza de uma ideologia antijurídica, reacionária e com uma base intelectual tão pobre e escassa?

16 Bork, “Tradition and Morality in Constitutional Law,” The Francis Boyer Lectures, publicado pelo American Enterprise Institute for Public Policy Research.

17 Bork, no entanto, não leu Devlin com muito cuidado. Devlin acha que a maioria tem o direito de reforçar suas visões morais apenas em circunstâncias incomuns, quando um comportamento não ortodoxo realmente ameaça a continuidade cultural, e ele não acha que suas opiniões apoiem a criminalização de atos privados consensuais homossexuais entre adultos. Cfr. Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford University Press, 1965).

“[SOMOS UM] LABORATÓRIO EM CONSTRUÇÃO!”: ENTREVISTA COM SAUL TOURINHO LEAL

Saul Tourinho Leal¹

Thiago Aguiar de Pádua²

Lucas Rodrigues de Paula³

RESUMO: Trata-se de entrevista com o jurista Saul Tourinho Leal abordando temas importantes, como o constitucionalismo, a garantia dos direitos fundamentais, a Suprema Corte de Israel, a Corte Constitucional da África do Sul, a Constituição do Quênia, a Constituição Brasileira, o Supremo Tribunal Federal e muito mais.

Palavras-chave: Entrevista. Saul Tourinho Leal.

APRESENTAÇÃO

Neste primeiro número da revista “Caderno de Direito”, a revista jurídica do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, nós tivemos o privilégio e a oportunidade de realizar uma descontraída entrevista com o professor doutor Saul Tourinho Leal, que nos recebeu na tarde do dia 14 de março de 2019, nas dependências do elegante escritório Carlos Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, para um bate-papo sobre inúmeros temas de relevo para estudantes e profissionais do Direito. Conversamos sobre a sua recente passagem pela Suprema Corte de Israel como assessor para assuntos estrangeiros, sua prévia passagem como assessor na Corte Constitucional da África do Sul, sua passagem como auxiliador dos debates sobre a Constituição do Quênia, a Katiba, sobre a democracia, o poder, a garantia dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal e muito mais. O entrevistado é doutor (PUC/SP) e mestre (IDP) em Direito, advogado sênior do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, palestrante e conferencista de nomeada. Autor de inúmeros livros e artigos, dentre os quais “Direito à Felicidade” (2017, Almedina); “Ativismo ou Altivez?” (2010, Fórum); “Controle de Constitucionalidade Moderno” (2010, Impetus), “Katiba: Vivendo o sonho do Quênia” (2013, Impetus), Saul Tourinho Leal também esteve à frente da belíssima e bem cuidada tradução do livro “Vida e Direito: uma estranha alquimia”, de Albie Sachs (2016, Saraiva), juiz indicado por Nelson Mandela para a Corte Constitucional da África do Sul, em 1994.

Os entrevistadores desta edição foram Thiago Aguiar de Pádua, doutorando e mestre em direito, advogado e professor do UDF, e Lucas Rodrigues de Paula, advogado, assessor jurídico-legislativo e egresso da graduação do UDF. As referências serão feitas a partir das iniciais do entrevistado (**STL**) e dos entrevistadores (**TP** e **LR**).

¹ Doutor (PUC/SP) e Mestre (IDP) em Direito.

² Professor do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

³ Egresso do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF.

ENTREVISTA

TP: *Estimado Saul, o que de mais importante você poderia nos dizer de sua experiência em Israel, na Corte Suprema?*

STL: Eu acho que o ponto principal lá, sem sombra de dúvida, foi ter tido a oportunidade de sentir, no Oriente Médio, num país que tem todas as suas complexidades, a presença verdadeira... problemática, complexa, conflituosa, mas verdadeira... da democracia. Democracia. Democracia não como uma palavra retórica, não como uma coisa vazia. Democracia como: gente na rua, barulho, conflito, disputa de ideias... Democracia de uma imprensa que incomoda. Que se excede. Democracia com o Primeiro Ministro que, no meio de uma campanha eleitoral, recebe a notícia de que o Ministério Público de lá formalizou três processos criminais contra ele, por questões ligadas à administração pública. Democracia num país que se viu (e se vê) diante do desafio da tolerância, onde irmãos judeus e árabes, que ontem estavam em guerra, hoje trabalham lado a lado, por exemplo, no mercado Mahane Yehuda, que é o maior mercado no coração de Jerusalém. Mas eles trabalham abraçados, dançando valsa, felizes pra sempre? Com uma certa conflituosidade, como eu tenho uma certa conflituosidade com meu vizinho quando ele liga o som, quando ele faz barulho, mas a gente convive! Então, feito esse apanhado, o que de central eu pude enxergar em Israel, a partir da Suprema Corte, que é demandada diariamente a reforçar as bases de tudo isso que eu acabei de falar com vocês, é a presença da democracia. Em todas as suas bases, a sociedade civil, ONG's, críticas, questionamentos, órgãos acusatórios, instituições independentes, uma Suprema Corte corajosa. Isso, pra mim, foi o que de mais valioso a temporada na Suprema Corte me deu.

TP: *E dentro desse contexto, Saul, me chama atenção que você ressalta a democracia, com todos os problemas que ela carrega consigo, historicamente. E isso nos leva a refletir e a perguntar para ti, como um privilegiado observador desse período, com relação ao que nós ouvimos de fora. Muitas críticas com relação à atuação do povo de Israel, não propriamente ele, mas às forças oficiais, contra palestinos, sobre aquela disputa territorial que é difícilíssima. Você observava isso sendo feito de forma adequada no Estado, o Estado dando uma resposta “contra a sua força”, ou de certa maneira é difícil, como é difícil em qualquer lugar, você [o Estado] ter que se encontrar consigo mesmo?*

STL: O conflito, tanto com a Faixa de Gaza, como com a Palestina, ele existe. Fato. E ele existe em termos hostis, severos. Não é exatamente o debate ou a disputa do vendedor árabe, do vendedor judeu num mercado lá de Jerusalém. É diferente! Agora, mesmo nessa diferença, o meu sentimento, por ter estado em Israel, é: há uma base, real, perceptível, que precisa de correções, e uma propaganda que, dependendo das plataformas, beira o antissemitismo. O que de fato eu vi? Há uma discussão consistente, robusta, sobre assentamentos ilegais. Faixas de terra que não estão — a partir da Resolução que criou o Estado de Israel — no domínio de Israel. E que israelenses, notadamente judeus, começam a construir lá, no território que não é pra se construir. Isso daí, interna e externamente, já há uma demanda muito grande

para se encerrar. Para parar. Para resolver isso. Além dos assentamentos ilegais, há uma segunda discussão também robusta, consistente. Nos conflitos, especialmente na Faixa de Gaza, aquela “parte estreita” com saída para o mar, há por parte das forças israelenses, forças armadas, o IDF – *Israel Defense Force*, uma acusação muito insistente de uso desproporcional da força. Do lado de lá, o sujeito que atira um “coquetel *molotov*”, uma pedra, coisa parecida, e do outro lado, armas com munição letal, sequer bala de borracha, nada disso. Então, o que eu vi, de maneira consistente, foi uma discussão robusta sobre assentamento ilegal e uso desproporcional da força, nesses limites, notadamente com Gaza. Daí todas as sanções que as Nações Unidas fazem e promovem contra Israel. Toda campanha que há, notadamente em universidades, tudo que se publica a respeito, tudo que se divulga a respeito, eu entendo boa parte disso, hoje em dia, como propaganda. Como propaganda anti-Israel. Por quê? Porque, em Israel, se você pega um trem e vai ao norte de Israel na cidade chamada Acre, que lembra o nosso estado aqui, que é majoritariamente árabe, esmagadoramente árabe, eu tenho certeza absoluta que não há no oriente médio um pedaço de terra árabe mais repleto de liberdade, do que, por exemplo, nessa cidade. Tudo que a liberdade pode dar, lá é oferecido a um cidadão israelense-árabe. Então, daí a se dizer que Israel — e quando se diz Israel, fala-se judeus — é racista, ou tem uma política de extermínio da juventude palestina, ou que tem uma política de destruição dos outros, hoje eu encaro isso como propaganda, porque não é isso que eu vejo lá. E aí quando você transforma a coisa em propaganda, você evita discutir as coisas que precisam ser discutidas. Para mim, o que eu acho que tem que ser discutido? Uso desproporcional da força, que como brasileiro eu vejo em cada esquina daqui, e assentamento ilegal... Eu sou de Brasília! Eu sei o que é grilagem! É claro que a grilagem usurpa um território, ela gera especulação imobiliária, ela é injusta! Ainda mais considerando a perspectiva histórica de Israel. Agora, precisa ser tratada como grilagem. Grilagem é grilagem. Uso desproporcional da força é uso desproporcional da força.

TP: *Sem uma mistura de outros temas?*

STL: Não se justifica o que a ONU, professor Thiago... [fez]. Juntando as resoluções condenando Israel no ano passado, ela emitiu mais resoluções contrárias a Israel do que emitiu contra todo o restante do planeta Terra! Eu não vi isso lá. Eu estou falando sobre o que eu vi. Eu não vi nenhum tipo de comportamento que justifique, num planeta que tem o Mali, que tem nossa vizinha Venezuela passando por problemas gravíssimos, que tem a Síria e que tem o Zimbábue, esse monstro terrorista que, a depender da publicidade que se dá, uma pessoa pode chegar a concluir. Então, para não estender tanto, eu identifiquei esses dois pontos, assentamentos irregulares e uso desproporcional da força na Faixa de Gaza... Acho que isso daí é sério, é grave. E quanto ao restante? O restante precisa de um concerto internacional, que é o acordo de paz. As barreiras... como é que vão fazer com as barreiras, como é que vão abrir as barreiras para não ter mais uma situação que têm hoje lá, onde o sujeito não consegue trânsito... Para isso daí precisa do acordo de paz. Israel já esteve muito perto de um acordo de paz, com Yasser Arafat no tempo do Clinton (que foi assinado, inclusive). O líder israelense que estava à frente disso se chamava Yitzhak Rabin. Um radical,

do partido do Yitzhak Rabin, contrário ao acordo, sacou uma arma numa praça em Tel Aviv no dia da celebração da paz e matou o Yitzhak Rabin, e fez o acordo ruir. Então eu acho que, do ponto de vista micro, nessas duas questões, Israel precisa resolver, imediatamente, e, do ponto de vista macro, essas coisas que têm a ver com geopolítica, devolução de território, pra isso daí precisa haver um acordo de paz.

TP: *Fique à vontade também, Lucas, para pra fazer os questionamentos, e sem querer imprensá-lo na parede, jamais faria isso, meu estimadíssimo Saul...*

STL: Pode imprensar também. Você pode! **TP:** *(Risos).*

TP: *Mas eu diria: E a Suprema Corte de Israel nisso tudo? Qual tem disso a postura dela com relação a estes aspectos do “uso desproporcional da força”? E você, quando esteve lá, tomou parte em alguma discussão relativa a isso? Parece-me que seria até interessante que você nos esclarecesse sobre a natureza da sua atividade lá na Corte...*

STL: Perfeito. Bom, de traz pra frente. O papel do assessor estrangeiro, que é a mesma função que eu exerci na Corte Constitucional da África do Sul, ele é uma pessoa que tem conhecimentos jurídicos de um outro país e que vai até a nação que o recebe para assistir um ministro — no caso, lá eles chamam de juiz —, nos casos submetidos à Corte com o conhecimento do seu país. Então, há um voto a ser minutado, preparado, e o juiz indaga: “muito bem, estamos minutando aqui esse voto, e tem uma discussão relativa a inseminação artificial. Como é que o Brasil lida com isso? Tem algum precedente? Tem legislação? O que há de mais atualizado?” Aí você prepara um memorando, uma minuta, submete ao juiz, o juiz lê aquela minuta, e aquilo pode se desdobrar numa minuta mais aprofundada; pode ficar por ali mesmo, pode ser contemplado no voto; pode não ser contemplado; pode ser contemplado implicitamente, orientando uma ideia; pode ser contemplado explicitamente, citando a legislação do país... o trabalho é esse. A Suprema Corte de Israel, para você ver como são as coisas, é supercriticada como sendo uma corte “hiperativista”. E qual é o “hiperativismo”, por exemplo, da Suprema Corte de Israel? Interferir em operações militares, na Palestina e na Faixa de Gaza, durante a execução das operações militares, para assegurar o devido processo legal. Para assegurar a observância de requisitos mínimos dos padrões internacionais de uso de força, mesmo para as unidades de combate a terrorismo, que são unidades mais sofisticadas. Mesmo estas não estão “desamarradas”. A palavra terrorismo não abre uma carta branca para se fazer o que se quer, não! Mesmo quando se está em busca disso, há protocolos universais que determinam como tem que ser um depoimento, como tem que ser um interrogatório, como tem que ser uma prisão, o acesso ao advogado, o tipo de punição que pode se tornar cruel... E a Suprema Corte tem vários precedentes em que ela é demandada a interferir em operações militares *em curso*. E ela interfere. Nós brasileiros somos também reputados como pertencentes a uma nação “hiperativista”. Eu... acho difícil o Supremo pegar ajuda humanitária, que tivemos agora na Venezuela, e ele dizer por onde é que os caminhões têm que passar, onde é que as pessoas têm que ficar. E Israel faz. Israel tem vários precedentes em relação a

isso. Então, claro que o país tem uma cicatriz aberta, que se chama terrorismo! Isso exerce um poder persuasivo muito grande no racional da jurisdição também! Quando se apresenta um suspeito de terrorismo numa operação que poderia resultar na morte de inocentes num Shopping Center, num hospital, num metrô... é claro que o sinal de alerta é ligado, e isso torna a jurisdição uma jurisdição mais pesada em relação a esse tipo de tópico, mas sempre caminhando em bases democráticas. E eu te dou um exemplo: antes de eu ir para Israel, uma jovem norte-americana, que lidera um movimento de boicote a Israel — que é entendido pelo israelense como um movimento que flerta com o antissemitismo (porque, na verdade, você não quer boicotar Israel, quer boicotar o judeu) — foi a Israel. A inteligência israelense já sabia que ela era uma grande liderança contra o Estado de Israel. E quando ela foi passar na migração, identificaram quem ela era [e disseram]: “Ah, essa garota é a líder do movimento anti-Israel lá dos Estados Unidos... Então ela não vai entrar”. Aí, levaram ela para uma sala de entrevistas, confirmaram tudo, e disseram: “você não tem entrada aqui em Israel”. Ela imediatamente acionou ONG’s israelenses, que levaram a situação dela para a Suprema Corte, que determinou a entrada dela no país. Portanto, é preciso que a gente entenda que há, pode haver, num estado “hipermilitarizado”, os abusos... E não tem problema, contanto que tenha alguém com autoridade para corrigi-los! Como nesse caso específico a Suprema Corte fez. Você sai daqui, e você vai para o caso da Arábia Saudita... onde o filho do Rei ficou incomodado com a qualidade das críticas que o jornalista fazia contra ele na Turquia. Como é que eles resolveram a questão? Preparando uma emboscada, assassinando o jornalista com requintes de crueldade.

TP: *E em um local simbólico demais, né?*

STL: Então! Onde eu quero chegar? Não se trata de buscar perfeição institucional. Não há perfeição institucional. Há traumas, cicatrizes, [país] hipermilitarizado, há questões simbólicas, como essa palavra que eu falei: terrorismo — as pessoas têm pânico contra o terrorismo, como o norte-americano —, mas eu asseguro que há instituições independentes e com coragem, e que fazem quando demandada a correção. E a instituição mais corajosa neste particular é a Suprema Corte de Israel.

TP: *Essa é uma visão que ajuda todos nós a pensar em outras bases alguns destes aspectos, porque nós precisamos raciocinar sobre o Estado de Israel e sobre as suas instituições com base em certa vivência, e não com base em certas críticas, que, como você mesmo disse, às vezes são exageradas, e algumas vezes até artificialmente criadas... Mas como você enxerga uma discussão até bastante antiga, que é a afirmação de algumas pessoas no sentido de que haveria um certo “exagero por parte do israelense típico e da reação institucional de Israel, com relação ao tema do antissemitismo, a ponto de questões relacionadas à falta de alimentos típicos em hotéis e algumas dessas referências serem interpretadas também como antissemitismo? E essa é uma pergunta para saber como você enxerga essa alegação de exagero, tendo vivenciado essa experiência riquíssima.*

STL: Eu acho que há duas frentes. A primeira frente: o antissemitismo existe! O antissemitismo... ele ainda existe. Ele ainda existe. Ele existe nos Estados Unidos. Ele existe na Europa. Há duas semanas houve o carnaval na Bélgica. Um dos meus melhores amigos nessa temporada de Israel é um judeu belga. Estudou em Cambridge, estava lá comigo. Você tem noção do constrangimento de você ver aquele jovem cheio de vida, cheio de coragem, no melhor do seu momento, vivendo uma experiência única pra ele, que estava na “Terra Santa”, na Suprema Corte, ele é judeu... Aí quando ele abre o jornal, tem um carro alegórico, com judeus desenhados como uma espécie, assim... de corvos, bruxos, o nariz, a tez, os ouvidos, as orelhas, e sentados em cima de sacos de dinheiro e de ratos, que era exatamente a caricatura antissemita que explodiu na Alemanha nazista, exatamente. Então, o antissemitismo existe! Ele existe! Agora, o fato de o antissemitismo existir não elimina o fato de que pessoas podem potencializar a presença do antissemitismo. Então, pode acontecer de a cicatriz passada do antissemitismo, com presença “presente” do antissemitismo, gerar um certo estado de “paranoia” em alguns grupos, a ponto de se potencializar isso para criar um argumento retórico de defesa quanto aos próprios erros, de que tudo é antissemitismo, quando, na verdade... por exemplo, se você perguntar sobre a Faixa de Gaza, não é antissemitismo, você está perguntando sobre uma questão fundamental do nosso tempo! A qualquer país você perguntaria... Então, é claro que pode haver, por parte de alguns grupos, o uso, como álibi, desse antissemitismo. E acho até que há. Para se desonerar de enfrentar os problemas. Porque na ora que você puxa o álibi do antissemitismo, você silencia o questionamento. Acabou o debate ali: “Você é antissemita, não há mais debate, você não pode me questionar. Acabou a possibilidade de a gente construir alguma coisa”. Então, eu acho que, respondendo: 1) existe o antissemitismo; 2) isso não impede que alguns grupos elevem à quinta potência o pânico do antissemitismo, e, em cima disso, possam se desonerar de oferecer respostas necessárias, invocando o álibi do antissemitismo.

TP: *E você me dá um gancho aqui para fazer uma reflexão do que surge da sua fala, e que eu gostaria muito de ouvir o que você tem a falar. Quando a gente pensa no contexto brasileiro, sobre essa temática, a gente pensa também na existência do antissemitismo no Brasil, da forma como ele historicamente evoluiu. Temos o famoso caso do Gustavo Barroso, que escreveu livros com conteúdos absurdos, famoso por ter pertencido à Academia Brasileira de Letras, e temos também a questão do Caso Ellwanger [HC n. 82424], em que o Supremo Tribunal ofereceu uma resposta. Boa ou não, é o tempo que vai dizer, mas o questionamento, e que nós gostaríamos de ouvir de ti, meu estimado Saul, é se pra você o judeu é uma raça, ou não, a ponto de ser inserido na questão do racismo nos votos dos ministros e nos desdobramentos do voto do ministro Marco Aurélio, e se nós conseguimos resolver isso com base numa questão humanista ou reducionista com base na raça.*

STL: Thiago, eu não teria, vamos dizer assim, uma resposta objetiva pra isso. O que eu tenho é talvez um recorte do que eu vi! E o que eu vi? Eu vi dentro da comunidade judaica um espectro incontável de possibilidades. Eu não vi um judeu. Um! Um! Eu vi judeus de todo tipo que você puder imaginar na face da terra. Do sujeito que nunca colocou o pé na sinagoga. Ou se colocou, colocou muito poucas vezes. Há o ortodoxo. Há o ultraortodoxo. Então,

várias vezes em Jerusalém, eu passei num bairro chamado Mea Shearim⁴, que é o bairro dos ultraortodoxos, que conversam em Ídiche — não é nem em Hebraico, é uma língua pré-hebraica. Esse largo espectro de práticas, de roupas, de estilos, tem uma unidade, um ponto de partida muito comum, muito unificado. A Torá é uma realidade em todos eles. O rabino é uma realidade em todos eles. Circuncisão é uma realidade em todos eles (no caso, os homens). A relação com o cristianismo, compreendendo Jesus Cristo como um homem comum, um judeu, inclusive, é presente em todos eles. Uma certa observância ao *Shabat* é presente em todos eles. Uma certa observância, mesmo nos mais liberais, da culinária *Kosher* é presente em todos eles. Então, de fato, há uma identidade muito comum, muito bem definida, de convicções, de jeito de ser, de história de vida, de práticas, de religião, de tradição, costume, de orientação social, de estilo de vida: o judeu é muito questionador. De jeito de ser, muito bem definido. Mas muito bem definido mesmo. E a deferência que todos eles têm de que apenas o ventre de uma mulher judia gera um judeu. Daí se a gente pode pegar esse denominador comum, que eu visualizo, mesmo no ultraliberal que está numa boate em Tel Aviv, ao sujeito que está numa sinagoga *Knesset* em Jerusalém, lendo a Torá 16 horas por dia. Esse elo que os liga, aí eu precisaria de mais reflexão para concluir se isso se enquadra no que nós denominamos raça, e daí seria, ou se não... se é algo para além disso. Então, quanto à resposta objetiva, eu não tenho realmente, mas tenho essa convicção de que há um elo muito forte, muito bem delimitado culturalmente, socialmente, religiosamente entre todos eles. Do mais liberal ao mais ortodoxo.

TP: *O Lucas queria fazer pra você duas perguntas, já emendando num bloco que se sucede, para a gente enfim, caminhar para os desdobramentos.*

STL: Perfeito.

LR: *Antes de fazer essas duas perguntas finais, como imagino que o segundo questionamento que formularei comporta mais pertinência a outro ponto referente à sua atuação no continente africano, eu vou me centrar em uma questão concernente à sua experiência em Israel. E a primeira é inclusive pertinente a uma afirmação já feita nesta entrevista, de que a Suprema Corte israelense é “hiperativista”, e o “hiperativismo” é, como cediço, visto com maus olhos por maioria esmagadora da doutrina constitucionalista. Por outro lado, como já falamos de um aspecto em tese negativo da jurisdição constitucional israelense, eu gostaria de questionar se há também aspectos positivos relevantes dessa experiência na Suprema Corte israelense, de casos emblemáticos que possam servir de lição para a democracia brasileira. Para a jurisdição constitucional brasileira.*

STL: Perfeito. A minha dissertação de mestrado, eu chamo quase tudo, não tudo, mas boa parte, o que boa parte da literatura nacional chama de ativismo, eu chamo de altivez. Desde 2008, quando eu defendi a minha dissertação de mestrado no IDP. Então, o Supremo Tribunal Federal dizer que duas pessoas do mesmo sexo podem desfrutar de todos os dividendos que

⁴ Mea Shearim, cujo significado literal é: Cem Portas, é um famoso bairro de Jerusalém, habitado na sua maioria por judeus ultraortodoxo, situando-se na proximidade das muralhas da cidade velha de Jerusalém, e que durante o Shabat (dia de descanso semanal no judaísmo) as ruas são fechadas e o trânsito é interrompido.

a sociedade conjugal desfruta, todo mundo grita, eu não vejo ativismo. Eu vejo altivez. A Suprema Corte de Israel, assim como o Supremo Tribunal Federal, eu acho que ela tem um ativismo — e aí sim, como advogado eu sinto isso — extremamente negativo, que é o *ativismo de procedimento*. O que é o ativismo de procedimento? É não seguir a pauta, é pedir uma vista e não devolver, é começar um julgamento e ninguém saber quando é que terminará. É não ter hora pra começar a sessão. É não ter hora pra terminar a sessão. São dois casos sendo distribuídos no mesmo dia, um ser julgado, e o outro nunca na vida ser julgado... Esse ativismo de procedimento, onde você interfere na justiça e na prestação da justiça, esse eu acho o mais tenebroso. Porque aqui, sim, há manipulações. Quando você convoca uma Suprema Corte para uma sessão pública, proceder a uma decisão judicial exposta a partir de argumentos, submetida à crítica pública, com normalmente alguma dificuldade para implementação inicial e a partir daí um conjunto de instituições começa a orbitar em torno dessa decisão, e essa decisão vai se consolidando, eu não consigo... eu não consigo nem conceituar o que é e o que não é ativismo. Ativismo virou: a decisão que eu gosto não é ativismo, a que eu não gosto é ativismo. Então na Suprema Corte de Israel o que eu noto é esse chamado ativismo de procedimento. Isso eu noto. Uma liminar concedida, no outro caso não teve a concessão da liminar, e o outro caso também é relevante. Então é uma certa desordem procedimental, fruto — e aqui eu já me antecipo à inocência de ambos — fruto do volume, porque ao contrário da Corte Constitucional da África do Sul, que julga 30 casos por ano, ela tem volume, ela julga milhares e milhares e milhares. Então, quando você tem um tribunal em que a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Toffolli terminam o ano e dizem: “Olha, esse ano estamos aqui anunciando que nós tomamos dois milhões e trezentas mil decisões”. E para você ter harmonia em dois milhões... Se eu fizer 3 memoriais aqui, o terceiro já sai... ele já desdiz o segundo! Tem que ter uma pessoa para conferir. E se nós estivermos falando de dois milhões de decisões? Então, por conta do volume, perde um pouco a harmonia, perde um pouco a sintonia. Mas, no mérito, tudo eu enxergo como a reafirmação da democracia. E eu vou te dar o exemplo com a decisão mais criticada da história de Israel. Quando Israel foi criado, em 1948, houve na resolução de criação a determinação do compromisso de aprovar uma Constituição. Veio a guerra logo em seguida, não tinha ambiente para criar a Constituição; então, quando retomaram os debates para criação da Constituição, definiram que não tinham condições de criar uma Constituição como a nossa, de uma vez só! Eles iam fazer a aprovação separada em capítulos ao longo do tempo e, em algum lugar do futuro iriam condensar todos os capítulos criados e aí sim fazer nascer a Constituição. Isso nunca aconteceu. Nunca condensaram esses capítulos. Então, ortodoxamente, não há Constituição em Israel. Aí aprovaram uma lei, a lei sobre “Liberdade e Dignidade”, com quórum simples, lei ordinária: “Liberdade: todo mundo tem direito à liberdade... Dignidade: a dignidade da pessoa humana deve ser assegurada acima de tudo...” Aprovaram essa lei. Veio o Presidente da Suprema Corte ao tempo, Juiz Aharon Barak, muito conhecido, e diz: “Nenhuma lei no mundo que disciplina dignidade e liberdade, ainda mais numa nação que não tem nenhum estatuto de liberdade e de dignidade ainda, é materialmente uma lei ordinária. Ela é sempre materialmente uma norma constitucional, sempre vai ser, e você pode dar o nome que você quiser a ela”. Daí ele reconhece essa lei como materialmente constitucional, por tratar da dignidade da pessoa humana e das liberdades

fundamentais, e a partir disso começa a invocar essa lei como parâmetro de controle para leis posteriores que de alguma maneira colidiam com essa ideia de dignidade e liberdade. Da nação onde não há Constituição nasceu uma jurisdição constitucional genuína, cujo parâmetro de controle é dignidade e liberdade. Que é parâmetro de controle em qualquer lugar do mundo, inclusive aqui. Essa é a decisão mais criticada da literatura israelense de todos os tempos. “Professor o que você acha dessa decisão?” Mas eu acho extraordinária! Então eu devo estar errado mesmo, mas... me desculpa! Então é isso. Essa é a decisão que é reputada como um grande erro histórico de Israel, e que eu não me consigo imaginar tomando outra decisão, diante de uma lei que disciplina dignidade humana e liberdade. Por isso, a resposta é: eu vejo, do ponto de vista material, muita altivez e, vamos dizer assim, essa instabilidade, essa incerteza de procedimento. E essa incerteza de procedimento é que eu acho, essa sim, tem que ser resolvida. Tanto que agora, nós estamos aí com a segunda representação de uma proposta de CPI chamada de “CPI da Lava Toga”. Aí você vai abrir, e diz: deixa eu ler esse requerimento. Na hora que você lê, aí tem “item 1: demora no retorno dos pedidos de vista”. Tá lá no requerimento da CPI. Demora no retorno do “pedido de vista”. É tema para CPI? Eu acho que não é tema pra CPI. Mas é tema pra discussão? Eu acho que é tema pra discussão. Como o tribunal não discute, está aí como tema de CPI.

LR: *A partir de agora eu pretendo fazer um questionamento que dará um passo para a sua atuação perante o continente africano. O questionamento é: em que medida o conhecimento da experiência constitucional brasileira colaborou em seu labor como assessor de cortes constitucionais estrangeiras?*

STL: Isso daí é, sem sombra de dúvidas, o grande ativo que eu tenho, e imagino que tenha sido o grande ativo para a seleção para Israel, especialmente, ser um jurista brasileiro. Por quê? Olha só como eu vou te dar uma experiência. Eu estava certo dia numa reunião com o juiz a quem eu assessorava, que é o vice-presidente da Suprema Corte de Israel [Hanan Melcer]. Aí ele me chama e diz: “Saul, preciso de uma pesquisa. Mas acho muito difícil você me trazer alguma coisa. Eu já pedi para o meu assessor investigar o Reino Unido, e não veio nada. Pedi ao outro para investigar nos Estados Unidos, também não veio nada. Então eu pedi você, pra investigar o Brasil, mas já estou achando que também não vai vir nada. Acho que não vai ter”. Eu disse: então tudo bem. Qual é o tema? [Ele disse:] “No Brasil tem alguma coisa escrita, alguma lei, alguma decisão, qualquer coisa sobre Propaganda Eleitoral? (Risos). Aí eu estava na frente dele e disse: “Eu acho que eu encontro alguma coisa, doutor” (Risos). Aí fui fazer o memorando no mesmo dia. No dia seguinte ele disse: “Recebi o memorando, rapaz, era exatamente o que eu queria”. Porque nós temos leis específicas tratando [do tema], com capítulo específico. Nós temos uma centena de decisões do TSE, nós temos mil resoluções. Aí, no dia seguinte, ele disse: “Agora eu quero um segundo tema. Se você achar que é desafiador demais, nem comece a pesquisar, porque os outros assessores disseram que não sabiam nem por onde começar. Então até para poupar seu tempo, se não tiver como, eu passo outro tema pra você”. Pois não, doutor. A gente chama de “Shofet”, pois em hebraico Juiz é “Shofet”. Pois não, “Shofet”. Aí ele disse: “Israel é um país superligado com tecnologia, e aqui nós estamos tentando entender o fenômeno ainda. Não sei se o Brasil vai poder ajudar. Me diga, vocês

tiveram eleições recentes?”. “Sim, tivemos agora, em 2018”, [respondi]. “Ótimos. E nessas eleições, por acaso, vocês tiveram algum problema com *Fake News*?” (Risos).

E aí pronto (Risos), o memorando já está pronto. Então, respondendo a sua pergunta Lucas, eu acho que nós temos tudo! Nós temos tudo. Então, se for perguntar sobre livre iniciativa, direito eleitoral, direitos fundamentais, proteção às minorias, liberdade de expressão, se perguntar sobre normas de direito administrativo, confusão com licitação, como é que se paga uma conta pública, precatório... está tudo aqui! Laboratório em construção! Se há um tempo bom para se ter amor pelo direito constitucional brasileiro é hoje. Tanto é que a gente fica intoxicado com tanta coisa. Mas eu relatei para vocês duas experiências. E meus colegas? Nós países deles não é assim. Não há a “resolução do TSE”. Não há nem TSE.

LR: *Agora minha pergunta é sobre sua experiência na Corte Constitucional da África do Sul. Como nós fizemos uma introdução referente a Israel, eu gostaria de questionar o seguinte: é consabido, como muito bem leciona o jurista Michel Rosenfeld, que se extrai do discurso constitucional de determinada nação uma certa identidade do sujeito constitucional. Como o senhor descreveria este sujeito com relação à Constituição da África do Sul, e o que este sujeito pode ter em comum com a Constituição brasileira?*

STL: Muito bem. Vamos lá. Brasil, África do Sul e Israel. Tem um pedacinho do Quênia também que a gente deixou aqui. Cada um tem uma trajetória diferente, uma relação diferente com a sua Constituição. Tanto a partir de quem está no topo da pirâmide para baixo quanto de quem está de baixo para cima. A Constituição do Quênia é fruto de uma intervenção da ONU, de cima para baixo, para evitar derramamento de sangue que já estava em curso, depois dos episódios de Ruanda, onde o continente africano já estava em pânico com o que poderia acontecer no Quênia. Vem o Kofi Annan, de Gana, africano, portanto, e lidera uma intervenção histórica. Ele pega dois vitoriosos que estavam numa guerra fratricida. Vamos pensar [como se fosse] aqui: o [Nicolás] Maduro e o [Juan] Guaidó. Ele pega os dois e diz: as pessoas estão se matando nas ruas. Vamos parar! Você vai ser presidente, e você vai ser vice-presidente. Aí os luos e os kikiuos vão sossegar. Então a Constituição do Quênia, que eles chamam de Katiba, é fruto de uma intervenção da ONU, em uma sociedade que estava derramando sangue. Ela é fruto de uma cicatriz grave; tem um déficit de legitimidade — exatamente por isso, porque veio de cima para baixo, [foi realizado] um *referendum*, para ver se confere uma legitimidade ulterior (porque a gente normalmente não acredita muito nesses plebiscitos ulteriores pra conferir legitimidade, a gente quer um processo prévio, pois a legitimidade deve vir da discussão, do debate, da proposta). E está funcionando. Ela nasceu fruto de um duelo dos kikiuos com os luos, onde as pessoas estavam tendo as cabeças cortadas com facões, por conta de uma denúncia de fraude eleitoral. Vem de cima para baixo a ONU e coloca a Constituição, a sociedade fica toda desconfiada, não é o modelo ideal... Vem o *referendum* ulterior, 60% dizem que é para ficar com a Constituição. Ok. Ano passado [2018] vem e explode uma hecatombe no Quênia. O Uhuru Kenyatta ganha a eleição, e vem a acusação de fraude eleitoral. Todo mundo em pânico, se os episódios lá de trás, em 2008, iriam se repetir dez anos depois, se haveria morte de irmão contra irmão mais uma vez. Aí vem a Suprema

Corte do país, fundada pela Katiba, com independência — independência dada pela Katiba —, e anula as eleições. Aí todo mundo se olha e diz: vamos fazer as novas eleições, sem fraude agora. E acabou. Você sair de um derramamento de sangue para uma decisão institucional pacífica e com implementação num intervalo de 10 anos é uma revolução. A Katiba deu isso ao Quênia, com todos os seus problemas de legitimidade. Quando você vai pra África do Sul, que foi o seu questionamento, ela também tem uma história, que é a história da reconciliação. Aí já não de cima para baixo, mas de baixo para cima. Aí já são as forças sul-africanas, os guerreiros da liberdade, os intelectuais, os literatos, os filósofos, os poetas, os líderes dos movimentos de rua, os sindicalistas a base sul-africana que estava oprimida pelo período do *apartheid* ganha voz, se eleva, se “empodera” e cria uma Constituição à imagem e semelhança do povo africano, pro bem: o preâmbulo, lindo, [que diz] “podemos viver unidos em nossa diversidade”, até institutos malvistos, como uma espécie de pensão vitalícia que se dá aos líderes tradicionais, mais ou menos como os nossos coronéis da zona rural que mandam mesmo, sem lei — ele mesmo é que é a lei. Eles criaram um capítulo, n. 12, para os líderes tradicionais. Isso a gente vê com alguma desconfiança hoje em dia. Mas foi a solução possível. Então a Constituição sul-africana é a Constituição da reconciliação. A Constituição que disse que essa nação nem vai ser só branca, nem vai ser só preta, essa nação vai ter a cor do arco-íris, de todas as cores, porque a partir de agora todas as cores podem brilhar juntas na África do Sul. Daí o Desmond Tutu, Nobel da Paz, que foi presidente da comissão de verdade e reconciliação, cria a expressão “nação arco-íris”. Então o sujeito constitucional da África do Sul é diferente do sujeito constitucional do Quênia. As experiências são diferentes! Israel, nós já falamos, sequer constituição tem, e a dignidade é tão forte, a ideia de dignidade e de liberdade, que deu materialmente a Constituição a um país que não tem Constituição. E no Brasil nós temos a nossa própria experiência. Experiência meio conturbada, meio problemática, mas não tem ninguém que diga que não foi uma experiência popular. A gente acha que teve corporativismo, acha que determinadas categorias públicas botaram coisas que não tinham que botar, a gente acha que a Constituição é grande... a gente acha um bocado de coisa da Constituição. Mas não tem um que diga assim: que foi uma Constituição que não tem participação popular, e aqui todos se sentem representados, por conta dessa Constituição, com todos os déficits que ela tem, com todas as crises. Ano passado foi aniversário da Constituição, ano de eleição, e todo candidato queria dar como “presente” uma nova Constituição. Do vice-presidente [Hamilton] Mourão ao então candidato [Fernando] Haddad, uma nova Constituição. Claro que tem suas crises. Mas o que eu gostaria de deixar claro, portanto, é que Quênia, África do Sul, Israel e Brasil, cada um tem um percurso diferente, são Constituições diferentes com olhares diferentes, com projetos diferentes, que criam sujeitos diferentes, mas ambos em suas realidades eu acho muito exitosos.

TP: Mas só um gancho, porque eu não posso deixar de perguntar para você, porque você falou sobre o sujeito constitucional a partir da pergunta do Lucas, mas você escreveu há um tempo um texto que sempre me fascinou bastante, e que eu anotei aqui na hora que você mencionou, que se os bastidores da constituinte de 1988 [do Brasil] fossem conhecidos, não nos levariam mais a falar sobre “vontade constituinte”. É uma frase forte, pois ela possui um contexto como esse que você mencionou. Essa

“vontade constituinte” eu conseguiria extrair de uma “vontade de poder”? E esse poder deve ser como uma chama, uma pira, que vai arder da forma que “quiser”? Se a gente pode entender como sinônimos, no sentido de representatividade popular, de algumas pessoas que, embora não se sintam representadas, mas podem se sentir num momento como esse, 30 anos depois, com algumas carências dessa representação. Você mantém essa afirmação que você fez lá atrás sobre essa impossibilidade de se falar sobre vontade constituinte?

STL: Sim! Esse texto que você menciona é um texto que passa ali por uma obra sobre os bastidores da Constituição, um livro de Luiz Maklouf Carvalho, extraordinário, 1988 [Segredos da Constituinte], e eu li aquele livro numa sentada e fiz esse texto, e acho que a afirmação é compatível com a leitura da obra e os fatos apresentados por Luiz Maklouf Carvalho. Quais são os fatos, e a afirmação? Os fatos são: o parlamentar vai aprovar o capítulo da educação. O parlamentar, não é o povo que quer a educação. Não é o povo que mandou carta, não é o povo que está nas comissões, não é o povo que foi fazer manifestação lá. É o deputado! Aí o deputado vai para a casa do [João Carlos] Di Genio, que era o dono da rede Objetivo — isso o ministro Jobim falando, — aí ele diz: “olha, eu estava na casa do Di Genio, fui ter uma reunião sobre o capítulo da educação” — na casa do Di Genio, que era empresário da educação! Não foi num grupo popular. O maior empresário da educação fez uma festa no Lago Sul de Brasília, com os parlamentares, para escrever o capítulo do direito à educação. Aí o ministro Jobim diz: “era um negócio extraordinário, porque ele armou uma tenda de circo nos fundos da casa, a gente ficava em baixo desta tenda de circo, aí entrava um bolo, e de dentro desse bolo saia umas gurias bonitas danadas”. Ele escreve: “Aí essas gurias dançavam, a gente conversava e a gente fez o capítulo da educação!” (Risos). Aí depois ele diz: “Olha, tinha o problema de ter emissoras no Brasil!” — e o Adolpho Bloch era nosso amigo, e o Bloch era estrangeiro, ele era alemão. E aí a gente tinha que fazer, dizer que o estrangeiro não podia ter emissora de televisão. E como que ia fazer com o Bloch, que tem a Manchete? Aí ele diz: “o Bloch tem a Manchete há quanto tempo?” “Ele já possui a rede Manchete há 11 anos; então bota que, contanto que não tenha emissora há mais de 10 anos” [art. 222 CF]. E aí resolveu a situação do Adolpho Bloch. Tem uma outra que o sujeito vai dizer que ia votar uma questão de reforma agrária, e aí ele pegou um revólver e falou um palavrão pro cara e o cara voltou atrás. Tem a questão do art. 170. Então, à luz do que verdadeiramente aconteceu, eu posso concluir que, em muitos episódios nacionais da constituinte, alguns comandos que estão na Constituição não contaram com nenhuma vontade do constituinte, que foi fruto do acaso, que foi um caos, que foi uma negociata, que foi um acordo, que foi uma camaradagem. Daí, nessa perspectiva, não há vontade constituinte. Se há uma vontade, e muito, é até “feia”! O que não quer dizer, e no último parágrafo desse texto eu digo, que a Constituição de 1988 não tenha um extraordinário suporte popular. Que não seja fruto de pressões monumentais, comunidade indígena lá dentro, movimento dos sem-terra lá dentro... É claro que a constituição de 1988 foi a maior experiência democrática, em termos de texto constitucional, que o Brasil já teve dentro de todas as Constituições desde o Império. Mas, à luz da leitura do livro de Luiz Maklouf Carvalho, inúmeros comandos constitucionais... se a gente historiografar, não têm muita vontade assim como os rabiscos de Thomas Jefferson. “O que Thomas Jefferson pensou na noite do inverno de 1822”... não tem muito isso. É a casa do Di Genio! Então essa foi a

intenção quando eu disse isso. “Oh, aqui... por isso aqui, esquece a ‘vontade constituinte’, pois em algum momento você não vai conseguir identificar qual é”.

TP: *Esse livro é muito significativo, eu acho também, eu trabalho bastante com ele para tentar fazer algumas reflexões, e o que mais me chamou atenção, de todos esses episódios do nosso contexto de ditadura anterior, é a discussão sobre o artigo 142, a partir daquela narrativa do Luiz Maklouf Carvalho com a entrevista do ex-presidente [José] Sarney de uma suposta chantagem...*

STL: Sim!

TP: *De que a disputa dos militares era para manter o 142 permitindo intervenção militar...*

STL: Exatamente!

TP: *E hoje em dia ainda hoje há pessoas falando sobre isso... Mas o que me chama atenção da sua fala, e por isso é um privilégio e um prazer discutir essa questão com você, e com você também, Lucas, e eu queria ouvir de você, meu amigo Saul, em poucas palavras, é que a discussão sobre essa Constituição [de 1988] passa pelas “diretas já!”, onde se viu e ouviu apelos dramáticos, até do falecido Sobral Pinto, já bastante envelhecido, de alguém que viveu o século XX intensamente, de várias formas. E qual é a sua perspectiva, Saul, de que na verdade as Diretas Já! foram derrotadas pelo Supremo, num mandado de segurança do Orestes Quércia [MS 20.941], quando havia ali uma discussão sobre o que representava 2/3 (dos presentes ou das cadeiras?), e, quando chega ao Supremo, com a possibilidade de ajustar isso, este diz que representa 2/3 das cadeiras e, portanto, não vai haver [eleições] Diretas. Se o Supremo tivesse se imiscuído naquele momento, você entende que seria adequado, devido? Altivez ou ativismo? (Risos)*

STL: Ativismo ou altivez? (Risos)

TP: *Fantástico!*

STL: *É... Teve alguns episódios em que você vê que a política sempre triunfa ao final. Sempre triunfa. A gente vê as vezes pessoas do Ministério Público se supondo mais hábeis que os políticos, e ao final os políticos sempre vencem. Juízes que se supõem mais hábeis do que o político, e os políticos sempre vencem. Vencem em que esfera? Na esfera da política. Na esfera da política, o político sempre vence! O juiz vence sempre na esfera da justiça. Daí a separação dos poderes. Se todo mundo ficasse na sua, não teria nenhum problema. O problema começa quando começam a atravessar a praça indevidamente. Nesse livro do Maklouf Carvalho, tem um episódio em que o ex-presidente [José] Sarney diz: “olha, eu vou propor a redução do meu mandato de 6 pra 5 anos”, e havia a expectativa de 4, ele já havia prometido, e o [general Ernesto] Geisel diz: “Sarney, não mexa com isso. Deixa pro Supremo resolver isso”. Ou seja, já havia judicialização da política, antes da Constituição, ordenada por um general,*

ou “sugerida” por um general. Já havia anteriormente. Então, esse episódio que você trás é mais um episódio, de novo, de o Supremo entrando, numa cena. E o ativismo, e a gente nem sempre conta com isso, às vezes pode ser para negar direitos. A gente sempre supõe que criou direitos... sentença manipulativa de perfil aditivo... Às vezes se adianta aos fatos para evitar a concessão de determinado destino, e que me parece ter sido o caso que você citou aqui.

TP: *Em razão do adiantado da hora, vamos passar para o bloco final, em que nós preparamos aqui um bate-bola, um pinga-fogo, bem curtinho sobre palavras, pessoas, coisas ou instituições, para que você responda em apenas uma palavra, num poder de concisão, para finalizar...*

STL: Vamos que vamos! Uma palavra?

TP: *Isso. Um arrependimento?*

STL: (Pausa)... Não sei como eu vou te falar em uma palavra, mas tenho o arrependimento da África do Sul, porque... aí você vê como se colocar isso em uma palavra. Um arrependimento? A volta da África do Sul. Por quê? Você não queria voltar nunca? Não! Porque eu ganhei uma bolsa de pós-doutorado, muito disputada, a mais disputada de todo o continente, voltei, renunciei a bolsa, com o argumento de que, logo em seguida, eu voltaria pra fazer, e nunca mais voltei. Então disso eu me arrepenho.

TP: *Uma decisão judicial de triste lembrança?*

STL: Olga Benário [Prestes, STF: HC n. 26.155/DF].

TP: *Uma decisão judicial de feliz lembrança?*

STL: Homoafetividade [STF: ADI n. 4277/DF e ADPF n. 132/DF].

TP: *Lei de Anistia?*

STL: (Pausa) Vamos botar assim: favorável. Hoje em dia, favorável à Lei de Anistia, e subscreveria hoje a decisão do Supremo [ADPF n. 153], mas em uma palavra eu precisaria de uma nova entrevista para falar a respeito. Você está vendo o que está acontecendo na Venezuela. Hoje em dia, todo mundo acha, não vou dizer todo mundo, mas você acha que se houvesse uma Lei de Anistia, bem feita, o Maduro poderia aceitar, os militares que estão com Maduro poderiam aceitar, e poderia se acelerar um caminho melhor para a Venezuela. Poupar a população desse suplício. África do Sul teve também Lei de Anistia. Quando você derruba a Lei de Anistia, e nossos vizinhos derrubaram, e parece certo terem derrubado, você de alguma maneira retira o incentivo para quem sabe, no futuro, alguém apostar numa Lei de Anistia.

O Maduro pode simplesmente dizer: Não, mas não adianta, porque daqui há 6 ou 7 anos vão derrubar. Então eu vou continuar na porrada mesmo. Na África do Sul hoje há muita crítica ao processo de reconciliação, porque não incluiu indenizações materiais, notadamente terras. Os negros queriam muito as terras, porque eles foram privados de terras. Não incluiu. Incluiu o perdão. Anistiou o perdão. O Brasil incluiu a compensação material com os anistiados. Então, respondendo à sua pergunta: favorável à Lei de Anistia. E aí, com toda crítica que se faz, e até uma certa... vamos dizer, surpresa, porque nossos colegas em regra são supercríticos à decisão do Supremo [ADPF 153], mas eu precisaria de mais tempo. Mas vamos seguir.

TP: *Constituição de 1988?*

STL: (Pausa) Ideal, eu diria... Foi o máximo que nós conseguimos. Não a desonera de suas imperfeições, mas, com toda nossa bagunça institucional, foi o que de melhor a gente conseguiu fazer (Risos).

TP: *Celso de Mello?*

STL: Exemplo.

TP: *Marco Aurélio Mello?*

STL: Independente.

TP: *Gilmar Ferreira Mendes?*

STL: Meu professor.

TP: *Dias Toffoli?*

STL: Conciliador.

TP: *Cármen Lúcia?*

STL: Minas Gerais.

TP: *Rosa Weber?*

STL: Surpresa. Boa surpresa. Não sei se cabem duas palavras.

TP: *Edson Fachin?*

STL: Corajoso.

TP: *Roberto Barroso?*

STL: (Pausa)... Admirável.

TP: *Alexandre de Moraes?*

STL: (Pausa)... Comedido. Contido.

TP: *Ricardo Lewandowski?*

STL: (Pausa)... Vamos ver como você consegue condensar em uma palavra: personagem necessário no julgamento do mensalão [AP 470].

TP: *Luiz Fux?*

STL: (Pausa)... CPC. O homem do nosso CPC.

TP: *Ayres Britto?*

STL: (Pausa)... O maior.

LR: *O Ministério Público Brasileiro?*

STL: Numa palavra? Essencial, contanto que haja CNMP (Risos).

LR: *Uma grande conquista?*

STL: Livros.

LR: *Uma leitura constitucional do direito material e processual penal no Brasil?*

STL: (Pausa). Revolucionária, pois dá espaço para muitas interpretações, o que é ser revolucionário.

LR: *Supremo Tribunal Federal brasileiro?*

STL: (Pausa) Guardião.

LR: *E, por fim, democracia brasileira?*

STL: Feliz surpresa.

TP: *Saul, a gente abre aqui para você falar, nesse final de entrevista, para mim, e acho que falo em nome do Lucas também, felicíssima e, agradecendo a ti por ter nos cedido um pouco do seu tempo precioso, para que você nos diga duas coisas. Primeiro, uma pergunta que você gostaria de ter respondido e nós não fizemos, e, segundo um recado que você dá ou daria, ou acha que é essencial aos estudantes, sobretudo aos estudantes das séries iniciais do curso de Direito...*

STL: Vou ficar com essa segunda parte. Eu acho que conversamos um pouco sobre a trajetória de cada um. O Lucas falou da dele, eu falei da minha. Eu sinceramente acho que o estudante — e isso não é frase de efeito, eu estou simplesmente repetindo para eles o que aconteceu na minha vida, e o que aconteceu na vida de muitos amigos meus — o estudante de Direito não deve ter vergonha de ser quem ele é. Ele pode nascer no lar mais modesto do país, ele pode estar no seio de uma família que ele olha e acha muito problemática. Ele pode olhar pra si mesmo e se achar tímido, ou se achar feio, ou se achar incapaz. Ele pode ter todos os problemas que a vida é capaz de entregar pra uma pessoa. Ele só precisa, quanto a qualquer coisa que ele quiser na profissão dele, e no curso de Direito, dar o primeiro passo. E a partir daí não parar mais. Muita gente não dá o primeiro passo. E muita gente dá, mas para. O importante é dar o primeiro passo e não parar mais. Eu dei o primeiro passo, [não precisa de perfeição]. Não precisa ser [perfeito]. Você vai com a sua imperfeição, você vai com seus pecados, você vai com seus medos, você vai com sua ansiedade, você vai com sua insegurança... contanto que vá! Indo, vá até do jeito que Deus quiser, mas vá! Eu me identifico, e repito, isso não é um demérito. Eu nasci lá em casa. Não tinha como saltar do apartamento. Você nasce onde nasce. Mas o Brasil que eu vejo, que eu conheço nas faculdades de hoje, notadamente nas privadas, não é esse Brasil de uma situação de conforto, com as coisas arrumadas te esperando em casa. É um Brasil em que o garoto chega esbaforido, atrasado, enfurecido, com a barra da calça molhada porque estava na parada de ônibus, um garoto ou qualquer outra pessoa passou no carro, o molhou, ele chegou atrasado, vai levar uma dura do professor... Esse é mais o tipo de estudante com quem eu [mais] tenho contato do que um outro que tem uma vida mais arrumada. E eu tenho mais preocupação com aquele outro, porque é mais provável que um dia ele olhe para tudo aquilo e se sinta até excluído e simplesmente pare! Por isso, se você pediu para eu deixar uma mensagem: dê o primeiro passo, e não pare mais! E aí você vai do jeito que der, vai do jeito que a gente fez a Constituição: aos trancos e barrancos (risos). Sobre a primeira pergunta, acho que tratamos de tudo que é essencial aqui.

