# **FUNÇÃO** POLÍTICA DO PROCESSO I

## SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL SORAYA SAAD LOPES (Orgs.)

**INSTITUTO RATIO JURIS** 



## Sérgio Tibiriçá Amaral & Soraya Saad Lopes (Orgs.)

## FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO I



INSTITUTO RATIO JURIS



#### Anais do IV Simpósio Internacional de Analise Crítica do Direito (IV SIACRID)

Sérgio Tibiriçá Amaral & Soraya Saad Lopes (Orgs.)

Fernando de Brito Alves (Editor)

Vladimir Brega Filho Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

#### Comissão Científica do IV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR) Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP) Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia) Prof. Dr. Sergio Tibiriça (Faculdades Toledo – ITE/Bauru-SP)

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Função Política do Processo I / Sérgio Tibiriçá Amaral, Soraya Saad Lopes, organizadores. -1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores. Bibliografia. ISBN 978-85-62288-16-6

1. Função Política do Processo. I, Amaral, Sérgio Tibiriçá. II Lopes, Soraya Saad.

CDU-340

#### Índice para catálogo sistemático

 Teoria Geral do Direito: Função Política do Processo 340

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

### SUMÁRIO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Claudia Karina Ladeia Batista Cristina Veloso de Castro	4
DAS OPERAÇÕES DA JUSTIÇA EM SENTIDO ESTRITO Pedro Ivo Botter Ribas Sandro Marcos Godoy	18
DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E OS MITOS QUE ASSOMBRAM O DECRETO 8243/2014. Amanda Querino dos Santos Barbosa	30
DIREITOS SOCIAIS EM JUÍZO: POR UMA ESTABILIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA JUSTIÇA BRASILEIRA Jamile Gonçalves Calissi	45
ENSAIO SOBRE A MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO Wellington Boigues Corbalan Tebar	71
ENSAIO SOBRE A PRESENÇA DE GROTIUS NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Fagner dos Santos Carvalho	85
NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA SEGURANÇA JURÍDICA DO BRASIL Bruno Henrique Belotti Scriboni	102
O ATIVISMO JUDICIAL COMO IMPEDITIVO DE ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Nivea Corcino Locatelli Braga	<b>12</b> 5
O REALISMO FRANCÊS DE MICHEL TROPER Samuel Moreira Gouveia	142
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA: ANALISE DA TIPIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL Tania Letícia Wouters Anez	153
SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE UMA REGRA E UM PRINCÍPIO: Análise do Voto do Ministro Dias Toffoli no RE 627.543/RS Thiago Bao Ribeiro	167

#### A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Claudia Karina Ladeia Batista<sup>1</sup> Cristina Veloso de Castro<sup>2</sup>

#### Resumo

O presente trabalho pretende analisar a importância da constitucionalização do processo na concretização de direitos fundamentais. Procura apresentar um breve plano de evolução do direito do Estado liberal-burguês para o Estado de bem-estar até a concretização (?) das promessas da modernidade e a efetivação do Estado Democrático de Direito. A partir da análise do procedimentalismo e do substancialismo como formas de interpretação e seus reflexos na democracia constitucional, espera-se apontar os caminhos da teoria que melhor se amolda à efetividade da prestação jurisdicional, passando pelo constitucionalismo jurídico e pelo dirigismo constitucional e sua adequação à realidade dos países de modernidade tardia, nos quais ainda não se tem considerável observância do núcleo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Por meio do método dedutivo e emprego de pesquisa documental e bibliográfica espera-se, ao final, demonstrar que a salvaguarda dos direitos constitucionalmente assegurados está umbilicalmente relacionada a uma mudança paradigmática, quer na concepção do direito processual, quer na própria jurisdição. Tal mudança, como se pretende elucidar, não se resume ao afastamento do direito processual das ideias vinculadas ao dogmatismo e ao normativismo jurídico, mas de sua aproximação com a Constituição e de seu comprometimento com a efetivação dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais-sociais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Hermenêutica; Jurisdição constitucional.

#### 1. A Constitucionalização do Direito.

A passagem do Estado liberal ao social democrático apresentado por Norberto Bobbio (1992) e Paulo Bonavides(2002) causou profundas modificações no direito. A concepção privativista dos direitos próprios da burguesia capitalista do século XVIII cedeu espaço paulatinamente à busca pela justiça social. Não há que se esquecer, entretanto, das considerações de Streck(2003) de que toda esta inegável evolução no pensamento jurídico não fez do Brasil um Estado Social.

A concepção do direito processual, elaborada para a defesa de interesses predominantemente privados, já não atendia a contento as necessidades de um novo direito surgindo com viés coletivo e publicista. Há, portanto, diversos obstáculos a serem superados na ávida busca pela concretização das chamadas promessas da modernidade contempladas no texto da Constituição Federal de 1988. Com muita propriedade Streck aponta como obstáculos a não existência

<sup>1</sup>Doutoranda em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito. Professora no curso de graduação em Direito e especialização em Direitos Humanos da UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em direito. Professora de Direito Constitucional e coordenadora do Curso de Direito da UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais.

de um Estado Social no país (não obstante reconheça o intervencionismo estatal), a prevalência do paradigma liberal de Direito, a co-existência de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente e a manutenção do processo de globalização e das políticas neoliberais (2003, p.261).

Embora a não seja o cerne do presente trabalho, valiosa é a lição Paolo Grossi (2009, p. 157), para quem "globalização significa desterritorialização; conseqüentemente, também, significa a primazia da economia em detrimento da política; ademais, significa o eclipse do Estado e da sua expressão mais representativa, a soberania". O direito moderno funda-se na idéia de rígida e formal dos três pilares: Estado, lei e território. Grossi salienta, porém, que a idéia inicialmente simples passou a ser simplista na medida em que a soberania e a própria lei são, por vezes, secundárias no aspecto de legislação supranacional, fruto da globalização. Basta pensar nas criações jurídicas do capitalismo de ordem global como factoring, franchising, leasing, entre outras.

A Revolução Francesa foi também responsável pelos direitos de fraternidade, segundo os quais os seres humanos se encontram ligados por interesses e direitos tidos por fundamentais, exigíveis do Estado e oponíveis a este. Também é notável a influência do constitucionalismo na força que as normas constitucionais possuem em face de normas de direito privado. A doutrina é majoritária na opinião de que os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado (CANARIS, 2006). Tal entendimento é facilmente vislumbrado quando da interpretação de direitos do trabalhador no plano privado - e representam um "modulador" dos nocivos efeitos do liberalismo econômico e da autonomia da vontade. Assim, a interpretação do direito (seja ele material ou processual) à luz da Constituição representa um grande avanço na jurisdição e na hermenêutica, na medida em que passa a configurar compreensão do ordenamento a partir de valores norteadores de todo o sistema. O constitucionalismo do pós-guerra defende a proteção constitucional dos compromissos ético-comunitários de modo a não só reconstruir o Estado de Direito, mas também resgatar a força do direito, atribuindo-se à Lei Maior a tarefa de guardar os valores materiais positivados na Constituição - o todo dirigente- compromissário-valorativo-principiológico (STRECK, 2003, p. 261).

De fato o procedimentalismo de Habermas (1997) singelamente aqui abordado como a observância da democracia a partir da salvaguarda do procedimento de participação democrática, fragiliza a concretização do Estado Democrático de Direito na medida em que propõe um modelo de democracia constitucional que não se assenta em valores compartilhados ou conteúdos a serem observados. Assemelhando-se em alguns aspectos à Teoria Pura do Direito sustentada por Kelsen, Habermas propõe um modelo isento de caráter valorativo. Por tal modelo, denominado procedimentalismo, Habermas critica a possibilidade de uma comunidade ética de valores compartilhados (base da teoria substancialista). Para o autor, a existência de um o pluralismo das democracias contemporâneas e da própria lógica assimétrica do poder econômico e administrativo que impede a eleição de "valores comuns" tornaria

impossível a aplicação válida do modelo. Outra crítica de Habermas ao substancialismo é a interferência do judiciário na política (a fim de estabelecer a observância dos ditos valores comuns) o que acaba por, na visão do autor, transformar o tribunal constitucional em "instância autoritária" (STRECK, 2003, p.263).

O procedimentalismo habermasiano não é, entretanto, extreme de críticas. Ao contrário: é alvo de severos questionamentos quanto à eficácia social e legitimidade na medida em que, partindo do pressuposto que a democracia é assegurada pela obediência de um procedimento que estabelece o direito de participação nas escolhas públicas, padece dos problemas relacionados à incapacidade das pessoas de compreender o debate político. A ausência de compreensão da importância da participação política faz com que a garantia de tal participação no processo democrático não conduza, necessariamente, à efetivação do Estado democrático de direito.

É importante considerar a valiosa lição de Streck (2003, p.264-266) para quem a superação do paradigma do direito liberal e burguês para o direito de bem-estar (Estado Social) por aí não para. Este último teria siso superado por um terceiro paradigma (o do Estado Democrático de Direito), que acrescenta um "mais" ao Estado social na medida em que estabelece no próprio texto constitucional os mecanismos para as promessas da modernidade – promovendo uma verdadeira "revalorização do jurídico", de transformação e de legitimação pela própria Constituição. E prossegue o autor:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedor, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade de realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, forma constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa Poder **Tribunais** para o **Judiciário** ou os Constitucionais.(STRECK, 2003, p. 267)

As políticas públicas necessárias à implantação do *Welfare State* não foram plenamente efetivadas no Brasil de modo que, embora Habermas o considere superado quando trata do sujeito autônomo, não estava ele, por óbvio, referindo-se a países de modernidade tardia como o Brasil. Assim, como bem aponta Streck, antes da crise dos modelos de Estado liberal e social, em países como o Brasil há que se superar a crise do paradigma liberal-individualista. Nesse sentido talvez a teoria procedimentalista abrigue o maior de seus males: o pressupor um "sujeito autônomo" capaz de se inserir contextualmente em igualdade de condições de modo que seu direito à

participação no processo democrático culmine com a democracia. Ademais, Streck alerta sobre o risco de que, pelo pensamento procedimentalista, seja o direito compreendido como mero mecanismo redutor de complexidades (contentor de lides), tolhendo-lhe o aspecto transformador próprio do Estado Democrático de Direito.

Transpondo-se para a realidade político-econômica brasileira, o procedimentalismo mostra-se de todo inadequado na medida em que "circunscrever a interpretação constitucional à idéia de abertura política supõe um círculo fechado [...] A Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes" (STRECK, 2003, p. 261-270).

Num esboço de conclusão acerca do procedimentalismo, sem, por óbvio, esgotar seu conteúdo, não se pode admitir que a participação do processo democrático por meio da seguridade e paridade de voto faça sagrada e imutável a decisão da maioria. Tais decisões, à luz do substancialismo, hão de carregar em seu bojo as condições do "agir" político-estatal inseridas no seio constitucional. Trata-se do constitucionalismo pelo qual a positivação dos direitos sociais-fundamentais encontra abrigo no texto da Lei Maior e guarida no poder judiciário, de modo a assegurar a prevalência dos valores constitucionais contra maiorias eventuais. A compreensão da realidade jurídicopolítica permite partilhar do entendimento de Streck pelo qual o modelo substancialista melhor se amolda à construção do Estado democrático de direito posto que se funda este não só na participação democrática, mas na realização de direitos fundamentais-sociais, especialmente por ter constitucionalismo moderno "confiado à justiça constitucional a aguarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica" (STRECK, 2003, 261-270).

Por outro lado, no substancialismo, o reconhecimento da existência de valores que norteiam o agir Estatal e a admissão de que a concretização de um Estado Democrático de Direito requer não só a garantia de participação no processo democrático, mas a efetivação dos direitos fundamentais permite concluir, pois, pela inadmissibilidade da "pureza do direito" sustentada por Kelsen. É preciso compreender que o constitucionalismo vai muito além das disposições do texto constitucional e que o direito é mais que o conteúdo da norma jurídica. É preciso compreender que valores históricos e sociais são inerentes às diretrizes constitucionais de cada Estado, de modo que admitia existência Canotilho(2000, 215-221) já a constitucionalismos. Nesse sentido, é preciso, sobretudo, pensar o judiciário como mais que mero aplicador autômato das normas jurídicas como o modelo do juiz "boca da lei" relatado por Montesquieu (1999).

Não se pode, porém, ignorar as críticas a um judiciário atuante, notadamente no que concerne à questão da legitimidade democrática. Se por um lado o juiz "boca-da-lei" pouco contribui para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais posto que sua função se limita à declaração da "verdade do legislador", o enfrentamento dos textos normativos pelo judiciário de maneira crítica e não meramente subserviente pode levantar o temor da "ditadura do juiz", termo cunhado e associado ao ativismo jurisdicional visto

de forma pejorativa, no qual a atuação jurisdicional incursiona indevidamente usurpando atribuições dos órgãos democraticamente eleitos. Tal temor tem razão de ser mormente quando se considera que o judiciário ainda é um órgão historicamente aristocrático e não representativo – dado que seus membros não são eleitos. Nesse sentido avolumam-se as críticas acerca da falta de legitimidade democrática que permita ao juiz julgar para "além da vontade do legislador", bem como a eventual caracterização de ofensa à separação de poderes.

Como construir, pois, um modelo dotado das benesses do substancialismo, mas isento dos problemas que dão azo às críticas apontadas? O substancialismo deve ser abandonado em razão dos "males" que representa à democracia? E quanto à efetivação dos direitos fundamentais? Tais questões serão a seguir melhor desenvolvidas, sem a pretensão de apresentar respostas, mas de contribuir para as discussões sobre os embates entre constitucionalismo e democracia.

## 2. O dirigismo constitucional e criação de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a países de modernidade tardia.

Em sua obra "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador" Canotilho (1999, p. 154-158) defende que "Constituição dirigente pode ser entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições"

Nas edições mais recentes da mesma obra, o autor tende a apresentar uma mudança de posicionamento, admitindo que o constitucionalismo dirigente-programático não foi capaz de se adaptar às complexidades do mundo moderno e à necessidade de integração entre as nações. Tratando dos efeitos da globalização e dos inúmeros tratados internacionais a flexibilizar o texto básico, Streck aponta para o fato de que, tal como constatado por Canotilho, a constituição dirigente se transforma em constituição dirigida, mormente ante ao fato de que "as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade que, longe de assentar na intencionalidade construtivista da política, radica antes na auto-oganização", como também aponta Dantas:

Diante da evolução e das reformas do sistema constitucional português, como também das críticas que lhe foram feitas, algumas com base nos mitos explicitados, Canotilho reviu a sua doutrina de dirigismo constitucional, reconstruindo-a para admitir uma maior abertura da constituição às deliberações democrática, associando-a a uma idéia de legitimidade procedimental, defendida, por diferentes formas e fundamentos, por Habermas e Luhmann.(DANTAS, 2013)

Seria a morte da Constituição Dirigente? Teria ela sucumbido às críticas de ofensa à tripartição de poderes, interferência indevida do judiciário no

legislativo? Canotilho ao sustentar o dirigismo constitucional mesmo após vislumbrar sua insuficiência para a satisfação de direitos fundamentais em determinados modelos de Estado, não defende o ativismo jurisdicional, mas sim a observância de um conteúdo material mínimo constitucionalmente previsto, conteúdo este que vincula positivamente o legislador.

Salienta, porém, Canotilho (*apud* STRECK, 2003, p. 274) que, mesmo em tempos de globalização, grandes blocos econômicos e multiculturalismo "os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais"

Estando, pois, a Constituição, vinculada aos valores norteadores de um determinado Estado, sua identidade e suas especificidades, não há que se falar em morte da Constituição dirigente sem que antes se analise a teoria da Constituição de um dado Estado. Não há, pois, que se falar em teoria geral da constituição posto que cada Estado é constituído de particularidades que conferem os contornos de sua Lei Maior. Pode-se, porém, considerar que os Estados Democráticos de Direito se assentam no binômio democracia e direitos humanos fundamentais, direitos esses acolhidos pelos textos constitucionais como mínimo universal ao cumprimento das promessas da modernidade. Em países de modernidade tardia nos quais se identifica facilmente um déficit histórico no cumprimento de tais promessas, há que buscar uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT) há que se observar um "conteúdo compromissário mínimo a constar do texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática" (STRECK, 2003, p. 276).

A vinculação do legislador aos ditames da Constituição é uma das características da Constituição dirigente. Não se pode, porém, sob pena de esvaziar a importância da proteção dos direitos constitucionalmente protegidos, sustentar que o mero normativismo constitucional seja capaz de, per si, operar as transformações emancipatórias e condutoras ao verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Também não se pode, porém, declarar a morte da constituição dirigente em países em que, tal como no Brasil, o Estado de bem-estar não se concretizou. Tal dirigismo é essencial para que se possa, por meio de um estado intervencionista, implementar políticas públicas tendentes a realizar justiça social e salvaguardar o núcleo essencial de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados das agruras do neoliberalismo, da desregulamentação e das flexibilidades trazidas pela globalização.

Ao anunciar sua (re)vinculação à teoria do dirigismo constitucional (se é que se pode considerar que verdadeiramente ele algum dia a abandonou), Canotilho desafia seus críticos estabelecendo uma correlação de tal corrente com a observância dos aspectos sociais, históricos e políticos da formação de cada Estado, de modo que não se trata de "autismo nacionalista e patriótico", mas um conceito em consonância com a contemporaneidade.

Nos países de modernidade tardia o dirigismo constitucional visa assegurar o cumprimento do núcleo essencial da Constituição, ou seja, das premissas sobre as quais se constitui o Estado. Lênio Streck (2003, p. 276) aponta ainda que uma constituição programático-dirigente-compromissária nos países de modernidade tardia é imprescindível como proteção contra a "tempestade globalizante/liberal" e contra "a força do Estado que faz exacerbar as discrepâncias sociais." Não se pode, pois, sobretudo nos países em que os direitos fundamentais são costumeiramente alvo de violações, desacreditarem do caráter dirigente e da força normativa da Constituição.

### 3. Concretizando direitos fundamentais a partir de uma mudança de paradigma.

Consideradas as nuances perniciosas do procedimentalismo, incapaz de assegurar a democracia pela mera previsão de participação popular no processo democrático, bem como considerada a não concretização, no Brasil, das promessas da modernidade, a Constituição dirigente há contar com a guarida do poder judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais-sociais por ela assegurados.

Assim, há que se esperar uma postura ativa do judiciário, para além dos freios e contrapesos "mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais tem precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares." (STRECK, 2003, p.281).

A corrente substancialista, entretanto, "não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou ativismos judiciais," (STRECK, 2011, p. 87) "ressalvado sempre o problema dos "ativismos judiciais", entendidos como decisionismos praticados a partir de discricionariedades interpretativas". (STRECK, 2011, p. 89).

A fim de que as promessas não permaneçam descumpridas, espera-se do Estado (aí compreendido o judiciário), uma postura protetora, de efetivação e não mais de abstenção como a do modelo liberal-individualista-normativista. Não se trata de clamor por ativismo jurisdicional ou pela morte da política, mas pelo efetivo cumprimento dos princípios e direitos fundamentais sociais sobre os quais repousam as pilastras do Estado Democrático de Direito.

O procedimentalismo de Habermas não se verifica *in concreto*, quer porque o judiciário não se limita a meramente assegurar a participação no processo democrático, quer pela interferência do executivo no legislativo por meio de inúmeras medidas provisórias. Também não se vislumbra por completo a adoção de uma postura substancialista – ante a ineficiência no atendimento do mínimo essencial – e a conseqüente ausência de efetivação de direitos fundamentais-sociais constitucionalmente assegurados.

O processo de resistência constitucional conclamado por Streck implica "entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional[...]". A efetivação da jurisdição constitucional depende, por sua vez, do afastamento do processo de suas origens liberais e privativistas. Há que se afastar da mera subsunção do fato concreto à lei, e sim compreender holisticamente o ordenamento. De fato ultrapassada está a hermenêutica metodológica própria do positivismo jurídico

que "vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente" e espera com isso a segurança jurídica e a correção da decisão (STRECK, 2003, p. 284).

O direito processual civil afigura-se como um dos ramos do direito mais prejudicado pelo emprego da dogmática. Sendo, pois, o ramo do direito mais próximo da prática social, exige que seus domínios sejam compreendidos pela hermenêutica constitucional. É preciso, pois, uma mudança de paradigma.

Não cabe mais ao direito assentar suas bases no racionalismo, que tentou transformá-lo em uma ciência lógica, exata, quanto uma equação. A produção do direito não deve ser obra exclusiva do legislador, supostamente um "superhomem" iluminado, capaz de produzir um texto claro e extreme de dúvidas – dispensando-se o labor interpretativo (SILVA, 2006, p. 27).

Não é o legislador o "super-homem" iluminado, tal como não é o ordenamento algo fechado, concluso e extreme de dúvidas. O legislador não é perfeito – a lei tampouco o é. E o fato de ter sido elaborada por representantes devidamente eleitos cuja vontade foi aprovada por maioria não a torna, necessariamente, constitucional.

O normativismo jurídico é responsável pelo afastamento entre o fato social e o "fato jurídico", dado que o pressuposto de existência de uma construção normativa geral e abstrata (dogmatismo) que faz com que a realidade processual seja adstrita ao plano jurídico lógico-formal – o que culmina no afastamento do processo dos fatores histórico-sociais:

Diante de tantas mistificações, este trabalho tem em conta que hoje ninguém pode sustentar, com seriedade, que o processo civil não passa de um instrumento técnico neutro, asséptico e formal, ideologicamente insensível aos valores constitucionais e indiferente à natureza dos interesses em conflito (BECKER, 2002, p. 25).

É preciso, pois, estreitar os laços entre o direito material e o processual, de modo que o processo não se constitua um estereótipo consubstanciado em "categorias mecânicas", fundado na fé cega na técnica processual e na ausência quase absoluta de sentimentos (BECKER, 2002, p. 21). Há que se abolir a figura do juiz asséptico – cuja suposta imparcialidade o faz esconder-se comodamente sob a "carapaça" da lei (quando não da súmula³) e que, poupando-se do dever de proferir a decisão por meio da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica, reporta-se à súmula para julgar atendo-se à mera subsunção do fato à norma.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> A súmula existe entre outras razões, para evitar a discricionariedade nos julgamentos. Mas a mera subsunção dos casos às súmulas pode incorrer no enfraquecimento do compromisso do julgador com a melhor decisão ou a decisão mais acertada para o caso, vez que se torna cômodo decidir conforme a súmula e por esta ter a decisão agasalhada. A aplicação "cega" da súmula pode, em última análise, reproduzir o discurso do positivismo jurídico. Tais aspectos são bem tratados em STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Como bem aponta Lenio Streck (2011, p. 289), "o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição", de modo que enquanto houver direitos fundamentais pendentes de concretização o interverncionismo far-se-á necessário.

A atuação séria e combativa do judiciário há de se pautar neste novo paradigma da pós-modernidade – a hermenêutica-jurídico-filosófica, que, despindo-se, ou renunciando aos métodos tradicionais, seja capaz de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais sem os típicos problemas relacionados à legitimidade das decisões judiciais e à ditadura da toga e ao controle sobre a discricionariedade dos procedimentos metodológicos quando de sua aplicação. É o que se verifica a seguir.

#### 4. O papel da hermenêutica constitucional.

A história do direito ocidental já experimentou diversas metodologias para a aplicação da lei. Entretanto tais buscas não refletiam a adequação do direito à realidade histórico-social do Estado que o instituiu. Há muito que o direito e a técnica hermenêutica se deixaram aprisionar pelo texto legal. Em importante contribuição ao prefaciar o trabalho de Rodolfo Luiz Vigo, Luiz Carlos de Azevedo com maestria defende que "Se o direito não acompanha as transformações ocorridas no substrato social e insiste em permanecer na estrutura formal do dispositivo, direito já sequer será e tornar-se-á inútil, afastado da realidade presente, contraditório até" (VIGO, 2010, p.8).

Retrato desse direito aprisionado é o racionalismo, que busca segurança jurídica por meio da aplicação da metodologia das ciências da natureza dando origem ao normativismo jurídico, mais ligado ao estudo de casos, à norma que aos fatos. As universidades ensinavam o direito puro, a norma como axioma, não como problema a ser hermeneuticamente interpretado. A forma como são elaboradas as provas do Exame de Ordem comprova que o direito nas universidades continua sendo uma ciência demonstrativa e não da compreensão. Ovídio Batista (2006, p.37) ensina que nossas universidades ainda ensinam o estudante a resolver um problema geométrico, como preconizava Savigny. O racionalismo mostra-se tirânico na medida em que impossibilita a interpretação e compreensão do teor do ordenamento jurídico para além do texto normativo (o que se considera uma afronta ao legislador) e nutre o sistema de poder.

O autoritarismo que se oculta sob o dogmatismo foi, sem dúvida, o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil como ciência formal e abstrata. Pretende-se absolutizar as instituições processuais como verdades matemáticas, que não são, por sua própria natureza, absolutas no tempo. Absolutizar as instituições processuais implicaria em desconsiderar o aspecto histórico e temporal.

A racionalização do direito processual civil tem como núcleo a concepção de direito como ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Por tal razão eliminou-se a hermenêutica e consequentemente a retórica forense, em favor de verdades claras e distintas – Eis a concepção do

direito processual civil enquanto ciência formal(SILVA, 2006, p. 70). Mas o juiz não pode apenas decidir conforme os silogismos da lógica, posto que seu trabalho não se reduz ao exercício da técnica jurídica. É preciso que a atividade jurisdicional seja capaz de, novamente, estabelecer o laço entre o direito e a realidade.

Thomas Hobbes, considerado o pai do positivismo jurídico moderno, no tratado intitulado *De corpore* (1654), insiste em aplicar o raciocino matemático nas ciências sociais e filosofia, de modo que "o que faz a lei não é aquela *jurisprudentia* ou a sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. "O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, é injustiça".(SILVA, 2006, p. 76)

É preciso enfatizar o fato de que a formação do pensamento do "jurista de amanhã" é cada vez mais difícil, haja vista que as universidades ainda ensinam o direito processual moderno como "verdades eternas" que não dependem dos fatos mas sim de definições. Eis o paradigma que nos prende ao racionalismo. Ovídio Batista reputa tal prática como algo a ser exorcizado de maneira a fazer do direito processual civil um instrumento da verdadeira democracia (SILVA, 2006, p. 79). Em igual sentido valiosa é a lição de Manuel Atienza(2013):

O Estado Constitucional, enquanto fenômeno histórico, está inegavelmente vinculado ao desenvolvimento crescente da prática argumentativa nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o constitucionalismo, enquanto teoria, constitui o núcleo de uma nova concepção de direito que, em minha opinião, já não cabe nos moldes do positivismo jurídico [...] Aqueles que não aceitam esta nova concepção não são autores "constitucionalistas".

Considerando que o conceitualismo sustenta o pensamento dogmático da ciência processual (lembrando que os conceitos não necessariamente tem o compromisso de espelhar a realidade), torna-se uma grande barreira à criação do direito por meio de jurisprudência e, conseqüentemente, também obsta ou dificulta emprego da hermenêutica.

Nesse sentido, as "verdades claras e distintas" de Descartes, tal como a matemática, não dependem de interpretação. E nesse aspecto nada é mais distante da compreensão hermenêutica. A partir das teorias do pensamento jurídico puro, apresentadas por diversos filósofos, passa o autor ao estudo de suas influências no Direito Processual Civil.

Outro empecilho ao emprego da hermenêutica (sobretudo a constitucional) remonta à teoria da separação dos poderes que para alguns juristas somente se mantém incólume a partir da concepção de um poder judiciário subordinado, sem a menor parcela volitiva, que acaba por fazer do juiz, na visão "clássica" do processo, um mero reprodutor das palavras da lei

(Montesquieu). Inúmeros são os textos em que a atividade jurisdicional restaria cindida a revelar a vontade concreta da lei. Nesse sentido "a idéia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi denunciada por Agnes Heller ao mostrar o *pathos* tirânico, conseqüentemente antidemocrático, desse modo que compreender o direito. O direito "perfeito" elimina qualquer tentativa de questionamento. É o direito do tirano na medida em que "a submissão do luz ao legislador decorria, então, de uma premissa lançada por Thomas Hobbes, em que o pai do positivismo moderno proclamara que a missão do juiz era dar aplicação ao que o legislador dissera ser direito, sendolhe indiferente a idéia de justiça" (SILVA, 2006, p. 93).

A hermenêutica metodológica e o próprio positivismo jurídico são refratários ao novo paradigma estabelecido pelo Constitucionalismo contemporâneo, "e a ausência de compreensão adequada do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade da Constituição" (STRECK, 2009, p. 70). O emprego da hermenêutica constitucional de cunho filosófico representa um salto para além do subjetivismo. Representa a verdadeira produção democrática do direito, que não mais depende da discricionariedade dos juízes para a discussão dos casos difíceis (STRECK, 2009, p. 71). Esse *plus* normativo que caracteriza o Estado de Democrático de Direito pode ser capaz implantar e concretizar, sobretudo nos países "periféricos" do grande círculo econômico, as promessas da modernidade, reduzindo-se o ônus que o ativismo judicial representa à democracia, notadamente quanto às questões relacionadas à legitimidade democrática.

As modificações histórico-jurídico-políticas apresentadas passaram a exigir a estruturação do processo a partir da observância dos ditames constitucionais, de modo que diversas foram as alterações processuais introduzidas a fim de adequar o processo brasileiro (notadamente o processo civil) ao conteúdo de direito constitucional.

A efetividade da prestação jurisdicional guarda relação direta com a existência e finalidade do processo. Conforme preleciona Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 34) "[...] reconhecer um direito e não lhe dar a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão" (ARENHART, 2000, p. 34).

A adequada prestação jurisdicional constitui direito constitucionalmente assegurado aos jurisdicionados. Assim a adequada prestação jurisdicional pressupõe não só o acesso ao judiciário, mas o direito a uma solução "que seja efetivamente justa, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente" (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 360).

Volta-se, pois, ao conceito de justiça – cuja declaração depende de interpretação à luz de métodos não raro desconectados da realidade fática, acabam por obstacularizar a concretização do direito material cuja satisfação ou proteção requer um agir estatal por meio do judiciário.

Além da ênfase dada a conceitos jurídicos indeterminados<sup>4</sup> como justiça, meios adequados, duração razoável, entre outros, o fenômeno da constitucionalização do processo apresentou novos matizes ao direito processual, sobretudo ao direito processual civil. Impregnou o processo de conteúdo valorativo e exigiu dos profissionais mais que o domínio da técnica, mas de hermenêutica, de modo a interpretar a lei segundo critérios axiliológicos e finalísticos "[...] alviltrando que o juiz, ao interpretar a lei, seja sempre um canal de comunicação entre os valores do seu tempo e os casos em julgamento. Tudo em prol da justiça substancial no caso concreto" (DINAMARCO, 2006, p. 30).

#### Considerações Finais

As respostas aos problemas que permeiam temas como constitucionalismo, democracia e suas correlações exigem um esforço hercúleo, sendo o presente estudo apenas singela contribuição para o fomento de um debate crítico acerca do constitucionalismo e suas repercussões no processo.

Considerando os aspectos abordados, mas sem a pretensão de concluir questões aqui levantadas, pode-se afirmar que a efetivação de direitos fundamentais depende diretamente do reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa. A implementação de tal força há de ser feita pelo judiciário, mediante o abandono de duas terríveis posturas: a mera subsunção do fato à norma bem como do exercício da discricionariedade pseudo justificada sob o manto do "livre convencimento". O exercício da atividade jurisdicional há de ser realizado com o emprego da hermenêutica constitucional, de modo que a satisfação de direitos fundamentais previstas pelo constitucionalismo dirigente não represente afronta à democracia.

Como inicialmente apresentado, a concretização das promessas da modernidade não ocorrerá num ambiente em que o conceito de democracia se restrinja à vontade da maioria (democracia formal consubstanciada no procedimentalismo). As atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista corroboram tal afirmação.

O novo paradigma introduzido pelo constitucionalismo dirigente estabelece o ser humano como centro da ordem política e fixa a dignidade humana como princípio norteador da ação do Estado, pelo qual se justifica a proteção de um núcleo central (mínimo existencial) que justifica o

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Andreas Krell apresentou considerável contribuição ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados. Para o autor "Os conceitos indeterminados, como bem comum, mulher honesta, boa-fé, probidade, propriedade, crédito ou pudor possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. Esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis estatais e fundamentos das decisões judiciais, segundo Adeodato<sup>4</sup>, 'são opiniões maiôs ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal'. KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

reconhecimento de direitos ainda que não expressamente previstos no texto constitucional. Incumbe ao judiciário atuar de forma adequada e célere na efetivação dos direitos relacionados ao mínimo existencial e à dignidade humana. A adequação do processo a estes novos contornos constitucionais é imprescindível para que o direito consagrado encontre guarida em mecanismos eficazes de tutela.

As alterações processuais singelamente apresentadas evidenciam não só a criação de novos mecanismos de tutela, mas de uma nova principiologia a regular o direito processual, adequando-o aos anseios da atualidade, que não mais repousam em direitos puramente patrimoniais e de caráter individualista típico do liberalismo burguês.

É preciso ainda preocupar-se com a formação dos novos juristas, extirpando-se o dogmatismo da formação universitária e recuperando a autonomia crítica. A formação jurídica deve considerar a absoluta inadequação do pensamento de um direito puro, imutável e alheio aos fatos históricos e à moral. É preciso ensinar que o positivismo não é sinônimo de segurança jurídica e que a decisão judicial não configura necessariamente arbitrariedade.

#### Referências:

ARAUJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Curitiba: Juruá, 2001.

ATIENZA, Manuel. *Argumentación e Constitución*. p. 14. Disponível em <a href="http://www2.uah.es/filder/manuel\_atienza.pdf">http://www2.uah.es/filder/manuel\_atienza.pdf</a> Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECKER, Laércio. Contratos Bancários: Execuções especiais. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4a reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Por Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Constitucionalismo Hoy.* Caracas: Fundación Manuel García-Pelaio, 2000.

Constituição Dirigente e vinculação do Legislador. Co	imbra: (	Coimbra
Editora, 1999.		
Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? I	Defesa o	de um

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

DANTAS, Miguel Calmon. *Ode ou réquiem pela constituição dirigente*. Disponível em www.facs.br/revistajuridica/edicao\_maio2005/.../doc\_01.doc. Acesso em: 14 de jan. de 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROSSI, Paolo. *Globalização*, *Direito*, *Ciência Jurídica*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

GANVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In MILARE, Edis [coord.]. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. In. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SILVA, Ovídio Baptista. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e

*Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil.* Novos Estudos Jurídicos- Volume 8, nº2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

- \_\_\_\_\_. A Hermeneutica Jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil, In: *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-positivista Homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: 4ª edição. Editora Saraiva, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova Justiça. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [coord]. *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica – *Do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

#### DAS OPERAÇÕES DA JUSTIÇA EM SENTIDO ESTRITO

Pedro Ivo Botter Ribas<sup>5</sup> Sandro Marcos Godoy<sup>6</sup>

#### Resumo

Esta investigação, através do método lógico dedutivo-indutivo, tendo por base informações históricas, filosóficas e jusfilosóficas, busca delinear alguns pontos de como a justiça se relaciona com o direito, e investiga o que é a justiça em sentido estrito, e o que é a justiça distributiva e a corretiva. A justiça em sentido estrito representa o famoso adágio de "dar a cada um o que é seu". A justiça distributiva relaciona-se com a distribuição de bens e cargos públicos na sociedade observando o mérito de cada um, e representa a conhecida operação de "tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente". E a justiça corretiva tem a função de manter o equilíbrio originado pela primeira espécie de justiça, corrigindo o desequiíbrio.

#### Introdução

"O direito é a arte do bom e do justo" ("Ius est ars boni et aequi"): é o que fora posto logo no início do texto do Digesto<sup>7</sup>, há 1.500 anos. De acordo com o preceito, a justiça é finalidade do direito e, por decorrência, da norma jurídica. Isto já era compreendido pelos romanos da Antiguidade.

Se o direito se desvincula da justiça, como propõem algumas doutrinas modernas, dá-se o mesmo que um navio que navega sem leme: carece de algo que lhe dê direção. As consequências práticas imediatas disso só podem ser o caos social. É por isso que os filósofos gregos, na sua ânsia em entender o *logos*, o conceito, das coisas, se empenharam em dar significado ao justo e dar ao termo os contornos mais seguros.

Vale lembrar que os gregos da antiguidade não foram notáveis por causa do seu saber jurídico, mas pelo cultivo da filosofia. Não da filosofia tal como conhecemos hoje, mas dela em seus primórdios, quando ela ainda era uma ciência universal. A filosofia na antiguidade grega reunia em si todos os ramos do saber que, na modernidade, se particularizaram em ciências. Ainda que compreendamos o direito como realidade autônoma, objeto das ciências jurídicas, ele tem raízes gerais, éticas e metafísicas (e inclusive teológicas, em algumas doutrinas) nas quais repousam sua existência, e só através de um esforço filosófico é que podemos atingir o âmago desses problemas, visto que

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>Aluno pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente, matriculado no 7º Termo da graduação em Direito.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>Doutorando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Professor na mesma Instituição onde leciona nos cursos de Direito, Ciências Contábeis e Administração, Professor Orientador na graduação e pós-graduação, Advogado da SABESP – Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Corpus Iuris Civilis, Digesta, Vol. 1, liber1, 1; extraído de droitromain.upmf-grenoble.fr (acessado em 16/04/14).

há na filosofia, como diz Miguel Reale<sup>8</sup>, "o impulso inelutável e nunca plenamente satisfeito de penetrar, de camada em camada, na órbita da realidade, numa *busca incessante de totalidade de sentido, na qual se situem o homem e o cosmos* (sic)". Ao tratarmos da justiça, estamos tratando dos pressupostos do direito, e eles se encontram dentro do complexo sistema filosófico aristóteles.

No presente trabalho, tomamos como fonte do pensamento grego a filosofia aristotélica, e como principal fonte textual, a Ética a Nicômaco. Tendo em vista a ordem proposta pelo livro V da Ética, depois de se definir a virtude da Justiça (o *dikaiosunê*) em sentido geral, passa-se a definir o sentido particular do justo, aquele reduzido em latim no célebre brocardo greco-romano *suum cuique tribuere*<sup>9</sup> (atribuir a cada um o que é seu). O justo particular é chamado, em grego, por *dikaion*<sup>10</sup>, expressão que os gregos entendiam também por **direito**. Será importante salientar as expressões gregas referentes aos conceitos investigados no presente trabalho, pois como bem observa o jurista Michel Villey<sup>11</sup>:

"Cada linguagem opera por si mesma e espontaneamente uma articulação do mundo em seus principais elementos, uma estruturação do mundo. [...] O filósofo que procura apreender a estrutura do mundo como um todo começa por observar a linguagem natural de seus concidadãos e analisar o sentido dos termos uns com relação aos outros."

Direito e justiça, para o grego da Antiguidade, eram a mesma coisa. E é esta consciência grega, embutida na expressão *to dikaion*, que serviu Aristóteles como ponto de partida para suas conclusões, e nos arriscaremos a trilhar o mesmo caminho.

Tendo a justiça particular em vista, duas são as operações em que ela se manifesta. Diz Aristóteles<sup>12</sup>:

"Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistratura, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição [...]; a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre indivíduos."

<sup>8</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 20. ed., 2002, p.6.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> *Corpus Iuris Civilis, Digesta,* Vol. 1, *liber*1, 10; extraído de *droitromain.upmf-grenoble.fr* (acessado em 16/04/14).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.51.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Idem, p. 56 e 57.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.108.

A primeira, portanto, responsável pela distribuição de bens e cargos públicos, e a segunda, na retidão das transações entre as pessoas. Cada uma dessas operações correspondem a espécies de justiça denominadas distributiva e comutativa respectivamente. Esta divisão é a tradicional, como pode-se ver no texto de Villey<sup>13</sup>:

"Ele classificará, agora, várias *espécies* do gênero direito. [...], o termo empregado por Aristóteles é comumente a palavra neutra: *todikaion*. Iremos abordar aqui o que é tradicionalmente chamado de teoria das duas "justiças", a "distributiva" e a "comutativa"."

Neste capítulo, portanto, será objeto de nossa investigação o **direito**, ou a **justiça particular**, tendo em vista a suas operações. Discorreremos acerca do meio-termo a que se refere o justo nas distribuições e, em seguida, nas operações corretivas, e por que se diz que o primeiro representa uma igualdade geométrica e o segundo uma igualdade aritmética.

Perceber-se-á, entretanto, que seremos mais diligentes ao tratar da justiça nas distribuições porque a operação correspondente a elas se demonstra mais complexa, exigindo-nos maiores esforços explicativos.

#### 1 - Da experiência das distribuições

A que forma de distribuição se refere o grego na Ética a Nicômaco? Na Antiguidade, era histórica em que Aristóteles viveu, Michel Villey<sup>14</sup> conta que:

"No momento da fundação das colônias gregas, os poderes públicos distribuem terras aos colonos. A cidade romana ou o imperador distribuem lotes aos soldados; magistraturas; impostos. Dei acima outros exemplos extraídos do direito privado, em que esta operação cabe ao juiz (dikastês): ele divide uma sucessão entre herdeiros, a guarda das crianças entre pai e mãe divorciados, tal dívida entre associados."

Ora: estas últimas operações são próprias do magistrado dos nossos dias, o que prova a atualidade prática do que estamos tratando. Ademais, no trecho citado, o autor sublinha a denominação que os gregos conferiam aos juízes: dikastês. Isto demonstra a estreita relação linguística e conceptual do que se entendia por juiz e por justo.

No Estado brasileiro, enquanto os cargos públicos do Poder Judiciário são distribuídos através de concursos públicos, os cargos públicos legislativos e

-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.76.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Idem, p.77.

executivos são distribuídos por meio de votações; a pontuação obtida na prova da magistratura, por exemplo, ou a quantidade de votos que recebe o Presidente da República constituem o mérito individual nestes casos. Ademais, o ordenado de cada um é distribuído tendo em vista a relevância do cargo. Assim determina a Constituição Federal.

Como outro exemplo, a lei distribui entre os cidadãos os impostos e determina um valor justo para cada caso. Enfim, tudo isso é distribuir.

#### 2 - Dos elementos do justo em sentido estrito

Quando a lei distribui tendo em vista o que é justo, três qualidades deste se verificam. Tomaremos por base os dizeres do Estagirita<sup>15</sup>: "o justo deve ser ao mesmo tempo *intermediário*, *igual* e *relativo*" [grifo nosso]. Ora: ele diz "o justo" genericamente, ou seja, estas características referem-se a ambas operações distributiva e corretiva. Por enquanto, bastar-nos-á verificar esses três elementos tendo em vista as distribuições, e, em momento oportuno, demonstraremos que elas fazem parte das atitudes corretivas também.

Diz-se que o justo é *intermediário* porque trata-se de um meio-termo: o justo é um ponto intermediário porque "deve estar entre determinados extremos (o maior e o menor)" <sup>16</sup>, o excesso e a falta. Lembremo-nos que toda virtude é uma mediania situada entre dois extremos – teoria que permeia o livro da Ética inteiro – e assim, com ressalvas, também é a virtude da justiça. A diferença, em se tratando do **direito** – *to dikaion* –, é que o meio-termo está nas coisas, e não nos sujeitos. "Por exemplo, minha parte do imposto de renda, que devo pagar ou que já paguei, não é nem excessiva nem insuficiente", exemplifica Villey <sup>17</sup>. O *to dikaion*, o **direito**, é uma justiça objetiva: "é um meio-termo objetivo, "nas coisas", *in re*". <sup>18</sup>

Em suma, a virtude da justiça, o *dikaiosunê*, pretende que a *pessoa* seja justa, que *ela* tenha o sentimento da justiça em si, seja *dikaios*<sup>19</sup>. O **direito**, *to dikaion*, estabelece o justo na objetividade, fora da pessoa. Por isso a pessoa pratica o justo ainda que não seja possível dizer que ela seja justa.<sup>20</sup>

Ademais, o justo é *igual* (em grego, *ison*),porque se manifesta numa espécie de igualdade; o *ison*, entretanto,"não é simplesmente a equivalência de duas quantidades, mas a *harmonia* [...]"<sup>21</sup>, a expressão da ordem cósmica, e esta é a consciência própria do pensamento grego antigo. Por conseguinte, a espécie de igualdade que se manifesta na distribuição de bens e cargos não é absoluta<sup>22</sup>,

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.108.

<sup>16</sup>Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.72.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Idem, p.70.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Idem, p.71.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Idem, p. 73 e 74.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Idem, p.77.

visto que não é distribuído o mesmo a todos; os iguais receberão coisas iguais, mas os desiguais receberão coisas desiguais. Nas palavras de Michel Villey<sup>23</sup> a respeito da Antiguidade:

"Por exemplo, numa colônia serão atribuídas mais terras ao chefe de uma família mais numerosa, ou que tem na colônia uma posição importante. Em lugar algum os impostos são iguais, mas proporcionais às fortunas, aos modos de vida ou à consideração gozada por tal "categoria sócio profissional". E quando são cargos públicos que se trata de distribuir, é evidente que serão desigualmente divididos, em função da competência ou do prestígio de cada um. Uns serão ministros, outros simples secretários de Estado. Todos os franceses não podem ser o presidente da República."

No Estado brasileiro, ganha-se mais ordenado o cargo público mais relevante; numa relação empregatícia, o patrão, naturalmente, ganha mais que o seu empregado. Para o grego da Antiguidade, em tais situações, o *igual - ison -* estaria estabelecido, visto que elas expressam a harmonia e são adequadas para a manutenção da paz entre os concidadãos, pois distribuem a partir do mérito de cada qual.

Essa espécie de operação apresenta uma desigualdade entre as *coisas* a serem distribuídas, mas a igualdade está na *relação*<sup>24</sup>. Aristóteles verificou que essa espécie de operação jurídica é comparável a uma operação matemática denominada "igualdade geométrica"<sup>25</sup>: esta implica duas razões, ou frações, que estabelecem uma relação de equivalência. É comparável à conhecida "regra de três". Nas palavras do filósofo<sup>26</sup>:

"Desse modo, assim como o termo A está para B, o termo C está para D; ou, alternando, assim como A está para C, B está para D. Por conseguinte, também o todo mantém a mesma relação para com o todo; essa combinação é efetuada pela distribuição, e se os termos forem combinados da maneira que indicamos, terá sido efetuado justamente. [...] Os matemáticos chamam esta espécie de proporção de geométrica, pois só na proporção geométrica o todo está para o todo assim como cada parte está para a parte correspondente."

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.109.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Idem.

É diferente da "igualdade aritmética", que trataremos quando falarmos da justiça corretiva e que implica uma igualdade absoluta (A = B), e não proporcional (A/B = A/C).

Finalmente, o justo, além disso, refere-se a bens e pessoas, e por isso ele é relativo. Não existe direito para uma única pessoa, visto que ele é um fenômeno social. "Não existe direito de Robinson em sua ilha"27. Desta maneira, o justo envolve quatro termos no mínimo, "pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também duas são as coisas em que se manifesta - os objetos distribuídos"28.

#### 3 - Dos casos de injustiça nas distribuições

Em suma, a justiça, ou o direito, verifica a retidão na distribuição de bens, direitos, obrigações e cargos públicos através da proporção geométrica. Nela, o reto será o proporcional, enquanto o torto será a violação da proporção<sup>29</sup>. A injustiça se verificará quando um dos termos da igualdade for excessivamente grande ou pequeno. Considerando a experiência prática, a injustiça ocorrerá quando alguém receber uma parte maior e outrem receber uma parte menor daquilo que cabe a ambos.

Alguns exemplos: se considerarmos o empresário de uma grande companhia, é injusto que ele receba menos dinheiro que taxistas comuns; ganhará mais dinheiro e honrarias o melhor artista, ou aquele que melhor servir para o bem dos outros num Estado; "ou, ainda, entre os salários do sapateiro e do arquiteto e entre o valor, a qualidade ou a quantidade de trabalho dessas duas pessoas" como diz Michel Villey<sup>30</sup>, junto de um exemplo que ele próprio expressa:

$$\frac{preço\ da\ casa}{preço\ do\ sapato} = \frac{trabalho\ do\ arquiteto}{trabalho\ do\ sapateiro}$$

#### 4 - Da operação justa nas trocas

Continua Aristóteles dizendo que "a outra espécie de justiça é a corretiva, que tanto surge nas transações voluntárias como nas involuntárias"31.

<sup>29</sup> Idem, p.109.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.71.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> ARISTÓTELES**. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.108.

<sup>30</sup> VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno/Michel Villey; texto estabelecido, revisto e apresentado por StéphaneRials; notas revistas por Eric Desmons; tradução Claudia Nerliner; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pg. 42.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.110.

Michel Villey chama esta justiça corretiva por comutativa<sup>32</sup>. Ela se verificará quando "serão efetuadas trocas (*sunallagmata*), seja por contrato voluntário [...], seja por delito [...]."<sup>33</sup>, observa o jurista; ou seja, pode-se dizer que o contrato é o que o Estagirita chamou por transação voluntária, e o delito por transação involuntária.

Dá-se o nome de "corretiva" a essa operação porque "o papel da justiça é restabelecer o equilíbrio, "corrigir" o desequilíbrio"<sup>34</sup>. A priori, a justiça distribui os bens e os cargos entre os concidadãos, de maneira proporcional e harmoniosa, equilibrada, ordenada. Mas as trocas se efetuarão depois naturalmente: é próprio da dinâmica social a transferência de coisas do patrimônio de uns aos outros. Por exemplo, as pessoas vendem ou emprestam coisas umas às outras, fazem contratos entre si. Os contratos se orientam por uma reta justa, que mantém ambos os contratantes em igualdade; porém, se um deles ganhar e o outro perder, a justiça servirá para recuperar a harmonia entre as partes. Igualmente, se alguém roubar ou matar alguém, cometer um delito que seja, perturbando a ordem que antes se estabeleceu, a justiça terá a função de reordenar a realidade, restabelecendo a harmonia entre as notas da sociedade.

Tal como na distribuição, as correções se realizam através de um *igual*, uma igualdade. Porém, enquanto na operação anterior essa igualdade era efetivamente uma proporção, nessa operação ela será efetivamente uma igualdade: "Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, [...] todavia não de acordo com a espécie de proporção que citamos, e sim de acordo com uma **proporção aritmética**" [grifo nosso], diz Aristóteles<sup>35</sup>. Por exemplo, se alguém vender uma casa cujo valor é de 100.000 reais, essa pessoa deverá receber o determinado valor para que a igualdade se concretize. É de fato como se nos servíssemos de uma balança. A esta igualdade dá-se o nome de aritmética<sup>36</sup>.

Além disso, o justo corretivo é também *intermediário*, mas o meio-termo ao qual se refere não é o mesmo que o da distribuição. Tanto faz o caráter individual dos envolvidos:

"Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e *trata as partes como iguais*, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.78.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> ARISTÓTELES**. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.110.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.78.

injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito."<sup>37</sup> [grifo nosso]

O meio-termo justo é unicamente "o meio-termo entre perda e ganho"<sup>38</sup>, entre aquilo que um dos envolvidos tem de prejuízo e o outro tem de vantagem. Na prática de um delito, como por exemplo o homicídio, é difícil dizer que o agente tem alguma espécie de vantagem, mas visto que o dano é estimável, é assim que as coisas se denominam<sup>39</sup>. O caráter desse meio-termo é melhor visualizável nas transações (trocas, compra e vendas, empréstimos, etc.) entre os indivíduos, quando seguramente é possível inferir que "o direito é uma igualdade de valor entre duas prestações"<sup>40</sup>.

Finalmente, é o juiz quem restabelece a harmonia obstruída, a igualdade<sup>41</sup>, e "quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam "o que lhes pertence" [...]"<sup>42</sup>. De maneira que isto é o justo particular, aquele que atribui a cada um o que é próprio, seja visando às distribuições ou à retidão nas trocas.

Aristóteles, na Ética, visualiza essa operação jurídica em uma situação de geometria. Na ótica do juiz, "tudo ocorre como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele subtraísse a diferença que faz com que o segmento maior exceda a metade para acrescentá-la ao menor"<sup>43</sup>.

#### 5 - A justiça como incremento de uma nova política estatal e social

A concepção atual de justiça atual embora guarde grande relação com as concepções aristotélicas encontra-se estabelecida atualmente em uma visão coletivista e não mais individualista como ocorria outrora.

O desejo de uma sociedade justa e fraterna em detrimento de uma sociedade individualista encontra barreiras no próprio sistema econômico capitalista que impera em países de economia crescente como o Brasil.

Porém, esta concepção economicista não impede que se tenha uma nova e revolucionária visão de justiça comunitária, social que clama pelo reconhecimento do bem coletivo em detrimento do individual.

Prova disso é a que a Constituição de 1988 estabelece em diversos artigos uma nova vertente para o direito de propriedade quando, embora reconheça o exercício da propriedade privada, ao mesmo tempo exige do proprietário que lhe dê uma destinação social, ou seja, *uma função social*.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.110.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Idem, p. 111.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Idem, p. 110.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.**São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.78.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> ARISTÓTELES**. Ética à Nicômaco; tradução Pietro Nassetti**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.110.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Idem, 111.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Idem.

O mesmo ocorre em relação aos meios de produção que eminentemente destinado à exploração privada exige que lhe dê uma *função social,* inclusive com olhos à sustentabilidade em beneplácito ao princípio da proteção integral ao meio ambiente.

Aliás, este movimento de integração da empresa como bem pondera Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral<sup>44</sup> em obra lastreada na função social da empresa tem como característica o reconhecimento de uma dualidade da empresa enquanto propriedade, alternando seu momento estático em que é direito subjetivo e seu exercício dinâmico quando passa a demonstrar uma função social.

Considerando que a empresa é propriedade dinâmica, bem como que as sociedades capitalistas têm na empresa seu principal fundamento, inegável a importância de ser imposta a tal instituição do capital uma função social, tendo em vista a condição essencial ocupada pela empresa no seio da ordem econômica de países capitalistas.

Parece ser este o entendimento de outros sistemas constitucionais a exemplo da *Constituzione Italiana* quando no art. 41<sup>45</sup> reconhece a livre iniciativa econômica ressaltando que não pode ser realizada em desconformidade com a utilidade social ou de forma a causar danos à segurança, liberdade e dignidade humana, sustentando finalmente que a lei assegurará a forma com que esta atividade se destinará a um fim social.

Art. 41 L'iniziativa economica privada è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni, perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

É possível compreender assim que o conceito de sustentabilidade envolve uma relação direta entre os meios de produção e os indivíduos componentes do círculo social até porque não se produz senão para eles.

Esta nova visão rompe o paradigma individualista que sempre se atribuiu ao exercício da propriedade privada ao conceder ao proprietário o *jus utendi, jus fruendi e em tempos distantes, o jus abutendi* como reconheciam os romanos.

A visão privatista que permitia outrora o proprietário utilizar e extrai da propriedade todos os bens e direitos que pudesse, inclusive dela podendo

<sup>45</sup> Constituzione Italiana. **Introduzionedi Giangiulio Ambrosini**. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2005, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.113.

abusar, cede espaço para uma exigência comunitária de colocar a propriedade privada a serviço e em benefício da sociedade.

Uma justiça distributiva que impinge novas regras de direito de forma a permitir que o coletivo possa usufruir, também das benesses que outrora eram exclusivas do "senhor da terra".

Esta mesma vertente coletivista se apresenta em relação à exploração econômica mesmo em países capitalistas que vêem na exploração dos meios de produção seu propósito maior.

Ainda que não se perca as raízes capitalistas de exploração dos meios de riqueza, uma nova vertente jusconstitucional se apresenta de forma fixar que mesmo os meios de produção devem verter a uma bem maior, a coletividade surgindo, assim, a *função socail dos meios de produção*.

Tudo isto caminha em um único sentido, o de reconhecer que o conceito atual de justiça social impera e exige adaptações sejam dos setores diretamente dedicados à ciência do Direito, seja das ciências afins que com ela mantém uma indissociável interdisciplinaridade.

Atento a esta nova sistemática de entendimento e valorização do coletivo em relação ao individual David M. Beatty referenda em seu *A essência do estado de Direito* as chamadas ações afirmativas para corrigir as distorções que a sociedade individualista tem causado.

Ressalta o autor que os Tribunais não tem poupado esforços em todo o mundo de forma a corrigir tais distorções e garantir o que muitos chamam de mínimo existencial, ou seja, o mínimo que se espera de dignidade ao ser humano.

Na mesma linha de raciocínio o mestre Mauro Cappelletti em seu *Acesso* à *Justiça* exalta que dentre os fatores que afastam o acesso à justiça, a disparidade de armas entre os litigantes menos abastados revela verdadeira injustiça a ser sanada de forma a manter uma política social de inclusão e não o contrário.

Nesta visão da doutrina nacional e internacional predomina uma realidade única, qual seja, de que políticas sociais de inclusão devem obrigatoriamente sanar as irregularidades que outrora se mostravam naturalmente presentes em uma sociedade egoísta com conceitos deformes de justiça que se externava única e exclusivamente no individual em detrimento do coletivo.

Atualmente o justo se mostra mais justo que outrora e o interesse coletivo em detrimento do individual é a mola propulsora para um novo conceito de justiça que, sem dúvidas, iniciou sua vontade na visão aristotélica entre os gregos e todos aqueles que se deixaram se influenciar pela sua fantástica cultura filosófica.

Irremediável aceitar que a concepção de justiça atual encontra na sociedade uma representação de forma a exigir daqueles mais incrédulos uma mudança de comportamento voltado para o benefício coletivo em detrimento do individual, o que já foi reconhecido e é recomendado pela Constituição de 1988, conhecida como constituição social.

#### Conclusão

A necessidade de atribuir parâmetros para o que é justo tem a ver com a manutenção da paz e harmonia entre os cidadãos. A violação do que é justo tende naturalmente à crise, pois alguém será prejudicado pela desproporção e talvez reaja violentamente contra as outras pessoas e as instituições. Como é a lei que realiza as distribuições, ela deve ser justa; com efeito, o **direito** deve ter em vista a **justiça**.

Na consciência grega da Antiguidade, o **justo** e o **direito** são a mesma coisa, pois são definidos pela mesma palavra: *dikaion*. Aristóteles soube identificar nas variadas situações da experiência as formas como o *dikaion* operava.

A primeira espécie de justiça apresenta uma desigualdade, pois o justo se baseia numa proporção. Evidentemente, isso não é um problema. "Como é bastante evidente que toda civilização repousa na desigualdade – uma forte divisão das tarefas e dos modos de vida –, desembaracemo-nos da miragem idealista da igualdade. Contentemo-nos com uma proporção", segundo Villey<sup>46</sup>. Esta noção de justiça é diferente das noções mais modernas, como a socialista marxista, que proclama a denominada "justiça social", que visa à distribuição igualitária dos bens e riquezas do Estado, e que atropela o mérito individual, pedra angular da justiça na civilização ocidental.

E se ainda restar dúvidas sobre a atualidade desse método de aplicação das leis de direito, inspiremo-nos em Villey<sup>47</sup> uma vez mais:

"[...] Não creio que a tarefa de distribuição dos bens e dos encargos seja hoje menos necessária do que era em Roma. As causas que tratamos não são mais as mesmas. Em Roma havia disputas entre agricultores, operações comerciais entre particulares, e testamentos a interpretar. O mundo atual assiste a conflitos entre divorciados pela divisão da guarda dos filhos, entre fisco e comerciantes, assalariados e donos de empresas, defensores dos grandes aglomerados urbanos e defensores da natureza, fabricantes de conservas insalubres e consumidores, Terceiro Mundo e países grandes companhias desenvolvidos, petroleiras industriais etc. O aumento da frequência das trocas, a existência de um mercado mundial, a invenção das armas atômicas, obrigam a constituição de um direito internacional. Outras circunstâncias, outras soluções, mas o tipo de questão posta permanece idêntica."

28

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito/Michel Villey; prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica de Ari Solon.São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.196.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Idem, p.199.

Ora: o cerne do problema ainda é o mesmo. E foi numa tentativa de responder a essa questão, ainda que parcialmente, que este capítulo se baseou. Na realidade, mais que um esforço de *jurista*, realizamos uma tarefa de *filósofo*, baseando-nos nos preciosos ensinamentos de um dos mais influentes pensadores do que chamamos por Civilização Ocidental.

Definimos, enfim,os elementos próprios da justiça tendo em vista as duas operações identificadas por Aristóteles, atribuindo a cada um o seu.

#### Referências bibliográficas:

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (trad) NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

Constituzione Italiana. Introduzionedi Giangiulio Ambrosini. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2005.

*Corpus Iuris Civilis, Digesta,* Vol. 1, *liber*1; extraído de *droitromain.upmf-grenoble.fr* (acessado em 16/04/14).

BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. (trad). COTRIM, Ana Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 20. ed., 2002

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. tradução Claudia Nerliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*: definições e fins do direito: os meios do direito. tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E OS MITOS QUE ASSOMBRAM O DECRETO 8243/2014.

Amanda Querino dos Santos Barbosa<sup>48</sup>

#### Resumo

O presente estudo objetiva analisar o decreto 8243 de 23 de maio de 2014, que cria a Política Nacional de Participação Social. A participação já é uma realidade na política brasileira, pois está embutida na ideologia do Estado Democrático de Direito, especialmente desde a Constituição de 1988, que garantiu já no artigo primeiro que todo poder emana do povo, podendo portanto participar e controlar os atos do Estado, exercendo assim a sua soberania. O decreto, que desde a sua publicação está sofrendo duras críticas principalmente da Assembléia Legislativa, visa articular e fortalecer os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e atuação conjunta entre a Administração Pública e a Sociedade Civil.

#### Introdução

A Constituição brasileira de 1988 instituiu o regime democrático no Brasil. Instituiu também uma série de direitos sociais e políticas públicas, que na verdade foram garantias presentes com a finalidade de sanar as deficiências nessas áreas que marcaram os anos 1970 e 1980.

Com a democratização do Estado, houve a garantia da participação popular nas decisões e na elaboração de Políticas Públicas, pois não basta garantir direitos, é necessário que estes direitos estejam em harmonia com o que realmente o povo precisa, portanto a sociedade deve ter os meios para dizer à administração quais são as suas necessidades.

O Controle Social é o controle exercido pela sociedade sobre o governo. Por mais que a Administração Pública exista para atendimento do bem comum, muitas vezes, este objetivo não é o prioritário dentro das gestões, daí a importância da sociedade civil, atingida diretamente pelas atitudes da Administração Pública, acompanhar e fiscalizar as atividades daqueles legitimados para "governar" em prol da sociedade.

Em 23 de maio de 2014, foi publicado o decreto presidencial nº 8243/2014, que instituiu no Brasil a Política Nacional de Participação Popular, no intuito de fortalecer os mecanismos de participação.

Todavia, este decreto vem sofrendo severas críticas por supostamente estar em confronto com o Estado Democrático de Direito garantido pela Constituição Brasileira de 1988.

#### 1. Democracia, participação e controle social

Advogada. Pós graduanda em Direito do Trabalho. Bacharel em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI. Secretária Executiva da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Santo Antônio da Platina/PR. Membro dos Conselhos Municipais de Assistência Social e dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santo Antônio da Platina.

Para entender o funcionamento de um instituto, faz-se necessário analisar seu contexto histórico, seus fundamentos e objetivos. Neste sentido, sem a pretensão de esgotar o tema, será traçado um panorama do instituto da democracia e da maneira como o país estava organizado quando ela efetivamente foi instituída, bem como a forma com que a Constituição de 1988 cuidou de garantir meios para que esta possa ser efetivada.

#### 1.1 A democracia no Brasil

A maioria das Constituições Brasileiras trouxe, ainda que de maneira tímida, o ideal de democracia até que se chega à Constituição de 1988 que define a democracia como forma de Estado, trazendo no preâmbulo, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, consagrando assim a soberania popular.

Ao analisar as Constituições Brasileiras, percebe-se referências à democracia desde a primeira. Sobre o tema, o professor Fernando de Brito Alves traz em sua obra "Constituição e Participação Popular", uma síntese de como a democracia apareceu nas Constituições Brasileiras.

A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 3º, estabeleceu que o governo brasileiro tivesse feições de uma monarquia constitucional hereditária, mas seria ao mesmo tempo, representativo, característica esta de uma democracia formal.

Em 1891, a Constituição da República no seu preâmbulo traz claramente a ideia de um regime liberal e democrático, opondo-se ao modelo monárquico da Constituição anterior.

A Constituição de 1934 seguea linha da anterior, na intenção de organizar um regime democrático. Esta Constituição fez referência à democracia indireta, criou inovação classista, possibilitou ampliação nos critérios para que as pessoas pudessem se alistar, reduzindo a maioridade eleitoral para 18 anos e possibilitando também o alistamento de mulheres.

A Constituição republicana de 1937 manteve o regime democrático, todavia trouxe um grande desequilíbrio entre os poderes do Estado, na verdade houve nessa época um autoritarismo no regime instalado.

A partir da Constituição de 1946, os avanços democráticos foram notáveis, o desejo de substancialmente alcançar a democracia e o tratamento desta como direito fundamental foram garantidos na Carta Magna.

Em 1967, foi promulgada nova Constituição, que da mesma forma que as anteriores estabeleceu o regime democrático representativo.

Eis que, finalmente, surge a Constituição de 1988, conhecida como "Cidadã" que adotou a democracia como regime político e já em seu art. 1º, deixou explícito que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, ou seja, houve uma mistura entre elementos da democracia direta e indireta<sup>49</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> ALVES, op. cit. p. 38-41.

#### 1.2 O contexto histórico da Constituição Brasileira de 1988

O contexto histórico que antecede a Constituição de 1988 é marcado por um regime autoritário, eleições indiretas e inexistência de partidos políticos e liberdades individuais.

As décadas de 1970 e 1980 foram de extrema importância do ponto de vista político-social, foram anos de organização de movimentos na busca pela emancipação social.

Maria da Glória Gohn, leciona em sua obra "História dos Movimentos e Lutas Sociais", que o período de 1975-1982 corresponde a um dos mais ricos da história do país no que diz respeito a lutas, movimentos e, sobretudo, projetos para o país:

Havia um clima de esperança, de crença na necessidade da retomada da democracia, da necessidade da participação dos indivíduos na sociedade e na política. Havia também a crença na força do povo, das camadas populares, quando organizadas, para realizarem mudanças históricas que outros grupos sociais não tinham conseguido realizar no passado<sup>50</sup>.

Em 1984, milhares de brasileiros se organizaram e foram às ruas buscando reestabelecer a democracia no Brasil, por meio de eleições diretas para a Presidência da República.

O movimento, que teve início em São Paulo, alcançou rapidamente grande dimensão, levando em conta o grande número de pessoas que compareciam às manifestações.

Havia a convicção de que o reestabelecimento da democracia era a condição para a resolução dos problemas e foi um movimento de revolta geral que integrou em um mesmo desejo pessoas antes excluídas das discussões político-sociais do país:

Os moradores das periferias, das favelas, cortiços e outros submundos saem da penumbra e das páginas policiais para se tornarem os depositários das esperanças de ser novos atores históricos, sujeitos de processos de libertação e de transformação social<sup>51</sup>.

Nos anos de 1985-1988, o movimento pela Constituinte tomou conta da população. As leis da nação estavam defasadas com relação ao desenvolvimento econômico ocorrido após 1967, data da Constituição vigente.

32

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> GOHN, Maria da Glória. **História dos Movimentos e lutas sociais**: a construção da cidadania dos brasileiros/ Maria da Glória Gohn. – 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p.113-114. <sup>51</sup> GOHN, op. cit. p. 114.

A Constituinte mobilizou diversos setores da sociedade civil, mas foram as elites que mais se organizaram e que tiveram destaque no movimento, que foi se organizando, criando força e se tornando um marco para a história da democracia brasileira.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se iniciaram em 1º de fevereiro de 1987, sob presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal. No dia seguinte, Ulysses Guimarães foi eleito o presidente da Constituinte e demonstrava em discurso sua missão de satisfazer os anseios de mudança da população:

Senhores Constituintes, esta Assembleia reúne-se sob um manto imperativo: o de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar (...). Estamos aqui para dar a essa vontade instrumento jurídico para o exercício da liberdade e da plena realização do homem brasileiro<sup>52</sup>.

Nas semanas seguintes, foram elaborados o Regimento Interno e instituídas nove comissões assim denominadas: Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Comissão da Organização do Estado; Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; Comissão da Ordem Econômica; Comissão da Ordem Social; Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e da Tecnologia e da Comunicação; Comissão de Sistematização<sup>53</sup>.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte a participação popular foi intensa, propostas de emendas advieram, algumas com mais de um milhão de assinaturas. Estima-se que cerca de cinco milhões de pessoas circularam pelo Congresso Nacional<sup>54</sup>.

Resultado de todo este trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, no dia 05 de outubro de 1988, às 16 horas, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1988, que foi aclamada pela sociedade e pelos constituintes como esperança de uma nova era da democracia brasileira.

#### 1.3 A Democracia prevista na Constituição Brasileira de 1988

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup>GUIMARÃES, Ulysses. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**: Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Anais, v.25.1988, p.21

<sup>&</sup>lt;sup>5353</sup>FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional** / ZulmarFachin - 5. ed. rev., atual. eamp. - Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.p. 98.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** / UadiLammêgoBulos - 6. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva. 2011.p. 489.

A Constituição brasileira, promulgada em cinco de outubro de 1988, estabeleceu o Estado Democrático de Direito e trouxe instrumentos inovadores de garantias de Direitos Fundamentais e formas de participação popular.

O art. 1º da referida carta magna, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e como consequência que a soberania está com o povo: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" <sup>55</sup>.

Neste sentido, fica assegurado aos brasileiros o poder soberano o que esclarece que a titularidade dos mandatos no executivo ou no legislativo só será legítima se expressar a vontade popular.

O art. 1º da Constituição trouxe também como fundamento do Estado o pluralismo político, demonstrando a preocupação da Constituinte em garantir a ampla participação popular nos destinos políticos do país.

O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular.

Alexandre de Moraes analisa o modelo de democracia do Estado Brasileiro:

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia representativa, sem, contudo descuidar-se da Democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização)<sup>56</sup>.

Neste sentido, ressalta-se a importância de que a representação política não seja meramente formal, mas autêntica, o que exige intensa e efetiva participação popular nas decisões governamentais. É necessário interesse pelos cidadãos para que a democracia representativa não resulte em regimes autoritários como alude Damo Dallari, citado por Alexandre de Moraes:

Se o povo não tem participação direta nas decisões políticas, e se, além disso, não se interessa pela escolha dos

<sup>56</sup>MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** / Alexandre de Moraes. 7. Ed. atualizada até a EC nº 55/2007. São Paulo: Atlas, 2007.p. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p.8.

que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições<sup>57</sup>.

Portanto, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe diversas formas de exercício da soberania popular de maneira direta ou representativa dentre as quais se destacam: o Orçamento Participativo, as Audiências Públicas, a Iniciativa Popular, os Plebiscitos e Referendos e os Conselhos de Políticas Públicas. Cabe a cada cidadão conscientizar-se da importância de se utilizar desses meios para realizar o controle social, motivar a participação popular e para se valer de seu direito da soberania, fundamental na Efetivação do Estado Democrático de Direito.

#### 2. PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

O Controle Social é o controle exercido pela sociedade sobre o governo. Por mais que a Administração Pública exista para atendimento do bem comum, muitas vezes, este objetivo não é o prioritário dentro das gestões, daí a importância da sociedade civil, atingida diretamente pelas atitudes da Administração Pública, acompanhar e fiscalizar as atividades daqueles legitimados para "governar" em prol da sociedade. Nas palavras de Nogueira:

A política democrática dispõe-se a criar condições – institucionais, políticas e associativas – para queos cidadãos organizados controlem seus governos e participem deles, cobrem responsabilidadesdos diferentes atores do jogo social e ponham em curso processos ampliados de deliberação, demodo que se viabilizem lutas e discussões públicas em torno de como viver, do como governador edo como conviver. [...] Cidadãos ativos são, portanto, personagens vitais da democracia, devendoser, por isso, constantemente 'criados' e 'organizados' (pela educação, pelo debate público, pela multiplicação de espaços institucionais de discussão e deliberação)<sup>58</sup>.

Nesse sentido o controle social é mais que direito, é função do cidadão do Estado Democrático de Direito que tem a soberania garantida pela Constituição e com isso a missão de participar da Administração Pública.

Para a autora Maria da Glória Gohn, a participação é uma lente que possibilita um olhar ampliado para a história e neste olhar, observa-se as questões envolvidas no universo da participação:

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Id. Ibid., loc. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup>NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um estado para a sociedade civil**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.94-95.

O entendimento dos processos de participação da sociedade civil e sua presença nas políticas públicas nos conduz ao entendimento do processo de democratização da sociedade brasileira; o resgate dos processos de participação leva-nos, portanto, às lutas da sociedade por acesso aos direitos sociais e à cidadania. Nesse sentido a participação é, também, luta por melhores condições de vida e pelos benefícios da civilização<sup>59</sup>.

Assim a participação se faz necessária para que haja um controle social das atividades da Administração, visando a diminuição das diferenças e uma distribuição dos investimentos para a área de Políticas Públicas na intenção de diminuir as desigualdades e propiciar uma vida mais digna à uma grande camada excluída da sociedade, como leciona Gohn:

Numa sociedade terrivelmente segmentada e fragmentada, onde as diferenças sociais são marcantes, onde há fome e miséria, ao lado do luxo e da ostentação, e o mundo do consumo impera como valor básico da estruturação da vida das pessoas, o fato delas reivindicarem o direito a ter direitos, sobre tufo aquilo que a sociedade oferece para apenas alguns, e o fato do ressurgimento de campanhas de solidariedade, são fatos históricos, marcantes e promissores<sup>60</sup>.

A autora ainda destaca o fato de que aqueles que se unem para lutar por melhorias e controlar o poder público, não precisam necessariamente ser iguais em todos os aspectos de suas lutas:

A participação política dos cidadãos se dá na esfera dos iguais. Ainda que haja diferenças de classes entre os participantes de um movimento ou ação coletiva e interesses diferentes quanto a fim a serem atingidos, é na condição carente de um direito social, ou de um tratamento discriminatório que se estabelece a relação de reciprocidade interna dos movimentos<sup>61</sup>.

Eis a essência da participação social, caracterizada pela solidariedade, pois ainda que existam diferenças entre os participantes, eles se unem para a efetivação dos direitos sociais que lhe carecem, e então já não há mais diferenças entre eles, independente da bandeira que levam consigo. A partir do momento que a sociedade se organiza para controlar e participar da gestão do

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> GOHN, op. cit., p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Id. Ibid. p. 209.

<sup>61</sup> Id. Ibid. loc. cit.

Estado, esta é a sua única bandeira, a da efetivação do Estado Democrático de Direito.

## 3. O decreto 8243/2014

No dia de 23 de maio de 2015, a presidente Dilma Roussef instituiu, por meio do Decreto 8243/2014, a Política Nacional de Participação Social – PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a Administração Pública e a Sociedade Civil.

### 3.1. O conteúdo do decreto

A partir da publicação do decreto, ficou instituída a Política Nacional de Participação Social, que definiu que na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS.

O artigo mais polêmico do decreto é o art. 5º, que traz a seguinte redação:

"Os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, previstos neste Decreto, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas."

Para militantes de Conselhos e outras Entidades que já lutam pela participação, o decreto simplesmente ratifica e incentiva o que já é garantido pelo texto Constitucional de 1988, pois não se pode dizer que há ilegalidade na participação no momento de elaboração das políticas públicas, daqueles que serão os beneficiados por esta política. A chance de a política ser eficaz é muito maior quando demandada por aqueles que estão ligados diretamente ao assunto.

A respeito da nova realidade da democracia, o autor Luis Roberto Barroso:

Tem ganhado adesão a ideia de que, na configuração moderna de Estado e Sociedade, a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Na democracia deliberativa, o debate público, amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais,

desempenha uma função racionalizadora e legitimadora das decisões políticas<sup>62</sup>.

De acordo com Barroso, as pessoas não se satisfazem mais em participar somente no momento do voto, elas querem e tem todo o direito de acompanhar, monitorar, fiscalizar e auxiliar na definição das políticas que lhes digam respeito.

## 3.2. A crítica, os mitos e a reação ao decreto

O decreto 8243/2014 teve grande rejeição no Congresso e vem sofrendo rígidas críticas de uma parcela que o considera como um possível "golpe" da presidência.

Para alguns representantes, a exemplo do Deputado Federal Rubens Bueno do Partido PPS, o decreto cria indevidamente Institutos e Ministérios. Na visão de Rubens Bueno:

A Constituição brasileira, no parágrafo único de seu artigo primeiro, deixa claro que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio representantes eleitos ou diretamente, nos termos previstos na Constituição. "Essa participação direta está prevista na Lei 9.709/98, que regulamenta a utilização de plebiscitos, referendos e projetos de iniciativa popular. Com o decreto, Dilma está criando algo que não é estabelecido pela Constituição<sup>63</sup>.

O líder do PPS argumenta ainda, que o art. 84 da Constituição não permite que a presidente "saia criando conselhos a torto e a direito sem a aprovação de uma lei no Congresso", Bueno expressa ainda, que "o intuito desse decreto é criar Conselhos tutelados pelo próprio Estado".

Também descontente com o decreto, o deputado federal Onix Lorenzoni do partido Democratas, repudiou a atitude da presidente, com a alegação de que o documento subjuga as atividades da Assembléia e ofende o poder legislativo, pois na sua opinião o decreto cria novo instituto. Nas palavras de Onix:

"Primeiro: decreto não é lei. E decreto não pode criar nada que não tenha ressonância, participação ou decisão do Poder Legislativo. Mas esse decreto serve para mostrar o perfil autoritário da presidente Dilma e do PT, que nesse

63 Entrevista disponível no site do partido PPS, consulta realizada em 27/06/2014 http://www.rubensbueno.com.br/noticias/2964/lider-quer-votacao-de-projeto-que-anula-decreto-de-dilma-sobre-conselhos.html.

<sup>62</sup> BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/ Luís Roberto Barroso. - 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

caminho bolivariano tenta desprestigiar, relativizar e reduzir a relevância do Congresso e estabelecer no Brasil uma nova sociedade. Ou seja, aquilo que é a voz das ruas passa a não valer. E o que vale são os representantes nomeados pelo partido que está no poder. (...) Enquanto o silêncio conivente perdurar continuaremos a ver a democracia brasileira ser atacada, porque para o PT a imprensa só vale quando elogia, o Judiciário só é justo quando comandado por compadres e o Legislativo só é adequado quando subalterno"<sup>64</sup>.

Pelo que se percebe, a Assembléia se sentiu intimidada com o decreto sob o argumento principal de que este cria institutos e afronta o regime democrático de direito, o que faz transparecer o desconhecimento de alguns membros do Poder Legislativo do texto Constitucional e de institutos que já vem ganhando forças desde a promulgação do mesmo.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o decreto não cria Conselhos, pois não há como se criar algo já existente há décadas, pois a história dos Conselhos não é recente.

Analisando a obra de Luciana Tatagiba, há registros de Conselhos atuando ainda no período ditatorial, principalmente nas áreas de saúde, educação e transporte.

Para a autora, pode-se distinguir três fases na história dos conselhos. A primeira, ainda no contexto ditatorial onde os conselhos cumpriam função meramente figurativa na tomada de decisões eram formados por pessoas notáveis, com a missão principal de aconselhar o executivo.

Na segunda fase, a pressão da sociedade pela redemocratização do Estado ensejava em um contexto de abertura política e novas formas de participação, a exemplo dos Conselhos Comunitários, que tinham a função de criar canais de interação entre população e Estado (Decreto nº 16.1000/79). Estes conselhos eram usados como forma de manipular as demandas, pois os conselhos ainda eram ligados diretamente ao Poder Executivo.

Por fim, a terceira fase, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que redefiniu a posição e a função dos Conselhos, lhes conferindo legitimidade, força e permanência.

Nesta fase, os conselhos apresentam-se como peças centrais na reestruturação de políticas, a exemplo dos conselhos de saúde, da criança e do adolescente e de assistência social.

As reivindicações dos movimentos sociais pela implementação dos direitos fundamentais e políticas públicas resultaram em uma mobilização decisiva para a proliferação dos Conselhos de Políticas Públicas.

De acordo com dados do IBGE, 5553 cidades têm conselhos de saúde, 3784 do meio ambiente e 976 da mulher (dados de 2013); 1231 de política

39

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Entrevista disponível no site do partido Democratas, consulta em 28/06/2014. http://deputados.democratas.org.br/para-o-pt-o-legislativo-so-e-adequado-quando-subalterno-acusa-onyx-ao-criticar-conselhos-populares/

urbana, 5527 de assistência social, 1507 de segurança alimentar, 357 do transporte, 1798 da cultura e 642 da segurança pública (dados de 2012); 4718 da educação, 3240 da habitação e 195 do saneamento (dados de 2011), por este motivo fica claro que os Conselhos não estão sendo criados agora via decreto, mas já fazem parte da realidade política do Brasil inclusive antes mesmo da promulgação do texto constitucional de 1988.

A crítica também argumenta que o decreto visa a alteração do regime de governo do país.

Adepto à esta linha, o editorial do jornal "o Estadão" foi incisivo, ao dizer que o decreto é uma tentativa da presidente de acabar com o Congresso, mudando a ordem Constitucional do País:

O decreto 8243 de 23 de maio de 2014, que cria a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, é um conjunto de barbaridades jurídicas, ainda que possa soar, numa leitura desatenta como resposta aos difusos anseios das ruas. Na realidade é o mais puro oportunismo, aproveitando os ventos do momento para impor velhas pretensões do PT, sempre rejeitadas pela Nação, a respeito do que membros desse partido entendem que deva ser uma democracia<sup>65</sup>.

O autor Leonardo Arvritzer ao comentar sobre o decreto, esclarece e critica a opinião do editorialista do Jornal "o Estadão":

"Segundo o jornal paulista, o Brasil tem um sistema que é representativo e este foi mudado por decreto pela presidente. Nada mais distante da realidade.

Em primeiro lugar, o editorialista parece não conhecer a Constituição de 1988, que diz no parágrafo único do artigo primeiro: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Ou seja, o legislador constituinte brasileiro definiu o país como um sistema misto entre a representação e a participação. Se é verdade que as formas de representação foram muito mais fortemente institucionalizadas entre 1988 e hoje, isso não significa que temos no Brasil um sistema representativo puro, tal como ele existe em um país como a França.

Pelo contrário, a verdade é que o espírito da Constituição fica muito melhor representado a partir do decreto 8243, que institucionaliza uma nova forma de articulação entre representação e participação de acordo

-

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Disponível em 29/06/2014. http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-deregime-por-decreto-imp-,1173217

com a qual a sociedade civil pode sim participar na elaboração e gestão das políticas públicas<sup>66</sup>."

Assim, para Arvritzer, o decreto não inova e nem afronta o texto constitucional de 1988, mas simplesmente organiza uma das formas de participação popular.

Ainda para o autor, a temporalidade da representação está em crise, não só no Brasil, mas em todos os países do mundo devido principalmente à incapacidade de o poder legislativo se conectar com a sociedade. Por esta razão, todos os países democráticos tem buscado novas formas para o problema da baixa capacidade do parlamento de aprovar políticas públicas eficazes, demandadas pela sociedade.

Ou seja, não se pretende acabar com a representação, mas corrigir os déficits, principalmente hoje, quando a sociedade teve aumento no nível de informação por meio da internet e das redes sociais, onde os cidadãos se posicionam em relação a políticas específicas.

Nas palavras de Arvritzer "o que o decreto faz é aprofundar a democracia da mesma maneira que as principais democracias do mundo fazem, ao conectar mais fortemente sociedade civil e Estado.".67

O lider do partido Democratas na Câmara dos Deputados, Mendonça Filho, anunciou na tribuna do plenário no dia 02 de junho corrente, que irá colocar em votação um requerimento de urgência que inclui o decreto legislativo que revoga a criação de conselhos populares em pauta.

Mendonça criticou novamente o decreto, e comparou a presidente Dilma Roussef ao rei Luis XV, dizendo que ela está desmoralizando o Congresso.

O projeto de Decreto Legislativo 1.491/14 de autoria de Mendonça Filho e Ronaldo Caiado, revoga o Decreto 843/2014, assinado pela presidente no final de maio e já tem o apoio dos partidos: DEM, PPS, PSDB, Solidariedade, PR, PV, PSD, PSB E PROS<sup>68</sup>.

Em contrapartida, membros de organizações e alguns juristas também tem organizado seus manifestos a favor do decreto. Organizado por Fabio Konder Comparato, Celso de Mello, Dalmo Dallari, Jose Antonio Moroni e Joao Pedro Stedile, o manifesto de Juristas, Acadêmicos, intelectuais e movimentos sociais, tem recebido apoio de todos aqueles que acreditam na participação popular como forma de efetivação da democracia.

De acordo com o texto do manifesto em favor da Política Nacional de Participação Social, o decreto representa um avanço para a democracia brasileira por estimular os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta a considerar em espaços e mecanismos de participação social, que possam auxiliar o processo de formulação e gestão de suas políticas. O decreto não possui inspiração antidemocrática, pois não submete as instâncias de participação, os movimentos sociais ou o cidadão a qualquer forma de

<sup>66</sup> Disponível em 29/06/2014. http://www.institutojoaogoulart.org.br/noticia.php?id=11243

<sup>67</sup> Disponível em 29/06/2014. http://www.institutojoaogoulart.org.br/noticia.php?id=11243

<sup>68</sup> Disponível em 29/06/2014. www.folhapolitica.org/2014/06/jurista-ives-gandra-alerta-decreto-8243.html

controle por parte do Estado Brasileiro; ao contrário, aprofunda as práticas democráticas e amplia as possibilidades de fiscalização do Estado pelo povo.

A participação popular é uma conquista de toda a sociedade brasileira, consagrada na Constituição Federal. Quanto mais participação, mais qualificadas e próximas dos anseios da população serão as políticas públicas. Não há democracia sem povo.<sup>69</sup>

## Considerações finais

A Democracia é um tema que jamais será esgotado, pois assim como a sociedade evolui no tempo, a democracia também vai se moldando para atender aos anseios da sociedade.

O ideal democrático se faz presente na história do Brasil desde a primeira Constituição, datada de 1824. A Constituição do Império já trouxe ainda que de maneira tímida, ideais democráticos e assim a democracia foi caminhando até chegar na Constituição Cidadã de 1988.

O contexto histórico da Constituição de 1988 foi um tanto conturbado, visto que foi marcado por um regime autoritário, eleições indiretas e inexistência de partidos políticos e liberdades individuais.

Para alguns doutrinadores, as décadas de 1970 e 1980 foram de extrema importância do ponto de vista político-social, já que foram anos de organização de movimentos democráticos na busca da emancipação social.

Após muita luta, como resultado dessa fase conturbada na história do país, foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988, às 16 horas, a Constituição Brasileira de 1988, que foi aclamada pela sociedade e pelos constituintes como esperança de uma nova era da democracia brasileira.

A Constituição de 1988 representou um grande avanço na história do país, pois ela trouxe como princípio a democracia e garantiu ao povo que ele é soberano, detentor de todo o poder, podendo exercê-lo de maneira direta ou por meio de seus representantes.

Assim a participação se faz legítima e necessária para que haja um controle social das atividades da Administração, visando a diminuição das diferenças e uma distribuição dos investimentos para a área de Políticas Públicas na intenção de diminuir as desigualdades e propiciar uma vida mais digna à uma grande camada excluída da sociedade.

Com a criação do Plano Nacional de Participação Social, o governo incentiva a sociedade a participar ativamente da definição das Políticas Públicas exercendo a sua soberania garantida pelo art. 1º do texto constitucional.

O decreto em nada inova, pois os Conselhos já são uma realidade, devendo sim, ser consultados no que tange às políticas a eles relacionados.

A revolta da Assembléia demonstra o desinteresse de seus membros em respeitar e ouvir às demandas daqueles que os elegeram, talvez, se aplique a eles o que disse o deputado Mendonça Filho sobre a presidente, pois estão "reencarnando" Luís XV e pensando que o Estado a eles pertence e negando a

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Disponível em 29/06/2014. http://www.institutojoaogoulart.org.br/noticia.php?id=11258

opinião e a participação da sociedade nas decisões, cabe à sociedade, em resposta a esta atitude da Assembléia lembrá-los do texto constitucional, afinal "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente."

### Referências

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Fernando de Brito Alves. Curitiba: Juruá, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/ Luís Roberto Barroso. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BERCLAZ, Marcio Soares. *A natureza político-jurídica dos conselhos sociais no Brasil*: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.

Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. *Lei*  $n^o$  10 257 *de* 10 *de julho de* 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal , estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 10 de julho de 2001.

BRASIL. *Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinam, define crimes e dá outras providências. Brasília, 22 de dezembro de 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A participação popular e suas conquistas*. In: Cidadão constituinte: a saga das emendas populares. Coord. Carlos Michiles et al. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e participação sociopolítica*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

GOHN, Maria da Glória. *História dos Movimentos e lutas sociais:* a construção da cidadania dos brasileiros. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GUIMARÃES, Ulysses. Anais da Assembleia Nacional Constituinte: Brasília:

Senado Federal - Subsecretaria de Anais, v.25.1988.

HOBBES, Thomas. Leviatã. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KELSEN, Hans. 1881-1973. A Democracia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Marachco. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um estado para a sociedade civil.* 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia:* os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. Disponível em http://jus.com.br/artigos/3145. Acesso em 23 de setembro de 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*/ Antônio Carlos Wolkmer. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico:* Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

# DIREITOS SOCIAIS EM JUÍZO: POR UMA ESTABILIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Jamile Gonçalves Calissi<sup>70</sup>

#### Resumo:

O presente artigo faz uma análise sobre os direitos sociais e a sua sistemática de interpretação propondo, após constatações de sua pertença aos direitos fundamentais e identidades de objetivos, mas com naturezas diferenciadas, uma integração de sua aplicação em juízo através de técnicas decisionais pós-modernas e evolutivas, que consagram a singularidade de sujeitos e objetos.

## Introdução

Os direitos sociais merecem um olhar diferenciado.

Resultado direto do Estado Social, os direitos sociais, contudo, historicamente nem sempre proporcionam a fundamentação efetiva de um Estado do bem estar social.

Veja-se, por exemplo, o caso do Brasil.

Porquanto a existência formal de um rol de direitos sociais, dispostos na Constituição Federal de 1988<sup>71</sup>, autores diversos defendem a inexistência de um Estado Social propriamente brasileiro.

Esta é a síntese do Estado de modernidade tardia. No Brasil houve um Estado liberal, mas o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador atuou em defesa da elite e não cumpriu com as promessas da modernidade, ocasionando, até hoje um déficit social que supõe a fragilidade estatal<sup>72</sup>.

Os direitos sociais são de ordem subjetiva, mas possuem outras dimensões que não se encerram nesta concepção porque enquanto direitos fundamentais, estes, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o seu respeito e observância constituem fundamento de validação da ordem política e do estado democrático de direitos.

Assim, a proposta deste artigo é a discussão da segurança jurídica a partir de uma perspectiva de aplicação de direitos sociais e a integração de sua aplicação em juízo através de técnicas decisionais pós-modernas e evolutivas, que consagram a singularidade de sujeitos e objetos.

<sup>71</sup> Que contemplou tais direitos ao estabelecer um capítulo específico sobre direitos sociais, com previsão expressa no artigo 6º acerca da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, além, também, dos princípios e fundamentos do Estado brasileiro, nos quais é possível a constatação da existência de outros direitos sociais não previstos expressamente, e outros, ainda, no Título VIII específico sobre a Ordem Social.

 $<sup>^{70}</sup>$ Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, págs. 20-23.

#### 2. Os Direitos Sociais

O Estado Social, também chamado por alguns de Estado do bem estar (Welfare State) ou Estado providência, configura-se como resultado dos valores da solidariedade e igualdade.

Estado caracterizado pela intervenção, destacou-se a partir da Primeira Guerra, quando a crise de 1929 provocou um aumento nas despesas públicas e o Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt em 1933 lançou o projeto New Deal (Novo Ajuste) com base na ideologia keynesiana<sup>73</sup> para promover um desenvolvimento na infra-estrutura dos Estados Unidos.<sup>74</sup>

A realização de políticas assistenciais se dava dentro de instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação de despesa pública, a manutenção do emprego e a criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e auxílio econômico àqueles que necessitassem.

Na Inglaterra, nos anos 40, o lema dos trabalhadores era a "participação justa de todos", resumindo o universalismo da contribuição que era o fundamento do Estado Social.<sup>75</sup>

Insere-se no assunto, também, por oportuno, o *Constitucionalismo*, identificado como técnica da liberdade, técnica que assegurava aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e coloca o Estado em condições de não poder violá-los. É afirmativo, então, que o *Constitucionalismo* consistia na divisão de poderes de modo a impedir o absolutismo.<sup>76</sup>

Na esteira do movimento, surgiram no início do séxulo XX Constituições de destaque. Registra-se, então, especial atenção às Constituições Mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), nas quais era possível encontrar textos que alcançavam vigência ao firmar compromissos constitucionais com o direito econômico, direito dos trabalhadores, direito político e direito social.<sup>77</sup>

É possível afirmar, então, que o Constitucionalismo manifestou preocupação com o indivíduo enquanto parte integrante e essencial da

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> A ideologia keynesiana recebeu este nome por causa do economista inglês John Maynard Keynes e refere-se ao chamado neoliberalismo. O Estado neoliberal foi uma ampliação do Estado liberal. Este teve por característica o não intervencionismo estatal e propugnou, principalmente, pela livre iniciativa. Aquele tinha, a princípio, dois significados: primeiramente foi utilizado para adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências do Estado regulador e assistencialista (welfare state); depois, a partir da década de 70, sobretudo por conta da crise do petróleo, foi utilizado para defender a absoluta liberdade de mercado. O neoliberalismo é conhecido, também, como capitalismo corporativo, globalização corporativa ou, ainda, economia suicida.

<sup>74</sup> Além de desenvolver a infra-estrutura, o New Deal norte-americano também foi o responsável por várias ações econômicas e sociais que acabaram por criar as bases do welfare state.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, pág. 417.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> BOBBIO, MATTEUCCI e PAQUINO, 2004, id. ibid., pág. 250.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y Derechos Sociales, Revista Derecho del Estado no. 15. Bogotá. Dezembro de 2003, pág. 81.

sociedade, sendo fundamental seu papel nas mudanças de ideologia e de sócio-estrutural realidade como característica de um chamado Constitucionalismo Social, um importante movimento para proteger as garantias mínimas da dignidade do indivíduo.

O Estado, imbuído dessa ideologia, passou a se manifestar através de políticas públicas e sociais, verdadeiro sistema de ações com o objetivo de investimento social. Eis o surgimento do Estado Social que, posterior aos direitos sociais, passou a implementar os ideais referentes a eles.

Citando Contreras Peláez, Miguel Carbonell aponta três condições para a existência do Estado Social: a incapacidade do indivíduo satisfazer sozinho suas necessidades básicas; existência de riscos sociais que não poderiam ser enfrentados pelos modelos baseados em responsabilidade individual; início de um pensamento sobre a obrigação do Estado prover as necessidades básicas de seus indivíduos, sob pena de alegação de sua ilegitimidade.<sup>78</sup>

Os direitos sociais carregam historicamente, desde então, como pressuposto, a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna; assim, os direitos sociais necessitam que o Estado seja a sua referência, quer em uma perspectiva normativa e reguladora, quer em uma perspectiva prestacional.

> (...) os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.<sup>79</sup>

E, ainda,

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um "direito de participar do bem-estar social". Não se cuida mais,

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> CARBONELL, Miguel. Eficácia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Avila. La Protección Judicial de los Derechos Sociales. Quito: Ministério de Justicia e Derechos Humanos de Ecuador, 2009, págs. 57-58. "Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas; b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual; c) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad."

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pág 759.

portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.<sup>80</sup>

Em âmbito internacional, o primeiro momento de reconhecimento dos direitos sociais foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sucedido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, documento específico a respeito de tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 contemplou tais direitos ao estabelecer um capítulo específico sobre direitos sociais, com previsão expressa no artigo 6º acerca da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados Além disso, considerando os princípios e fundamentos do Estado brasileiro, é possível a constatação da existência de outros direitos sociais não previstos expressamente e outros, ainda, no Título VIII específico sobre a Ordem Social.

Contudo, os direitos sociais, ainda que dependentes de políticas públicas são, pois, também, de ordem subjetiva, oponíveis *erga omnes*, porque fundamentais, e possuem, também, outras dimensões que não se encerram nessa concepção porque enquanto direitos fundamentais, estes, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o seu respeito e observância, constituem fundamento de validação da nossa ordem política e do estado democrático de direito.

Assim concebidos, isto é, como direitos a que correspondem obrigações de fazer, a cargo não apenas do Estado, mas da sociedade, em geral — não por acaso, ao enunciar alguns desses direitos (e. g., saúde e educação), a nossa Carta Política afirma que eles constituem "direitos de todos e dever do Estado" —, a primeira e radical indagação que suscitam esses novos direitos é saber como torná-los efetivos sem sacrificar os valores liberais, a cuja luz devem ser mínimas quaisquer intervenções na vida dos cidadãos.81

Tais direitos, então, em oposição aos direitos individuais (ou direitos de defesa) que postulam uma abstenção estatal, são caracterizados por uma ação positiva do Estado e, a princípio, não comporiam o conteúdo do conceito de direito fundamental:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, págs. 56-57.

<sup>81</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, 2000, id. ibid., pág 760.

intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado.<sup>82</sup>

Contudo, a historicidade supõe que, da gênese dos direitos individuais surgiram os direitos sociais.

Após a primeira geração (dimensão) dos direitos que consagrou a liberdade com a proteção da propriedade privada e autonomia da vontade, da própria afirmação da liberdade através da oposição à escravidão, desenvolveuse o capital que, por sua vez, ao negar a liberdade em função da "escravidão" dos trabalhadores, criou os direitos sociais, denominados de segunda geração e antítese da própria tese.

Os direitos sociais, é possível dizer, se integram aos direitos fundamentais caracterizados pela preservação da dignidade humana, embora haja um campo de indeterminação e segundo a opção ideológica de cada Estado há um mínimo vital que liga os direitos sociais aos direitos fundamentais.

Assim:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.<sup>83</sup>

Robert Alexy, por sua vez, fez importante distinção entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais de prestação. Defendeu que o primeiro grupo referia-se aos direitos de prestação previstos de forma expressa, enquanto que o segundo grupo seria obtido através de interpretações sociais dos direitos de liberdade e de igualdade; direitos individuais, portanto.<sup>84</sup>

Na observação do autor os direitos sociais são chamados de direitos à proteção (em sentido estrito), e são aqueles condizentes com todos os direitos que clamam por uma ação positiva do Estado, sendo divididos em direitos cujo objeto é uma ação fática e direitos cujo objeto é uma ação normativa.

Comportam algumas variáveis: direitos à proteção, direitos a organização e procedimentos e direitos a proteções em sentido estrito (ou direitos sociais propriamente).85 Segundo o autor, todos devem ser subjetivos e

-

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, pag. 432.

<sup>83</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. São Paulo: Renovar, 2008, pág. 41.

<sup>84</sup> ALEXY, 2006, op. cit., pág. 499.

<sup>85</sup> São direitos a proteção "os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros." Direitos a organizações e procedimentos referem-se "tanto a direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais." Por fim os direitos à prestação que "são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares." ALEXY, 2006, id. ibid. págs. 451, 474 e 499.

de nível constitucional para pertencerem aos direitos a prestações em sentido amplo. Ou seja, não compõe o conjunto o direito subjetivo que não seja constitucional, tampouco o direito constitucional que não seja subjetivo (direito constitucional objetivo).<sup>86</sup>

Direitos sociais nesse contexto, portanto, são direitos à prestação (em sentido estrito), que exigem do Estado medidas para atenuar a desigualdade.<sup>87</sup>

- (...) os direitos fundamentais da Constituição Alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples...
- (...) O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo.<sup>88</sup>

Segundo disposição constitucional brasileira, e diferentemente da Constituição alemã, os direitos sociais são, além de substanciais, tal o conteúdo principiológico de sua característica de fundamentalidade, também formalmente fundamentais por força do Título II da Constituição Federal de 1988.

A maioria doutrinária trabalha somente a característica de norma programática aos direitos sociais porque, como *mandados de otimização*<sup>89</sup>, vinculariam os Poderes Públicos impondo-lhes o cumprimento imediato e direto através de políticas públicas eficazes e abrangentes.

Diferentemente, Vidal Serrano Nunes Júnior nega essa percepção única e defende que nem todos os direitos sociais são normas programáticas.

Segundo essa teoria aqui apontada, conceitualmente os direitos sociais não se resumem simplesmente em direitos prestacionais. De outra feita, são, pois, uma gama de direitos com identidades de objetivos, mas que, por vezes, não apresentam a mesma natureza.

Referido autor postula que o legislador, ao identificar os direitos sociais e verificar a necessidade de implementação da atuação estatal para construir resultados, deve observar cinco diferentes estratégias de positivação desses direitos, porque a Constituição Federal de 1988, ao positivar direitos sociais, não usou o método de análise eficacial clássico<sup>90</sup>:

a) A positivação por meio de normas programáticas;

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 86.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> ALEXY, 2006, id. ibid. págs. 450 e 451.

<sup>87</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, 2006, op. cit., pág. 143.

<sup>88</sup> ALEXY, 2006, op. cit. págs. 511 e 512.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, *passim*.

- b) A positivação por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos;
- c) A positivação por meio de garantias institucionais;
- d) A positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico;
- e) A positivação por meio de normas projetivas.

Vale lembrar, por oportuno, que a classificação aqui apresentada não considera a classificação clássica de José Afonso da Silva em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas de eficácia contida e eficácia imediata e eficácia limitada (normas de princípios institutivos e normas de princípios programáticos).<sup>91</sup>

No primeiro caso da classificação apontada, as normas programáticas, tal a densidade normativo-principiológica, não comportam efetivação clara e imediata, necessitando da intermediação de outros comandos legais. Nesta forma de positivação, o constituinte institucionalizou os direitos sociais apontando programas, diretrizes, tarefas ou finalidades a serem seguidas pelo Poder Público. Assim, a norma constitucional determinou um fim a que o Estado deve perseguir.

No segundo caso, diferentemente das normas programáticas, neste tipo de positivação a Constituição delimitou o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva imediatamente usufruível, sendo esta a característica mais clara quanto à sua fundamentalidade.

No terceiro caso, as garantias institucionais se estenderam ao campo da ordem constitucional social e contemplaram instituições sociais, consubstanciando direitos subjetivos públicos e organizando estruturas destinadas a garantir instituições próprias da vida compartilhada.

No quarto caso, as cláusulas limitativas do poder econômico têm por objetivos evocar a presença do Estado em matéria prestacional e determinar que os direitos fundamentais, enquanto categorias jurídicas, não devem se restringir a focar o Estado como único pólo, em contraposição com o indivíduo.

Por fim, o quinto caso, referente às normas constitucionais quando geram situações subjetivas de vínculo negativo, impondo a todos os destinatários, forjando o dever de respeito e contaminando de injuridicidade qualquer conduta com ela incompatível.

Assim, de uma forma ou de outra e, principalmente, quando os direitos sociais fazem referência à positivação por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos, eles têm uma estrutura normativa muito clara, a ponto de não deixar dúvida para o intérprete da presença de norma jus-fundamental plena e imediatamente exigível, com prerrogativa subjetiva, identificação incontroversa, objeto bem definido e dever jurídico direcionado ao Poder Público:92

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*.

<sup>92</sup> NUNES JUNIOR, 2009, op. cit., págs. 123 e 124.

Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público.

Opção constituinte por esta técnica de consagração, sobretudo quando, como nos casos dos direitos à educação e saúde, se fez com prescindência de lei (norma de eficácia plena), revela um propósito claro: o de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e pendengas partidárias.

Assim, independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua maioria legislativa, tais direitos devem ser observados, possuindo, inclusive, justiciabilidade.

São temas que a Constituição quis colocar acima das variações administrativas, partidárias e políticas, sendo certo que instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Judiciário, quando provocados, devem garantir sua aplicação.<sup>93</sup>

E finaliza, o autor, com a seguinte perspectiva:

Direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.<sup>94</sup>

Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet, apoiado em Robert Alexy e J.J. Gomes Canotilho, são dois os grupos de direitos fundamentas: os direitos de defesa e os direitos de prestação. Estes últimos, por sua vez, são divididos em direitos a prestação em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito. 9596

Classificações à parte, referido autor disciplina:

94 NUNES JUNIOR, 2009, id. ibid., págs. 127 e 128.

<sup>93</sup> NUNES JUNIOR, 2009, id. ibid., pág. 123.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n. 1, 2001, pág. 14. Disponível em <a href="http://www.direitopublico.com.br">http://www.direitopublico.com.br</a> Acesso em 03.jan.2013.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pág. 153.

De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais, havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações.<sup>97</sup>

Além do mais, e o mais importante, os direitos sociais também podem ser considerados direitos fundamentais em função de sua historicidade. Enquanto direitos de segunda geração, os direitos sociais nasceram porque, após o movimento absenteísta dos direitos de primeira geração, o cidadão se apercebeu de sua hipossuficiência e necessidade das prestações estatais.

Dessa forma, é possível dizer que os direitos sociais são uma evolução e contraponto dos direitos individuais porque somente estes teriam um suporte fático que os justificaria como fundamentais calcados na "garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal". <sup>98</sup>

(...) Os direitos fundamentais foram alçados à categoria de cláusulas pétreas nesta Constituição. (...) Os direitos coletivos são fruto do desenvolvimento dos direitos individuais; estes são majoritariamente de primeira geração, enquanto aqueles são da segunda e terceira geração. 99

Vencidas as etapas de constatação da fundamentalidade dos direitos sociais e de sua diversificação de formas de positivação que ensejam densidades e justiciabilidades diferenciadas, há ainda que se considerar dois pontos de intensa dependências de tais direitos: o mínimo existencial e a reserva do possível.

Ainda que possuindo densidades e justiciabilidades diversas os direitos sociais devem ser analisados como instrumentos garantidores, pelo menos, de um mínimo existencial para o cidadão.

A reserva do possível, por sua vez, traduz-se na possibilidade do Poder Público, na omissão de prestação de serviços básicos, justificar a sua conduta na sua incapacidade orçamentária.

Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de nada adiantam os recursos existentes serem suficientes.

-

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> SARLET, 2001, op. cit., págs. 17-18.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> SILVA, Afonso Virgilio da. O conteúdo essencial dos diretos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006, págs. 23-51.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> AGRA, Walber de Moura. Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Fabris, 2000, pág. 175.

É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma.<sup>100</sup>

Elevada a status de princípio, a reserva do possível, nascida no Tribunal Constitucional Federal Alemão, seria mais do que uma limitação orçamentária do Estado porque ao mesmo tempo em que determinaria a disponibilidade de recursos do Poder Público para servir direitos fundamentais, também observaria a proporcionalidade da prestação considerando a sua exigibilidade e a sua razoabilidade.<sup>101</sup>

Contudo, a se tratar de países periféricos, como é o caso do Brasil, o argumento acima despojado deve ser analisado com o cuidado que exige todo e qualquer argumento disposto alhures.

Justificar-se através de impossibilidade orçamentária para não oferecer os direitos que o cidadão faz jus, ainda mais quando tratar-se de direitos que o legislador criou para serem implementados por atuação pública, é no mínimo, estabelecer e orgulhar-se de estabelecer uma relação com uma falácia.

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem governa – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.<sup>102</sup>

Ainda mais quando a tríade direitos sociais, mínimo existencial e reserva do possível fazem parte de um mesmo cenário.

O mínimo existencial é um standard atrelado à dignidade humana para estabelecer que a todos deve ser fornecido um mínimo de direitos, um piso vital para uma existência digna.

Ainda, cumpre mencionar a chamada proibição de retrocesso dos direitos sociais, instituto também surgido na Alemanha que determina que "uma vez concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa" impedindo o legislador de abolir posições jurídicas por ele já estabelecidas. 103

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> SARLET, 2011, op. cit., pág. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> SARLET, 2011, id. ibid. pág. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> SARLET, 2011, id. ibid. pág. 359.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> SARLET, 2001, op. cit., pág. 34.

As diferenciações aqui apresentadas são importantes para se estabelecer o melhor modelo jurisdicional para os direitos sociais, considerando as suas formas de positivação referentes cada qual a uma densidade e justiciabilidade.

# 3. Por uma tutela jurisdicional segura e não standartizada frente às singularidades identitárias do pós-modernismo

A Constituição de 1988 é uma Constituição social. É marco fundamental do processo de desenvolvimento porque reconheceu a assistência social como política social que, junto com as políticas de saúde e de previdência social, compõem o sistema de seguridade social brasileiro.

Ao ampliar as formas de intervenção social do Estado e direcioná-lo aos princípios do estado do bem-estar social, a Constituição de 1988 rompeu com a lógica anterior, que relacionava as políticas sociais ao vínculo empregatício e estabeleceu a cidadania como parâmetro de atuação.

A Constituição Federal de 1988 transformou o sistema brasileiro de proteção social em um modelo de distribuição voltado para a proteção de toda a sociedade com foco na cidadania e igualdade entre as pessoas.

Contudo, o Brasil ainda é marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda.

A desigualdade social, por sua vez, tem o efeito de minar o desenvolvimento e, juridicamente, influenciar nos ditames da "justiça" na medida em que, frente à omissão estatal na efetivação dos direitos sociais, ao cidadão só resta o socorro perante o Poder Judiciário.

E esse socorro, em que impere a sistemática constitucional de distribuição voltada para a proteção da cidadania e igualdade entre pessoas, nem sempre se apresenta coerente porque quando não engessa a atuação do intérprete jurídico impondo decisões iguais através das famigeradas súmulas vinculantes, abre a possibilidade de decisões demasiadamente diferentes a respeito de situações fáticas muito parecidas.

Há um paradoxo em vigor, portanto.

A crítica quanto à tentativa das sumulas vinculantes brasileiras de "engessarem" a atividade interpretativa do aplicador do Direito é sempre cabível.

Neste sentido:

Pretender reproduzir um sentido de um texto é seqüestrar a ação do tempo e da história. Trata-se, pois, de uma cronofobia. E, como veremos, as súmulas são típicas manifestações de uma cronofobia do direito. [...] as súmulas vinculantes [...] nada mais são do que produto do 'uso reificante da linguagem jurídica. No imaginário oporcionado pela insitucionalização das súmulas, os juristas criam (inventam) o 'mundo jurídico', sto porque a crença nas palavras (portanto, nos verbetes sumulares) mantém a ilusão de que estas são parte integrante

(imanência) das coisas a conhecer, ou, pelo menos, com isto pode-se 'postular' a 'adequação' dos conceitos ao real.<sup>104</sup>

Significa dizer que, após a Emenda Constitucional nº 45, ao inserir expressamente na Constituição Federal a garantia da "razoável duração do processo", houve a adoção do precedente como fonte do direito, uma técnica pertencente ao sistema da common-law que tem nas decisões judiciais sua fonte primária do ordenamento jurídico.

É a tentativa brasileira de dar aos precedentes uma força vinculante.

Contudo, segundo Lênio Streck, a súmula vinculante tem por conseqüência o congelamento da interpretação da norma, pois estaria sendo transformada em um texto universalizante. Além do que, em virtude da filiação brasileira ao sistema romano-germânico, ou civil-law, as súmulas no Direito brasileiro não seriam precedentes e tampouco se regulariam pelo mencionado stare decisis.<sup>105</sup>

Nesse contexto, impossível não mencionar a imprescindibilidade da vinculação das súmulas aos precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni é enfático quanto à necessidade de uma súmula vinculante emergir de precedentes, para garantir a manutenção do Estado de Direito que requer, entre outras medidas, a variação gratuita no padrão decisório de um tribunal para o outro. 106

Deduz-se desse pensamento que variadas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente.

A simplicidade como as sumulas vinculantes são empregadas no Brasil, não garante eficácia ao sistema adotado e, tampouco, garante efetividade às questões referentes aos direitos sociais.

A tutela jurisdicional no pós-modernismo precisa considerar os sujeitos envolvidos no processo, além de observar questões identitárias, uma vez que as pessoas são diferentes em suas necessidades, e a igualdade só existirá a partir do "tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades". 107

<sup>104</sup> STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. págs. 112-119.

<sup>105</sup> STRECK, Lênio Luiz. O que é isto - O precedente judicial e as sumulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Segundo o mesmo autor, o sistema jurídico da common law tem como fundamento principal a teoria do stare decisis (da expressão latina: stare decisis et non quieta movere = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), consistente na vinculação para futuros casos da decisão tomada em caso anterior que guarde similitude.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> MACCORMICK, Neil. Rethoric and the rule of law - A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005. pág. 188.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. São Paulo: Martin Claret, 2003, pag. 49. A locução disseminada por Rui Barbosa é baseada na chamada igualdade aristotélica, hipótese em que o filósofo Aristóteles, ao estabelecer a distinção entre as coisas, criou o jogo entre identidade e diferença e, através de sua teoria da linguagem, estabeleceu a identidade com a dissolução da diferença pura. Estabeleceu-se, a partir daí, a ideia de gênero e diferença específica.

O Direito, para alguns, objeto resultante ao final da tutela jurisdicional, deve corresponder às expectativas das necessidades envolvidas considerando a identidade dos atores envolvidos.

Daí, porque, o Juiz não seria mera boca da lei, como defendia Montesquieu, mas operador e intérprete da norma na busca pelo Direito.<sup>108</sup>

A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Partindo do texto das normas e dos fatos, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos para a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do Direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados. A concretização implica caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o concreto. Por isso, interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje,

<sup>-</sup>

<sup>108</sup> Não se pode esquecer que a questão posta em discussão deve considerar o sentido da norma. Para alguns autores, como por exemplo, Tercio Sampaio Ferraz Junior, interpretar é compreender outra interpretação. Ou seja, alguns autores, subjetivistas, propugnam pela existência do Direito antes da interpretação da norma, tese diferente a do presente texto que investiga os autores que propõem o Direito como resultado da interpretação da norma. Oportuno, ainda, um breve resumo sobre os métodos de hermenêutica constitucional, esclarecendo que toda classificação não é esgotável. 1. HERMENÊUTICA CLÁSSICA ou JURÍDICA (tese da identidade entre Lei e Constituição) elaborada por Savigny e difundida por Ernest Forsthoff, tem como métodos o gramatical, o sistemático, o histórico, o sociológico e o teleológico ou finalista. Para este método, a Constituição é uma lei e, por isso, tem que ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica. 2. CIENTÍFICO-ESPIRITUAL ou MÉTODO VALORATIVO ou MÉTODO INTEGRATIVO ou MÉTODO SOCIOLÓGICO, que considera os valores contidos na Constituição, que é instrumento de integração. Pode ser aplicado em conjunto com o método sistemático de Savigny Foi desenvolvido por Pudolf Smeno. 3. TÓPICO-PROBLEMÁTICO baseado no TOPOS que é um esquema de pensamento, de raciocínio, argumentação, pontos de vista e lugares comuns. Para este método, um problema é sempre uma questão que permite mais de uma resposta. A tópica é uma técnica do pensamento problemático. Desenvolvido por Viehweg, prega o exame do caso concreto. 4. NORMATIVO-ESTRUTURANTE de Friedrich Müller. Aqui a norma é produto da conjugação do texto da norma (programa normativo) com a realidade social (domínio normativo).. 6. HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR. A técnica começa com a pré-compreensão do texto analisado. Foi legado por Konrad Hesse que defendeu que a norma é um produto da interpretação constitucional, e esta se dá através dos elementos objetivos extraídos da realidade social e dos elementos subjetivos que atribui o sentido mais justo aplicado à Constituição. 7. INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUICIONAL que defende a Constituição como um conjunto de normas relacionadas a fatos e valores sociais. Utiliza como técnica a ponderação de bens e interesses e considera os princípios, na esteira de Robert Alexy e sua Teoria da Argumentação Jurídica, como elementos imprescindíveis à hermenêutica. 8. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES de Peter Häberle, para quem o verdadeiro intérprete da constituição é a sociedade, titular do poder constituinte.

interpretação do Direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.<sup>109</sup>

Ou seja, sem a mediação criadora do intérprete autêntico (Juiz) de Kelsen<sup>110</sup>, não haverá o Direito, senão, um mero elenco de normas em potencial.<sup>111</sup>

Karl Larenz também defendeu a interpretação como forma de estabelecer o Direito quando propugnou pela Jurisprudência como ciência que se ocuparia do sentido das normas e formulou sua teoria de aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos defendendo-os como aspectos imanentes da própria interpretação jurídica:

Como resultado do que até aqui foi dito, na Jurisprudência trata-se, para além da compreensão de expressões lingüísticas, do sentido normativo que a eles correspondem (...) A Jurisprudência é precisamente por isso uma ciência abstraia-se, por um momento, da objecção dos partidários de um conceito <cientificista> de ciência - porque problematiza por princípios textos, quer dizer, questiona-os relação com as diferentes possibilidades interpretações (...) Seria deste modo um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente <obscuros>, <poucos claros> ou <contraditórios>; pelo contrário, em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.<sup>112</sup>

Contudo, não se pode esquecer que a questão posta em discussão deve considerar o sentido da norma.

Para alguns autores, como por exemplo, Tercio Sampaio Ferraz Junior, "interpretar é compreender outra interpretação." <sup>113</sup>

Ou seja, é possível dizer que alguns autores chamados subjetivistas propugnam pela existência do Direito antes da interpretação da norma.

E interpretar, nos dizeres de Carlos Maximiliano é "explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, da frase, sentença ou

<sup>109</sup> GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006, pág. 472.

 $<sup>^{110}</sup>$  KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado.  $6^{\rm o}$ ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

 $<sup>^{111}</sup>$  GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. 6º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, págs. 283–284.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1980, pág. 30.

norma, tudo que na mesma se contém"<sup>114</sup>, é "determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito"<sup>115</sup>, sendo certo que hermenêutica é diferente de interpretação, na qual "esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar".<sup>116</sup>

Assim, "hermenêutica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito." <sup>117</sup>

Consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um facto determinado. Por outras palavras, tem por objecto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.<sup>118</sup>

### E, ainda:

O vocábulo Auslegung, por exemplo, abrange o conjunto das aplicações da Hermenêutica; resume os significados de dois termos técnicos ingleses - Interpretation e Construction; é mais amplo e ao mesmo tempo mais preciso do que a palavra portuguesa correspondente - Interpretação. Não é de admirar, portanto, que os alemães, como dispunham de um vocábulo completo para exprimir uma idéia, o adotassem de preferência. Demais, entre eles se tornou comum o emprego de Her-meneutik e Auslegung, como entre nós o de Hermenêutica e Interpretação, na qualidade de sinônimos.<sup>119</sup>

E Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, fazendo menção a Karl Larenz e Fernández-Largo, finalizam:

Trata-se, então, de uma exigência ontognosiológica — inerente ao ser e ao conhecer da experiência jurídica — que decorre da natureza histórico-dialética do processo de compreensão do Direito, em cujo âmbito se fundem, necessariamente, como momentos distintos, mas

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermeneutica e Applicação do Direito. Rio de Janeiro: O Globo, 1923, pág. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> MAXIMILIANO, 2003, id. ibid., pág. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> MAXIMILIANO, 2003, id. ibid., pág. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> MAXIMILIANO, 1923, id. ibid., pág. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> MAXIMILIANO, 2003, op. cit., pág. 17.

complementares, os instantes de produção, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos.<sup>120</sup>

# Na aplicação do Direito:

Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da *espécie*, as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais.

Busca-se, em primeiro lugar, o grupo de tipos jurídicos que se parecem, de um modo geral, com o fato sujeito a exame; reduz-se depois a investigação aos que, revelam semelhança evidente, mais aproximada, por maior número de faces; o último na série gradativa, o que se equipara, mais ou menos, ao caso proposto, será o dispositivo colimado.<sup>121</sup>

Em que pese o contexto até aqui apresentado, não se pode perder de vista o fato de que, contrariamente à realidade da súmula vinculante há também outra realidade não menos incoerente: decisões demasiadamente diferentes a respeito de situações fáticas muito parecidas.

Atualmente, na necessária implementação de políticas públicas e, muitas vezes, do criticado "ativismo judicial", o sujeito que pleiteia uma tutela jurisdicional, é refém de "diversas formas de interpretação" de uma "hermenêutica jurídica em crise" 122 e, embora haja concordância de que o Juiz não pode ser mera "boca da lei", há a necessidade de observação de parâmetros interpretativos para que se garanta tanto a segurança jurídica do jurisdicionado quanto a efetividade da atuação do intérprete da norma.

Mais uma vez, não se está a propor uma standartização das decisões judiciais como pretendem as súmulas vinculantes, porque, embora hoje o capitalismo e a globalização espalhem uma homogeneização de comportamentos, o sujeito é singular e as identidades (principalmente as culturais) se formam a partir das diferenças.

O objetivo é o de chamar a atenção para os excessos: embora muitas questões sociais sejam parecidas, porque na maioria das vezes resultantes da omissão pública na implementação de políticas sociais, não devem elas ser

um

rin-

com

icos

lin-

eles

mes

ıma

ível

ısão

<sup>120</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, 2006, op. cit., pág. 86.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> MAXIMILIANO, 2003, op. cit., pág. 20.

<sup>-</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

tratadas por uma metodologia jurisdicional tendencialmente homonogeneizante que não considera as diferenças no momento de "dizer" o Direito e socorre-se nas famigeradas súmulas vinculantes com a justificativa de segurança jurídica.

O igual não significa segurança jurídica. E, enfatize-se, embora seja razoável considerar as diferenças humanas como fatores determinantes na busca pelo Direito, quando o assunto é direito social e, mais ainda, quando a omissão pública impede a sua implementação, faz-se necessária uma análise contrabalanceada entre o bem jurídico pleiteado e as diferenças identitárias envolvidas na questão.

E a grande questão que se apresenta quanto a implementação dos direitos sociais atualmente e a participação estatal nesse processo é o seu embate com os ditames do pós-modernismo.

Ainda que para Paul Ricoeur, p. ex., o indivíduo seja ético-político justificado pela subjetividade de um sujeito de direito que faz jus aos direitos do homem enquanto tal e não porque pertencente a um coletivo<sup>123</sup>, é forçoso reconhecer a fragmentação da sociedade pós-moderna.

E, já superando o sujeito inventado cartesiano, racional e centrado<sup>124</sup>, o sujeito de hoje é fragmentado, "descentrado"<sup>125</sup> e devoto de novas necessidades.

Soma-se à problemática pós-moderna aqui apresentada a questão da existência de um núcleo essencial afeito a tais direitos, apesar de não estarem expressamente previstos como cláusulas pétreas.

O desenvolvimento constitucional pressupõe núcleos materiais essenciais alicerçados sobre consensos (normativos) em torno de um concentrado de "valores e princípios fundamentais" (limitação jurídica do poder, liberdade e autodeterminação do indivíduo, socialidade, organização do poder político, princípios estruturais). 126

Referem-se, pois, a "matérias com indiscutível dignidade constitucional e a consequente superioridade sobre as leis ordinárias."<sup>127</sup>. É, portanto, uma técnica de

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> RICOEUR, Paul. A identidade narrativa e o problema da identidade pessoal. Trad. Carlos João Correia. Arquipélago, n. 7, 2000, págs. 177-194.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Importante lembrar que o sujeito cartesiano é o sujeito do cogito, ou seja, elemento do conhecimento obtido como resultado de uma reflexão solitária a partir de si-mesmo. (DESCARTES, René. Discurso do Método. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

<sup>125</sup> HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. Modernamente, são três os sujeitos: sujeito do Iluminismo, sujeito sociológico e sujeito pós-moderno. O sujeito do Iluminismo foi o primeiro sujeito moderno e era coeso e unificado; em seguida o sujeito sociológico baseado em atos inter-relacionais; e por fim, o sujeito pós-moderno, descentrado. Na primeira concepção, o indivíduo é entendido em si mesmo; na segunda concepção, o indivíduo é entendido a partir da perspectiva entre o mundo pessoal e o mundo público; na terceira concepção, o indivíduo não tem uma identidade estável, é "descentrado" e fragmentado.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6° ed, Coimbra: Almedina, 1993, pág. 108. <sup>127</sup> CANOTILHO 1993, id. ibid., pág. 71.

garantia da essência constitucional adotada quando do estabelecimento da nova ordem político-jurídica.

E hoje o debate em torno do assunto tem status principiológico:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

(...)

Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada.<sup>128</sup>

De certo, porém, que, em que pese a complexidade estrutural dos direitos sociais, a sua relevância jurídica se sobrepõe na medida em que crescem as necessidades de prestações do Estado visando à satisfação das necessidades básicas para uma vida digna do cidadão.

Nesse ínterim, já é possível falar hoje em uma interpretação constitucional evolutiva<sup>129</sup> para uma implementação mais adequada dos direitos sociais.

Ou seja, na esteira do posicionamento neoconstitucional, a interpretação evolutiva considera a progressiva concretização dos princípios constitucionais para promover a alteração na compreensão dos significados e não na alteração da "letra da lei".

Princípios, portanto, passam a ser o "carro-chefe" para a efetivação de direitos fundamentais, nestes incluídos os direitos sociais.

Nesse passo, necessária a análise da questão a partir de Dworkin e Alexy, para, através de modelos de fundamentação, encontrar um caminho para estabelecer na interpretação contemporânea, adequadas formas de concretização do comando legal.

Inevitável, então, a diferenciação entre princípios e regras.

Para Ronald Dworkin, os princípios, enquanto standards, são os próprios direitos individuais que cada cidadão possui. De outra feita, existe a política, que se refere ao conjunto de metas utilizadas para se alcançar os princípios.

A lei, então, é um projeto de valoração ética e moral, diferentemente do caráter meramente discritivo que Hart atribuiu a ela.<sup>130</sup>

Assim:

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. págs. 243-244.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4º ed.. São Paulo: 2001, pág. 145.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 321.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>131</sup>

Nesse ínterim, os princípios, então fazem referências a valores que conduzem a uma decisão. E o juiz, ao proferir uma sentença e, consequentemente, escolher uma das partes, realiza uma tarefa política. Ou seja, ele se posiciona e fundamenta a sua decisão; a decisão, além de pertencer a uma lógica binária do certo ou errado é, também, formada por toda uma bagagem de pré-conceitos, própria do indivíduo.

Ou seja, toda decisão é política.

Assim, para Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo em uma concepção de integridade. O Direito refere-se exatamente ao princípio. Normas e princípios, não possuem uma diferenciação rígida. Tudo depende do contexto e não há a possibilidade de ponderação entre princípios.

Já para Robert Alexy a ponderação faz parte do processo interpretativo, como pilar para a resolução de colisões de princípios e manutenção de sua normatividade sem a sua exclusão do ordenamento jurídico.

Os princípios, então, para Alexy são mandados de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. <sup>132</sup>

As regras, por sua vez, ou são aplicadas ou não. São, pois, mandamentos definitivos.

Em caso de colisão, os métodos de solução também são diferentes em relação ao conflito entre princípios e o conflito entre regras.

Existem dois tipos de solução de conflitos de regras: através da introdução de cláusula de exceção em uma das regras, eliminando a não utilizada; por meio de declaração de invalidade de uma das normas. Neste caso, o método é o da subsunção e está atrelado ao campo de validade da norma.

63

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> DWORKIN, 2007, id. ibid., pág. 39.

<sup>132 &</sup>quot;Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em condições jurídicas" (SILVA, Afonso Virgilio da. O conteúdo essencial dos diretos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006, págs. 23-51).

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> ALEXY, 2006, op. cit., pág. 92.

Quanto aos princípios, os conflitos são resolvidos por ponderação, sopesamento, sendo que um dos princípios abre espaço para o outro. 134

Virgílio Afonso da Silva, em crítica à diferenciação fácil feita por alguns autores entre princípios e regras, estabelece o seu entendimento:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantemse direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto.

(...) No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total naquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) prima facie e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. <sup>135</sup>

E, ainda, imperioso atrelar o tema à custosa questão da técnica decisional chamada de proporcionalidade, diretamente aplicada aos princípios.

A proporcionalidade, enquanto técnica de decisão, inevitavelmente deve considerar aspectos de adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, esta, referindo-se necessariamente, ao sopesamento e ao verdadeiro mandamento de ponderação, tratado mais adiante.

Dentro da proporcionalidade há que se considerar, ainda, mais dois outros aspectos vitais: a proibição de excesso, tema intimamente ligado ao Estado Liberal e, portanto, aos direitos de abstenção do Estão, e a proibição de insuficiência, aspecto que faz direta referência aos Estado Social Democrático e, portanto, inevitavelmente, aos direitos sociais.

Assim, o intérprete necessita, ao mesmo tempo, respeitar o núcleo essencial do direito analisado e não desguarnecer a proteção ao outro direito em colisão.

Ao mesmo tempo em que o operador do direito tem que respeitar os limites superiores da proibição de excesso, ou seja, intervenção mínima do Estado por tratar-se da dimensão negativa das liberdades públicas, também tem que respeitar os limites inferiores da proibição de não insuficiência, que exige

.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> ALEXY, 2006, id. ibid., pág. 93.

 <sup>&</sup>lt;sup>135</sup> SILVA, Virgilio Afonso da. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.
 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 45.

que o operador, obrigado a praticar uma ação, não deixe de alcançar os limites mínimos previstos para o ato.<sup>136</sup>

Sob esta nova ótica interpretativa, não deixando de considerar o mínimo vital, mas já superando a questão da sua ponderação em relação à reserva do possível, há que se considerar, também, a influência do Direito Internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

É fato de amplo conhecimento que até o advento da emenda constitucional nº 45, no Brasil havia a discussão acerca do status de um tratado internacional de direitos humanos. Uma vez incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, dúvidas pairavam quanto a sua natureza de norma constitucional ou infraconstitucional.

Seguindo a procedibilidade inerente a um dualismo<sup>137</sup> moderado, a internalização de qualquer tratado internacional exigia a aprovação *ad referendum* do Congresso Nacional, e não fazia isso por meio de lei (se assim fosse, seria um dualismo extremado), antes disso, procedia-se através de decreto legislativo, concentrando-se as críticas justamente nesse instrumento, pelo qual seria impossível, através dele, atribuir status constitucional a um tratado internacional de direitos humanos.

Com a emenda constitucional nº 45, foi introduzido o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal objetivando estabelecer, em definitivo, o status formal e material de norma constitucional para aqueles tratados que, sendo de direito humanos, deverão, a partir dela, observar o quorum de emenda constitucional.

Após esse advento, além de se estabelecer a natureza constitucional de alguns tratados internacionais, inevitavelmente, criou-se um novo sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, com o nascimento da teoria da dupla compatibilidade vertical material.<sup>138</sup>

Ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados com quorum de emenda à Constituição, são, além de materialmente, também formalmente equiparados a normas constitucionais e, portanto, poderão ser paradigmas de controle das normas infraconstitucionais.<sup>139</sup>

A dupla compatibilidade vertical traduz-se, então, na necessidade de toda lei infraconstitucional guardar concordância com a Constituição e, agora, com o tratado internacional de direitos humanos devidamente internalizado. A

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Para uma compreensão mais aprofundada do tema, consultar CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos Direitos Sociais. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

<sup>137</sup> A teoria dualista caracteriza-se basicamente por considerar direito interno e direito internacional realidades e sistemas absolutamente distintos. Formulada primeiramente por Carl Heinrich Triepel em 1899, mas só denominada assim por Alfred Verdross em 1914, essa teoria seria mais tarde adotada pelos italianos, sobretudo por Dionísio Anzilotti que, em 1905 fez algumas alterações na teoria original concebendo a possibilidade de, em alguns casos, o direito internacional ser aplicado internamente sem a devida alteração (ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62).

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2º ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 239.

lei que for contrária ao tratado internacional, enquanto não alterada, terá vigência, mas não validade, configurando-se naquilo que o Ministro Gilmar Mendes chama de "efeito paralisante."  $^{140}$ 

Desta feita, possível elaborar o entendimento sobre o que seja o controle de convencionalidade.<sup>141</sup>

Na definição de convencionalidade, esta teoria tem como corolário a concepção de quatro espécies de controle, a saber, controle de legalidade, controle de supra legalidade, controle de constitucionalidade e, finalmente, o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade não requer autorização internacional. Uma vez vigente no ordenamento jurídico brasileiro o tratado internacional de direitos humanos, os juízes e tribunais podem promover um controle difuso compatibilizando as leis com o conteúdo do tratado.

Importante ressaltar que, pela tese defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli, os tratados e convenções de direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda constitucional nº 45 ou que ingressaram após esta emenda, mas não observaram a formalidade de quorum qualificado (submetendo-se, portanto, à internalização preconizada pelo § 2º do artigo 5º da Constituição), são considerados normas com status constitucional e os tratados e convenções de direitos humanos adotantes do procedimento especial do § 3º do artigo 5º da Constituição são considerados equiparados a emenda constitucional. Na prática isso significa dizer que ambos possuem grau hierárquico de norma constitucional e, portanto, condicionam todo o ordenamento jurídico no tocante ao controle de convencionalidade; contudo, no caso dos tratados e convenções internalizados pelo procedimento especial, haverá a irradiação como parâmetro para o controle difuso e concentrado de convencionalidade.

A interpretação evolutiva, então, passou a ser uma opção bastante consistente na efetivação dos direitos sociais.

Na esteira do modelo proposto por Alexy baseado em sopesamento e considerando que "o que é devido prima facie seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente"<sup>142</sup>, Luis Roberto Barroso expõe sua interpretação evolutiva:

Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Termo cunhado pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-1 ao indicar à época a supralegalidade dos tratados internacionais que não adentrassem o ordenamento jurídico brasileiro seguindo a formalidade do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, momento em que o STF entendeu que com a adoção da tese da supralegalidade, todas as leis que não guardassem compatibilidade com as normas supralegais, deveriam ser expurgadas do sistema, por restarem derrogadas.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Os conceitos a respeito do tema foram enfrentados pelo STF no RE n° 466.343/SP e HC 87.585/TO, a respeito da posição hierárquica dos tratados e convenções incorporados ao nosso ordenamento que versem sobre direitos humanos.

<sup>142</sup> ALEXY, 2006, pág, 514.

sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. 143

Assim, o processo de análise de um caso envolvendo direito social deve por imediato considerar sua condição de direito fundamental, o que remete a análise para a ótica do direito exarado dos princípios, considerar a atividade de interpretação com base em uma hermenêutica evolutiva e, ainda, avaliar a interferência de normas internacionais na demanda.

# 4. À guisa de conclusões

Como resultado direto do Estado social, os direitos sociais, entretanto, nem sempre fundamentam a validade daquele.

O Estado Social caracteriza-se pela intervenção e, tendo destacado-se a partir da Primeira Guerra, quando a crise de 1929 provocou um aumento nas despesas públicas e o Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt em 1933 lançou o projeto New Deal com base na ideologia keynesiana para promover um desenvolvimento na infra-estrutura dos Estados Unidos, no Brasil sua característica marcante foi a de promover os interesses da elite, consagrando, até hoje, um déficit social e fragilidade estatal.

Os direitos sociais são de ordem subjetiva, mas possuem, ainda, outras dimensões que não se encerram nesta concepção porque enquanto direitos fundamentais, estes, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o seu respeito e observância constituem fundamento de validação da nossa ordem política e do estado democrático de direitos.

E, em que pese o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador brasileiro ter atuado em defesa da elite e não ter cumprido com as promessas da modernidade, a Constituição de 1988, enquanto Constituição social, é um marco fundamental do processo de desenvolvimento porque reconheceu a assistência social como política social que, junto com as políticas de saúde e de previdência social, compõem o sistema de seguridade social brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 transformou o sistema brasileiro de proteção social em um modelo de distribuição voltado para a proteção de toda a sociedade com foco na cidadania e igualdade entre as pessoas.

Entretanto, não há dúvida de que o Brasil ainda é marcado por profunda desigualdade social, fruto de persistente política oligárquica e da mais escandalosa concentração de renda.

E, enquanto a desigualdade social tem o efeito de minar o desenvolvimento e, juridicamente, influenciar nos ditames da "justiça" na medida em que, frente à omissão estatal na efetivação dos direitos sociais, ao cidadão só resta o socorro perante o Poder Judiciário, em que impere a sistemática constitucional de distribuição voltada para a proteção da cidadania e igualdade entre pessoas, essa distribuição nem sempre se apresenta coerente

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> BARROSO, 2001, pág. 135.

porque quando não engessa a atuação do intérprete jurídico impondo decisões iguais através das famigeradas súmulas vinculantes, abre a possibilidade de decisões diferentes a respeito de situações muito parecidas.

Assim, a percepção de que a tutela jurisdicional no pós-modernismo precisa considerar todos os sujeitos envolvidos no processo, e também de observar questões identitárias, uma vez que as pessoas são diferentes em suas necessidades, e a igualdade só existirá a partir do tratamento que considere as diferenças existentes.

Daí há a necessidade de observação de parâmetros interpretativos que considerem as singularidades humanas para que se garanta tanto a segurança jurídica do jurisdicionado quanto a efetividade da atuação do intérprete da norma.

Por isso, embora seja razoável considerar as diferenças humanas como fatores determinantes na busca pelo Direito, quando o assunto é direito social, faz-se necessária uma análise contrabalanceada entre o bem jurídico pleiteado e as diferenças identitárias envolvidas na questão, porque o sujeito de hoje é fragmentado, "descentrado" e devoto de novas necessidades.

## Bibliografia

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição*: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Fabris, 2000.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4º ed.. São Paulo: 2001.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos Direitos Sociais*. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6º ed, Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel. *Eficácia de la Constitución y derechos sociales*: esbozo de algunos problemas. In: La Protección Judicial de los Derechos Sociales. Quito: Ministério de Justicia e Derechos Humanos de Ecuador, 2009, págs. 57-58.

DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3° ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 179.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação do Direito*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002,

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constitución y Derechos Sociales*. Revista Derecho del Estado no. 15. Bogotá. Dezembro de 2003.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law* – A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermeneutica e Applicação do* Direito. Rio de Janeiro: O Globo, 1923.

\_\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2º ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito Constitucional. 4º ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3º ed., tomo II, Coimbra: Coimbra, 1991.

Teoria do estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte* – Ensaios sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Revista de Informação Legislativa*. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez. 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Reflexões para uma nova teoria sobre o Poder Constituinte*: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. Revista CEJ, Brasília, ano XIII, nº 44, pág. 53-64.

RICOEUR, Paul. A identidade narrativa e o problema da identidade pessoal. Trad. Carlos João Correia. Arquipélago, n. 7, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n. 1, 2001, pág. 14. Disponível em <a href="http://www.direitopublico.com.br">http://www.direitopublico.com.br</a> Acesso em 03.jan.2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Afonso Virgilio da. *O conteúdo essencial dos diretos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006.

\_\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas vinculantes*: em busca de algumas projeções hermenêuticas. Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. págs. 112-119.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_\_. *O que é isto* – O precedente judicial e as sumulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional* – Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

# ENSAIO SOBRE A MANUTENÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Wellington Boigues Corbalan Tebar<sup>144</sup>

#### Resumo

Com o advento da Emenda Constitucional n.66/2010, discute-se se o instituto da separação judicial teria sido abolido do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os vetores investigativos necessários à correta interpretação da referida alteração constitucional, parece que, neste caso específico, deve-se utilizar do fundamento da utilidade. O objeto deste trabalho, então, é restrito, pois se limitou a analisar a utilidade da manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, pois, se alguma utilidade houver, então a sua manutenção estaria, a princípio, justificada. A nosso ver, há só uma utilidade que o instituto da separação judicial ainda pode oferecer: o restabelecimento da sociedade conjugal (previsto inicialmente no artigo 46 e parágrafo único da Lei 6.515/77 e mantido, com algumas alterações, pelo artigo 1.577 e parágrafo único do Código Civil de 2002). É este, portanto, o objeto de análise deste trabalho científico.

## Introdução

O artigo 226, §6°, da Constituição Federal previa que: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Com o advento da Emenda Constitucional nº66 de 2010, o artigo 226, §6°, da Constituição Federal, foi substancialmente modificado, passando a ter a seguinte redação: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Nota-se que a Emenda Constitucional nº66 de 2010 suprimiu toda a segunda parte do dispositivo constitucional em questão, reduzindo-o a uma simples disposição afirmativa incondicional, pois o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, independentemente da comprovação de qualquer requisito prévio.

Em razão da supressão de toda a segunda parte do artigo 226, §6°, da Constituição Federal, vários doutrinadores estão defendendo o desaparecimento, do ordenamento jurídico, do que ali estava previsto, isto é, da separação judicial. Argumenta-se que se o legislador constituinte reformador suprimiu a exigência da separação judicial prévia para o divórcio, então era de

-

<sup>144</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-graduado em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Graduado pelas Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Professor Titular de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Supervisor de Prática Profissional do Fórum Simulado das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Advogado. E-mail: wellingtontebar@hotmail.com.

sua vontade que aquele instituto fosse banido do ordenamento jurídico brasileiro.

Curiosamente, entretanto, estes mesmos doutrinadores defendem a manutenção, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da separação de fato, o que nos parece contraditório, pois se o fundamento do banimento da separação judicial reside no fato de que sua exigência, para fins de divórcio, foi suprimida pelo legislador constituinte reformador, então, pelas mesmas razões jurídicas, igual destino deveria ser imposto à separação de fato, pois também suprimida pela reforma constitucional.

O argumento utilizado, por estes doutrinadores, para salvar o instituto da separação de fato do banimento é que esta ainda é útil do ponto de vista jurídico (e fático). Por exemplo, a pessoa casada, separada de fato, está autorizada por lei a constituir união estável, independentemente de reconhecimento judicial da extinção do vínculo conjugal (artigo 1.723, §1º, do Código Civil).

Ora, se o fundamento a ser utilizado para se decidir pelo banimento ou não dos institutos suprimidos pela reforma constitucional é a utilidade jurídica (e não propriamente a supressão em si), então nos cabe aqui analisar se há alguma utilidade na manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Veja então que o objeto deste trabalho é restrito, pois, para se conseguir a correta interpretação do texto constitucional, reformado diga-se, será utilizado como vetor investigativo a utilidade da manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, pois, se alguma utilidade houver, então a sua manutenção estaria, a princípio, justificada.

A nosso ver, há só uma utilidade que o instituto da separação judicial ainda pode oferecer: o restabelecimento conjugal (previsto inicialmente no artigo 46 e parágrafo único da Lei n.6.515/77 e mantido, com algumas alterações, pelo artigo 1.577 e parágrafo único do Código Civil de 2002). Será este, portanto, o objeto deste trabalho científico.

O método utilizado para a realização desta investigação será o dedutivo, pois se partirá de uma premissa maior (fundamento da utilidade como vetor de manutenção de institutos no ordenamento jurídico), ao mesmo tempo em que se investigará a premissa menor (se há utilidade ou não da manutenção do instituto da separação judicial), para fins de se obter a conclusão (permanência ou não do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro).

#### 1 O restabelecimento da sociedade conjugal

Antes de adentrarmos ao tema, apresentaremos, brevemente, a polêmica envolvendo as alterações provocadas no artigo 226, §6º, da Constituição Federal, em razão da promulgação da Emenda Constitucional n.66/2010. A polarização de posições se dá tanto em sede doutrinária, quanto em sede jurisprudencial.

O artigo 226, §6°, da Constituição Federal previa que: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". Com o advento da Emenda Constitucional n.66/2010, o artigo 226, §6°, da Constituição Federal foi substancialmente modificado, passando a ter a seguinte redação: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Em razão da supressão de toda a segunda parte do artigo 226, §6°, da Constituição Federal, vários doutrinadores estão defendendo o desaparecimento, do ordenamento jurídico, do que ali estava previsto, isto é, da separação judicial<sup>145</sup>. Argumenta-se que se o legislador constituinte reformador suprimiu a exigência da separação judicial prévia para o divórcio, então era de sua vontade que aquele instituto fosse banido do ordenamento jurídico brasileiro<sup>146</sup>.

Assim também têm se manifestado alguns julgados, no sentido de que se a reforma constitucional suprimiu a exigência da separação judicial para a postulação do divórcio, então aquele instituto jurídico foi retirado do ordenamento jurídico<sup>147</sup>.

\_

146 Neste sentido, Cf. CARVALHO, Dimas Messias de. Divórcio judicial e administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; LOBO, Luiz Paulo Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências. 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. Primeiras reflexões. 2010; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol.5: direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Segundo os referidos autores: "Como primeiro impacto da PEC do Divórcio a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação do direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico" (p.285); TEIXEIRA, Elaine Cardoso de M. Novais. A nova emenda constitucional do divórcio: mais um avanço no caminho jurídico das relações familiares. Revista FIDES, Natal, v.1, n. 2, ago/dez/2010, p.19-26.

147 EMENTA: FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL - RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL - SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - POSSIBILIDADE - EFEITOS JURÍDICOS ADSTRITOS SOMENTE ÀS SEPARAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS POSTERIORMENTE À SUA ENTRADA EM VIGOR - APLICAÇÃO, AO CASO CONCRETO, DO DISPOSTO NO ART.46 DA LEI 6.515/77 - PROVIMENTO DO RECURSO. - A despeito da Emenda Constitucional nº 66/2010 ter efetivamente retirado o instituto da separação judicial do mundo jurídico, os efeitos jurídicos daquelas separações ocorridas anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda subsistem. - Os efeitos

<sup>145</sup> Segundo Euclides de Oliveira, diz-se que a separação é judicial porque depende, obrigatoriamente, de intervenção judicial. Há duas espécies, a depender do procedimento adotado e das causas do pedido de separação: (1) separação judicial consensual e a (2) separação judicial litigiosa (OLIVEIRA, Euclides de. *Quais as causas podem justificar uma separação*. *In*: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres - mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999, p.79). A separação judicial consensual se dá quando os cônjuges forem casados por mais de um ano e manifestarem o mutuo consentimento perante o juiz, que homologará o acordo (art.1.574 do Código Civil). Por sua vez, a separação judicial litigiosa pode se dar de três formas: (1) pela imputação ao outro cônjuge de qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (art.1.572 c.c art.1.573 do Código Civil); (2) pela prova da ruptura da vida em comum há mais de um ano e da impossibilidade de sua reconstituição (art.1572,§1º, do Código Civil); e (3) quando o outro cônjuge estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (art.1.572, §2º, do Código Civil).

Por outro lado, outros doutrinadores entendem que o instituto da separação judicial ainda se mantém vigente, pois a reforma constitucional apenas eliminou as condições que previamente se exigia para a postulação do divórcio<sup>148</sup>.

Em outras palavras, agora, o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, independentemente da comprovação de qualquer requisito prévio. Isso, porém, não significa que os requisitos que dantes eram exigidos tenham sido banidos do ordenamento jurídico brasileiro, pois apenas se deles retirou a qualidade de condição para a postulação do divórcio.

Vários julgados, principalmente da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apontam no sentido de manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, sob o argumento de que a Emenda Constitucional n.66/2010 limitou-se apenas a afastar qualquer exigência prévia para o requerimento do divórcio, mantendo-se intacta, portanto, a legislação infraconstitucional de regência<sup>149</sup>.

jurídicos, de fato e de direito, da separação judicial, devidamente homologados e concretizados de acordo com a legislação vigente à sua época continuarão regidos pela decisão judicial anterior, baseada, repita-se, na Lei então em vigor. (TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0313.06.205550-1/001, Ipatinga, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Geraldo Augusto, DJ 18.02.2011).

<sup>148</sup> Neste Sentido, Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol.5: direito de família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Segundo a autora: "Com a nova redação do art.226, §6°, da Constituição Federal, não só a separação (judicial ou extrajudicial e a de fato) como também os prazos de carência desapareceram como *conditio sine qua non* para pleitear tanto o divórcio judicial (consensual ou litigioso) como o extrajudicial" (p.361).

CONJUGAL. RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CASAL JUDICIALMENTE. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Considerando que os recorrentes estão separados judicialmente, é plenamente viável a pretensão de obterem a homologação do restabelecimento da sociedade conjugal. Recurso provido. (TJRS - Apelação Cível Nº 70042442541, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento de 19/10/2011).

DIVÓRCIO DIRETO. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REQUISITO TEMPORAL PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão do divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal da prévia separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor as disposições legais que regulam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Com ressalva do entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada, estou acompanhando o entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Recurso provido" (TJRS – Apelação

Cível Nº 70044794840, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento de 27/09/2011, DJRS de 03/10/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO. SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA QUE DEVE SER DESCONSTITUÍDA. PEDIDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA JURÍDICAMENTE POSSÍVEL, POIS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, EMBORA TENHA POSSIBILITADO O DIVÓRCIO DIRETO, NÃO EXTINGUIU O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. FEITO QUE DEVE TER SEU PROSSEGUIMENTO REGULAR. APELAÇÃO PROVIDA PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA. POR MAIORIA." (TJRS – Apelação Cível Nº 70043207265, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Roberto Carvalho Fraga, Julgamento de 24/08/2011, DJRS de 25/08/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALTERAÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE REVOGAÇÃO DE ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL PELO ADVENTO DA EC 66/2010 (NOVA REDAÇÃO AO § 6º CF). VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ART. 226 DA PRESERVADA Α INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. 1. Fere as normas de direito processual a decisão que, de ofício, manda alterar a natureza do feito, de ação de separação judicial para divórcio. Ofensa ao princípio da demanda (arts. 128 e 460 do CPC). Decisão extra petita. 2. A questão suscitada pela apelante é matéria de ordem pública, para a qual não há preclusão - o que significa dizer que tanto pode ser conhecida de ofício como argüida pelas partes em qualquer tempo e grau de jurisdição. 3. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. Deram provimento à apelação para desconstituir a sentença e a decisão de fls.53/54-V e determinar o prosseguimento do feito na forma do pedido. Por maioria". (TJRS -Apelação Cível Nº 70040795247, Oitava Câmara Cível, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento de 07/04/2011, DJRS de 15/04/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE SOCIEDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PELO ADVENTO DA EC 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE NÃO RETIRA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2°, § 1°, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. 2. E mesmo que assim não fosse entendido, o certo é que, no caso, o casal separou-se judicialmente em data anterior à vigência da EC 66/10. Logo, a sua condição é de separados judicialmente, soando desarrazoado atribuir efeitos de divórcio à separação judicial ocorrida antes da EC 66/10, que, no caso, em última análise, é o que faz o ilustre sentenciante, ao negar ao casal a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal, único elo rompido pela separação judicial! (TJRS - Apelação Cível Nº 70039827159, Oitava Câmara Cível, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento de 27/01/2011)

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento,

Acontece que o artigo 226, §6º, da Constituição Federal não suprimiu somente a exigência de prévia separação judicial (e respectivo prazo), mas também suprimiu a exigência de prévia separação de fato<sup>150</sup> (e respectivo prazo). Curiosamente, entretanto, os mesmos doutrinadores que defendem o banimento da separação judicial, defendem, também, a manutenção do instituto da separação de fato, sob o argumento de que este instituto ainda é útil do ponto de vista jurídico (e fático)<sup>151</sup>, muito embora também tenha sido suprimido pelo legislador constituinte reformador.

O critério definidor de banimento, então, não é, unicamente, a alteração constitucional, mas também a utilidade que o instituto representa no ordenamento jurídico no qual se encontra inserido. Sendo assim, a mesma discussão também deve ser aplicada ao instituto da separação judicial. E a utilidade do instituto da separação judicial, a nosso ver, somente pode se revelar pelo restabelecimento da sociedade conjugal (previsto inicialmente no artigo 46 e parágrafo único da Lei n.6.515/77 e mantido, com algumas alterações, pelo artigo 1.577 e parágrafo único do Código Civil de 2002).

## 1.1 Aspectos Gerais

Um dos efeitos da sentença que julga procedente o pedido de separação judicial é dissolver a sociedade conjugal<sup>152</sup>, isto é, por fim ao regime de bens.

afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido (TJRS – Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010).

150 Segundo Washington Epaminondas M. Barra, a separação de fato é aquela em que não há intervenção do juiz. O casal, amigavelmente ou não, resolve simplesmente se separar e por fim à coabitação (BARRA, Washington Epaminondas M. *Iniciando a separação. In*: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres – mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999, p.132). 151 Neste sentido, Cf. SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil* (...) – como na nota 3. Segundo os referidos autores: "Apesar do desaparecimento dos institutos e das citadas revogações [separação judicial e separação extrajudicial], esclareça-se que a categoria da separação de fato está mantida no sistema. É notório que a separação de fato somente ocorre no plano físico e extrajudicial, não se confundindo com a separação de direito ou jurídica, pois não gera os mesmos efeitos concretos. Mesmo com a atual desnecessidade de dois anos de separação de fato para o divórcio direto, diante da nova redação do art.226, §6º, da CF/1988, o instituto continua com parte de suas aplicações" (p.190).

152 Conforme ensinam Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra, a separação judicial impõe a cessação do regime matrimonial de bens, extinguindo a denominada sociedade conjugal. Entretanto, não dissolve o casamento, pois só o divórcio assim o faz. Desse modo, o divórcio tem efeito mais amplo que a separação judicial, pois leva ao término da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial (MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; TEIXEIRA,

Isso significa que a separação judicial cessa a comunicabilidade patrimonial de quaisquer bens adquiridos pelos separados judicialmente, isto é, dos bens adquiridos após o decreto judicial.

Os separados judicialmente, entretanto, podem, a qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal. Tal hipótese estava prevista na Lei do Divórcio<sup>153</sup>, tendo sido mantida, com algumas alterações, no novo Código Civil de 2002<sup>154</sup>.

Segundo Yussef Said Cahali, o restabelecimento da sociedade conjugal é ato jurídico bilateral não negocial, distinguindo-se da desistência, renúncia ou perdão. Trata-se de verdadeiro *actus legitimus*, próprio das relações jurídico-familiares, pois não se subordina a qualquer condição ou termo<sup>155</sup>.

O restabelecimento da sociedade conjugal opera a recomposição desta nos mesmos termos em que foi constituída, inadmitindo-se, em regra, qualquer alteração ao regime de bens originariamente contratado, ou ao pacto antenupcial porventura existente<sup>156</sup>, ressalvada a hipótese do artigo 1.639, §2°, do Código Civil de 2002<sup>157</sup>.

Pode-se dizer, então, que o restabelecimento da sociedade conjugal "representa o expediente técnico posto a disposição da vontade comum dos cônjuges de desconstituir os efeitos da sentença de separação consensual ou litigiosa" <sup>158</sup>.

Importante ressaltar que tal prerrogativa, por força de lei, somente se aplica aos separados judicialmente, até mesmo porque somente se pode retomar um vínculo se este ainda não foi completamente extinto<sup>159</sup>. Em outras palavras,

Sálvio de Figueiredo. *O Divórcio. In*: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres – mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999, p.285).

<sup>153</sup> Art.46. Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos sem que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens.

<sup>154</sup> Art.1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

<sup>155</sup> CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p.631.

<sup>156</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à Luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92 – doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.204.

<sup>157</sup> Art.1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

<sup>158</sup> CAHALI, Yussef Said. Separações Conjugais e Divórcio (...) p.631 [como na nota 12].

159 Conforme ensina Áurea Pimentel Pereira, "quando a hipótese for de separação judicial, e não de divorcio, a reconciliação sempre será possível, já que a sentença que decreta a separação judicial não põe fim ao vinculo matrimonial – como acontece com o divorcio – tão-somente dissolve a sociedade conjugal, que assim pode ser recomposta" (PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial* (...) p.204 – como na nota 13).

o restabelecimento do casamento é vedado aos divorciados, de modo que, querendo o restabelecimento do matrimônio, os divorciados têm que se casar novamente<sup>160</sup>.

Se somente os separados judicialmente podem se valer do benefício do restabelecimento da sociedade conjugal, então talvez tenhamos encontrado a utilidade para a manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que ainda não se pode dar uma resposta categórica em relação ao objeto de investigação, pois há mais um detalhe a ser considerado, antes de chegarmos a essa conclusão. O detalhe a ser analisado é, justamente, a natureza dos efeitos da sentença que restabelece a sociedade conjugal, ou seja, se prospectiva (*ex nunc*) ou retroativa (*ex tunc*).

Ora, se concluirmos que os efeitos da sentença que restabelece a sociedade conjugal são prospectivos, então não haverá qualquer utilidade para a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos o porquê: o restabelecimento da sociedade conjugal com efeitos prospectivos impede a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período de separação judicial. Por sua vez, se o casal divorciado decidir contrair novo matrimônio, tampouco haverá comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período do divórcio. Portanto, em termos práticos, o restabelecimento da sociedade conjugal com efeitos prospectivos corresponde à contração de um novo matrimônio por parte dos divorciados. O que nos leva a concluir que a manutenção da separação judicial, requisito necessário ao restabelecimento da sociedade conjugal, não trará nenhum benefício (utilidade) concreto.

Agora, se concluirmos que os efeitos da sentença que restabelece a sociedade conjugal são retroativos, então haverá utilidade para a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos o porquê: o restabelecimento da sociedade conjugal com efeitos retroativos impõe a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período de separação judicial. Por sua vez, se o casal divorciado decidir contrair novo matrimônio, não haverá comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período do divórcio. Portanto, teremos aí uma grande diferença em termos práticos e jurídicos (comunicabilidade dos bens), o que nos leva a concluir que a manutenção da separação judicial, requisito necessário ao restabelecimento da sociedade conjugal, trará um benefício (utilidade) concreto.

Sendo assim, o próximo tópico será dedicado ao estudo dos efeitos da sentença que decreta o restabelecimento da sociedade conjugal, isto é, se prospectivos (*ex nunc*) ou retroativos (*ex tunc*), para que possamos concluir, finalmente, sobre a utilidade ou não da manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 1.2 Efeitos da Sentença

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Divórcio (...) p.285 [como na nota 9].

O restabelecimento da sociedade conjugal será feita nos exatos termos em que fora constituída, de modo que os cônjuges voltarão a usar o nome que usavam antes da dissolução da sociedade conjugal e o regime de bens será o mesmo<sup>161</sup>.

Como se vê, o restabelecimento da sociedade conjugal pressupõe a manutenção do mesmo regime de bens e as demais condições da sociedade conjugal anteriormente rompida<sup>162</sup>.

É por isso que se diz, então, que a reconstituição da sociedade conjugal opera o retorno ao *status quo ante*<sup>163</sup>, pois todas as condições da sociedade extinta passarão a reger, uma vez mais, a sociedade reconstituída<sup>164</sup>.

Se é pacífico que o restabelecimento da sociedade conjugal deverá ser feito nas mesmas condições da sociedade conjugal anteriormente extinta, o mesmo não se pode dizer sobre o destino dos bens adquiridos durante o período de separação judicial. Pergunta-se: os bens adquiridos pelos separados judicialmente, durante o período de separação, comunicam-se entre os cônjuges?

A resposta desta pergunta, isto é, o destino dos bens, dependerá da natureza dos efeitos da sentença que decreta o restabelecimento da sociedade conjugal.

Certo é que, independentemente dos efeitos da sentença que decreta o restabelecimento da sociedade conjugal, "a reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens" (parágrafo único do artigo 1.577 do Código Civil).

Pois bem, há certa divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Desse modo, abordaremos os principais argumentos, para que se possa chegar ao resultado da investigação que se propôs neste trabalho.

#### 1.2.1 Efeito ex nunc

\_

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol.6: direito de família. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.264.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.278.

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> Neste sentido, Cf. CALDAS, Gilberto. *Como propor separação e divórcio: comentários, formulários, jurisprudência*. São Paulo: Ediprax Jurídica, 2000, p.113; também Cf. PAULO FILHO, Pedro. *Divórcio e Separação*. 3 ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008, p.269.

<sup>164</sup> Conforme ensina Bertoldo Mateus de Oliveira Filho: "Qualquer que seja a forma de separação judicial: resultante do mútuo consentimento, da ruptura da vida em comum, da grave enfermidade mental do cônjuge, da violação dos deveres do casamento ou da prática de conduta desonrosa, o casal, mediante requerimento apresentado no processo, reduzido a termo e homologado pelo juiz, pode retomar a vigência da sociedade conjugal e voltar à convivência, subordinado às mesmas obrigações matrimoniais anteriormente extintas. A sociedade tem todo interesse em que a situação decorrente da separação judicial possa desaparecer. Daí tratar-se a separação judicial como um *status* transitório, suscetível de cessar a todo tempo, e qualquer que seja a sua causa e o modo como se faça, mediante termo de reconciliação lavrado perante o juiz. A conjugalidade fica automaticamente restabelecida, nas mesmas condições em que se constituíra, por ato regular em juízo, ressalvados os direitos de terceiros adquiridos durante o período de afastamento" (OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares*. São Paulo: Atlas, 2011, p.85).

Muitos doutrinadores defendem que o efeito da sentença que decreta o restabelecimento da sociedade conjugal é *ex nunc*, isto é, prospectivo, operandose a partir da homologação.

Esse é o entendimento de Áurea Pimentel Pereira, para a qual é evidente que os efeitos da reconciliação "se operam *ex nunc* a partir daquela, resguardando sempre direitos de terceiros que hajam contratado com o casal no período de separação judicial"<sup>165</sup>.

Também Jander Maurício Brum<sup>166</sup> e Yussef Said Cahali<sup>167</sup>, para os quais os efeitos da reconciliação deflagram-se a partir da homologação, isto é, *ex nunc*, para que não se prejudique direitos de terceiros.

Alguns julgados acolhem tal posicionamento, sob o argumento de que se o efeito da sentença homologatória do restabelecimento da sociedade conjugal fosse *ex tunc*, então a ressalva destinada à proteção dos direitos de terceiros ficaria automaticamente prejudicada<sup>168</sup>.

Recentemente, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, ao analisar a questão, entendeu que a sentença que homologa o restabelecimento da sociedade conjugal tem efeito *ex nunc*, atestando a incomunicabilidade dos bens adquiridos durante o período da separação judicial<sup>169</sup>.

#### 1.2.2 Efeito ex tunc

Já outros doutrinadores entendem que o efeito da sentença que homologa o restabelecimento da sociedade conjugal é *ex tunc*, isto é, retroativo, pois desconstitui a sentença de separação judicial em seu todo, de modo a restabelecer plenamente o *status quo ante*, como se separação judicial alguma tivesse sido decretada.

Trata-se do entendimento de Euclides de Oliveira, para o qual a sentença de separação ficará sem efeito, de modo que os bens partilhados retornarão à propriedade dos cônjuges nos mesmos moldes do regime de bens estabelecido inicialmente, ressalvados, é claro, os direitos de terceiros, caso tenham

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial* (...) p.205 – [como na nota 13].

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> BRUM, Jander Maurício. *Divórcio e Separação Judicial*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p.211.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> CAHALI, Yussef Said. Separações Conjugais e Divórcio (...) p.639 [como na nota 12].

<sup>168</sup> SEPARAÇÃO JUDICIAL – RECONCILIAÇÃO – HOMOLOGAÇÃO – EFEITOS EX TUNC – INADMISSIBILIDADE – RETROAÇÃO QUE IMPLICARIA NA SUPRESSÃO DA RESSALVA DE DIREITOS DE TERCEIROS – SENTENÇA QUE SE CARACTERIZA PELO EFEITO EX NUNC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO (JTJ 261/418). (TJSP – Apelação Cível nº 605.839-4/4-00).

<sup>169</sup> REGISTRO DE IMÓVEIS - SEPARAÇÃO JUDICIAL - POSTERIOR RECONCILIAÇÃO DO CASAL QUE NÃO RETROAGE PARA FINS DE ATRIBUIR À ESPOSA METADE DO IMÓVEL QUE FOI ADQUIRIDO PELO MARIDO NO PERÍODO EM QUE DELA ESTAVA SEPARADO JUDICIALMENTE - EFEITOS "EX NUNC" DA SENTENÇA QUE RESTABELECE A SOCIEDADE CONJUGAL - RECURSO PROVIDO (CSMSP - Apelação Cível nº 0003630-96.2010.8.26.0363, Desembargador Relator José Renato Nalini, Julgamento de 21/06/2012, DJE de 28/08/2012).

adquirido algum bem dos separados, de modo que estes, em especial, não retornarão aos cônjuges<sup>170</sup>.

## 1.2.3 Posição adotada

Adota-se a posição de que a sentença que homologa o restabelecimento da sociedade conjugal opera efeito *ex tunc*, isto é, retroativo, desconstituindo a sentença que decretou a separação judicial e reconstituindo, em sua plenitude, o vínculo patrimonial desfeito. Isso significa, então, que os bens adquiridos durante o período de separação são comunicáveis.

Esta parece ser a interpretação mais correta quando se leva em consideração a ressalva aos direitos de terceiros, adquiridos antes e durante o estado de separação, prevista no parágrafo único do artigo 1.577 do Código Civil.

Com efeito, não haveria razão para o Código ressalvar os direitos de terceiros adquiridos durante o estado de separação, se o efeito da sentença fosse *ex nunc*, já que, neste caso, aqueles direitos nunca estariam ameaçados, pois a eficácia do restabelecimento do vinculo patrimonial se daria somente após a sentença, de modo que todos os atos patrimoniais praticados antes da homologação permaneceriam inalterados.

Foi por considerar, então, o efeito *ex tunc* da sentença que o legislador entendeu por necessário criar uma cláusula restritiva ao restabelecimento da sociedade conjugal, instituindo, como limite à retroação do vínculo patrimonial, os direitos de terceiros adquiridos antes e durante o período de separação judicial.

Ora, a instituição de uma ressalva (ou exceção) só se torna lógica (ou necessária) a partir do momento que ela contraria a regra inicialmente criada pelo legislador.

No caso, se a regra fosse a eficácia *ex nunc* da sentença, não haveria necessidade para se instituir a ressalva de proteção aos direitos de terceiros, pois a ressalva, que deveria contrariar a regra, está, na verdade, confirmando-a. É como se o legislador estivesse nos dizendo: os efeitos da sentença não retroagem, entretanto, eles não podem retroagir para alcançar direitos de terceiros. A ressalva, então, neste caso, é ilógica, pois diz a mesma coisa que a regra, isto é, confirma-a.

Agora, se a regra fosse a eficácia *ex tunc* da sentença, então a proteção aos direitos de terceiros se configuraria numa legítima ressalva, pois foi inserida para contrariar a regra. É como se o legislador estivesse nos dizendo: os efeitos da sentença retroagem, entretanto, eles não podem retroagir para alcançar direitos de terceiros. Aqui, vemos claramente que a ressalva é lógica, pois contraria a regra.

Portanto, a retroação dos efeitos da sentença homologatória de restabelecimento da sociedade conjugal não implica na supressão da proteção

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Separação Litigiosa. In*: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres – mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999, pp.203-204.

aos direitos de terceiros. O raciocínio é exatamente o contrário: a proteção aos direitos de terceiros é que implica na limitação dos efeitos retroativos da sentença. Em outras palavras, a proteção aos direitos de terceiros é uma limitação, criada pela própria lei, à retroatividade dos efeitos da sentença homologatória de restabelecimento conjugal.

#### Conclusão

Portanto, considerando que o vetor utilizado para se extrair a correta interpretação do Art.226, §6º, da Constituição Federal, alterado pela promulgação da Emenda Constitucional n.66/2010, foi o fundamento da utilidade do instituto da separação judicial e, ainda, considerando que os efeitos da sentença homologatória do restabelecimento da sociedade conjugal operamse *ex tunc*, isto é, retroagem, julgamos que ainda há utilidade para manutenção do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, conforme já demonstrado, os divorciados não podem se valer de igual expediente, de modo que, caso desejem restabelecer o vínculo conjugal, devem contrair novo matrimônio e os bens adquiridos durante o período de divórcio permanecerão incomunicáveis. Ao contrário do que acontece na separação judicial, pois, se os separados desejam restabelecer o vínculo, basta, apenas, que requeiram ao juiz o restabelecimento da sociedade conjugal, caso em que os bens adquiridos depois do rompimento da sociedade conjugal serão comunicáveis.

#### Referências bibliográficas

BARRA, Washington Epaminondas M. *Iniciando a separação. In*: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres – mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999.

BRASIL. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. *Apelação Cível nº 0003630-96.2010.8.26.0363*, Desembargador Relator José Renato Nalini, Julgamento de 21/06/2012, DJE de 28/08/2012.

- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº* 1.0313.06.205550-1/001, Ipatinga, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Geraldo Augusto, DJ 18.02.2011.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 605.839-4/4-00,* JTJ 261/418.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento Nº* 70039285457, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº* 70039827159, Oitava Câmara Cível, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento de 27/01/2011.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <i>Apelação Cível Nº</i>
70040795247, Oitava Câmara Cível, Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil
Santos, Julgamento de 07/04/2011, DJRS de 15/04/2011.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <i>Apelação Cível Nº</i>
70042442541, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de
Vasconcellos Chaves, Julgamento de 19/10/2011.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <i>Apelação Cível Nº</i>
70043207265, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Roberto Carvalho
Fraga, Julgamento de 24/08/2011, DJRS de 25/08/2011.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. <i>Apelação Cível Nº</i>
70044794840, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator Sérgio Fernando de
Vasconcellos Chaves, Julgamento de 27/09/2011, DJRS de 03/10/2011.
BRUM, Jander Maurício. Divórcio e Separação Judicial. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.
CAHALI, Yussef Said. Separações Conjugais e Divórcio. 12 ed. rev., atual. e ampl.
São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.
CALDAS, Gilberto. Como propor separação e divórcio: comentários, formulários,
jurisprudência. São Paulo: Ediprax Jurídica, 2000.
CARVALHO, Dimas Messias de. Divórcio judicial e administrativo. Belo
Horizonte: Del Rey, 2010.
DIAS, Maria Berenice. <i>Manual de Direito das Famílias</i> . 6ª edição. São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2010.
DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol.5: direito de família.
26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio. Primeiras reflexões. Jus
Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em:
<a href="http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969">http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969</a> >. Acesso em: 14 maio 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.6: direito de família. 7
ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010
LOBO, Luiz Paulo Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências.
Disponível em: <a href="http://www.lbdfam.org.br/?artigos&amp;artigos=629">http://www.lbdfam.org.br/?artigos&amp;artigos=629</a> . Acesso
em: 14 de maio de 2014.
MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Divórcio.
In: Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres - mitos &
verdades. São Paulo: CIP, 1999
OLIVEIRA, Euclides de. Quais as causas podem justificar uma separação. In:
Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres - mitos & verdades.
São Paulo: CIP, 1999.
Separação Litigiosa. In: Casamento, separação e viuvez: seus direitos,
seus deveres - mitos & verdades. São Paulo: CIP, 1999
OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Direito de Família: aspectos sociojurídicos
do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.
PAULO FILHO, Pedro. <i>Divórcio e Separação</i> . 3 ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008.
PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial: comentários à Lei
6.515/1977 à Luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92 –
doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9 ed. atual. e ampl. Rio de
Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5: direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de M. Novais. *A nova emenda constitucional do divórcio: mais um avanço no caminho jurídico das relações familiares. In*: Revista FIDES, Natal, v.1, n. 2, ago/dez/2010, pp.19-26.

# ENSAIO SOBRE A PRESENÇA DE GROTIUS NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fagner dos Santos Carvalho<sup>171</sup>

#### Resumo:

Entre os grandes pensadores do direito internacional, certamente se destaca Hugo Grotius. Suas considerações sobre a paz e a guerra, juntamente com a preocupação de encontrar uma justificativa que fosse aceita por todos, influenciaram diversos pensadores e governantes. Foi o Direito Natural o grande suporte de suas teses. A razão seria o norte que levaria a princípios tão gerais que nenhum Estado poderia discordar de que seriam necessários. Uma de suas maiores influências, em termos gerais, ocorreu no século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, com a adoção de diversas de suas concepções nas disposições da Carta das Nações Unidas. A organização internacional, que ficou conhecida como Organização das Nações Unidas, foi criada com o objetivo de tratar as questões relativas à paz, à guerra e à segurança entre os Estados, de maneira que todos os Estados, membros ou não, respeitem alguns princípios básicos de convivência para proporcionar o desenvolvimento, o combate à guerra e a manutenção da paz. A própria Constituição Federal brasileira, quando trata da guerra, adotou uma perspectiva que vai ao encontro dos princípios propostos por Grotius. Por meio da hermenêutica, o presente artigo propõe-se a examinar os reflexos das ideias de Grotius na Carta das Nações Unidas e na Constituição Federal do Brasil.

#### Introdução

As ideias perpassam anos, séculos e milênios, influenciando as mentes nas quais se instalam.

No momento em que a discussão acerca da interdependência cada vez mais ampla entre as nações, intitulada por muitos como Globalização, se torna lugar comum entre os meios acadêmicos, ressurgem debates sobre a forma de estabelecer regras no campo internacional, que primeiro foi habitado exclusivamente pelos Estados-nação, mas hoje é marcante a presença de Organizações Internacionais, já reconhecidas como atores no cenário internacional e outros elementos que podem influenciar o debate em escalas globais, como as Organizações não Governamentais (ONGs) e diversos grupos econômicos.

A busca de uma efetiva regulamentação nas relações internacionais não tem acento única e exclusivamente no último século, mas é uma questão que tem consumido mais e mais tinteiros e se instalando nas mentes de diferentes autores ao longo da história. Certamente, os escritos e ideias dos primeiros pensadores, influenciaram e influenciam até hoje quando o assunto é o direito e regras internacionais.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup>Advogado, bacharel em Direito pelo UNIVEM e em Relações Internacionais pela UNESP, mestre em Ciências Sociais e doutorando na linha de relações internacionais pela UNEPS/Marília. E-mail: losmafami@uol.com.br.

Esses autores que iniciaram o estudo dessas questões hoje são considerados clássicos e dentre eles um em especial sempre é lembrado e estudado pelos acadêmicos que se debruçam sobre o direito internacional: Hugo Grotius.

Seus escritos, principalmente sua obra mais conhecida, *O direito da paz e da guerra* (1625), servem de fonte de consulta quando questões sobre como deveriam ocorrer as guerras, entre outras, são postas em debate.

Dentre as mensagens deixadas por Grotius, talvez a mais explícita seja a de que se a paz é desejada e deve ser buscada por todos os povos, quando irrompe a guerra, ela deve seguir regras. As regras apontariam, e esse ponto era de suma importância para Grotius, quando haveria uma guerra justa e as consequências desse estado de beligerância em relação às outras nações.

Passaram-se os séculos, adentramos no século XXI, mas uma herança indigesta nos foi deixada pelo século XX, as duas guerras, que por suas proporções gigantescas receberam o nome de Guerras Mundiais.

Os meios propostos para a paz pós a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) se mostraram insuficientes para que esse objetivo fosse alcançado. A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) irrompe e termina com a sensação de que era preciso ser feito mais para que a humanidade não sofresse mais as agruras e devastações deixadas pelos conflitos.

Nesse bojo, aproveitando os erros e acertos que a Liga das Nações obteve, foi idealizada uma nova organização internacional, capaz de agir nas frentes necessárias para que não houvesse mais conflitos, apta a atuar nos momentos em que as agressões se efetivassem, pronta para minorar seus efeitos e competente para auxiliar na ajuda aos que sofreram em consequência desses conflitos, sempre tendo em vista a paz. A essa organização foi dado o nome de Nações Unidas.

Das negociações que culminaram nessa organização, foram discutidas as regras pelas quais deveria se pautar a atuação dessa pessoa jurídica internacional, não somente nas relações entre ela e seus membros, mas também entre seus membros, vinculando, inclusive, os não signatários.

O tratado que estabeleceu as regras dessa organização é a Carta das Nações Unidas, que procura estabelecer os comportamentos para a paz entre os Estados, estipula também em quais condições o recurso à força é permitido.

Num momento em que grande parte dos Estados integra o corpo de membros das Nações Unidas, sujeitando-se as suas regras e seus valores, o conceito de guerra e suas proibições, leva à consequente determinação do que seria uma guerra injusta e por seu antônimo, uma guerra justa.

Ao analisar as propostas de Grotius, apesar da distância que separa seus escritos da Carta das Nações Unidas, poderemos verificar a influência que suas ideias tiveram entre aqueles responsáveis por estabelecer as diretrizes na que hoje é considerada a maior organização internacional e que pretende estabelecer um norte para as relações entre os sujeitos do direito internacional.

Mesmo em solo nacional os princípios de Grotius se fazem presentes quando a Constituição Federal trata dos princípios norteadores do país em suas relações internacionais, incluindo a questão da guerra.

Tendo em vista todo o exposto, o presente artigo tem por objetivo analisar algumas proposições acerca do trabalho de Hugo Grotius e, em seguida, como pode ser verificada sua influência na história e formação das Nações Unidas e na Constituição Federal brasileira de 1988.

#### 1. Grotius e o direito internacional

Grotius nasce na Holanda em um momento que ainda era sentida a efervescência decorrente da independência dos Habsburgos espanhóis. Em tenra idade, o jovem Grotius ingressou na Faculdade de Artes e aos vinte quatro anos já havia obtido o cargo de advogado geral da mais alta corte holandesa. Desse período advém a obra conhecida como "The Freedom of the sea" em que defende que nenhuma autoridade pode reivindicar a soberania dos mares para si – possivelmente por defender os interesses dos grandes mercadores dos Países Baixos.

Por questões políticas Grotius foi preso, exilando-se na França após sua fuga. Anos depois ele viria a se tornar embaixador em Paris.

Grotius, em seu tempo, foi capaz de pensar a paz enquanto, ao mesmo tempo, propunha uma doutrina de guerra justa. Em suas próprias palavras "[...] a guerra é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força" (GROTIUS, 2004, p.72).

Para Grotius, a guerra seria justa caso combatesse as agressões recebidas e mais especificamente, caso visasse à autodefesa, à recuperação da propriedade e à punição dos agressores. Em outras palavras, era uma guerra contra os direitos fixados e, com isso, um embate para manter o *status quo*. Por outro lado, Guerras Injustas seriam aquelas promovidas para aumentar terra e território, punir recusa de casamento, impor um regime a outro povo e a guerra preventiva.

Assim Grotius (2004, p.284-285) expõe sua posição:

A maioria dos autores assinala três causas legítimas às guerras: a defesa, recuperação do que nos pertence e a punição.

Não pode haver outra causa legítima da guerra, a não ser uma afronta recebida.

Esse ponto é claramente descrito por Pellet (2003, p.58):

Grócio expõe [...] as regras relativas à guerra. Reconhece a legitimidade da guerra [...], mas com estrita condição de se tratar de uma guerra justa.

A guerra é justa quando responde a uma injustiça, sendo o direito natural a determinar os casos de injustiça. Estes casos surgem quando são violados os – direitos fundamentais – que o direito natural reconhece aos Estados

soberanos: direito à igualdade, direito à independência, direito à conservação, direito ao respeito, direito ao comércio internacional. Nenhum Estado pode violar os direitos fundamentais dos outros. Qualquer violação desta proibição abre caminho ao direito de legítima defesa.

Dessa forma, fica explicita a profunda preocupação de pensar o Direito Internacional que pairava sobre Grotius, apesar deste termo sequer ser utilizado na época:

[...] Grócio tinha claramente em mente o direito internacional, ou seja: procurava determinar as relações jurídicas entre os vários Estados, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra (VECCHIO, 1979, p.82).

É de se ressaltar o contexto de profundas transformações nas quais Grotius produziu suas obras. A Europa sofria as influencias da ruptura do Sacro Império e o fim de uma autoridade supranacional, com viés religioso, que dava sentido às relações. Novos Estados surgiam e com eles os flagelos das guerras:

No período em que escreveu as suas obras os vestígios do poder supranacional que tanto marcaram a Europa na época medieval tinham desaparecido quase que por completo. O Velho Continente encontrava-se no processo de conclusão de um longo período de guerras que lentamente o foi transformando em um grande mosaico de pequenos e 'micros' Estados (DAL RI JÚNIOR, 2004, p.10).

Dessa forma, o Direito precisava repensado. De acordo com Vecchio (1979, p. 85), Grotius:

Verificou que o sistema de Direito internacional devia fundar-se sobre bases diversas daquelas que são próprias dos sistemas jurídicos positivos dos Estados particulares, assim como das que são próprias das crenças religiosas.

Grotius visava bloquear as guerras que cada vez se tornavam mais cruéis e banais, por isso, buscou estabelecer características para as guerras que valessem em toda a sociedade internacional. Com esse intuito, se pautou no direito natural.

A própria natureza, dizia-se, impõe uma ordem jurídica a toda humanidade como condição de sobrevivência. Pensava-se que os homens, pelo uso da razão com que são

dotados e pelo estudo diligente da história, não meramente percebessem a necessidade do direito, mas também as normas específicas que os habilitassem a viver juntos em harmonia. Teoricamente o emprego da força e da guerra era evitável, embora nem sempre o fosse devido à constante possibilidade de alguém transgredir o direito; daí os conceitos de 'guerra justa' e 'injusta', não raro bastante próximos dos conceitos modernos de 'legítima defesa' e de 'agressão' (KATZENBACH, 1961, p.72).

Dessa forma, o que Grotius considerava como direito natural poderia ser definido da seguinte forma, nas palavras de Pellet (2003, p.57):

Segundo ele (**Grotius**), o direito natural – consiste em certos princípios de recta razão que nos permitem saber se uma acção é moralmente honesta ou desonesta consoante a sua conformidade ou desconformidade com a natureza racional ou sociável (grifo nosso).

Grotius percebia que somente se o direito internacional fosse baseado no direito natural, o direito seria visto como universal e a justiça seria determinada pelas leis da razão. Por essas mesmas características, o direito poderia alcançar todos os seres, tanto os indivíduos quanto os Estados, possibilitando a vida em sociedade, podendo justificar, inclusive, uma intervenção humanitária. Na verdade o direito natural é primeiramente uma ideia ou um modelo. O papel da humanidade seria alcançar esse ideal, apesar dessa equação entre direito natural e existência não ser possível (THOMPSON, 1994, p.75).

Por essa inovação, ou seja, a construção de suas ideias desassociadas com os mandamentos doutrinários do cristianismo, visando limitar a atuação dos Estados de forma a manter a paz ou regular a guerra, Grotius é considerado um dos pais do Direito Internacional.

Essa é opinião de diferentes autores:

Grócio tem a seu crédito o facto de ter, pela primeira vez, formulado, cautelosamente, a 'hipótese impiíssima' de prescindir do papel constituinte de Deus na formação de um direito do gênero humano (HESPANHA, 2004, p.15).

Ao quererem limitar a soberania do Estado pelo direito natural, Grócio e os que pensam como ele podem ser considerados os verdadeiros fundadores do direito internacional (PELLET, 2003, p.58).

Nesta perspectiva histórica, um dos principais traços que caracterizou a obra de Grotius e de toda a Escola de Direito Natural, da qual o autor holandês é um dos fundadores, foi

a tentativa de conduzir o contexto internacional a um equilíbrio não conflituoso, resgatando a paz e sobre esta organização as relações entre os Estados (DAL RI JÚNIOR, 2004, p.11).

Grotius ainda se preocupou com a questão da neutralidade em uma situação de Estado de Guerra. Para ele, mesmo os não envolvidos no conflito deveriam se posicionar de forma que, no mínimo, não obstruíssem a realização das devidas reparações impostas aos Estados agressores e, por isso, causadores de guerras injustas, pois para ele todos deveriam se unir em prol da ação justa, sob pena, inclusive, de sanções.

Grócio [...] acrescentava, ou procurava acrescentar, a necessidade da sanção dos Estados neutros ou não participantes da controvérsia. Esses Estados deveriam abster-se de prestar ajuda àquele cuja causa era injusta e de obstruir a ação do Estado cuja causa era justa (KATZENBACH, 1961, p.220).

É assim que, segundo Thompson (1994, p.70), Hugo Grotius escreveu sobre a solidariedade ou uma potencial solidariedade de Estados ao constituírem uma sociedade internacional com respeito à execução da lei.

Resta ainda abordar o fato de que apesar de basear sua teoria no direito natural, Grotius estabelece a diferença entre o que ele propriamente considera como direito natural – constituído por valores - e o que ele chama de "direito voluntário", sendo este, o efetivamente aplicado pelos Estados em suas relações. Ponto importante é o fato de apesar de serem distintos ambos estão intimamente interligados.

Assim nos esclarece Pellet:

Grocio[...] estabelece a distinção entre direito natural e direito *voluntário*. Este resulta da vontade das nações, de todas ou de algumas, vontade expressa por meio de acordos entre elas.

O direito natural contém - princípios. O direito voluntário reúne regras construtivas efetivamente aplicáveis às relações internacionais. A introdução do elemento voluntário equivale à criação de um mecanismo particular de elaboração dessas regras e, ao mesmo tempo, ao reconhecimento do princípio do respeito pela palavra dada (Pacta sunt servanda). Tal respeito é precisamente uma das regras de direito natural. Por outro lado, o direito voluntário só é válido se conforme ao direito natural. Por outras palavras: a vontade das nações não é soberana, subordina-se ao direito natural (2003, p.57-58).

Para ele **(Grotius)**, o direito voluntário depende duplamente do direito natural: por um lado, pode provir validamente das vontades estatais em virtude do princípio de direito natural *pacta sunt servanda*; por outro lado, é obrigatório porque o seu *conteúdo* é conforme aos princípios do direito natural (2003, p.106, grifo nosso).

Dessa forma, fica evidente a importância de Grotius para todo pensador que veio posterior a ele, seja como fonte de inspiração, seja como objeto de críticas. O importante é constatar que suas ideias sempre estiveram em pauta quando o assunto é direito internacional. Suas proposições se expandiram pelo tempo e acabaram influenciando diversas manifestações humanas a respeito de estabelecer regras no sistema internacional.

#### 2. As Nações Unidas, sua história e sua carta

Como diz Katzenbach (1961, p.218):

Os esforços para controlar e reduzir ao mínimo a força nas relações internacionais têm ocupado mais a atenção dos estudiosos e estadistas que qualquer outro aspecto do direito internacional.

Certamente esta também foi a questão que transpassava pela mente dos estadistas que, durante a Segunda Guerra, participaram dos horrores e sofrimentos que um conflito armado traz e, como consequência, puseram-se a pensar em um meio eficaz para que a paz fosse não somente alcançada, mas também mantida. A guerra seria restrita e última forma de resolver qualquer embate.

Nesse ponto, a ideia principal se refletia em estabelecer quais princípios seriam amplamente aceitos por todas as nações para que a guerra se transformasse apenas em um meio subsidiário de resolver pendências, uma vez conscientes de que:

A violência e a ameaça de violência sempre foram usadas na política. O principal problema do governo em todas as comunidades é estabelecer os princípios e processos que possam efetivamente controlar a reduzir o recurso à violência (KATZENBACH, 1961, p.215).

Dessa forma, se a violência não poderia ser eliminada, a saída é procurar:

[...] subordinar a força física a preceitos jurídicos – normas e processos – a fim de que a mesma só seja usada a bem da justiça e da ordem. Deste modo, a força não é eliminada da

política; é, simplesmente, submetida a controles formais (KATZENBACH, 1961, p.251).

Foi assim que começaram a surgir as primeiras conversações do que viria ser chamada de Nações Unidas, que segundo Galt (1955, p.14), "[...] representa a melhor resposta prática, até hoje encontrada, para esta importante pergunta: de que forma podem as nações viver juntas?"

Entre os antecedentes da ONU, podemos destacar a Carta do Atlântico, que como diz Meira Mattos (1996, p.285), é apenas uma declaração, uma vez que foi apenas rubricada por Churcill, primeiro ministro inglês, e pelo presidente norte-americano, Franklin Roosevelt.

Nessa declaração, ficou firmado o apoio dos Estados Unidos à Grã Bretanha, juntamente com referência a esperança de que: "[...] fosse 'estabelecido um sistema de segurança geral mais amplo e permanente', o que, segundo a visão oficial, significava uma organização mundial" (GALT, 1955, p.17). Nessa declaração também foram incluídos diversos princípios, como o da autodeterminação dos povos, a busca do desarmamento dos Estados e a proibição das guerras visando conquista.

Após os ataques à base americana em Pearl Harbor (07/12/42) e a imediata declaração de guerra por parte dos Estados Unidos, em 1º de janeiro de 1942, vinte e seis países assinaram um apoio aos termos da Carta do Atlântico. No ato dessa declaração, esses países se autointitularam "Nações Unidas", acatando a proposta do presidente Roosevelt.

A criação de uma organização internacional começou a ser tratada mais seriamente na discussão ocorrida em Moscou, entre os Ministros das Relações Exteriores dos EUA, da Grã-Bretanha, da China e da antiga URSS e que culminou na chamada Conferência de Moscou, de 1º de novembro de 1943. Foi a primeira negociação oficial com o objetivo de criar uma nova Organização Internacional em substituição à Liga das Nações.

Em 1944 ocorreu a Conferência de Dumbarton Oaks (EUA), que nas palavras de Galt (1955, p.18), tinha a finalidade de "[...] verificar se os governos das quatro grandes nações conseguiriam elaborar um plano, para a instituição de uma organização mundial, em relação ao qual pudessem estar de acordo". Saliente-se que de 29 de setembro a 7 de outubro a antiga URSS foi substituída pela China, já que a ex-URSS não estava em conflito com o Japão.

Dessa conferência surge a Proposta de Dumbarton Oaks, que apresentou uma sugestão de organização que teria seus retoques feitos posteriormente, no que ficou conhecido como Conferência de Yalta (Criméia), em fevereiro de 1945.

Com o término dos trabalhos e a apresentação de um esboço, foram enviados convites aos signatários da Declaração das Nações Unidas para que enviassem representantes a São Francisco (fevereiro de 1945), com a finalidade de discutirem a criação de uma organização internacional que visasse à proteção da paz.

Interessante que, como os convites só seriam enviados aos países que houvessem declarado guerra contra a Alemanha e o Japão, e, por conseguinte,

tivessem assinado a Declaração das Nações Unidas, diversos países se apressaram em fazê-lo.

Em abril de 1945, quando foi inaugurada a Conferência, quarenta e seis países estavam representados. Ao final, no dia 26 de junho de 1945, cinquenta e um países assinaram a Carta das Nações Unidas.

No dia 24 de outubro de 1945, data em que hoje é festejado o Dia das Nações Unidas, o número necessário de aprovações foi conseguido e a Organização efetivamente começou funcionar.

Segundo Mattos (1996, p.286) haveria outro antecedente da ONU, porém remoto, esse seria a Liga das Nações, resultado da Primeira Grande Guerra. Segundo o mesmo autor a Liga funcionou de direito até o ano de 1946, tendo suas contas liquidadas em 1947.

A Carta das Nações Unidas é estruturada em um preâmbulo, dezenove capítulos e cento e onze artigos.

Seus órgãos, segundo o artigo 7 são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado.

Sobre o caráter amplo de suas proposições, diz Katzenbach (1961, p.40):

As autoridades nacionais procuram ser cautelosas para não promulgarem normas demasiadamente detalhadas e rígidas que venham impedir ajustamentos às contingências de uma sociedade politicamente fluída; do mesmo modo, para não delegarem poderes muito amplos às autoridades supranacionais (juízes e legisladores) que serão encarregadas de promover esses ajustamentos.

Atualmente a ONU conta com mais de 190 países entre os seus membros, tornando-se um importante ambiente em que discussões podem ser levadas a cabo e o maior número possível de opiniões podem ser emitidas.

A igualdade de votos (ao menos na Assembleia Geral) e a possibilidade de participar do Conselho de Segurança, mesmo que seja como membro não permanente, são grandes incentivos para que cada vez mais Nações, busquem efetivar sua adesão à Carta e consequentemente às Nações Unidas.

## 3. Grotius e a carta das nações unidas

Giorgio Del Vecchio (1979, p.90), ao comentar Grotius, aponta em sua obra o fato de que apesar dos séculos que se passaram, a obra desse autor influenciou sobremaneira, tanto estudiosos, quanto os governantes e governos. Essa influência chegou claramente aos nossos dias e uma de suas manifestações mais importantes pode ser encontrada na Carta das Nações Unidas.

Segundo Thompson (1994, p.70), Grotius acreditava em uma postura de solidariedade entre os Estados, solidariedade essa que adviria do direito natural, pois através da razão, os Estados chegariam a certos valores universais e que poderiam ser aplicados e respeitados por todos.

Essa solidariedade e esses valores com tendências universais estão presentes na Carta das Nações Unidas e é somente por meio deles que se fez possível a existência da ONU.

A Carta adota, inclusive, valores que já para Grotius seriam manifestações do direito natural e que, hoje, torna possível um conceito de guerra justa.

A Carta anuncia em seu preâmbulo: "Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos [...]" e mais abaixo: "[...] resolvemos conjugar nossos esforços [...]". Dessa forma, expõe claramente a defesa do princípio da igualdade entre os Estados e demonstra que as colocações ali expostas estão de acordo com todos os países membros, são valores que todos acatam e aceitam como sendo necessários para a relação entre si e para com os outros Estados, inclusive os não membros. O "resolvido" e "resolvemos" evidencia claramente que todas as decisões foram racionalmente tomadas e assim puderam chegar ao consenso.

O princípio da igualdade é extremamente importante, considerando que todos os Estados se consideram soberanos e, pelo menos em tese, em pé de igualdade com os demais.

Uma análise sucinta e esclarecedora nos é apresentada por Katzenbach (1961, p.33):

A característica peculiar do governo de direito internacional é a sua estrutura horizontal de autoridades co-iguais.

Os representantes nacionais reconhecem o caráter obrigatório do direito internacional como corpo de regras, mas reservam-se o direito de determinar quais são elas, como se aplicam aos casos específicos, e como devem ser cumpridas. Tal descentralização não é inteiramente caótica e os representantes nacionais não tem autoridade ilimitada para agirem arbitrariamente. Estão impedidos por muitos motivos: a consciência da necessidade da ordem e da estabilidade na conduta das relações com o estrangeiro e na aplicação das regras que regulam os problemas transnacionais; o fato de que muitas normas trazem vantagens recíprocas; a existência de processos de raciocínio e argumentação jurídica bastante difundidos; o desejo e as razões para não ofenderem os outros Estados, a possibilidade de incorrerem em sanções.

Numa dada ocasião há sempre certo consenso sobre quais as regras aplicáveis e a respectiva interpretação, e considerável boa-fé na sua execução.

Certamente foi esse sentimento que permeou os Estados ao decidirem pela criação de uma Organização Internacional, que abrigasse os valores que seriam, por um lado necessários para a manutenção da paz e da segurança internacionais e, por outro, fossem aceitos por todos os membros da Organização.

Prosseguindo, o preâmbulo da Carta ainda estipula:

[...] resolvidos [...] a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos (2002, p.35-36).

Assim sendo, a Carta estipula os princípios pelos quais todas as nações em suas relações tanto entre si quanto com relação aos cidadãos nacionais e estrangeiros, devem se pautar.

Dessa forma podemos elencar os seguintes princípios:

- Proteção aos direitos fundamentais do homem;
- Proteção à dignidade e valor do ser humano;
- Princípio da igualdade de direitos entre sexos;
- Princípios da igualdade entre Estados;
- Busca da Justiça;
- Respeito às obrigações acordadas;
- Respeito às fontes do direito;
- Busca do progresso;
- Manutenção da paz e da segurança;

Outros princípios ainda são encontrados em outros dispositivos da Carta, segundo Mattos (1996, p.291):

- Princípio da autodeterminação dos povos; (art.1°, 2).
- Boa-fé; (art.2°).
- Meios pacíficos para a solução das controvérsias; (art.2°).
- Proibição da guerra de conquista; (art.2°).

- Assistência; (art.2°).
- Não-intervenção; (art.2°).

São todos esses princípios que, se forem agredidos e violados, ensejam uma guerra justa por parte do agredido, como é o caso da legítima defesa (como Grotius já previa) ou de uma ação de forças armadas lideradas pela ONU. É importante ressaltar, porém, que a não ser no caso da legítima defesa, para que a ONU aja de forma tão ofensiva é preciso que todos os demais meios pacíficos tenham se esgotado.

Essa visão é adotada pela Carta, uma vez que, a guerra é considerada o último caminho, pois se a ofensa puder ser reparada por outros meios, não há necessidade de recorrer à força. A punição deve ser correlata com a ofensa. Grotius (2004, p.832) já tinha essa preocupação em sua época:

[...] nas penas duas coisas são consideradas: a razão por que e o fim pelo qual. *A razão por que* é o fato de ter merecido. *O fim pelo qual* é a utilidade que se espera da pena. Ninguém deve ser punido mais do que merece.

O caso da legítima defesa está expressamente contido no art. 51 da Carta:

Art. 51 Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais (2002, p. 52, grifo nosso).

O tratado da ONU prevê, ainda, a possibilidade de uma ação armada por parte das Nações Unidas em seu artigo 43:

Art.43 No caso de o **Conselho de Segurança** considerar que as medidas previstas no art. 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, **poderá levar a efeito**, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, **a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais** [...] (2002, p.50, grifo nosso).

O artigo 39 claramente coloca os casos em que os Estados podem ter suas ações consideradas como ensejo para uma ação justa por parte da ONU, através do Conselho de Segurança:

Art.39 O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz; ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os arts. 41 e 42, a fim

de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais (2002, p. 49).

Assim, o Estado que: I) Ameaçar a paz; II) Romper a paz; ou, III) Agredir, poderá, caso o Conselho de Segurança decida, sofrer as consequências de uma ação da ONU tida como justa por parte de todos os Estados.

A dúvida que poderia surgir seria sobre quais os critérios o Conselho de Segurança deve se pautar para decretar ou não a existência dessas três situações acima descritas, uma vez que o artigo é omisso. A controvérsia, porém se exaure ao ser analisado o fato de que em todas as suas ações deve, a ONU, se pautar em seus princípios e são eles que balizarão e darão suporte às decisões.

A presença de Grotius é marcante também ao notarmos a nítida pretensão de universalidade que a Carta das Nações Unidas possui, ao estabelecer que os países, mesmo os não membros, devem respeitar suas decisões e podem até mesmo recorrer até ONU para solução de suas controvérsias.

Art. 2, 6 **A Organização fará** com que os **Estados** que **não** são **membros** das Nações Unidas **ajam de acordo com esses Princípios** em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais (2002, p. 37).

Art.35, 2 Um Estado que não for membro das Nações Unidas poderá solicitar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral para qualquer controvérsia em que seja parte, uma vez que aceite, previamente, em relação a essa controvérsia, as obrigações de solução pacífica previstas na presente Carta (2002, p. 48, grifo nosso).

O caráter generalizador da Carta aparece também no momento em é estipulado que todas as suas regras deverão prevalecer sobre quaisquer tratados que forem firmados:

Art. 103 No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta (2002, p. 69).

Essa universalidade se explica da seguinte forma:

Os princípios gerais e o 'costume' no direito internacional são considerados universalmente aplicáveis enquanto os tratados, como regimes legais que são, obrigam apenas os signatários.

Na verdade, embora todos concordem que a regra esteja baseada em práticas passadas e no 'costume', sua incorporação em vários tratados ou num só tratado multilateral pode torná-la um modelo do que é 'razoável' ou 'legal' sob os padrões gerais e, assim, ligar também os não signatários. Há uma tendência constante para universalizar ou, pelo menos, projetar o mais longe possível as normas comumente encontradas nos tratados (KATZENBACH, 1961, p. 39).

Esse fato deixa claramente a visão de solidariedade que deve permear as ações dos Estados e que já era uma previsão de Grotius, o que por seu turno, impede que haja uma decidida e plena neutralidade por parte dos Estados, uma vez que havendo um conflito, ele precisará pautar suas atitudes de acordo a não prejudicar as ações daquele que foi injustiçado e também com relação aos interesses da coletividade:

Os esforços para controlar a força militar em apoio dos preceitos da comunidade exigem que os Estados não diretamente envolvidos em um litígio apóiem o participante cuja causa seja justa. Esta era a opinião de Grócio, e pressupunha um interesse e uma responsabilidade comum na preservação do direito internacional. Em conseqüência foi ela a precursora da segurança coletiva. Não há neutralidade estrita porque todos têm o dever de apoiar a política da comunidade e exigir a punição dos culpados conforme a culpa que tiverem (KATZENBACH, 1961, p. 236).

Por todo o exposto, fica clarividente a presença da mensagem de Hugo Grotius na Carta das Nações Unidas, seja no momento em que afirma que através da razão podem os Estados chegar a princípios e a regras no campo internacional e que favoreçam a paz, seja estabelecendo quais seriam os casos de guerra justa presentes de diversos pontos da Carta.

## 4. A constituição federal de 1988 e a guerra

O Brasil foi um dos países que integram o grupo de fundadores das Nações Unidas.

Até hoje o discurso que abre a Assembleia Geral da ONU é da Presidência brasileira.

Nesse sentido, mostra-se de extrema importância observar que a Constituição brasileira de 1988 incorporou em seu texto princípios e valores defendidos por Grotius e mais tarde adotados pelas Nações Unidas.

Já no Preâmbulo os Constituintes declaram como um de seus objetivos instituir um Estado comprometido "na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Na sequência o artigo 1º, inciso I e II, estabelece que o país tem por fundamento, além da soberania, a dignidade da pessoa humana.

Tais direcionamentos são novamente reafirmados quando o art. 4º estabelece os princípios pelos quais o Brasil deve pautar-se externamente, in vervbis:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da

humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Outro ponto é que o art. 84, inciso XIX, da Constituição apenas permite a declaração de guerra por parte do Presidente da República, mediante autorização do Congresso Nacional, em caso de agressão estrangeira.

Esse item é novamente exposto no artigo 137, II da Constituição, quando prevê a decretação de estado de sítio em "resposta a agressão armada estrangeira".

É possível, verificar, nesse sentido que a guerra somente será permitida para defesa, sendo vedada em outras circunstâncias.

Assim, nossa Constituição somente permite aquilo que, segundo a classificação de Grotius, corresponderia a uma guerra justa.

Importante observar que se o Brasil for objeto de agressão a ponto de ensejar uma resposta armada por parte do governo, poderá solicitar auxílio das forças das Nações Unidas.

Nota-se, portanto, que apesar dos séculos que separam a obra de Grotius e a promulgação da Constituição de 1988, o texto Constitucional seguiu a tradição de um clássico do direito internacional quando o tema tratado foi a guerra.

#### Considerações finais

Grotius perpassou seu tempo e ganhou a história como um clássico de extrema importância para o direito internacional.

Sua discussão acerca da guerra e da paz, sua preocupação em sustentar que mesmo na guerra a existência e o respeito a leis e limites são necessários. Sua clara compreensão das transformações que se sucediam ao seu redor e a busca de uma fonte da qual pudesse emanar um direito para reger as relações internacionais, fizeram com que se pautasse no direito natural, na razão e na consequente solidariedade entre os Estados.

Todas essas colocações ultrapassaram a linha de seu próprio tempo e vieram a influenciar na criação e no regramento de uma organização internacional que pretende ser uma resposta às questões da paz e da segurança, as Nações Unidas e até mesmo na Constituição brasileira.

Foi em Grotius que os negociadores acharam sua fonte para que fossem garimpados, através da razão, os princípios pelos quais todas as nações seriam a favor e dessa forma se posicionariam a serviços da paz e contra a guerra.

Mas a guerra e o uso da violência permanecem a assombrar o cenário internacional e muitas vezes é preciso usar a força para evitar ou restabelecer a paz. Novamente Grotius aparece, ajudando a estabelecer quais critérios devem ser levados em consideração para termos uma guerra dita "justa" ou "injusta".

Se nesse século XXI ainda não vimos e esperamos não viver os horrores de um conflito generalizado, talvez se deva a influência de um holandês que deixou uma grande herança para o mundo.

Espera-se, finalmente, que a ONU se torne o campo em que a semente da paz seja semeada e que o Brasil jamais precise efetivar os artigos Constitucionais que lhe autorizam a guerra.

#### Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.</a> htm>. Acesso em 25 de abril 2014.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. In Rangel, Marotta Vicente. *Direito e relações internacionais*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Apresentação. In: GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz.* Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1, p.9-13.

GALT, Tom. *Nações Unidas:* história, organização, funcionamento. Tradução de Caio Freitas. Rio de Janeiro: Bloch, 1966.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz.* Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1-2.

HESPANHA, Antonio Manuel. Introdução. In: GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1, p.15-25.

KATZENBACH, Nicolas de B. KAPLAN, Morton A. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

THOMPSON, Kenneth W. *Fathers of international thought:* the legacy of political theory. Lousiana: Lousiana State University, 1994.

VECCHIO, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*, Tradução de António José Brandão, 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

# NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA SEGURANÇA JURÍDICA DO BRASIL

"O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade" (John Locke)

Bruno Henrique Belotti Scriboni<sup>172</sup>

#### Resumo

Este trabalho científico visa analisar o neoconstitucionalismo e seus reflexos na segurança jurídica no país. A pesquisa parte de um estudo histórico, para a melhor compreensão do tema, deixando claro os pontos polêmicos do assunto. Busca, também, uma solução ética e moral aos conflitos gerados em decorrência do confronto entre a nova interpretação constitucional e a necessidade da interpretação igualitária aos casos semelhantes, para que desse modo, se viabilize a segurança jurídica e a isonomia. Os métodos de raciocínio que foram usados são o indutivo e dialético. Por conseguinte, os métodos de procedimento usados foram o hermenêutico e o histórico. Ao final, o tipo de pesquisa é a compilação bibliográfica. O trabalho científico visa analisar a controvérsia entre a aplicação do neoconstitucionalismo e a segurança jurídica, para demonstrar que o neoconstitucionalismo interpretado corretamente e subsidiado de fontes jurídicas estáveis, não ofende a segurança jurídica. O estudo adota como parâmetros a Constituição Federal de 1988, e sugere uma melhor atuação da doutrina brasileira do ponto de vista deontológico, epistemológico e axiológico.

# Introdução

O neoconstitucionalismo é a nova interpretação do Direito Constitucional, sendo um assunto novo, que começa a rodar o cotidiano jurídico dos intérpretes. No que tange a sua vertente hermenêutica, devido ao modo extensivo de sua interpretação, este instituto visa, primordialmente, o bem estar do ser humano e o respeito às garantias e aos direitos fundamentais, inerentes ao homem. Tais fatores, diga-se de passagem, foram deixados de lado na aplicação positivista pura.

Neste contexto de passagem do positivismo para as interpretações mais flexíveis, com maior discricionariedade judicial, surgiram vários problemas, sendo que um deles será tratado nesse trabalho científico: a interpretação relativizada pode se distanciar da norma escrita, deixando como consequência uma insegurança jurídica que nos assombra rotineiramente.

O artigo científico, em questão, visa analisar a controvérsia entre a aplicação do Neoconstitucionalismo e a Segurança Jurídica, para demonstrar que o Neoconstitucionalismo interpretado corretamente, de acordo com os parâmetros constitucionais, não ofende a Segurança Jurídica.

Outro fator que também será tratado é o moralismo, que embute termos e concepções nos "pré-conceitos" de nossos magistrados, os quais, com o

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Trabalho elaborado sob orientação da Prof<sup>a</sup> Ma. Nínive Daniela Guimarães Pignatari docente do Curso de Direito da mesma instituição.

fenômeno do neoconstitucionalismo, estão aplicando princípios de cunho exclusivamente moral e social como fatores deontológicos, ou seja, estão "fazendo" direito a partir da moral.

Por fim, trataremos do tema na realidade atual, expondo seus entendimentos perante a sociedade jurídica do Brasil, finalizando com as exposições das teorias, para a solução do conflito que a nova interpretação da Carta Magna trouxe à segurança jurídica do país, e além de tudo, trazendo o contexto de aplicabilidade axiológica, para que se possa incrementar as relativizações feitas às escuras por nossos magistrados em seu cotidiano atual, afim de amenizar os impactos sofridos do ponto de vista teórico.

#### 1 A interpretação neoconstitucional

A interpretação neoconstitucional é o que dá asas para a relativização das normas e, consequentemente, causa a aparente insegurança jurídica.

Segundo o ponto de vista de Soares:

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais e alheia ao problema da efetividade do sistema jurídico (2010, p.136).

Ou seja, nesse sentido o autor transcreve que o direito, com sua nova interpretação, não pode se ater apenas a aplicação das leis vigentes, mas também abranger todo ramo social e psicológico da sociedade, fazendo valer a justiça de acordo com um padrão moral previamente estabelecido pela sociedade em geral.

Para Pozzolo (2010, p.77) "Originalmente pensando para denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito".

Obviamente não é tarefa fácil, nenhuma aplicação dos métodos hermenêuticos, principalmente no neoconstitucionalismo, como ressalta Andrade (1992), em obra dedicada a tratá-los, todos eles têm problemas. Porém todos são passíveis de soluções, neste caso o que vale é a figura do magistrado interpretando de acordo com o conteúdo fático, e aplicando a medida mais adequada. A equidade é fator essencial na aplicação de qualquer método, não só em alguns como mencionam alguns autores, ela deve ser aplicada na hermenêutica como valor geral.

Neste raciocínio, continua Soares:

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados ás Constituições, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações

morais, o que confere natureza política a atividade do jurista. (2010, p. 136).

Mais um relato, sobre independência da interpretação neoconstitucionalista, e neste caso, o autor elucida que com a introdução da moralidade o interprete e aplicador do direito deve se distanciar de uma ciência exata para a aplicação das normas, ou mesmo do direito, a determinados casos. Já que uma aplicação objetiva das normas poderia aferir natureza política as decisões do judiciário.

Entretanto, a interpretação neoconstitucional deve, além de tudo, ponderar todos os valores discutidos, inclusive os políticos, tudo deve ser levado em conta. Obviamente, tendo seus pontos mais fortes e mais fracos, sim é claro.

Apresenta esse meio, um ápice, os parâmetros e princípios, tanto que o neoconstitucionalismo é chamado por alguns autores como fábrica de princípios. Como ultimo posicionamento de Soares para este tópico, vale ressaltar que:

Ademais, o movimento neoconstitucionalista tem se revelado favorável a ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. Isso porque a legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição) e de crítica externa (cujo parâmetro é a moralidade social).

Deste modo, as diversas teorias neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação dos princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. (2010, p.136).

Contudo, a interpretação neoconstitucional vem se aprofundando no Brasil adentro, e está cada vez mais se infiltrando nos tribunais, nos fóruns de primeira, segunda e terceira entrâncias. O judiciário, como um todo, está sendo tomado pelas razões principiológicas que regem nosso ordenamento, juntamente com a CF/88.

#### 1.1 Princípios e fundamentos da interpretação neoconstitucional

Como visto, no tópico anterior, os principais princípios que regem a interpretação neoconstitucional são os da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Obviamente, que a partir desses princípios emergem

inúmeros derivados, que são incontáveis, diante da situação jurídica atual. Em um comentário direto ao princípio da dignidade da pessoa humana, leciona:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito como as condições materiais de subsistência. A busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, pensar e criar do ser humano. (SOARES, 2010, p. 140).

Este princípio, além de base jurídica, é base social para com a sociedade atual, nossas condutas e costumes, de certo modo, são regidos implicitamente por este princípio.

A partir do momento em que você ensina seus filhos a respeitarem os "coleguinhas" de sala, você implicitamente esta dizendo: "Filho, siga os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana e promova o bem comum a nossa sociedade".

É muito mais simples do que imaginamos no dia-a-dia, entretanto, quando o assunto passa ao judiciário, as questões começam a surgir. Aquela velha história, do direito e da justiça, do ser e do dever ser. É fatalmente ai, nesse ponto, que a vida de nossos magistrados começa a se complicar. E não é nada fácil digerir os problemas que a "fábrica" de princípios do neoconstitucionalismo trouxe ao ordenamento jurídico.

Mas, antes de entrarmos na discussão sobre os problemas em questão, que não são poucos, teremos de observar o outro grande princípio do neoconstitucionalismo, que é o princípio da proporcionalidade.

A aplicação do supracitado princípio é o mesmo que indicar a medida justa a cada tipo de problema, é ponderar a pena ideal a cada tipo de crime, fato que se comentado na sociedade atual, seria motivo de chacota, visto que o Brasil pelo excesso, e dessa vez de garantismo, peca quanto a sanções de seus infratores.

E é ai que está a questão, não só no direito penal, mas em toda doutrina de qualquer ramo do direito contemporâneo, até onde ponderar?

Temos, é claro, que levar em conta a dignidade da pessoa humana, princípio supremo de nosso ordenamento atual. E ainda mais, todos os princípios derivados da matriz, fato este que é invocado ao absurdo pela maioria dos advogados penalistas.

Na didática de Soares:

A proporcionalidade em sentido estrito é examinada diante da comparação entre a importância da realização do sim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame teleológico e axiológico do hermeneuta, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício, sempre com vistas para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. (2010, p. 149).

Vale ressaltar, as vistas que o autor dá a teoria utilitária, sendo essa teoria que leva em conta a análise do custo-benefício, cálculo este, muito utilizado por empresas multinacionais, a exemplo da Ford, montadora norteamericana de veículos que teve um caso curioso que vale a pena ser dito.

Segundo a doutrina utilitarista, caso que aconteceu nos Estados Unidos da América:

(..) ao referir-se aos mais de quinhentos indivíduos que morreram em razão de um erro de projeto no Ford Pinto, um veículo lançado na década de 1970, cujo tanque de combustível explodia quando era abalroado. Segundo o autor, os executivos da Ford tarifaram o valor das indenizações por morte e por queimaduras e estimaram o número de acidentes. Depois, ponderaram que o custo de 11 dólares por carro para consertar o defeito seria muito superior do que as indenizações e, por isso, optaram por não solucionar o defeito e manter o veículo no mercado. Chegaram à conclusão de que era melhor deixar como estava. As mortes e os danos não importavam. Os direitos fundamentais violados não importavam. (QUADROS, 2013).

Contudo, a mensagem que esse tipo de caso traz, é que muito mais que um fator jurídico, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade são fatores sociais que devem ser aplicados não só nos tribunais, mas também no dia-a-dia da sociedade em geral. O que, obviamente, caracterizaria os princípios da boa-fé objetiva, da função social da empresa, entre tantos outros.

#### 1.2 O Problema da hermenêutica Neoconstitucional

Como já dito, a hermenêutica neoconstitucional é quase que totalmente amparada por dois princípios base, a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade. Pois bem, essa observância severa a esses dois princípios autorizam o magistrado a, muitas vezes, se distanciar da norma, para que o valor moral do direito seja alcançado, ou em outros ditames, para que a justiça seja feita.

Até este ponto, na teoria, o silogismo é perfeito. Já que, se a norma afeta a dignidade da pessoa humana, basta o juiz usar de sua livre convicção e afastá-

la, aplicando assim a solução mais viável e justa. Invocando algum princípio de valor moral e teleológico, suprindo a lacuna hermenêutica do caso.

E com isso, centenas de princípios são criados, uns em função da moral, outros éticos, outros ainda, para que os primeiros tenham mais aplicabilidade.

Pois bem, a essa "fábrica de princípios" está relacionado o problema umbilicalmente. Argumenta Streck:

[...] o que se tem visto é o crescimento "criativo" de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo "convenientemente" o nome de "princípios", os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metaregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de reforçar. Assim, parece necessário um mínimo de distinção entre os vários tipos apresentados no sistema jurídico. (2012, p. 67).

Nesta linha de raciocínio, o autor introduz a ideia de que a abertura de novos conceitos de princípios aplicáveis, cada vez mais no cotidiano, causa uma ampliação interpretativa para as normas expressas na lei. Dando ensejo, com maior frequência, a interpretações diversas das que o legislador teria atribuído a ela.

Neste ponto vale destacar outro argumento de Streck:

[..] princípios não são valores; não há uma distinção estrutural entre regra e princípio; um princípio só se aplica através de uma regra; atrás de cada regra há sempre um princípio; por vezes, princípios são aplicados como regras e, finalmente, que o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito. (2012, p. 71).

O autor retrata que, sem uma regra que anteceda o princípio, ele não pode ser aplicado singularmente, porque, na verdade, toda regra decorre de um princípio geral de direito assegurando efetividade a ele. Se nesse contexto não houver regra estipulada para garanti-lo, é como dizer que a sociedade não aderiu á aplicação de tal princípio. Exemplificando, o direito, principalmente, em ramo privado, tem aquela famosa frase. "O que não é proibido, é permitido". Fazendo-se uma interpretação extensiva desta sentença gramatical, e tendo a compreensão de que o legislador que é representante da sociedade, ("pelo menos em parâmetros legais, e infelizmente não acontece na realidade"), devendo assim, instituir a vontade da população em geral e promover o bem comum. Desse modo, se o legislador não institui a norma, com o ensejo de dar efetivação ao princípio que deve ser aplicado naquele tipo determinado de caso,

comprova que a vontade comum não quer a aplicação ou efetivação daquele tipo de entendimento protegido pelo princípio em questão.

Resumidamente, se não há norma protegendo o princípio, ele não tem valor axiológico e nem deontológico para com a sociedade.

O ordenamento é estruturado por princípios, e as normas são as formas que dão concretude ao querer abstrato dos princípios, por isso que, um depende intrinsecamente do outro.

Outro ponto importante a ser ressaltado, é o fato do uso da ponderação na interpretação neoconstitucional, assim leciona Streck:

[...] é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito "novo" (poder-se-ia dizer, um direito "pós-bélico", como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, campo jurídico, no do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Ou alguém tem dúvidas de que a ponderação e o protagonismo judicial são irmãos siameses? (2012, p. 75).

Entretanto, em refutação a explicação dada acima, se considerarmos a teoria tridimensional de Miguel, a grosso modo, com fato, valor e norma, respectivamente. A frase acima poderia ser considerada como um silogismo perfeito. Sendo que, primeiramente analisa-se o fato, a este atribui-se um valor moral ou imoral, e a este valor atribuído aplica-se a norma. A partir deste ponto, pode subentender-se que nenhum fato é completamente idêntico, sendo assim, os valores, consequentemente, irão variar, e como efeito dominó, a norma deve ser aplicada na mesma proporção do valor.

A título de exemplo prático e simples, podemos ter como base dois crimes de homicídio, sendo que os dois foram cometidos por pessoa maior capaz, os dois com o mesmo *modos operandi*, um tiro no meio do peito da vítima, direito no coração. Com dias de diferença de um para outro.

Os dois eram pais de família, que executarão o estuprador da filha de 12 anos, entretanto, a diferença é que um crime aconteceu em São Paulo e o outro em Pernambuco.

Os dois foram condenados por homicídio doloso, atenuado pela violenta emoção. Entretanto, o réu de São Paulo, obteve uma pena maior do que o réu de Pernambuco.

Isso acontece devido à ponderação, os valores prepostos por cada magistrado, advém da região em que foram criados e com os costumes que foram impostos.

Todavia, a relativização das normas nem sempre é ponderada, pelo menos não do ponto de vista moral, e este problema está introduzido

diretamente como problema fim da nova interpretação Constitucional, desse modo, vale a pena nos aprofundar.

#### 1.2.1. A relativização das normas

A relativização das normas se dá pelo poder discricional que é conferido ao juiz, poder este, que o autoriza a julgar segundo sua convicção, observados, apenas, é claro, a fundamentação, devendo esta, ser dada a fim de explicar a lógica da decisão.

Pois bem, com o advento do neoconstitucionalismo, juntamente com a máxima aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da ponderação, temos a relativização das normas legais, visto que, em tese, com observância desses princípios, os magistrados estariam se atendo ao máximo efeito do direito.

Entretanto, com este raciocínio, e tendo em vista os limites do poder do judiciário, que diga de passagem, é apenas "julgar", surge a questão: "Os juízes podem criar direito?"

A resposta deste questionamento pode ser trazida na lição de Trindade:

Ocorre que, rompendo com a tradição inaugurada pelo positivismo normativista, Ferrajoli não admite que os juízes possam criar direito, mas apenas (in)aplica-los de acordo com a sua constitucionalidade, atuando somente na esfera ilegítima da política. No constitucionalismo garantista, os juízes encontram-se vinculados á lei e, sobretudo, á Constituição, de maneira que sua tarefa é garantir e concretizar os direitos positivados, respeitando o princípio da separação de poderes. (2012, p. 129).

Segundo o entendimento do autor, os juízes ao fazer uso da discricionariedade, apenas atuam na esfera ilegítima da política, ou seja, apenas deixam de aplicar, ou aplicam em menor intensidade certas normas que possam ferir a Constituição ou mesmo sejam princípios norteadores.

Pois bem, sendo assim, pode-se afirmar que o juiz jamais deve ser "ultrativo" a legislação, em outras palavras, jamais, o magistrado poderá criar direitos. Mesmo porque, se o poder não for repartido, entre poderes independentes e autônomos, começa-se a gerar um monstro soberano, que nem mesmo a democracia é capaz de inibi-lo.

Sendo outro fato importante a se ressaltar, a questão do controle sobre a discricionariedade, inibindo qualquer tipo de poder totalitário ou arbitrário, fundado em apenas uma esfera de força. A respeito dessa afirmação, ressalta Trindade:

Observa-se neste contexto, que a discricionariedade judicial – seja ela concebida como algo eliminável, reduzível ou aceitável – deve ser, sim, controlada através de mecanismos

idôneos que não permitem a produção de juízos decionistas ou arbitrários, avessos aos ideais que conformam as sociedades democráticas. (2012, p. 129).

Entretanto, a grande questão esta em definir mecanismos adequados ao controle da discricionariedade, tendo como questão base, definir parâmetros aos magistrados, sendo que, esses parâmetros deveriam ser os freios que o Estado impõe a ele mesmo no ramo do judiciário, a fim de nos dar a certeza que há limite, e esse limite não será ultrapassado em hipótese alguma.

Desse modo, estipular limites não é impossível, como no caso das Súmulas editadas por nossos tribunais superiores, porém, a grande questão está em impor a todos os cumprimentos das orientações superiores.

A ponderação é muito variável de um magistrado para outro, ainda temos em nossos tribunais uma grande leva de juízes, desembargadores e até ministros extremamente positivistas, outros extremamente liberalistas, entre tantos, que ficam ao meio termo.

Contudo, vale ressaltar que mesmo com todo esse poder discricional oferecido pelo neoconstitucionalismo, o judiciário, ainda, esta vinculado aos parâmetros constitucionais explícitos e implícitos na Constituição Federal, a além do mais, está vinculado veementemente aos princípios norteadores, a dignidade da pessoa humana e a ponderação.

#### 2 Neconstitucionalismo e segurança jurídica

Neoconstitucionalismo e segurança jurídica aparentemente são institutos opostos, já que, o primeiro é fruto da quase que total liberação a obediência a princípios morais, advindos do direito natural e o segundo estrito-legalista. Entretanto, essa visão, tão absoluta, tem mudado conforme o andar dos anos, e a adaptação das novas formas de interpretar o direito nacional.

E até onde esse maior poder conferido ao judiciário, com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, podem chegar sem ferir a segurança jurídica, ou melhor, o princípio da segurança jurídica?

Essa questão, além de haver inúmeras controvérsias, é bem mais complexa do que aparenta, envolvendo valores, e não só valores jurídicos, mas também valores morais.

#### 2.1 Conceito e parâmetros de segurança jurídica

A segurança jurídica, traduzida em poucas palavras, é a certeza da população que é regida por certas leis, de que terão valor axiológico e esse valor será respeitado por todos.

Desse modo, a segurança jurídica esculpe uma ideia de máxima de experiência jurídica, causando sensação de paz e tranquilidade, aos que ela atinge. Essa paz se dá em virtude da estabilidade jurídica, estabilidade essa, que causa vários efeitos positivos para com a sociedade.

Como exemplos, cita-se, a certeza de quem cometer um crime, irá ser julgado e condenado a respectiva pena, ou ainda, a princípios que ela dá ensejo, como o da anterioridade e noventena, princípios do direito tributário, que visam a não surpresa do contribuinte, consequentemente, causando a estabilidade mencionada acima, ou seja, protegendo a segurança jurídica.

Leciona Soares (2010, p. 129): "A segurança se afigura como um dos valores mais importantes do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meios para a concretização do direito justo".

Entretanto, se faz necessário entender que a segurança jurídica não é um valor pleno, a respeito dessa afirmação leciona Soares:

Não se trata, contudo, de um valor absoluto, supostamente capaz de esgotar a ideia de justiça. Decerto, em nome do valor da segurança, o positivismo jurídico erigiu a primazia do direito positivo em face do direito natural, reduzindo o direito justo ao direito estampado no sistema normativo da ordem jurídica, independentemente de sua legitimidade e efetividade. Isto propiciou, ao longo da história do ocidente, experiências sociais muitas vezes trágicas, a exemplo dos arbítrios cometidos pelo regimes totalitários do século XX, sob o manto da legalidade. (2010, p. 129).

A título de exemplo, temos um fato que jamais será esquecido, como o holocausto, entretanto, nunca é demais ressaltar, que os erros a cerca de regimes totalitários, causaram 6 milhões de mortes de judeus inocentes nos campos de concentração alemães, tudo sobre o abrangente manto da legalidade.

A finalidade do principio em comento, também, é alcançar justiça, finalidade esta que ele divide muito bem como o Direito, afinal, o Direito, como um todo, esta sempre buscando a justiça, que com o passar dos anos, esta cada vez mais ligada com os valores morais da população. Valores estes, que veem se fundindo com o ordenamento jurídico.

Seguindo, vale comentar o ensinamento de Soares:

Decerto, a segurança jurídica permite também a realização do direito justo, porque a ideia de justiça liga-se intimamente á ideia da ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. (2010, p. 130).

Este é outro ponto que vale estudar, a ética, que esta intimamente ligada com o Direito, trazendo a ideia de ordem, na qual a segurança jurídica tem papel relevante.

Segundo Aristóteles (1991), a Justiça é um tema da ética, sendo esta última, uma ciência prática, ou seja, destina-se a conduta humana em sociedade. Para o filósofo, a justiça é a virtude perfeita no sentido de ser completa. Sendo a virtude, para Aristóteles, de natureza ética, por esse motivo a justiça é definida como virtude.

É necessário para a conduta ética, o conhecimento da ética. Porém, somente isto não basta, para isso, Aristóteles trouxe a política para disciplinar esse campo.

Em definição genérica, Justiça é virtude perfeita, sendo assim, é aquela que a ser praticada promove integralmente o bem comum, não ferindo a ninguém, promovendo o bem particular de quem fere a justiça.

Observadas as lições trazidas por Aristóteles, concluímos que, para o aperfeiçoamento ético é necessário que se faça valer cada vez mais os valores supracitados.

Entretanto, retroagindo ao conceito de segurança jurídica, para que se possa dar efetividade á ideia do instituto, é necessário criar mecanismos de direito, que visem proteger seus preceitos. Acerca disto leciona Soares:

Para que este valor possa ser realizado na órbita das relações jurídicas, a estimativa de segurança jurídica costuma ser corporificada em princípios constitucionais, enunciados em diversas Cartas Magnas do ocidente, como também sucede a Constituição Federal de 1988. Com efeito, da leitura atenta do art. 5º da CF/88, extraem-se, dentre exemplos de sua concretização: diversos irretroatividade da lei; autoridade da coisa julgada; respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito; outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral; prévia lei para a configuração de crimes e cominação de penas; e o devido processo legal. Sendo assim, nos Estados democráticos de Direito, o valor da segurança jurídica pode ser considerado um princípio basilar da ordem jurídico-constitucional, como forma de garantir a tutela dos direitos fundamentais do cidadão. (2010, p. 130).

Não só no campo material, como citado nos exemplos acima, mas, também no campo formal, a segurança jurídica é aplicada por todo ornamento jurídico, ressalta-se que quanto mais consolidada a ideia no interior de cada cidadão, maior será a efetividade do ordenamento, tendo como efeito, a distribuição da ordem e da tranquilidade. Acerca dos exemplos formais ou imaginários, ressalta Soares:

De outro lado, os juristas procuram reforçar a certeza do Direito no imaginário de cada cidadão, através do desenvolvimento das seguintes atividades: aplicação do princípio da legalidade; preenchimento das lacunas jurídicas; correção das antinomias jurídicas; simplificação da linguagem do legislador; aplicação da analogia a casos semelhantes; adequação á jurisprudência dominante, dentre outros exemplos. (2010, p. 130).

Torna-se assim, um silogismo perfeito do campo objetivo, visto que, as providências materiais somadas com as formais possibilitariam plenamente a segurança e a certeza do Direito. Tendo em vista, que esses pilares são absolutamente necessários a manutenção da ordem e, sobretudo, a justiça em um Estado Democrático de Direito, acerca disto, afirma Soares, (2010, p. 130-131). "A segurança e a certeza do Direito são necessárias para que haja justiça e, pois, direito justo, visto que a ordem institucional e a desconfiança subjetiva inviabilizam o reconhecimento de direitos e o correlato cumprimento das obrigações jurídicas".

Contudo, necessário se faz, avaliar a prática jurídica e como os eventos estão acontecendo, desta maneira, que podemos nos ater ao problema, visto a seguir.

#### 2.2 Colisão entre Institutos

Enfim, estamos diante do grande problema do neoconstitucionalismo, problema esse, que está em seu DNA, ou seja, esta intrinsicamente relacionado com suas origens. Vejamos na lição de Soares:

Deve-se, entretanto ressaltar que não mais se aceita o argumento formalista, típico do positivismo jurídico, de que a segurança jurídica e a certeza bastariam para a materialização do direito justo. O sistema normativo, como expressão da cultura humana está em permanente mudança, exigindo a apropriação de novos valores e fatos na experiência jurídica. Sendo assim, a segurança jurídica e a certeza do Direito não são dados absolutos, nem tampouco a justificativa para que uma norma jurídica possa permanecer em vigor, mesmo que a sua aplicação, num dado caso concreto, esteja desprovida de efetividade e sobretudo, legitimidade, por comprometer a ideia de justiça. (2010, p. 131).

Um argumento seriamente válido, tendo em vista, o panorama em que pese a imutabilidade do direito e as normas que o circundam, resta esclarecer, que o doutrinador tem ideais progressistas e não esta preso a norma legal. O autor segue em suas explicações:

Exemplo ilustrativo é o debate atual sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada, no panorama doutrinário e jurisprudencial brasileiro, visto que muitos estudiosos entendem que a consolidação das situações jurídicas pela coisa julgada deve quedar diante da constatação, em face de novos elementos probatórios, de eventuais injustiças cometidas contra uma das partes. (2010, p. 131).

É clara a ideia, pelo menos em um âmbito de Estado Democrático de Direito, de que não se pode comprometer a justiça em função do cumprimento de uma norma, entretanto, há de se indagar, qual é o limite da relativização de uma norma em pró da justiça, ou ainda, até onde vai a discricionariedade do magistrado, antes de uma decisão se tornar subjetiva. A conclusão de Soares quanto ao tema em estudo, abre brechas para relativização:

Deste modo, o valor da segurança jurídica e a convicção da certeza do Direito, embora relevantes para a realização abstrata da justiça, comportam relativização em determinadas circunstâncias, a fim de que se realize, num dado caso concreto, a melhor interpretação e aplicação de um direito justo. (2010, p. 131).

De certa forma, é impossível compatibilizar uma imparcialidade total do juiz quando for fazer um julgamento. Como visto, a consciência de ética e moral para cada indivíduo esta intrinsecamente ligada com sua formação sócio-cultural, e isso foge a qualquer alçada judicial.

O ponto que deve ser posto em discussão neste subtítulo, diz respeito aonde é o primeiro impacto que traz o neoconstitucionalismo a segurança jurídica do país.

Pois bem, ao longo desse trabalho cietífico, vimos que um dos principais recursos que o neoconstitucionalismo trouxe a nosso ordenamento, foi a autonomia dos princípios. Denominado por Streck (2012, p. 64), como panprincipiologismo, ou seja, uma fábrica de princípios, onde há uma crítica séria, na qual esta sendo desrespeitada a diferença estrutural entre norma e princípio. Segundo argumentos do autor, os próprios magistrados estão criando princípios de acordo com a própria necessidade de julgar, segundo eles, a justiça perfeita. A título de exemplo, pode-se destacar o princípio da felicidade, e como o mesmo diz, ninguém sabe explicar o que ele é.

Neste sentido, a deontologia do Direito esta um pouco enfraquecida, visto que, o "dever ser" esta se abstraindo da essência das normas, e cada vez mais, individualizados os casos, a convicção de certeza esta se perdendo.

Outro ponto, que deve ser ressaltado, é a outra base neoconstitucionalista, a ponderação. Ela provém do princípio da proporcionalidade, que juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana regem o ordenamento jurídico vigente. Visto que, a proteção a esses parâmetros, esta acima da legalidade.

A ponderação vem enfraquecendo a autonomia do Direito, Streck (2012, p. 71), elucida como a ponderação sem parâmetros enfraquece a teoria do direito, não só a ponderação entre princípios, que como já estudado, tem se

multiplicado em milhares, durante os anos que o neoconstitucionalismo esta em vigor em nosso país.

Todavia, tendo em vista, as interpretações das normas, ao que tange ao relativismo, julgando-se necessário, quando deve ser aplicado?

Ou melhor, o que deve fazer o jurista, para que sua aplicação de normas seja justa e ética?

Acerca do aludido tema, disciplina Xavier (2002, p. 99), "O assunto é complexo e pode ser colocado da seguinte forma: Se, por um lado, a aplicação da lei injusta garante a certeza e a segurança do direito, por outro, pode gerar gritantes injustiças".

Desse modo, o paradigma cada vez mais, se fecha diante da concepção de justiça versus certeza do direito, temos ainda, os comentários de outro autor sobre a enquete, assim questiona Wolkmer (1994, p. 182, apud, XAVIER, 2002, p. 99), "O direito deve sacrificar a justiça em benefício da segurança, transformando-se na ordem legal sem correspondência com o seu conceito ideal, ou deverá sacrificar a segurança em benefício da justiça, criando um clima de insegurança e intranquilidade?".

Com esses parâmetros, questiona-se, intrinsecamente, qual o grau de liberdade que o juiz tem relação com a lei, ou melhor, qual sua submissão a ela.

Firma-se então a ideia, desde o principio dos estudos acadêmicos dos graduandos em direito, de que o magistrado não pode ser um escravo da lei, citando por exemplo, o princípio do livre arbítrio fundamentado do juiz, ao qual o magistrado deve sempre atender o fim justo da norma, sempre fundamentando sua decisão, e nunca usá-la para a injustiça ou a imoral. Para a defesa desse parâmetro, podemos considerar os ensinamentos de Xavier, (2002, p. 99), "Isto porque tem o magistrado não somente uma função técnica de dizer abstratamente a lei aplicável a determinado caso, mas sim, compromisso em dar uma solução justa a um problema humano".

Entretanto, os limites estipulados a feitura da justiça, é que estão em escassez em nosso ordenamento jurídico, desse modo, teremos de analisar mais profundamente, o que o neoconstitucionalismo provocou com a concepção de justiça em nosso país, e até onde os valores estipulados pelo novo instituto, sobrepõem-se a ordem institucional e autônoma do Direito.

Pois bem, segundo Xavier:

[...] a ordem jurídica visa a consubstanciar valores tais como justiça, ordem, segurança jurídica, progresso social, paz, cooperação, solidariedade, dentre outros. No particular, diante da problemática da aplicação ou não das leis injustas, os três primeiros valores já citados assumem relevância ímpar. (2002, p. 100).

Entretanto, devemos nos atentar a definição de segurança jurídica, que jamais deve ser definida como ideologia jurídica, como na lição de Carvalho:

Manter a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem, no entanto, confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do <u>status quo.</u> Não há que confundir o valor da segurança jurídica com a "ideologia da segurança" que tem por objetivo o imobilismo social. Esta é uma percepção míope da realidade social... faz tábua rasa as tensão entre a ordem estabelecida e a ordem desejada. (1998, p. 117, *apud* XAVIER, 2002, p. 105).

Um posicionamento adotado a mais de 16 anos, visto que, o imobilismo social, comparado aos tempos atuais do século XXI, era de fluxo muito maior do que nos dias atuais. As mudanças da sociedade estão praticamente inalcançáveis para a doutrina e a jurisprudência, o equivalente a valores, as mudanças de crenças, o grande confronto de pensares de diferentes gerações. Isto dificulta muito, o trabalho social do direito. A concepção de justiça, esta cada vez mais divida, consequentemente, a segurança dela, por meio de fontes jurídicas, é um fato tão abstrato.

O autor supracitado ainda termina com a seguinte afirmação, segundo Carvalho, (1998, p.117, *apud* XAVIER, 2002 p. 105), " [...] segurança é valor fundamental do Direito, mas é sabido que não há segurança que se possa manter se não for imantada pela Justiça".

Sendo assim, jamais poderemos excluir a efetividade da justiça, seja qual for o parâmetro para mensurá-la, para satisfazer a segurança jurídica. Com as novas correntes neoconstitucionalistas, como já visto, os parâmetros de interpretações estão cada vez mais humanísticos, tendo como princípio base a conservação dos valores humanos de primeira, segunda e terceira geração. Valores estes, adquiridos após a Revolução Francesa do ano de 1789, que ganharam total e ampla efetividade no Brasil, apenas, após a Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a efetivação da justiça, só será possível, se atendidos os requisitos neoconstitucionalistas, e todo seu leque de princípios e proteções. Entretanto, devem ser observados os exageros, já que, todo exagero leva a outro exagero.

Essa frase pode ser o grande exemplo do nosso grande Estado Democrático de Direito. Sendo que, não é necessário voltar muitos anos na história, para constatar o que aconteceu aqui.

A ditadura militar com sua repressão, absurdamente de direita, impondo regras e parâmetros num regime totalitário e cruel. Onde se reprimia as liberdades individuais e colocava-se o Estado acima de qualquer outro fator que possa ser revisto.

Esse regime é o que nos levou ao que alguns chamam de excesso de liberdade, ou melhor, o clamor excessivo por liberdade, por observância aos princípios que regem a base da dignidade da pessoa humana.

Todavia, o país não estava preparado a recepcionar uma Constituição com tantos direitos, visto que, o Brasil ainda é um país que não foi alfabetizado para com uma Sociedade Democrática. Infelizmente, os problemas sócio-

culturais de nosso Estado Democrático de Direito, vão muito além do que se pode controlar por regras e obrigações.

Esse caos axiológico que as normas vivem, não são em função de que elas são mal elaboradas, ou ainda, porque elas sejam arcaicas, e sim pela total falta de caráter da população, onde todos querem se beneficiar um pouquinho do Estado.

Claramente, que erros assim, não justificam o fato de o judiciário do país desrespeitar princípios que circundam a dignidade da pessoa humana e nem a ponderação da aplicação das normas. Entretanto, dificultam seriamente a concepção do certo e errado, em outras palavras, cada vez mais distanciam o certo do justo.

Concluindo, deve-se atentar a lição de Schnaid:

Por óbvio, então, o Estado Democrático de Direito deve satisfazer tanto a Justiça como a segurança jurídica. No entanto, há que se ter claro que a vida social não tem sentido quando dissociada do valor justiça. A justiça se faz carne do Direito. Ela é meta última e derradeira das leis sendo, assim se pode dizer, dever de ofício daqueles que lidam com o Direito realizá-la. (1996, p. 39, apud XAVIER, 2002, p. 106).

A teoria do caso concreto, nos remete que a todo caso deve-se dar cunho particular e julgá-lo de acordo com os fatos nele embutido, ponderando assim, a decisão mais justa possível.

Em outras palavras, o magistrado de ofício deve fazer justiça. Outro grande problema que leva o confronto dos institutos estudados neste capítulo, é a subjetividade de cada juiz, tribunal ou corte, que ao aplicar os conhecimentos obtidos através das normas jurídicas vigentes, julgam sem qualquer base científica. Tendo apenas como parâmetro a moral e a ética, que, diga-se de passagem, é obtida por suas próprias experiências, que são adquiridas no decorrer de sua vida em sociedade.

O neoconstitucionalismo colaborou com esses casos, já que, por muitas vezes, numa má interpretação de seus ideias, ele é usado como parâmetro para a relativização de normas.

Contudo, somados todos os fatores apresentados acima, temos o fenômeno da insegurança jurídica, fator de péssima qualidade ao ordenamento, já que, causa a descrença na normatividade e no judiciário do país.

#### 2.2.1 A insegurança jurídica

O neoconstitucionalismo por si só, não operou em face da insegurança jurídica, mas sim, os seus derivados, advindos de uma má interpretação, abusando sobre os direitos e garantias advindos dele, entre outros preponderantes que o neoconstitucionalismo, na verdade, não institui em sua teoria.

A tarefa mais árdua deste trabalho, a partir de agora, será estipular soluções para o problema criado e sustentado pela magistratura brasileira, tendo em vista, que sanar vícios é pior do que inovar. A desvinculação de vícios que já vieram com os graduando em direito desde sua essência no mundo jurídico, se torna um hábito, seriamente, irremediável e quase incurável.

É notório, que no direito temos inúmeras decisões semelhantes, e em tese, para essas decisões devem ser impostos julgamentos semelhantes. Afinal, todos são iguais perante a lei. Todavia, é necessário comentar, que casos semelhantes, na maioria das vezes não são iguais, e apenas alguns detalhes podem mudar todo um contexto.

A título de exemplo ilustrativo, poderemos imaginar dois pedidos de Benefícios de Prestação Continuada, perante a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), nessa lei, esta previsto que para obter esse benefício, ou seja, 1 (um) salário mínimo mensal, o requerente deve ser idoso na forma da lei, ou seja, obter 65 anos ou mais, ou ainda, ser deficiente físico, incapacitado para o trabalho. Pois bem, imaginemos dois casos de idosos, em que o primeiro, é uma mulher viúva, que não possui renda e nem aposentadoria, todavia, é mãe de um milionário, que é casado e tem dois filhos, sendo que, a idosa reside com a família de seu filho. E no segundo caso, outra idosa, que vive com seu cônjuge, que é aposentado ruralista e os dois vivem, apenas, com o salário mínimo mensal, que o marido recebe de pensão.

Desse modo, segundo a LOAS, só teria direito ao benefício, a viúva mencionada no primeiro caso, tendo em vista, que só será deferido o benefício aos requerentes que comprovarem uma renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo vigente para quem resida na casa, como os filhos casados não são aditivos para fins de cálculos, e a viúva não possui renda alguma, seria a única beneficiada.

Jamais perante as normas que conduzem a justiça, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, esses dois casos poderiam ter esse desfecho. Entretanto, segundo as regras, que regem a Lei Orgânica da Assistência Social, a descriminação esta perfeita.

Mas são claros os exemplos que o Direito não pode ser cego aos cumprimentos das Leis, e que muitos casos que se parecem semelhantes não são iguais.

Inevitavelmente, para falarmos em justiça, é necessário falarmos na moral, valor ético muito discutido dentro do Direito, entretanto, que se observado, sempre esteve presente em nosso cotidiano jurídico. Veremos a Lição de Ferrajoli:

Na verdade, aquilo que as constituições democráticas constitucionalizaram não foi a moral, mas alguns princípios morais fundamentais, de caráter liberal e democrático, que nós compartilhamos. Não vejo, portanto, que necessidade há de se falar de incorporação ou institucionalização da moral, por que, para admitir a dimensão substancial da democracia constitucional, deve-se dizer, como Streck, que

ela "é o reflexo do ingresso no direito" (p. 93), e não simplesmente que é reflexo do ingresso no direito de determinados princípios morais constitucionalmente estipulados como fundamentais pela comunidade política. Aquilo que conta é que o paradigma constitucional, comportando a positivação de alguns princípios éticopolíticos de caráter liberal e democrático, colocou fim á onipotência do legislador, que caracterizava o modelo paleojuspositivista do estado legislativo de direito e subordinou, tanto o legislador quanto os juízes, a tais princípios. Graças a ele, o legislador deve respeitar e concretizar os direitos constitucionalmente estabelecidos, isto é, não dar lugar a antinomias e lacunas, com todos os espaços de discricionariedade política deixados abertos, de um lado, pela proibição de produzir normas incompatíveis com os princípios constitucionais e, de outro, pelas possíveis formas e graus de observância da obrigação de sua atuação. (2012, p. 250-251).

Todavia, para Streck (2011), a moral por si só, é um predador exógeno do direito, ou seja, a moral usada sem parâmetros legais ou sem parâmetro algum, atrapalha e muito a hermenêutica do direito, bem como a Economia e Política. Segundo o autor, a interpretação judicial não deve se fundar em fatores meramentes morais ou sociais, mas sim conter um DNA, que acarretou o possível entendimento.

Visto que, o problema da segurança jurídica está intrinsecamente ligado com os problemas do Direito, já que, além dos predadores exógenos, temos, como leciona o autor supracitado, os predadores endógenos, sendo a título de exemplo, a discricionariedade, a ponderação de valores, a verdade real, a arbitrariedade, a relativização da coisa julgada e até mesmo os embargos declaratórios.

Pois bem, o fato é que a aplicação das garantias neoconstitucionais sem parâmetros, na prática, levam a insegurança jurídica, entretanto, é necessário observar que as soluções para este conflito, serão estabelecer parâmetros de aplicação, em casos que o julgador deva se distanciar da lei, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da decisão, com parâmetros previsíveis e não de sua índole pessoal.

Primeiramente, deve ser observado que a obediência a Constituição é um direito fundamental do cidadão, em qualquer caso. O Brasil possui uma das Constituições Federais mais ricas do mundo em direitos, fato que nos leva a aplicá-la e não a relativizá-la.

É necessário ressaltar, como elucida Streck (2011), que não somos mais escravos dos textos, entretanto, não podemos reivindicar a posse dele, o texto constitucional não é nosso, sendo assim, ele não pode ser relativizado ou mesmo interpretado de forma contrária a ideia constitucional. A Carta Magna deve ser seguida em seu inteiro teor, aplicando-a, na vacância das leis, e em

casos concretos que forem "difíceis". Os magistrados precisam, urgentemente, de parâmetros, que não sejam suas consciências morais, políticas ou mesmo econômicas. O juiz não é um sociólogo e sim um julgador.

A ponderação de valores deve ser aplicada, ainda mais nos dias atuais, onde os casos cada vez mais, são particulares e restritos as suas peculiaridades. Desse modo, a frequência de ponderação deve aumentar, todavia, é necessário que se estabeleça limites, e esses limites não podem depender da opinião unitária, já que vivemos numa democracia e não se faz democracia, se a democracia depende da opinião de um.

A subjetividade do caso, não pode ser confundida com a subjetividade da decisão, embora isso seja quase impossível, em se tratando de seres humanos. Devem ser levados em consideração, que os casos, quase nunca são iguais, como já diferenciado neste trabalho cientifico, entretanto, a ideia do julgador, seu ponto de início, deve ser, sempre, o mesmo. Se o juiz tiver um preconceito, antes mesmo, de ter uma convicção, isto por si só, afetará todo trâmite processual, tornando inevitavelmente a decisão subjetiva. Consequentemente, as decisões subjetivas levam ao arbitrarismo, fato este, que é inadmissível a um Estado Democrático de Direito.

Os princípios gerais de Direito que regem a CF/88, foram transformados com o neoconstitucionalismo, fundindo-se assim, a dignidade da pessoal humana e a proporcionalidade. A Carta Magna às garantes, as leis infraconstitucionais às regulam, e as pequenas antinomias, são minimizadas pelo controle de constitucionalidade difuso e concentrado. E partir desse parâmetro, a Constituição, mantém a seguridade jurídica pela aplicação da mesma. E reforço a dizer, a Constituição deve ser seguida na sua literalidade e na sua formalidade, a sua ideia é o parâmetro principal aos magistrados.

Obviamente que a Constituição, como toda lei, traz lacunas, antinomias, e outras peculiaridades de seu ramo, entretanto, é função da doutrina contribuir para nossa ciência e suprir as lacunas constitucionais.

Streck (2011) leciona que os doutrinadores devem urgentemente voltar a doutrinar, visto que, a nossa doutrina vem sendo a mera cópia da jurisprudência dos tribunais, desse modo, a ciência do direito fica inerte. O papel do doutrinador é inovar, preencher lacunas, instruir a jurisprudência a fabricar mais decisões lógicas, justas e seguras.

O pan-principiologismo já tratado neste artigo científico, é o resultado de uma jurisprudência confusa e sem parâmetros científicos para com seus julgamentos. Os princípios normativos tem valor deontológico, ou seja, trazem consigo força normativa e obrigacional, desse modo, não podem ser interpretados abertamente, ou mesmo, criados sem parâmetros. visto que, criar princípios deontológicos sem parâmetros legais, seria o mesmo que o judiciário instituir leis de ofício, fazendo com que as decisões do Poder Judiciário, tipifiquem a sua conduta e estipulem os seus próprios julgamentos. Simplificadamente, os juízes irão chegar a um ponto, em que eles mesmos, a partir de princípios, estipularão as regras que irão usar em seus próprios julgamentos.

A título de exemplo prático, pensemos em um juiz, que estipule como parâmetro para julgar, um princípio denominado por ele, como "Princípio da Felicidade", sendo que, como regra geral, este princípio visa proporcionar a felicidade das partes. A partir disto, imagine um julgamento com esses parâmetros, a que ponto pode chegar.

A fábrica de princípios criada pela magistratura brasileira, deve ser combatida urgentemente, juntamente com o subjetivismo judicial, que juntos apenas alimentam o monstro da discricionariedade judicial sem parâmetros científicos.

Os princípios são como leis, apenas podem ser interpretados restritivamente, o exagero do uso das prerrogativas do neoconstitucionalismo, gera um absurdo poder ao Judiciário, causando um monopólio normativo, que com o tempo, pode se solidificar em nossos tribunais, e para que isso não aconteça, os Poderes devem respeitar as suas competências e atribuições. Não adianta o judiciário querer resolver todos os problemas do Brasil com suas decisões, quem deve fazer o papel de legislar é o Legislativo.

O juiz não é Deus, e sim um agente público incumbido de julgar casos concretos, para que se solucionem da melhor e mais justa forma possível. Não podendo assim, emitir pareceres pessoais, morais, econômicos ou mesmo políticos de caráter subjetivo. Já que, com esses ideias, o nosso judiciário viraria uma loteria judicial, em que a previsibilidade seria quase impossível, tornando o instituto da segurança jurídica insustentável.

É notório salientar, que a regra é a obediência a lei, juntamente com os princípios aos quais á constituíram, já que princípios vem antes, desse modo não há norma sem princípio e não há princípio sem norma, (STRECK, 2011).

O juiz só poderá deixar de aplicar a lei em alguns casos específicos, por exemplo, como quando a lei for inconstitucional ou quando uma regra sede em face de um princípio. São para esses casos excepcionais que os magistrados devem atenta-se para a Constituição e tomá-la como primeiro parâmetro. Devendo a doutrina suplementar entendimentos por meio da ciência, e cada vez com mais frequência.

Já, os parâmetros morais devem ser encarados com cuidado, visto que, a subjetividade do moralismo é muito extensa. A moral foi introduzida no ordenamento, entretanto, não como valor ético, mas sim, como uma base para algumas regras que visam a sua proteção. Desse modo, a sua aplicação é restrita a observância dos próprios parâmetros jurídicos e doutrinários que a asseguram.

Os julgadores jamais poderão criar direitos, o Judiciário não pode criar direitos em hipótese alguma, se isso acontecer, está escancarado o total desrespeito a Constituição e suas ideologias, por mais que o magistrado deva contribuir com o papel social, ele deverá se ater a trabalhar com as ferramentas que possui, e ao máximo, se abster de usá-las, como no caso da inaplicabilidade das leis inconstitucionais, ou ainda, as que em certos casos concretos provocarem injustiças.

Por fim, é necessário observar todos os requisitos apresentados acima, para que a justiça possa ser mais "justa" e menos parcial. O Direito é uma

ciência, e como toda ciência, por meio de seus cientistas, deve encontrar formas para melhorar e aprimorar sua qualidade. Desse modo, teremos maior efetividade e vitaliciedade da sua aplicação, solidificando os alicerces da segurança jurídica.

#### Considerações finais

A realidade vivida no Judiciário deve ser enfrentada pelo magistrado na intensidade de suas prerrogativas, sempre se atentando aos fatos com uma visão objetivista, já que, a subjetividade magistral enfraquece os alicerces do Direito. E nunca se esquecer, que embora semelhantes, dificilmente os casos serão iguais, pelos mínimos detalhes que mudam completamente uma situação. Valorando as lides de acordo com os princípios fundamentais de direito, teremos mais justiça nas decisões, não se esquecendo de ter sua dosimetria baseada na Constituição Federal de 1988 e na Doutrina, que deve, urgentemente, voltar a doutrinar e criar soluções axiológicas para os "hard cases".

Outro fator que auxilia a remover as lacunas é a uniformização de condutas, não previstas em lei, feita pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, dando um entendimento atual do assunto e se adequando as mudanças que nunca param.

É de notório saber, que é praticamente inviável a prática de qualquer atividade livre de pré-conceitos, entretanto, o juiz deve praticar a imparcialidade rotineiramente, e deixar que ela tome conta de seu ego e suas convições absolutistas, trazidas de sua própria criação. A moral advinda do magistrado deve ser deixada de lado, visto que, ela é viciada, desde o nascimento até sua formação madura.

A única moral que deve ser aplicada é a em "latu sensu", trazida por nossos doutrinadores ou pacificada pelos tribunais superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, toda decisão deve ser amparada por alguma fonte do Direito.

A moral deve ser encarada como um parâmetro deontológico, sendo assim, definida em "latu sensu", não podendo ser relativizada e usada de acordo com as próprias convições dos magistrados, que, por muitas vezes, estão usando-a com uma arma. E principalmente, como tese e fundamentação para seus julgados totalmente relativistas.

No que tange aos pré-conceitos enfrentados por nossos julgadores, eles devem transformar seus pré-conceitos em finalidades precípuas do texto constitucional, ou seja, devem estar embasados no conceito de justiça na atualidade, sempre atentados as fontes do Direito. Já que, dessa maneira, conseguirão chegar ao ápice da equidade no aspecto histórico-cultural e axiológico, que afinal, é o que supre o desejo popular e mantém a sociedade com fé no sistema.

O monopólio que o judiciário esta criando em torno do neoconstitucionalismo, em si, é um fator preponderante para a insegurança jurídica, sendo assim, seus freios devem ser reforçados, e esses reforços, são os

parâmetros, propostos no presente trabalho científico, os quais abrangem interpretações, por parte de nossos julgadores, muito mais coesas com a realidade jurídica do país.

A solução viável, a este problema de impor parâmetros, seria a introdução de uma política doutrinária e jurisprudencial, muito mais forte e sólida, que evoluiria de acordo com as necessidades da sociedade, a que ela supre. Para isso a doutrina deve reconhecer seu papel e voltar a doutrinar urgentemente, e não mais, apenas, seguir os ditames da jurisprudência, já que, para isso não é preciso doutrinar, mas sim, ser, apenas, bons escreventes intérpretes de decisões.

Outro ponto é a coerência com o texto constitucional, sendo que, ela é de extrema importância para a aplicação da hermenêutica neoconstitucional. Necessário se faz, que ao invés, de se interpretar o que a Constituição quis dizer, se interprete o que ela diz. Sendo assim, os pontos controversos quanto à aplicação de certas leis e princípios serão elucidados da maneira mais simplificada possível. Não causando nenhuma espécie de lacuna normativa constitucional, já que, a ideia constitucional, esta no que contém escrito e implícito em suas páginas e suas ideias, deste modo, não pode ser entendido de outras vinte ou trinta maneiras. E sim, da maneira mais autentica, sendo esta, una.

Contudo, necessário se faz, a observância de todos os requisitos apresentados neste trabalho científico, que visam, exclusivamente, contribuir com a melhoria da segurança jurídica no país, bem como amenizar as antinomias causadas pela nova interpretação constitucional, quando é usada sem freios e sem parâmetros normativos. Desse modo, se o neoconstitucionalismo obedecer a limites, impostos pela própria Constituição Federal de 1988, com seus princípios deontológicos interpretados corretamente, e havendo parâmetros lógicos da Doutrina e da Jurisprudência, poderemos alcançar, cada vez mais, decisões equânimes e, consequentemente, mais justas.

#### Referências

ANDRADE, C. J. D. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, v. II, 1991. DUARTE, E. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Lany Editora, 2010.

FERRAJOLI, L. et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* Um debate com Luigi Ferrajoli. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. QUADROS, A. H. D. Sobre a OAB-PR. JusBrasil, 2013. Disponivel em:

<a href="http://oab-pr.jusbrasil.com.br/noticias/100448315/artigo-o-utilitarismo-doministro-joaquim-barbosa">http://oab-pr.jusbrasil.com.br/noticias/100448315/artigo-o-utilitarismo-doministro-joaquim-barbosa</a>>. Acesso em: 05 fevereiro 2014.

SOARES, R. M. F. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, L. L. Verdade e Consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

XAVIER, B. D. A. P. *Direito Alternativo* - Uma contribuição á teoria do direito em face da onrdem injusta. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

## O ATIVISMO JUDICIAL COMO IMPEDITIVO DE ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nivea Corcino Locatelli Braga<sup>173</sup>

#### Resumo

O presente artigo científico busca fazer uma análise, numa tentativa de tensionamento do protagonismo judicial e de seus funestos efeitos, mormente nos termos em que vem sendo praticado no Brasil, como impeditivo de Acesso a uma Ordem Jurídica Justa, conspurcando a obtenção pelo jurisdicionado de uma resposta adequada à Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse jaez, necessário evidenciar o imperativo reconhecimento da Constituição de 1988, como *locus* primeiro do direito, demonstrando sua compreensão e aplicação, como forma de preservar o Estado Democrático de Direito e seus princípios fundantes.Pretende-se, à luz da hermenêutica, identificar e deslindar algumas práticas perniciosas que vêm sendo difundidas no país, com fardagens diversas, que corroem a coerência do direito e não se sustentam em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.

#### Introdução

O Brasil passou períodos históricos, nefastos, representados pela escravidão pelo coronelismo, pelo populismo, para citar apenas alguns e por derradeiros anos em regime ditatorial, instalado pelo golpe militar ocorrido em 1964.

Constata-se que, após 1964, foram vinte anos convivendo com a mesma forma de governo, em um país historicamente excludente, centralizador, negligente na outorga de direitos, urgindo a necessidade da fundação de um novo estado, que representasse os anseios da população, alijada de cidadania.

No intuito de ouvir os reclamos dos cidadãos, o Poder Legislativo, entre 1986 e 1987 distribuiu nas agências dos Correios, aproximadamente cinco milhões de formulários, para oportunizar a manifestação da sociedade, por meio de pleitos, sugestões, o que gerou o envio de pedidos diversos, ligados à Organização do Estado, ao Meio-ambiente, à Organização Social, à Previdência Social, à Saúde, à Educação, à Cultura, à Política Agrícola, à Política Urbana, entre outros.

O legislador constituinte cônscio dos anseios da população e inspirado nas Constituições europeias, que traziam a similitude de terem sido criadas

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup>Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá. Professora da Graduação da Universidade Estácio de Sá. Integrante da Equipe Editorial e Avaliadora da Littera Docente & Discente em Revista. Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Processo Civil Contemporâneo pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

para reverter os efeitos perniciosos advindos de regimes totalitários, como o nazismo na Alemanha, o franquismo na Espanha, o fascismo na Itália e o Salazarismo em Portugal, fundou no Brasil, o Estado Democrático de Direito, como modelo, apto a contornar as celeumas legadas pelos anos de convivência com a ditadura<sup>174</sup>.

Nascia então a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, *locus* primeiro do Estado Democrático de Direito e de seus elementos estruturais.

Embora fulgente o objetivo do constituinte ao inserir vasta riqueza de direitos, não é possível afirmar ainda, que o projeto de sociedade estabelecido pela Constituição de 1988 tenha encontrado espaço para sua concretização<sup>175</sup>.

Celso Furtado, em seu terceiro livro autobiográfico, escrito quando estava no exílio, sinalizou para uma especial peculiaridade, no que concerne à dinâmica das forças políticas nos meandros da sociedade pátria e identificou como no Brasil todo processo de mudança político social é lento<sup>176</sup>.

Prosseguindo em sua pesquisa, em nova obra, Celso Furtado, se debruçou sobre os problemas estruturais brasileiros, tendo como eixo a trajetória histórica do país e advertiu que o Brasil deveria se livrar de suas estruturas anacrônicas, sem, favorecer as forças políticas. Asseverou não se tratar de tarefa fácil, sendo necessário antes de realizá-la compreendê-la, dentro do contexto e do processo histórico<sup>177</sup>.

Por esta perspectiva é possível constatar que a Constituição sofre daquela patologia própria das mudanças sociais e políticas operadas no Brasil<sup>178</sup>.

O que é de certa forma é característica de alguns países saídos de regimes totalitários, de modernidade tardia, haja vista que, a transição deste tipo de regime para governos eleitos democraticamente não termina a tarefa de construção democrática<sup>179</sup>.

Como assevera o brilhante hermeneuta, Lenio Luiz Streck, uma constituição não se operacionaliza por si mesma, com o seu advento, mormente

<sup>176</sup> FURTADO, Celso. *Os ares do mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra,1991. p.21.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.276.

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 275.

<sup>177</sup> FURTADO, Celso. Brasil: A construção interrompida. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p.88.

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p. 275.

<sup>179</sup> Segundo O'Donnell, a transição de regimes totalitários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa de construção democrática: é necessária uma segunda transição, até o estabelecimento de um regime democrático. A escassez de instituições democráticas o estilo de governo dos presidentes eleitos em vários países que saíram recentemente regimes autoritários – particularmente da América Latina – caracterizam uma situação em que, mesmo não havendo ameaças iminentes de regresso ao autoritarismo, é difícil avançar para a consolidação. O estudo desses casos sugere a existência de um tipo peculiar de democracia em que a delegação prevalece sobre a representação, denominada pelo autor de democracia delegativa, fortemente individualista com um corte mais hobbesiano do que lockiano. O' DONNELL, Guilhermo. Democracia delegativa?, in: Novos Estudos Cebrap,n.31, outubro.1991.p.25 e seguintes apud STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.11.ed.,p.23.

no Brasil, em que a dogmática jurídica continuou a operar com o velho modelo interpretativo que sempre imperou no país<sup>180</sup>.

#### 2. A necessidade de um manto teórico adequado

A Constituição de 1988, assim como a Constituição Portuguesa, guardadas as peculiaridades inerentes à cada diploma, pretendeu-se dirigente, por limitar a liberdade de conformação do legislador a partir da instituição de regras que definem o agir político-social do Estado e consagrou o Estado Democrático, com o fulcro de promover a concretização dos direitos fundamentais sociais<sup>181</sup>.

E não se está fazendo alusão à doutrina brasileira da efetividade que distingue o que não se pode distinguir, ao pugnar pelas normas constitucionais de aplicabilidade imediata e normas constitucionais programáticas<sup>182</sup>.

A constituição depende de um manto teórico que lhe dê condições de tornar efetivos seus conteúdos, no nível da interpretação. Como não existia no direito pátrio, teorias condizentes com o novo modelo de Estado, dotado ainda de estruturas antiquadas, a doutrina e a jurisprudência encontraram uma saída, a de importar teorias estrangeiras, a partir das experiências advindas do direito comparado<sup>183</sup>.

Entretanto, as importações realizadas não passaram pelo crivo analítico e crítico de perquirir sobre o momento histórico em que as teorias e os institutos surgiram no país de origem, sua aplicação, efetividade, distorções, peculiaridades propaladas no ordenamento jurídico em que foram empregadas, além da verificação da possibilidade de sua adequação ao Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição de 1988.

Tarefa necessária é a de investigar sobre os elementos estruturais, caracterizadores, além dos reflexos das teorias que se pretendiam aplicar no direito brasileiro, fazendo um confronto com a Constituição e com a realidade pátria, para somente, a partir de então, através de uma apreciação acurada decidir acerca da viabilidade de sua aplicação no Brasil, preservando a Lei Fundamental.

Numa importação feita através de apreciação perfunctória foram trazidas teses e teorias, inconciliáveis, e dissociadas da realidade brasileira, o que deu ensejo a adaptações, modificações, supressões e anomalias, realizadas pela doutrina e pelos juízes a moda *prêt-à-porter*.

Esta prática caracterizou uma dos principais esfinges do tempo hodierno, objeto de investigação neste trabalho, o infausto ativismo judicial, que permeia cotidianamente as decisões proferidas, de forma acintosa, avassaladora, à

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p. 276.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 277.

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup>STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 276.

revelia de direitos fundamentais. O ativismo é propalado pelos juristas, como solução legítima e adequada de superação do positivo clássico.

Ocorreu, a introdução equivocada de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano, com proeminência no ativismo judicial e a teoria de argumentação de Robert Alexy<sup>184</sup>.

A jurisprudência dos valores surgiu após a segunda guerra mundial e foi desenvolvida na Alemanha, mais precisamente no Tribunal Constitucional, como mecanismo de abertura aplicado a uma legalidade enclausurada.

A utilização da jurisprudência dos valores também é fundamentada como forma de legitimar a aplicação da Lei Fundamental alemã, que não contou com a participação satisfatória da população. É utilizada em um contexto histórico próprio, peculiar, em virtude de demandas específicas, e mesmo assim, existem na Alemanha incisivas condenações a sua aplicação<sup>185</sup>.

Sem perscrutar sobre o contexto histórico e demais elementos caracterizadores e respectivos reflexos, os teóricos brasileiros trouxeram e incorporaram ao "direito", a tese principal da jurisprudência dos valores: a de que a Lei Fundamental constitui uma ordem concreta de valores, incumbindo ao intérprete encontrá-los e despontá-los. O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação alexyana, que recebeu uma leitura simplista e equivocada por parcela da doutrina<sup>186</sup>.

Neste sentido, a jurisprudência brasileira, por vezes alicerçada na doutrina, aplica a ponderação, criada por Robert Alexy, como princípio, distorcendo a teoria do próprio criador, já que para este, a ponderação conduz a

<sup>184</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012. 4.ed.,p.48.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup>HABERMAS, Jürgen. Faktizität um Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie dês Rechts und dês demokrastischen Rechtssta-ats. Fransfurt AM Main: Suhrkamp,1992,p.35-36, apud STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.286.

<sup>186</sup> Um exemplo ilustrativo dessa mixagem teórica pode ser extraído da seguinte passagem: "A colisão entre princípios constitucionais decorrem, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de uma sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto" (Cf.Barroso, Luís Roberto. Novos paradigmas e Categorias da interpretação constitucional. In: Fernandes, Bernardo Gonçalves (org.). Interpretação constitucional: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Juspodivm, 2010.p.189). Aqui parece ficar claro como a ideia da "Constituição como ordem de valores" é literalmente subsumida a teoria alexyana da colisão de princípios sem, entretanto, atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria de Alexy. Ora, os princípios são, para Alexy mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever- ser. É essa estrutura alargada de dever-ser-que é dada prima facie - que tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente-ou seja, posterior a colisão- que incorpora o procedimento da ponderação. Por mais paradoxal nessa mixagem teórica é que Alexy constrói sua teoria exatamente para "racionalizar" a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais racionalizadores - são praticamente desconsiderados, retornando as estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.276.

formação de uma regra que será aplicada ao caso concreto por subsunção e não diretamente, como defendem alguns<sup>187</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal excluiu a possibilidade dessa forma de relação de precedência e afirmou que, nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro. A assertiva serve de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional<sup>188</sup>.

Ainda nas importações, foi trazido para cá o ativismo judicial norteamericano, anunciado como instituto de efeitos positivos, libertador do positivismo exegético, com o fito de outorgar poderes amplos aos julgadores, integrantes do poder judiciário brasileiro, sem mais uma vez, indagar sobre sua origem, efeitos, peculiaridades e reflexos.

O ativismo norte-americano, não é recente nos Estados Unidos da América e é debatido no país há mais de duzentos anos. Em um primeiro momento foi feito às avessas, com a postura da Suprema Corte americana no tocante ao *New Deal* <sup>189</sup>, trazendo efeitos colaterais indesejados e negativos.

Os doutrinadores e juristas, sem atender aos comandos da Constituição de 1988, trouxeram para o país, de forma açodada, as teorias e posturas que acharam convenientes, sem submetê-las ao crivo analítico e crítico cogente, precisando fazer ajustes aqui e acolá, por vezes transformando, o aquilo que não podia ser modificado, reunindo teorias de matrizes distintas, suprimindo características e partes nodais, que integravam a essência dos institutos, enfim fizeram o que entenderam, para dar a qualquer custo, um manto teórico à Lei Fundamental.

#### 3. O ativismo judicial

Cabe nesta parada, examinar o fenômeno do ativismo judicial, proliferado no Brasil, defendido com ímpeto por alguns doutrinadores, oportunamente invocados para corroborar as decisões proferidas pelos juízes e Tribunais, numa relação quase simbiótica. Necessário constatar que, sob os mais variados argumentos e formas são alicerçadas teorias e fundamentos para justificar o famigerado voluntarismo, que tem imperado no Poder Judiciário.

Nesta toada, argumenta-se, de forma equivocada que, a Constituição de 1988, está abarrotada de compromissos que não podem honrados, declarando que no momento histórico de sua feitura, após a ditadura militar, impregnada

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p. 275.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2012, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p., 97.

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> WOLFE, Christopher. The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Roman & Littlefield, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed., p.288.

de intenções e valores questionáveis, não se buscava o caminho, mas o desvio, o disfarce, para o que estava escondido<sup>190</sup>.

A Constituição nesse viés tornava-se uma mistificação, um instrumento de predomínio ideológico<sup>191</sup>, apinhada de promessas fadadas ao esquecimento.

Visando à superação da "celeuma" foi apresentada a teoria da efetividade, como um mecanismo hábil de enfrentamento da insinceridade do contido na Constituição Brasileira e de superação política exercida fora e acima da lei fundamental<sup>192</sup>.

Trazendo para estruturar a tese veiculada pela doutrina da efetividade, foram incorporados os ensinamentos de Vezio Crisafulli<sup>193</sup> e de Meirelles Teixeira<sup>194</sup>, pugnando pela existência das normas programáticas, nas classificações efetuadas.

Sem sopesar o *locus* de aplicação da questão proposta por Vezio Crisafulli, José Afonso da Silva, começou a difundir a classificação das normas constitucionais no tocante a sua eficácia e aplicabilidade em: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, passíveis de restrição e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras teriam eficácia plena independendo de providência posterior para sua aplicação, as segundas recebem normatividade, mas preveem meios normativos que podem reduzir a eficácia e aplicabilidade e as normas de eficácia limitada não teriam recebido do constituinte normatividade necessária para sua aplicação, delegando ao legislador ordinário a tarefa<sup>195</sup>.

Ora, os engenhosos argumentos trazidos pela doutrina da efetividade, podem até seduzir aqueles, que se limitam, a repetir o que alguns dizem; para os quais o direito, é o que está posto; é o que descrevem que é; mas não têm o desiderato, nem a autoridade de anteparar a tarefa do hermeneuta.

Pela hermenêutica deve ser relembrado que, o Brasil seguiu movimento semelhante aquele ocorrido no continente europeu, de alguns países saídos de regimes totalitários: como Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, tendo como visão nuclear, a noção de força normativa da Constituição, assentados na premissa de que as regras da Constituição possuem força vinculante, sem precisar da *interpositio legislatoris*, para ter aplicação em situações concretas<sup>196</sup>.

Noutro giro, é crível que a Constituição de 1988 trouxe em seu texto, variados direitos, o que gerou, com o passar dos anos, em um acentuado

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.284.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup>GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1985,p.44.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> BARROSO, Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, op. cit., p. 284.

<sup>193</sup> CRISAFULLI, Vezio. La Costituzioine e Le sue disposizioni di principio. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> J.H. Meirelles Teixeira. Curso de direito constitucional. 1991.p. 317.

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed., p 276.

número de ações ajuizadas pelos cidadãos, agora jurisdicionados, necessitando da tutela estatal para a concretização de seus pleitos.

Diante do fenômeno, nunca dantes visto no país e urgindo imantar a Carta Maior, o ativismo judicial, encontrou campo propício para acender, impulsionado pela velha questão de indeterminação do direito.

Assim, percebe-se um elemento comum, verificado nos movimentos ocorridos, na Escola do Direito Livre, na Jurisprudência dos Interesses, no Normativismo Kelseniano, no Positivismo de Hart, na Teoria da Argumentação de Robert Alexy, a constatação de que no momento de decidir o julgador tem um espaço "não tomado" pela "razão" 197.

No Brasil, este espaço outorgado ao juiz, foi interpretado às avessas, instalando o protagonismo judicial, como forma "legítima" de aplicar o direito ao caso concreto, preenchendo lacunas legislativas, sob o velho argumento de que o legislador não tem o condão de inserir no texto, todas as hipóteses necessárias para reger a vida em sociedade.

Seguindo este coro, vozes pugnam com veemência pelo ativismo judicial, gerando aberrações, mitigando a coerência do direito, interferindo em seu núcleo, de modo ilegítimo, não criterioso, danoso ao Estado Democrático de Direito.

#### 4. Os efeitos perniciosos do ativismo judicial

No Brasil o protagonismo judicial, deveras praticado, produz crescente efeito negativo na sociedade, mina o direito, acarreta o alargamento do Poder Judiciário, para além de suas competências e finalidades.

Como é perpetrado, o ativismo tem gerado discricionariedades, arbitrariedades cometidas pelos julgadores de primeira instância, integrantes de Turmas Recursais, membros de Tribunais, Ministros dos Tribunais Superiores, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O que se quer demonstrar é o entrançamento do decisionismo em todas as esferas do Poder Judiciário, com a chancela do órgão de cúpula, cunhado para ser o guardião da Constituição, invocando para tanto construções jurídicas das mais variadas, inclusive os conhecidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ultimamente de tantos outros que sirvam para justificar a postura vontuntarista do referido poder.

A título de ilustração, já que o presente trabalho não visa analisar o Código de Processo Civil, nem o Projeto de Lei que está tramitando no legislativo, cabe identificar que, embora o Código de Ritos estabeleça uma série de formalidades que devem ser respeitadas no curso do processo, justamente para limitar o atuar discricionário dos juízes, estes burlam as regras estabelecidas, conduzem o processo em formato antidemocrático e ao final proferem a decisão que reputam como mais adequada, num atuar individualista dissociado da vontade legislativa, esta consubstanciada pela promulgação da Constituição brasileira.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2012. São Paulo: Saraiva. 4.ed.,p.38.

As decisões dos Tribunais são proferidas atentando-se para visão individual de cada membro seja, do órgão fracionário ou do colegiado, o que causa expectativa, tensão e instabilidade. O jurisdicionado não fica apenas refém da manutenção ou da alternância da composição do órgão julgador, mas também da mudança de pensamento de seus integrantes, o que hermeneuticamente não se sustenta, especialmente em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.

Pode se observar, como efeito decorrente do ativismo judicial, impulsionado pelas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o vultoso número de embargos de declaração interpostos das decisões proferidas, eivadas de lacunas, obscuridades e incoerências. A desatenção, a ausência de compromisso dos magistrados com os jurisdicionados é preocupante. A prolação de uma decisão maculada de vícios ataca diretamente, as partes envolvidas no processo, os direitos veiculados, o aparato judicial, a segurança jurídica, a autonomia do direito e a democracia.

A previsão legislativa dos embargos de declaração não constitui salvo conduto, para que os juízes fundamentem indevidamente, precariamente ou não fundamentem as decisões proferidas, o intérprete tem que detalhar as razões de sua compreensão, pelas quais decidiu de determinada forma, deve fundamentar a fundamentação, numa acepção conteudística.

O julgador tem um compromisso com a Constituição, com a ordem democrática, com a preservação do direito. Não é plausível, que se esqueça de analisar questões postas pelas partes em dialeticidade, que profira decisões sem clareza de sentido, obscuras e ou contraditórias. Esse agir não traduz a função da atividade jurisdicional.

Assim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entendeu que, a motivação se integra ao direito fundamental e que as decisões judiciais devem indicar de modo suficiente os motivos em que se fundam<sup>198</sup>.

A celeuma vai além, outro efeito colateral é incompreensão e o descrédito crescente da sociedade e dos poderes constituídos em relação ao Poder Judiciário. O que é constatado nos julgados referentes aos pleitos de compensação pelos danos morais sofridos, é sabido que cada juiz possui o entendimento peculiar, englobando sua visão de mundo e do direito, do que seja o dano moral, de sua incidência, valor e de sua não aplicação para casos idênticos.

Cita-se o caso de uma atriz, cuja fotografia, que a apresentada desnuda, havia sido num primeiro momento divulgada em determinada revista, mediante sua aquiescência e posteriormente, foi publicada em outro jornal de grande circulação, sem seu consentimento. Fato este que, ensejou o ajuizamento de Ação de Reparação de Dano Material cumulada com Ação Compensatória por Danos Morais. Em primeira instância os pedidos foram julgados procedentes, fixando a indenização por danos morais em dois mil salários mínimos, sendo a decisão mantida em recurso julgado pela 10ª Câmara Cível

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Cf. Sentenças de 09.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 TEDH 1998,3 Higgins e outros-Fr, parágrafo42;e de 21.01.1999 – TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES.

do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No entanto, a decisão foi embargada, oportunidade em que foi reduzido o *quantum* indenizatório no tocante ao dano material e julgado improcedente o pedido de danos morais. O relator, desembargador Wilson Marques, integrante do II Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>199</sup> "fundamentou" a decisão sob o argumento de que o uso não consentido da imagem da atriz não lhe acarretou dor, tristeza ou vexame, já que estes sentimentos negativos, só poderiam ser sentidos pelas mulheres desprovidas de beleza.

Inconformada a atriz interpôs recurso especial, tendo a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>200</sup> se dividido; os ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio Pádua Ribeiro entenderam ser incabível a indenização por danos morais e a ministra Nancy Andrighi e o ministro Waldemar Zveiter acharam existir ofensa aos direitos da personalidade. Proferindo o voto decisivo, o ministro Ari Pargendler, fixou o dano moral no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Simbologias que permeiam o imaginário dos juízes são identificadas, a partir das condutas perpetradas na decisão citada. O relator do recurso, no II Grupo de Câmaras Cíveis, ao justificar o voto proferido, teceu publicamente suas concepções individuais sobre o belo e o feio e prosseguiu determinando que a mulher bela, restaria blindada do sofrimento moral, concluindo que a mulher sem este predicativo estaria apta a sofrer lesões em sua personalidade, quando da exibição não autorizada de fotografia despida, estabelecendo como único parâmetro para o sofrimento moral a inexistência de beleza, numa visão discriminatória e destituída de fundamento, lógico ou jurídico, para dizer o mínimo.

Ora, a dor moral não se mede e não pode ser atributo do belo ou do feio, justamente por se tratar vileza aos valores íntimos, pessoais.

A postura descrita é produto do sujeito *solipsista* (*Selbstsüchtiger*), que constrói seu próprio objeto de conhecimento<sup>201</sup>, denunciando a patologia que acomete o Poder Judiciário.

Provavelmente, num primeiro momento o desembargador em operação inversa, decidiu para depois "fundamentar" e contou com o apoio de seus pares, que em detrimento do direito, acompanharam o voto do relator, culminando com a publicação do acórdão em Revista do Tribunal Fluminense, exibida ao público como repertório autorizado de jurisprudência.

<sup>199</sup> Cf. TJRJ, Rel. Des. Wilson Marques, julg. em 29.09.1999 e publicado na *Revista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n.41,p.184-187. O relator insiste no ponto: "Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia a feiúra. [...] O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (*rectius*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza. À conta desses fundamentos, o Grupo dá parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração pelo uso da imagem da embargada a R\$ 50.000,00 e para excluir do universo das parcelas indenizatórias e relativa à indenização de dano moral".

 $<sup>^{200}</sup>$  Cf. RESP. 270.730, 3 Turma, Relatora para o acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. Em 20.12.2000.para o El. E publicado no DJ de 07.05.2001.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed.,p.17.

Outro ponto importante é a insegurança gerada pelas decisões como as citadas, inicialmente foi fixado o valor equivalente a dois mil salários mínimos, a título de danos morais, mantidos pelo Tribunal, que em momento posterior retirou a condenação, culminando no Superior Tribunal de Justiça, com a condenação na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), graças ao entendimento do relator.

Neste sentido, é possível chegar às mais diversas respostas, em casos idênticos, sob o questionável manto do bom senso, da ponderação, da proporcionalidade e da razoabilidade, que mudam conforme o entendimento e a corrente adotada ou criada pelo intérprete, que de forma velada, ilegítima e antidemocrática, dá azo a arbitrariedades e a decisionismos infundados.

O jurisdicionado se depara com um Poder Judiciário lotérico, podendo ter sorte ou azar na decisão proferida, o que claro irá depender da visão solipsista do juiz ou do entendimento prevalecente na composição do órgão fracionário, quando do julgamento do recurso eventualmente interposto, alimentando o jargão propagado entre alguns, para os quais o direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Passa-se então a dar ênfase a jurisprudência, a repetir o que foi fruto da análise de um caso concreto, como sendo aplicável a todos os demais.

Bingo criam-se as súmulas, que são estudadas, analisadas ou simplesmente aplicadas como sendo a adequada solução para vários casos, ainda que não seja; ainda que importe em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório; mesmo que contrarie a Constituição, afinal viva o governo dos juízes.

Com a utilização direta das súmulas nos casos concretos, está se permitindo a elaboração sistêmica de respostas definitivas, possibilitando que as respostas venham antes das perguntas, o que não é hermenêutico.

Não há textos sem coisas. A decisão acerca do fenômeno não pode partir de um grau zero, nem derivar do acoplamento de um sentido elaborado antecipadamente (sintática e semanticamente) a um fato desnudo<sup>202</sup>.

Na hermenêutica não existem respostas antes das perguntas, esta pretensão é peculiar das posturas positivistas, eis o busílis da questão: no exegetismo as "respostas antecipadas" estavam na "norma geral", que eram emanadas do Poder Legislativo; no positivismo pós-exegético, às respostas antecipadas são fruto da vontade do aplicador e se deslocam para o Poder Judiciário<sup>203</sup>.

O Poder Judiciário usa com impropriedade o ativismo judicial como método de superação das insuficiências legislativas de imprevisibilidade das situações ocorridas e que podem advir no mundo, mas através de seu atuar, reproduz justamente o que diz combater, antecipando as respostas, deslocou apenas o polo de tensão.

ao aireito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.11.ed.,p.431.

203 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p 347.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.11.ed.,p.431.

Outro aziago sintoma do protagonismo judicial é a invasão dos mais variados princípios, ora calcados na doutrina, ora criados *ad hoc* pela jurisprudência, que servem para "legitimar" as decisões proferidas, como o princípio do "venire contra factum proprium", princípio da "afetividade", princípio da "felicidade", para citar apenas alguns. Fenômeno este conhecido como pampricipiologismo, e que deve ser combalido por corroer a inteireza e coesão do direito<sup>204</sup>.

São criados *standards* jurídicos, construídos de modo voluntarista, por pessoas descompromissadas com a deontologia do direito, o que gera uma leitura equivocada do conjunto principiológico próprio do Constitucionalismo Contemporâneo, fragilizando o direito<sup>205</sup>.

#### 5. O estado democrático de direito e o acesso a uma ordem jurídica justa

Clássica é a tese de Mauro Cappelletti ao detectar o despertar do interesse pelo Acesso à Justiça, que culminou no mundo ocidental a três posições, com início em 1965, a primeira onda renovatória foi à assistência judiciária, a segunda se referia as reforma tendentes a viabilizar representação jurídica para os interesses difusos, mormente os voltados para o meio ambiente e para os consumidores, e a terceira inclui os posicionamentos anteriores, mas vai além deles, constituindo uma tentativa de atacar os impeditivos ao acesso<sup>206</sup>.

O cidadão, além ter garantido o Acesso à Justiça, tem o direito de que lhe seja prestada uma resposta que guarde coerência com o direito, que preserve os mandamentos e desideratos da Constituição, donde pode se inferir que o Acesso deve viabilizar a prestação de uma ordem jurídica justa, e essa só será realizada se respeitar a Constituição Brasileira.

Esse viés do Acesso a uma Ordem Jurídica Justa deve ser debatido, analisado, tensionado e repensado para o tempo hodierno e para as futuras gerações, por se tratar de um direito fundamental derivado da Constituição de 1988. Nesta quadra da história, após tantas experiências ditatoriais, reducionistas, intervencionistas, que colocaram o cidadão à margem dos direitos fundamentais e sociais, não há mais espaço, para posturas individualistas, que solapem direitos.

E não se está aludindo diretamente aos direitos individuais, sociais, coletivos postulados nas ações respectivas, o cerne da questão é a preservação, o respeito ao direito estatuído pelo Estado Democrático, a fim de que o Poder Judiciário em deferência a Constituição de 1988, fruto da vontade legislativa, a reconheça, a preserve e a aplique.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. Compreender Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.19.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p 19.

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GART, Bryant. [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998,p.31.

De nada adianta propiciar o Acesso à Justiça, objetivando a assistência judiciária gratuita aos necessitados, aumentar o número de pessoas com ingresso ao judiciário, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, dos Juizados Especiais Criminais, dos Juizados Especiais Federais, com a Justiça Itinerante, para citar apenas alguns movimentos, se ao final de tudo isso, o Poder Judiciário, em desvirtuamento do estatuído na Constituição, forneça uma resposta contrária, ao produto da vontade democrática, em atuação ilegítima.

O Acesso à Justiça deve ser entendido além daquilo que se propaga, por mais hábeis que sejam as teorias que o cercam, convém perquirir sua finalidade primeira, rechaçando posições ativistas, difundidas de modo crescente na ciência jurídica. Se deve olhar com os olhos de ver, identificando a deturpação feita atualmente, gerando o agigantamento do Poder Judiciário em detrimento da Lei Maior, fruto da vontade legislativa, construída democraticamente.

Nisto reside o principal objetivo deste trabalho, asseverar para a primazia do Acesso a uma Ordem Jurídica Justa, com afasto do ativismo judicial, que atribui aos julgadores o poder de aplicar as leis, interpretá-las, não aplicá-las fazer combinações indevidas, ao exclusivo arbítrio, presos umbilicalmente a livre consciência.

Incumbe ao hermeneuta, desconstruir, perquirir, desvelar as obviedades envoltas por teorias, teses, institutos, confeccionadas com precisão para ocultar os reais interesses a que se propõem, protegendo e fomentando os estamentos que estão arraigados à história brasileira, e que ainda no século XXI marcam presença no Poder Judiciário brasileiro.

É isso que se quer combater, não há *locus* no Constitucionalismo Contemporâneo, para entendimentos contrários ao novo modelo de Estado.

# 6. A hermenêutica e a necessidade de construção de uma resposta adequada à constitução

O intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto, como adverte Ronald Dworkin<sup>207</sup>, o que não significa que este possa atribuir os sentidos que lhe convier.

Assim, o aplicador do direito, não pode atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma tivessem existência apartada, sem ligação umbilical. A permissão e a chancela da discricionariedade judicial e seus efeitos consistem em atitude positivista, aqui entendida, como um *modus operandi*, que investe em convencionalismos e discricionariedades<sup>208</sup>.

A luz da hermenêutica, os princípios têm a função de prevenir múltiplas respostas, têm o desiderato de fechar e não de abrir a interpretação, o que derruba a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.307.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.203 e SS.

regras trazem especificidades e que em situação de colisão uma afastaria a outra, imprimindo a ideia de que os princípios constituiriam cláusulas abertas, reservada a atuação livre de subjetividade judicial<sup>209</sup>.

Desta maneira, aquele que procura o Poder Judiciário, tem direito não a múltiplas respostas, ao arbítrio do juiz que for o responsável pelo julgamento da causa, segundo Ronald Dworkin, o magistrado possui o dever de decidir de forma correta (*have a duty to*)<sup>210</sup>, fazendo a devida filtragem hermenêutica.

É possível alcançar respostas hermeneuticamente adequadas; a doutrina deve se apoderar dessa função e resgatar sua importância na ciência jurídica. Atualmente a doutrina está reduzida a doutrinar sobre o que se omitem os juízes, atuando ora residualmente e ora para legitimar as posturas dos Tribunais com construções teóricas descompromissadas com a Constituição.

Assim, é preciso atentar para certas premissas, o texto sempre já traz "em si" um compromisso, que é a pré-compreensão que antecipa esse "em si", e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que o intérprete faça a partir do texto. Não há fundamento filosófico ou jurídico, para se ignorar o texto quando de sua aplicação, por ser este resultado da correlação de forças que se dá a partir do círculo hermenêutico. O texto da Constituição só pode ser entendido mediante sua aplicação. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional<sup>211</sup>.

Segundo Gadamer, não se interpreta para posteriormente compreender, é necessário compreender para ulteriormente interpretar, por ser a interpretação a explicitação do compreendido<sup>212</sup>.

Aponta-se que, o texto é um evento, um fato. Toda interpretação tem início com um texto, até porque como ensina Gadamer, se quer dizer algo sobre o texto, primeiro deixe que o texto diga algo. Incumbe ao intérprete identificar e analisar criticamente os juízos prévios que tinha sobre o texto, em um ciclo hermenêutico, a fim de evitar que estes juízos anteriores minem a correta interpretação<sup>213</sup>.

Nesse passo a hermenêutica está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo, como identifica Habermas, Wort behalten. Gadamer ist der erste, der die Offenheit dês Gesprächt betont. Von ihm können wir alle die hermeneutiche Grundweisheit lernen, dass es eine Illusion ist, zu meinen, man könne das letze Wort behalten<sup>214</sup>.

A dogmática jurídica parece não ter se abeberado dos ensinamentos hermenêuticos até aqui expostos. O magistrado primeiro, através de suas

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 308.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> DWORKIN, Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais, op. cit., p.203 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed., p. 314-315.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup>GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode – Ergänzungen Register. Hermeneutik II. Tubingen: Mohr,1990. STRECK, Lenio Luiz. op. cit. p. 344 - 345.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012. 4.ed.,p.405.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> HABERMAS, Jürgen. Urbanisierung der Heideggerschen Provinz Laudatio auf Hans-Georg Gadamer. In: Das Erbe Hegels. Zwei Reden aus Anlass der Verleichung des Hegel-Preises 1979. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979, p.31, apud STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p. 297.

íntimas convicções, se apoderando impropriamente de seus juízos prévios falsos e ou verdadeiros, decide, para em um momento posterior "fundamentar" a decisão, obedecendo formalmente o disposto no artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>215</sup>.

O dispositivo não pode ser garantia formal de fundamentação do *decisum*. O juiz deve reconhecer a Constituição como representativa do Estado Democrático de Direito e proceder à interpretação do texto, levando em conta a pré-compreensão deste, a partir da Lei Fundamental. O que se quer dizer é que, uma decisão não pode ser oriunda da vontade daquele que a profere, decidir é diferente de escolher, de arbitrar.

Não importa o que os juízes pensam sobre o direito, o elemento nodal é o ajuste e a justificação da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, já que afetam os direitos fundamentais e sociais<sup>216</sup>.

A accountability hermenêutico-processual é apontada como o elemento necessário, viabilizador da obtenção de uma resposta adequada à Constituição, uma vez que, além de obediência ao contraditório, a decisão deve ser fundamentada, deve se justificar no plano da aplicação detalhadamente, o que está sendo decidido, sendo a justificativa condição de possibilidade da legitimidade do decisum<sup>217</sup>.

Destarte, o juiz não deve "explicar" aquilo que o "convenceu", ao revés deve especificar os motivos de sua compreensão, através de uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, possibilitando assim a verificação se aquela é resposta adequada para o caso julgado<sup>218</sup>.

Aponta-se a necessidade de conscientização da comunidade jurídica, sobre a existência do direito fundamental do cidadão em obter do Poder Judiciário, uma resposta adequada à Constituição, devendo se preservada a autonomia, respeitada a coerência e a integridade do direito, evitada a discricionariedade. Há enfim, um direito fundamental que a Constituição seja cumprida<sup>219</sup>.

Com maestria Lenio Luiz Streck, constrói uma tese, constituída pela simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, acrescendo que a resposta não é a única, nem a melhor, trata-se de uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, como assentamento de uma perspectiva democrática e um "produto" filosófico já que, fruto da descoberta de um novo paradigma que supera o esquema sujeito-objeto<sup>220</sup>.

Em uma decisão deve ser verificada: se a autonomia do direito foi preservada, se a decisão foi arbitrária, se possui uma consistência articulada, se

138

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa. São Paulo: Saraiva, 2013, 9, ed., p.60.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 3.ed.,p.2.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p. 317 - 321.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise uma exploração hermenêutica da construção do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 11.ed.,p.433.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> STRECK, Lenio Luiz., *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.346 - 347.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 344-345.

os argumentos estão integrados ao conjunto do direito, se todos os argumentos das partes foram enfrentados e se está devidamente fundamentada a se obter a melhor resposta a partir do direito<sup>221</sup>.

Nesse sentido o Poder Judiciário só pode deixar de aplicar uma lei quando: a lei ou o ato normativo for inconstitucional, for hipótese de emprego dos critérios de resolução de antinomias, aplicar a interpretação conforme a Constituição, apuser à nulidade parcial sem redução de texto, se tratar de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e quando deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, salientando que é através da aplicação principiológica que será admissível a não aplicação da regra a determinado caso<sup>222</sup>.

Estas são formas encontradas, que possibilitam ao cidadão e demais integrantes da sociedade, a verificação da correção da decisão, podendo aferir se o Poder Judiciário está decidindo conforme à Constituição.

A prolação das decisões no Brasil deve ser repensada à luz da tese acima proposta, doutrinadores e juristas devem despertar, para o papel e a importância da hermenêutica, nos tempos hodiernos. A força normativa da Constituição deve ser protegida contra os predadores internos e externos.

#### Conclusão

Portanto, conclui-se, que o ativismo judicial perpetrado do Brasil, impede que o jurisdicionado tenha Acesso a uma Ordem Jurídica Justa, privando-o de obter uma resposta constitucionalmente adequada.

A dogmática jurídica, não reconhece a Constituição de 1988, como elemento nodal, estruturante do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, vinte e cinco anos após sua promulgação, constata-se o fenômeno da baixa constitucionalidade.

Não existem fundamentos, para se permitir nessa quadra da história, o rechaço à lei maior, fomentado pelo governo dos juízes, deslocando o polo de tensão, para os integrantes do Poder Judiciário, quando da aplicação do direito.

Exsurge a necessidade de perquirir à fanal da hermenêutica, sobre a aplicação do direito, devendo o intérprete respeitar os limites semânticos do texto, deixar que o texto lhe diga algo, fazendo a *accountability*.

Somente pelo ciclo hermenêutico é possível verificar as singularidades advindas do caso concreto propiciando aquele que vai ao judiciário o alcance de uma resposta adequada à Constituição.

Assim, a tese criada por Lenio Luiz Streck, baseada na filosofia e na ciência jurídica, deve servir como um despertar para se desvelar o óbvio, tão bem escondido pelos hábeis argumentos e teorias, utilizadas por aqueles que pretendem, se apoderar do direito, encobrindo os estamentos, o judiciário de coalizão, enfim o poder de dizer o que for conveniência, para a manutenção desse *status* ilegítimo e antidemocrático.

-

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> STRECK, Lenio Luiz, op.cit. p.346 - 347.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.347 - 348.

## Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2012. BARROSO, Luís Roberto. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. BRASIL. Constituição da República Federativa. São Paulo: Saraiva, 9. ed., 2013. CAPPELLETTI, Mauro, GART, Bryant. [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. Acesso à Justica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. CRISAFULLI, Vezio. La Costituzioine e Le sue disposizioni di principio. Milão: Dott A. Giuffrè Editore 1952. DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. \_. Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2011. FURTADO, Celso. Os ares do mundo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. . Brasil: *A construção interrompida*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode – Ergänzungen Register. Hermeneutik II. Tubingen: Mohr,1990. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. HABERMAS, Jürgen. Faktizität um Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie dês Rechts und des demokrastischen Rechtssta-ats. Fransfurt AM Main: Suhrkamp,1992,p.35-36, apud STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. HABERMAS, Jürgen. Urbanisierung der Heideggerschen Provinz Laudatio auf Hans-Georg Gadamer. In: Das Erbe Hegels. Zwei Reden aus Anlass der Verleichung des Hegel-Preises 1979. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979, p.31, apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. J.H. Meirelles Teixeira. Curso de direito constitucional. [S.I]. 1991. O' DONNELL, Guilhermo. Democracia delegativa?, in: Novos Estudos Cebrap,n.31, outubro.1991.p.25 e seguintes apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição* Constitucional e Decisão Jurídica. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. STRECK, Lenio Luiz. Compreender Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. \_\_. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. \_\_. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. \_. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. Verdade e Consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law.* Nova York: Roman & Littlefield, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

#### O REALISMO FRANCÊS DE MICHEL TROPER

Samuel Moreira Gouveia<sup>223</sup>

#### Resumo

O presente ensaio se propõe traçar, em linhas gerais, a teoria realista de Michel Troper, professor emérito da Universidade de Paris X, criador e membro honorário do Centro de Teoria do Direito - um dos mais importantes polos franceses de teoria do direito -, principalmente no que diz respeito à atividade das cortes supremas. Com fundamento no realismo interpretativo e no realismo jurídico, será tratado a solução dada pelo autor francês ao aparente paradoxo entre a liberdade das cortes supremas e a estabilidade de suas decisões. Nesse sentido, se analisará a relação entre liberdade jurídica e pressões jurídicas com a qual lidam as cortes supremas no desenvolvimento do seu papel de criação do direito como norma jurídica.

### Introdução

Visto a crescente mudança do imaginário jurídico-político brasileiro – em que o legiscentrismo vai cedendo espaço e importância para o direito vindo dos tribunais -, entende-se que o conjunto de ideias elaboradas por Michel Troper e que se presta a analisar no presente ensaio tem forte valor explicativo. Busca-se trazer uma solução teórica descritiva dos fenômenos atuais no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que cerne a aparente mudança no papel das cortes supremas. Descrição esta, que a teoria tradicional, de cunho normativista, se mostra claudicante em explicar.

A situação das cortes soberanas parece paradoxal : estando no cume da hierarquia judiciária, estes atores não utilizam do poder de criação do Direito segundo seus caprichos. Sua jurisprudência estável pode ser considerada um exemplo deste fenômeno. Este dado poderia ser explicado através da hipótese de que as cortes supremas não têm a liberdade na criação do direito, ou pela sugestão de que as cortes seguem uma regra moral qualquer, segundo a qual é necessário se comportar em conformidade com o Direito. Contudo, estas respostas não parecem suficientes, quando se observa uma teoria realista do direito e da interpretação.

Troper propõe desfazer o paradoxo apresentado por meio de sua teoria das pressões jurídicas<sup>224</sup> (théorie des contraintes juridiques). O autor francês parte da distinção entre liberdade e arbitrariedade das decisões das cortes supremas para fundamentar sua tese:

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> Doutorando em cotutela em Filosofia do Direito/Teoria do Direito pela Université Paris Ouest - Nanterre La Défense e pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Público Aprofundado - Université Pierre Mendès France - Grenoble II. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> No original francês « *théorie des contraintes juridiques* ». O termo francês «*contrainte* » pode ser traduzido por "contrangimento, coação". No presente trabalho optou-se pela tradução por "*pressão*", no sentido de "fazer pressão sobre".

« Dizer que o intérprete é juridicamente livre implica que seu comportamento é arbitrário ou caprichoso unicamente se o sentido jurídico do termo 'liberdade' - ou seja, o direito de efetuar qualquer ação ou dar qualquer conteúdo às suas decisões - coincidir com seu sentido filosófico - a ausência de todo determinismo »<sup>225</sup>.

Desta forma, o presente ensaio, que se divide em duas partes, tentará demonstrar que para Troper, dizer que os juizes das cortes supremas são juridicamente livres no processo de criação do direito (1) não se opõe à afirmação de que suas decisões sejam submetidas a determinismos próprios do sistema jurídico (2), como será demonstrado a seguir.

## 1 - A Liberdade do intÉrprete : as cortes supremas como modelo de interprete autÊntico

Sem dúvida, Hans Kelsen representa uma das mais importantes inspirações teóricas para Michel Troper. Este fato pode ser percebido pelas inúmeras referências ao mestre austríaco em seus textos. Além das notáveis convergências entre os dois autores, pode-se observar que Troper fornece, durante anos de elaboração teórica, uma releitura em função de sua interpretação realista, dos elementos fundamentais da Teoria Pura kelseniana<sup>226</sup>.

Entre todas as releituras elaboradas por Troper, aquela erigida sob a teoria da interpretação kelseniana<sup>227</sup>, parece ser central para a teoria das pressões jurídicas.

Segundo Kelsen, interpretar consiste em estabelecer o sentido da norma a ser aplicada. Com base na distinção kantiana entre atos de vontade e atos de conhecimento, o mestre de Viena diferencia a "interpretação autêntica" da "interpretação doutrinária" (ou científica). A interpretação autêntica é aquela dada por uma autoridade habilitada a interpretar ou ainda, aquela cuja ordem jurídica faz produzir efeitos jurídicos<sup>228</sup>. Desta feita, a interpretação autêntica seria uma "decisão" - por isso, ato volitivo - que põe fim ao debate. A interpretação autêntica, no sentido kelseniano da expressão, é considerada fonte criadora do Direito, mesmo que, tenha como produto normas individuais<sup>229</sup>. Por outro lado Kelsen considera a interpretação doutrinária um ato de

143

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> « Dire que l'interprète est juridiquement libre implique que son comportement est arbitraire et capricieux uniquement si la liberté au sens juridique du terme, c'est-à-dire le droit d'accomplir n'importe quelle action ou de donner n'importe quel contenu à ses décisions, était la même chose que la liberté au sens philosophique, l'absence de tout déterminisme » TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V., *Théorie des contraintes juridiques*. Paris, LGDJ, 2005, p. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> LEBEN C. « Troper et Kelsen », *Droits*, nº 37, 2003, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> TROPER, M., « Kelsen. La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », Revue Internationale de Philosophie, n° 138, 1981, p. 518-529.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. 2a. ed. New Jersey, USA: The Lawbook Exchange Ltd., 2009, capítulo.;

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> TROPER, op. cit.,1981, p. 519.

conhecimento, restingindo-se a descrever uma moldura de sentidos possíveis de um enunciado, de maneira a permitir ao interprete autêntico a escolha entre eles.

Em síntese, Troper reorganiza a teoria kelseniana da seguinte forma<sup>230</sup>: (a) inicialmente, ele nota que o processo interpretativo não incide sobre a norma a aplicar, mas sobre textos e fatos; (b) em seguida, demonstra que o processo de interpretação é realizado por todo o órgão de aplicação, (c) no entanto, só deve ser considerado como "autentica" a interpretação dada em última instancia; (d) a norma jurídica, produto da interpretação autentica, é obrigatória aos tribunais inferiores, indivíduos e autoridades submetidas pela referida corte<sup>231</sup>.

O autor francês conclui então que se o órgão de aplicação determina livremente, por um ato de vontade, a significação do texto aplicável e se esta significação não é outra coisa que uma norma jurídica, pode-se afirmar que ele mesmo - o juiz - enuncia a norma geral, determinando o conteúdo da norma inferior a ser criado. Desta forma os juizes não criam somente as normas individuais (como em Kelsen), mas também, e sobretudo, as normas gerais<sup>232</sup>.

O argumento que funda a conclusão de que as cortes supremas<sup>233</sup> criam o Direito é simples, como elucida Guastini<sup>234</sup>. Ele se constitui em quatro decisões epistemológicas. De início, Troper adota a definição kelseniana de que direito é um conjunto de normas (e não de textos). Em seguida, considera que a norma jurídica não é outra coisa senão a significação de um texto<sup>235</sup> : oras, só há texto antes da interpretação<sup>236</sup>. Em terceiro lugar, segundo uma definição geralmente aceita, Troper considera que a interpretação consiste em estabelecer (ou criar) significados a um texto. Por fim, Troper supõe uma teoria cética da interpretação: não há interpretação única, nem interpretação verdadeira<sup>237</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Idem, p. 524.

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> Desta feita, a dicotomia entre ato de vontade e ato de conhecimento, base para a teoria kelseniana da interpretação é mitigada por Troper. Segundo o autor francês, deve-se admitir, em realidade que, se a interpretação é dada pela corte suprema na ocasião de um caso concreto, ela é produzida para todos os casos semelhantes que se apresentarão no futuro. De tal forma que os tribunais inferiores e os sujeitos da ordem jurídica são obrigados a se conformar, sob pena daqueles verem suas decisões anuladas e destes terem suas condutas sancionadas. Tal é o funcionamento da jurisprudência, a qual é difícil pretender que seja somente criadora de normas individuais.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> « Certes, le tribunal qui énonce cette norme générale l'utilise pour en déduire la norme individuelle contenue dans la sentence, mais il crée simultanément du droit à deux niveaux au moins : il énonce une norme générale et une norme particulière. » (TROPER M, op. cit, 1981, p. 523).

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> As cortes supremas são o modelo de intérprete autentico, visto que possui como atividade principal estabelecer interpretações em última instancia. Contudo isto não nega a possibilidade de outras autoirdade com as mesmas características (por exemplo, o presidente da república, o parlamento, ou mais nitidamente a constituinte).

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> GUASTINI, Riccardo. "Michel Troper sur la fonction jurisdictionnelle", in Droits, Paris, 2004, nº 37, p. 111-118.

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> TROPER M. "La liberté de l'interprète", Actes du colloque – L'office du juge, 2006, p.29.

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> TROPER M. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1994, p. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Em várias partes da Obra de Troper pode-se encontrar essa posição interpretativa: "Tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation" (TROPER M. Pour une théorie juridique de l'État, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1994, p. 295) ou "Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles

Se as definições expostas forem aceitas, as conclusões tiradas por Troper resultam em simples consequências lógicas das premissas<sup>238</sup>. Dito isto, na presente parte se ocupará em traçar uma análise mais aprofundada da liberdade das cortes supremas, examinando inicialmente, sua fonte (1.1), para em seguida, tratar do seu uso (1.2).

#### 1.1- A fonte da liberdade do intérprete autêntico

Mesmo que a natureza realista da interpretação desempenhe um papel central na teoria das pressões jurídicas, é impossível utilizá-la como uma especificidade do direito<sup>239</sup>. Oras, toda interpretação é um ato de vontade, visto que o interprete pode escolher o significado de um determinado enunciado. A interpretação é sempre uma decisão. Deste ponto de vista, não há diferença entre a interpretação de um professor ou da corte suprema. Ambas podem conduzir ao mesmo significado, cujo conteúdo é uma prescrição.

No entanto, se as prescrições não podem ser avaliadas em função de sua veracidade, elas podem ser mensuradas em função de sua força obrigatória "uma prescrição pode ser uma simples recomendação não obrigatória, ou uma norma obrigatória"<sup>240</sup>. No primeiro caso, o conteúdo da interpretação elaborada pelo professor será recebido como uma recomendação, ao passo que no segundo caso, o sentido elaborado por uma corte suprema será compreendido como uma norma obrigatória.

Se a natureza da interpretação não é fonte da liberdade do intérprete, o indeterminismo textual também não o pode ser. Isto porque, como observamos, a teoria da interpretação empregada por Troper não supõe a existência de um sentido anterior à interpretação. É antes, a interpretação que atribui um sentido ao enunciado. Se é o intérprete que dá sentido a um texto, pode-se dizer que a liberdade do interprete não provem da indeterminação textual, mais, ao contrário "é a liberdade do interprete que permite estabelecer a indeterminação textual" 241. É a atividade interpretativa que produz a indeterminação.

A liberdade das cortes supremas também não pode ser fundamentada pela capacidade intelectual dos seus componentes. Se a infalibilidade das decisões prolatadas pelas cortes supremas se relaciona com a liberdade de dar significado qualquer aos textos que interpreta, aquela decorre desta, e não o contrário. Neste ponto, famosa é a afirmação do juiz Jackson, da suprema corte norte-americana: "Nós não somos a última instância porque somos infalíveis, mas somos infalíveis porque somos a última instância."<sup>242</sup>.

l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte." (Idem, 1994, p. 305) ou ainda "Il n'existe pas de signification objective susceptible d'être connue" (Ibidem, 1994, p. 333).

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> GUASTINI R. op. cit. 2003, p.113.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> TROPER M. op. cit., 2006, p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> TROPER M. op. cit., 2006, p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> "C'est la liberté de l'interprète qui permet d'établir le principe de l'indétermination textuelle" TROPER M., op. cit., 2006, p. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" Opinion concordante dans l'affaire Brown v. Alle, 344US 443 (1953)

Se a liberdade das cortes não advém nem da natureza do processo interpretativo, nem do indeterminismo do texto ou da capacidade dos seus interpretes, qual seria sua fonte? Segundo Troper, a liberdade das cortes supremas é devida exclusivamente pela capacidade de produção de decisões jurídicas sem recurso, ou seja, de interpretações que não podem ser juridicamente contestadas e que produzem efeitos, ainda que contra o senso comum ou linguagem ordinária<sup>243</sup>. Mesmo se suposta norma superior que obrigue a corte a resolver conflitos pela aplicação de uma determinada norma, na falta de sanção - e de órgão sancionador - tudo se passaria como se não houvesse norma superior.

Ainda, a liberdade do interprete autêntico é reforçada pelo fato de que "(...) entre os enunciados que uma Corte Constitucional deve interpretar, há aqueles que delimitam sua competência. Ao passo que interpreta estes enunciados, a Corte determina suas próprias competências, frequentemente para as estender"<sup>244</sup>. Este é o caso, por exemplo, da Corte dos Estados Unidos, quando em 1803, se declarou competente para controlar a constitucionalidade das leis, ou do Conselho Constitucional francês em 1971, quando decidiu exercer seu controle em relação ao preâmbulo da constituição e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República francesa.

### 1.2 – Os usos da liberdade do interprete autêntico

Foi visto que a consequência jurídica da impossibilidade de recurso jurídico em face de decisões do intérprete autêntico importa na inexistência de limite jurídico à sua liberdade. A questão que presentemente se ocupará é a seguinte: "até onde as cortes supremas podem ir se elas quiserem?" Formulada de outra forma, veremos quais os usos da liberdade pelo intérprete autêntico no desempenho de sua atividade.

A esta questão, Troper responde que o interprete autêntico pode "(...) não somente determinar o conteúdo das normas jurídicas que devem aplicar, mas também decidir que um enunciado qualquer apresenta característica de uma norma jurídica e mesmo modificar a posição de cada norma na hierarquia da ordem jurídica."<sup>245</sup>

Se for aceita a afirmação de que a norma é o significado de um texto e que este significado não é nada mais do que o produto da decisão do intérprete, então como já visto, deve-se aceitar que, em realidade é o interprete e não o legislador que cria a norma. É então, o interprete que dá o conteúdo a uma determinada regra, como demonstra Troper em diversas passagens. O mestre francês sublinha ainda, que a interpretação não se atém à produção de

-

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> TROPER M., op. cit., 2006, p. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> "Parmi les énoncés qu'une Cour constitutionnelle doit interpréter, il y a ceux qui délimitent sa compétence. En interprétant ces énoncés la Cour est en mesure de déterminer ses propres compétences, le plus souvent pour les étendre" TROPER M. Philosophie du droit, Paris, PUF, Collection Que sais-je?, 2001, p. 110.

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> "(...) non seulement déterminer le contenu des normes juridiques qu'ils sont censés appliquer mais aussi décider qu'un énoncé quelconque présente le caractère d'une norme juridique et même modifier la place de chaque norme dans la hiérarchie de l'ordre juridique" TROPER M., op. cit, 2006, p. 37.

significação de textos, mas também de fatos. As qualificações jurídicas dos fatos seguem operação análoga à dos textos jurídicos: "o juiz, após observar os fatos, decide que eles apresentam tais características e devem ser submetidos a tal regime jurídico"<sup>246</sup>. Da mesma forma que acontece com as normas, podemos dizer que o sentido dos fatos jurídicos é criado pelo intérprete<sup>247</sup>, haja vista que ambas significações provém de uma decisão, de um ato de vontade no vocabulário kelseniano<sup>248</sup>.

Contudo, a liberdade do intérprete está além do estabelecimento do conteúdo às normas jurídicas. O caráter normativo dos textos também é objeto de decisão do intérprete autêntico. A experiência mostra que nem todos os textos prolatados pelo legislador ou pelo constituinte possuem normatividade como característica, é o intérprete quem decide quais textos são legítimos (ou ilegítimos) à produção de normas jurídicas. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara nas entrelinhas a inexistência de normatividade do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (ADIn 2076/AC, julgada em 2002), é um dos muitos exemplos da utilização desta liberdade.

Ainda, a liberdade do intérprete autêntico não se limita a estabelecer a normatividade de textos. Ela consiste também na possibilidade de estabelecer o significado de "costume" a um conjunto de fatos ou ainda estabelecer que uma parte ou o conjunto do Direito apresenta globalmente a significação de um princípio jurídico - caso de norma sem enunciado.

Durante o processo de interpretação, o intérprete posiciona necessariamente a norma criada na topografia hierárquica. Este fato traz a tona uma conclusão bem conhecida da teoria de Troper: "A validade não provém da norma superior, mas do processo de produção das normas inferiores"<sup>249</sup>. A hierarquia entre as normas X e Y é criada no momento em que o intérprete decide que uma norma X pode anular uma norma Y quando se encontra em contradição com aquela. O momento da criação de normas jurídicas é também a criação da relação entre normas, seja ela vertical ou horizontal, até porque inexiste noma antes da interpretação.

Podemos concluir que, segundo Troper, a liberdade jurídica das cortes supremas é total. Elas podem criar e recriar a todo instante normas e relações entre normas. Elas são livres para determinar tanto o objeto de sua interpretação quanto o resultado de sua atividade. Contudo esta liberdade não é arbitrária. O intérprete autêntico não pode decidir qualquer coisa, de qualquer forma. Se a liberdade do intérprete autêntico é total, ela é todavia, determinada jurídica e socialmente.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> "Le juge, après avoir observé les faits, décide qu'il présente tel caractère et doit être soumis à tel régime juridique" TROPER M., op. cit, 2006, p. 37

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> TROPER M. "Une théorie réaliste de l'interprétation", in Dossier Théories réalistes du droit, Strasbourg, PUS, Collections de l'Université Robert Schuman, 2000, p.59.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> TROPER M., op. cit., 1981, p. 520.

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> "La validité ne provient pas de la norme supérieure, mais du processus de production de normes inférieures." TROPER M., op. cit., 1981, p. 526.

#### 2 - A determinação jurídica das decisões das cortes supremas

Se por um lado a liberdade jurídica do intérprete autentico é total, por outro, estes atores não usam este poder arbitrariamente. Como observa Troper com insistência,<sup>250</sup>, as cortes supremas, mesmo não se sujeitando à regra do precedente, não revertem frequentemente suas jurisprudências. Se as cortes não agem caprichosamente, não é porque elas não possuem poder para tanto, ou porque estas autoridades obedecem a alguma regra moral. Segundo Troper, a determinação das decisões dos intérpretes autênticos é devida a certas causas ou fatores jurídicos: "Na vida jurídica, como na vida social, econômica ou política, o uso da liberdade ou do poder é determinado por certas causas, que dão preferência a certas formas de agir."<sup>251</sup>

Muitos fatores são aventados para explicar uma decisão jurídica: valores morais, elementos psicológicos, ideologias, interesse financeiro, etc. Ao largo destes elementos exta-jurídicos, a teoria das pressões jurídicas tem como hipótese inicial a existência de fatores internos ao sistema jurídico que determinam as decisões das cortes constitucionais: as pressões jurídicas. Na presente parte, serão tratadas, além da tentativa de definição do termo "pressão jurídica" (2.1), seus efeitos sobre o intérprete (2.2).

#### 2.1 – Definição de pressão jurídica

A noção de "pressão jurídica" evoluiu bastante nos últimos decênios, guardando, todavia, seus principais contornos. Uma das principais dificuldades para a operacionalização do conceito de "pressão jurídica" reside na separação entre causas jurídicas e não jurídicas ou entre o sistema jurídico e o seu ambiente. Em tentativa de definição, Troper e Champeil-Desplat partem da ideia de "pressão jurídica" como "uma situação de fato na qual um ator de direito é conduzido a adotar tal solução ou tal comportamento a despeito de outros, em razão da configuração jurídica no qual ele se posiciona ou no qual ele opera." <sup>252</sup>

Os elementos constitutivos da definição permitem uma análise mais aprofundada do termo. De início, a pressão é "jurídica", o que significa que « as soluções se impõem ao ator em razão de uma configuração específica do sistema jurídico » <sup>253</sup>. Isto quer dizer que não são abordados, pela teoria analisada, considerações vindas de outros sistemas (morais, sociais ou políticos). Não se trata aqui de contestar se estes fatores têm repercussão na tomada de decisão

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V., op. cit., 2005, p.2. Também: TROPER M., op. cit., 2001, p. 111.

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> "Dans la vie juridique, comme dans la vie social, économique ou politique, l'usage de la liberté ou du pouvoir est déterminé par certaines causes, qui contraignent les acteurs à agir comme ils font plutôt qu'autrement." Idem, p. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>252</sup> "(...) une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques". in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V. et GRZEGORCZYK C. (dir ), op. cit., 2005, p.12.

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> "Les solutions s'imposent à l'acteur en raison d'une configuration spécifique du système juridique". Idem., p. 13.

das cortes supremas, mas de sublinhar que estes fatores são externos ao sistema. A circunscrição do objeto de estudo desempenha, assim, um papel importante na preocupação científica de Troper.

Num segundo momento, a "pressão jurídica" é uma situação de fato. Segundo a teoria das pressões jurídicas, a "pressão" não é uma obrigação jurídica. Não é uma norma que liga o ator jurídico à uma decisão, não há sanção jurídica prescrita no caso de certas escolhas em detrimentos de outras. Contudo, o ator cede a pressão quando, entre todas as permitidas, só uma ou algumas escolhas lhe parecem possíveis<sup>254</sup>.

Em terceiro lugar, a pressão resulta da configuração, em um dado momento, do sistema jurídico. Parte-se da pressuposição de que o sistema jurídico, pode ser fonte de pressões. Assim, por exemplo, observa-se que no momento de decisão, a corte suprema se encontra pressionada pelos poderes das outras instituições, pelo poder constituinte, que poderá sobrepor suas decisões por meio de uma revisão constitucional, etc.

Finalmente, a pressão jurídica não visa demonstrar como os atores podem, concretamente, tomar suas decisões. O que importa na análise é a caracterização de uma mentalidade jurídica especifica no processo decisional dos produtores de normas. Esta racionalidade é denominada por Troper como a racionalidade do "homos juridicus". O "homo juridicus" é um produtor de normas jurídicas. No processo de produção de normas, ele pretende, além de defender sua esfera de competência, manter ou otimizar seu poder. Por definição, o "homo juridicus" conhece, no momento da tomada de decisão, o estado do sistema jurídico. Sua decisão se insere, por assim dizer, no sistema jurídico.

Pois bem, a teoria das pressões jurídicas de Troper supõe una racionalidade própria e uma pluralidade de produtores de normas, além da relação dinâmica entre eles. É justamente esta relação entre produtores de normas que produz as pressões jurídicas: « Em cada decisão deve-se – este 'deve' significa aqui não que o ator está submetido a uma obrigação, mas sim que ele é pressionado – ter em conta os meios que o sistema atribui aos outros atores participantes (tal como responsabilizar, dissolver a Assembleia, revogar uma decisão, etc.) e antecipar a forma com que estes podem se servir.»<sup>255</sup>

#### 2.2 – Os efeitos da determinação jurídica

Segundo Troper, entre a decisão e a pressão jurídica, pode-se observar uma relação de causalidade. É certo que falar de causalidade jurídica parece contraditório, haja vista a impossibilidade de existência de relação de causalidade entre normas ou entre fatos e normas. Oras, nos termos da teoria de Troper, o resultado da decisão do intérprete autêntico é uma norma e a pressão jurídica é um fato, como já vimos. Contudo, se apoiando nos desenvolvimentos

.

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> Idem., p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> "Chaque décision doit – ce 'doit', signifiant ici non pas que l'acteur serait soumis à une obligation, mais qu'il est contraint – tenir compte des moyens que le système attribue aux autres (engager sa responsabilité, dissoudre une assemblée, infirmer une décision, casser, etc.) et anticiper la façon dont ceux-ci peuvent s'en servir." Ibidem., p. 3.

teóricos de Kelsen<sup>256</sup>, Troper admite esta relação mediada por um fato psíquico : a consciência da norma pode causar um certo comportamento.

A causalidade evocada é fraca e indireta. Trata-se de uma causalidade fraca porque não se pode afirmar com segurança qual será a decisão de um ator do direito em determinada situação. Todavia, segundo a teoria das pressões jurídicas, é suficiente considerar a racionalidade do ator jurídico para afirmar que a causa de seu comportamento se encontra em uma situação determinada do sistema jurídico. Por outro lado, trata-se de uma causalidade indireta, porque apesar da suposição do ator racional, a situação do sistema jurídico é causa de comportamentos somente na medida que esta situação é percebida pelo ator.

Pois bem, isso dito, o nexo entre a pressão jurídica e a decisão das cortes supremas pode conduzir a adoção de um determinado comportamento, a produzir normas de um determinado tipo ou a manipular certos conceitos.<sup>257</sup>

Segundo Troper, ao contrário do que se pode supor, é do interesse da corte de se pronunciar em conformidade aos princípios jurisprudencias estabelecidos anteriormente por ela mesma. Se liberando das leis e dos precedentes jurisprudênciais, uma corte prescreve uma conduta particular apenas às partes do processo, ao passo que, produzindo uma jurisprudência estável e coerente, a corte rege uma classe geral de ações<sup>258</sup>. Desta sorte, se as cortes supremas agem desta forma não é porque elas estão limitadas, mas porque elas possuem interesse em maximizar seu poder. Uma jurisprudência estável permite tanto às jurisdições inferiores quanto aos jurisdicionados conformarem suas condutas. Ainda, a jurisprudência estável de uma corte constitucional permite a estimação pelo parlamento da atitude do juiz ante uma eventual decisão sobre a constitucionalidade de textos que ainda se encontram em debate legislativo.

A pressão jurídica para a criação de normas ou de conceitos jurídicos também é catalogada por Troper. Neste tocante, o conceito de hierarquia de normas é típico. Na medida que estabelecia um controle de constitucionalidade – competência essa não prescrita pela Constituição americana – a Corte Suprema americana se socorreu a uma regra ou princípio implícito da hierarquia de normas. Como explica Troper, o argumento da hierarquia de normas é estranho porque se apresenta como uma tautologia do tipo "a lei deve ser privada de validade porque ela deve ser privada de validade" 259. Neste diapasão, pouco interessa o abismo teórico e político entre Kelsen e os juizes da Suprema Corte americana, a instituição do controle de constitucionalidade passa pela justificação da hierarquia de normas.

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> "Punishment and reward are provided for only because it is assumed that the fear of punishment can causally determine men to refrain from committing a crime and that the desire for reward can causally determine men to perform a heroic deed. The imputation of punishment and reward presupposes the assumption of a possible causal determination of human behavior." KELSEN H. « Causality and Imputation. » Ethics, Vol. 61, 1950, p. 9

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> Segundo TROPER Michel. *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Collection Léviathan, 2011, p. 14. <sup>258</sup> Idem, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>259</sup> "La loi doit être privée de validité parce qu'elle doit être privée de validité." TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V., op. cit. 2005, p. 4.

O modelo teórico proposto por Troper não apresenta nem leis nem um nexo de necessidade entre as pressões e decisões jurídicas. A causalidade sugerida é fraca e indireta, como afirmado. Pode-se observar que seu objetivo teórico é, antes de mais nada, demonstrar que as condutas dos atores jurídicos são animadas não pela normatividade, mas sim pela causalidade – uma verdadeira ruptura com o normativismo jurídico.

## À guisa de uma conclusão

A diferença entre "ser pressionado" (ou ser obrigado, no vocabulário de Hart) e "ter uma obrigação" é denunciada na obra de Hart, *O Conceito de Direito*<sup>260</sup>. O teórico inglês utiliza estes conceitos para diferenciar o direito de uma situação de fato: somos pressionados pelo bandido, mas não temos uma obrigação para com ele. Desta forma, "ter obrigação" pressupõe a existência de um conjunto de regras jurídicas, ao passo que a "pressão" é mantida por meio de ameaças. A teoria do determinismo jurídico examina a possibilidade da existência das "pressões" no direito: ela visa descrever as situações de fato, em razão da configuração do sistema jurídico, as quais se encontram os atores jurídicos.

A tese por trás da teoria das pressões jurídicas escapa da hipótese positivo-normativista, haja vista que, levando em consideração os conceitos mais caros à Teoria Pura kelseniana, demonstra que não são normas instituidas ou sanções imputadas que obrigam o juiz à tomada de decisão. A tomada de decisão é realizada segundo uma racionalidade estratégica dos atores do sistema jurídico.

De fato, a teoria ora apresentada não é imune às críticas, como demonstram os trabalhos de Guastini<sup>261</sup> e Otto Pfersmann<sup>262</sup>. Contudo, a teoria das pressões jurídicas é válida por considerar este lado até então obscuro na teoria do direito, que se materializa na relação entre pressões e decisões tomadas por atores jurídicos livres.

É sugerido, assim, um nexo de causa e efeito. Não obstante, o nexo causal proposto não é como aquele presente entre fatos, aproximando-se mais do conceito de retrodicção de Paul Veyne<sup>263</sup>. É, pois, uma causalidade a *posteriori*, referindo-se então a uma síntese narrativa verossímil, elaborada por meio da operação de preenchimentos de lacunas, desta porção ínfima do fenômeno jurídico concreto cujo jurista tem acesso.

 $<sup>^{260}</sup>$  HART H. L. A., The Concept of Law,  $^{3a}$  ed. Croydon, UK: Clarendon Law Series, 2012p. 37 et ss.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup> GUASTINI, Riccardo. L'interpretazione dei documenti normativi, Milano, Giuffrè, 2004;

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> PFERMANN, Otto. "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation" in Analisi e diritto, 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> VEYNE P., Como se escreve a história, Brasilia, Ed. UNB, 4ª ed., 1998, pp. 117 e ss.

**Bibliografia** GUASTINI, Riccardo. L'interpretazione dei documenti normativi, Milano, Giuffrè, 2004; \_, "Michel Troper sur la fonction juridictionnelle", Droits, n°37, 2003, p.111-122. HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*. 3<sup>a</sup> ed. Croydon, UK: Clarendon Law Series, 2012; JOUANJAN O. (dir), Dossier Théories réalistes du droit, Strasbourg, PUS, Collections de l'Université Robert Schuman, 2000. LEBEN C., "Troper et Kelsen", Droits, nº 37, 2003, p.13-29. KELSEN, Hans. Pure Theory of Law. New Jersey, USA: The Lawbook Exchange Ltd., 2009; PFERMANN, Otto. "Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation" in Analisi e diritto, 2001. TROPER, M., "Kelsen. La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", Revue Internationale de Philosophie, nº 138, 1981, p. 518-529. , "La liberté de l'interprète", Actes du colloque – L'office du juge, 2006, p.28-41. \_\_, "La motivation des décisions constitutionnelles" in PERELMAN Ch. et FORIERS P., La motivation des décisions de justice, Bruxelles, 1978.

\_\_\_\_\_, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, Collection Que sais-je?, 2001.

TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V. et GRZEGORCZYK C. (dir), *Théorie des contraintes juridiques*. Paris, LGDJ, 2005.

\_\_\_\_\_, Pour une théorie juridique de l'État, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1994.

VEYNE P., Comment on écrit l'histoire, Paris, Ediction de Seuil, 1971.

, Le droit et la nécessité, Paris, PUF, Collection Léviathan, 2011.

# PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA: ANALISE DA TIPIFICAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Tania Letícia Wouters Anez<sup>264</sup>

#### Resumo

O presente artigo apresenta uma breve narrativa da evolução do tratamento legal da corrupção no Brasil, questionando a razoabilidade da forma de punição aplicada ao que pode ser considerado o maior crime a ser cometido contra o Estado considerando que sua potencialidade lesiva é incalculável. Por meio da ponderação do princípio da razoabilidade em contraste com a legalidade apontar que o tratamento legislativo da corrupção não tem sido o mais adequado, pois não tem conseguido coibir a proliferação desse mal. A legislação penal sozinha não se mostra suficiente para o tratamento do problema, pois faz-se necessário uma mudança em termos de construção de identidade e cidadania. Conclui que alterações legislativas significativas demandam uma participação popular mais efetiva. Embora tenham ocorridos alguns avanços em termos legislativos, ainda há um longo caminho a percorrer para diminuir o legado histórico de impunidade das classes sociais mais favorecidas economicamente e das elites políticas.

### Introdução

O Estado moderno consolidou-se por meio do primado da lei que passou a ser o instrumento de garantia dos direitos do homem, por meio da produção legislativa é traçada a moldura que define a ordem jurídica e política que constitui o Estado. Em todo momento tem-se como ideal que o pacto dos homens deve levar a uma condição em que a natureza das coisas possibilite melhores meios de realização individual do que aqueles que o estado de natureza poderia produzir. Ao final é com o pacto social que as desigualdades naturais são equilibradas pelo primado da lei e as diferenças entre os homens desaparecem – ou deveriam desaparecer – pela igualdade artificial produzida pela lei.

Neste contexto, todos os homens passam a ser dotados de direitos fundamentais e como titulares do poder o transmitem à estrutura Estatal para que seja possível uma melhor administração da vida em sociedade. Logo, a um mínimo de Estado corresponde um máximo de liberdade e de acordo com o artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1879 os direitos fundamentais e a separação de poderes são condições necessárias à existência de uma Constituição.

O pacto social moderno consolidado no constitucionalismo e na Teoria da tripartição dos poderes objetiva que o poder seja tripartido para com essa divisão seja mantida potencializada a ideia originária de justiça e igualdade entre os homens.

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup>Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduada em Direito pela UNIVEM. Especialista em Direito Público pela UCDB. Advogada.

Por óbvio que analise tópica de uma determinada realidade local permite identificar que muitas vezes a estrutura de divisão de poderes na sua manifestação pratica acaba gerando a hipertrofia de um poder em relação ao outro, seja pelo protagonismo judicial excessivo – ou talvez necessário - seja pelas deturpações que o autoritarismo engendrados em representantes do poder executivo amparados por uma forte carga carismática alcançam na pratica. Basta lembrar do Hitler na Alemanha ou Hugo Chaves na Venezuela que percebe-se que na história recente o protagonismo de um poder em relação ao outro acaba quebrando a ideia inicial de equilíbrio no sistema de tripartição do poder.

Contudo, a ideia a ser trabalhada no presente artigo não presente ser ousada ao ponto de adentrar nas minúcias do protagonismo de um determinado poder em relação ao outro, sem dúvida trata-se de questionamento que demandaria muitas páginas de reflexão teórica que ao final possibilitariam até justificar em certo ponto o porquê diante de determinadas condições esse chamado protagonismo o a existência de um superpoder é compreensível e justificável em determinado momento histórico.

Na realidade o que se busca é refletir especificamente ao respeito daquelas situações em que a produção legislativa acaba gerando leis que podem colocar em xeque a existência da própria estrutura do Estado, seja pelo seu baixo coeficiente de legitimidade democrática ou pela incoerência lógica com os postulados traçados pelo constituinte originário.

Não se trata de questionar se determinada lei é constitucional ou não. Nesse caso o questionamento teria uma resposta mais fácil, pois o próprio sistema prevê mecanismos de controle de constitucionalidade que levariam a declaração da incompatibilidade da lei e a sua inexistência. O que se pretende é realizar uma analise pontual a respeito da carga ideológica de uma produção legislativa que as vezes peca pela sua incoerência.

Neste ponto, é preciso lembrar que embora os desafios da administração pública sejam em certa medida infinitos, existe um consenso ao respeito do mal supremo que afeta a administração pública: a corrupção. Ela não afeta apenas um indivíduo isoladamente, mas a sociedade como um todo e seu tratamento legislativo comportam uma análise detida.

Em tempos de transparência na administração pública, a corrupção que já tem um histórico arraigado às tradições políticas do país ao ponto de existir no imaginário popular a perigosa ideia de que política e corrupção tem um liame de ligação subjetivo, os escândalos envolvendo esse mal devem ganhar cada vez mais exposição na mídia e respostas pelo judiciário.

Assim, o que se pretende é analisar o crime de corrupção e a forma como o Poder Legislativo tratou esse desvio de conduta – que seria dentro do seio político de um Estado Democrático de Direito o chamado mal supremo. Fazendo-se um contraponto a respeito da mens legis e os princípios constitucionais envolvidos, além de apresentar uma crítica ao projeto de lei que pretende incluir a corrupção como crime hediondo. Não por pretender incluí-la, mas porque somente agora?

# 1. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E SUA FORÇA NORMATIVA

O princípio da razoabilidade não se encontra expresso no texto da Constituição Federal de 1988, contudo isso não faz com que perca sua força normativa, pois ela decorre do processo hermenêutico e da lógica do sistema jurídico sendo de fundamental importância para o controle dos atos do poder público.

A razoabilidade pode ser conceituada como sendo: [...] parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. (BARROSO, 2006, p. 141).

De acordo com ALEXY (1993, p. 126) revela-se importante distinguir regras e princípios, devendo sobre essa perspectiva o princípio da razoabilidade ser encarado com um mandado de otimização:

O ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que *algo será realizado na maior medida possível*, dentro das possibilidades jurídicas e realidades existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais sendo também das jurídicas.

A despeito do tema de interpretação (MIRANDA, 2003, p. 448) diz:

Há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma.

Observa-se que o processo hermenêutico não pode ser deixado de lado, em especial quando se trata de ponderar princípios constitucionais em face da legislação posta. Nesse sentido, o prof. Oscar Vilhena Vieira explica a respeito da colisão entre regras e princípios:

Na hipótese de conflitos entre regras, apenas uma delas deve ser aplicada. Já, em relação aos princípios, os conflitos devem ser resolvidos por intermédio da ponderação a respeito da sua importância num caso específico. (VIEIRA, 2006, p. 57).

Nesse prisma, necessário indagar: até que ponto o tratamento legislativo dado à corrupção no Brasil tem observado a ideia de razoabilidade se comparado ao tratamento legislativo dado a outras condutas. A resposta a esta indagação não é simples e deve passar, necessariamente, pela valoração entre os princípios e a aplicação da lei de colisão, concluindo-se pelo princípio de maior peso.

Contudo, a produção legislativa muitas vezes não passa por todo esse processo valorativo dos princípios que estruturam a ordem jurídica, e o descompasso e a falta de razoabilidade da produção legislativa é consequência de um complexo processo histórico de tradições que teimam em manter castas de indivíduos acima da lei e desconsideram que o sistema vigente é uma democracia, com condições de existência previamente delineadas na Carta Política. Já dizia no século passado o Jusfilosofo Jean Cruet:

"Socialmente, uma injustiça que ninguem vê não existe, e um absurdo, que todo o mundo aceita, é um elemento do bom senso." (CRUET, 1908, p. 130).

Assim sendo, todo discurso jurídico – e aqui a produção legislativa é o marco inicial para a formulação do discurso jurídico - que pretenda ser tido como legítimo à luz dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, deverá partir de uma lógica discursiva que sem esquecer os fundamentos da República tente conciliá-los com os objetivos idealizados pelo Constituinte originário, e com os compromissos precedentes à ideia do Estado. Assim, razoabilidade na produção legislativa deveria ser um pressuposto para sua existência válida.

### 2. Considerações sobre o tratamento legislativo da corrupção no Brasil

O início da década de 90 foi marcado pela aprovação da Lei nº 8.072/90, chamada lei dos crimes hediondos, que cuidou dos crimes mais graves, revoltantes e que causam maior aversão à coletividade. Consequentemente, trata-se de crimes que merecem uma maior punição e cumprimento de pena mais rigorosa.

Importante registrar, que a corrupção agride de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, sem nenhum sentimento de piedade, fraternidade, solidariedade e respeito à dignidade do corpo social atingido. O número de vítimas da corrupção é incalculável, eis que o desvio de recursos públicos e a utilização dos mesmos como próprios, tem contribuído para o aumento do número de excluídos numa sociedade altamente desigual e de recursos limitados.

A aprovação da Lei nº 8.072 de 25/07/1990, visou atender imperativos de ordem jurídica e social, pois teve como objetivo conter a onda de crimes que estavam ocorrendo no país (especialmente o sequestro), atendendo os clamores da população que se encontrava aterrorizada e deste modo, evitando um pânico

coletivo; além de por meio de penas mais severas conter a violência, já que o medo começava a se fazer presente na sociedade.

Contudo, chama atenção que a Lei nº 8.072/90 não trouxe dentre o rol de tipos penais chamados hediondos a figura da corrupção. Na realidade, a inclusão no rol de tipos hediondos decorre do Projeto de Lei nº 5.900/2013, em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual aguarda o fim de sua tramitação, sendo retirado de pauta de ofício dia 08.04.2014.

A análise do crime de corrupção, quem são os possíveis sujeitos ativos e passivos e os bens jurídicos protegidos, possibilita questionar o porquê a corrupção ainda não é considerado um crime hediondo no Brasil? Quando se analisa a lei de crimes hediondos que considera alguns delitos que atingem apenas um indivíduo como hediondos, e, por outro lado, um crime que atinge toda a coletividade, como a corrupção o faz sem ser incluído nesse rol, tem-se um descompasso na produção legislativa que atinge o princípio da razoabilidade.

Neste ponto, impossível deixar de questionar a responsabilidade do Poder Legislativo por uma produção legislativa eficiente e propulsora da construção de um verdadeiro Estado Democrático de direitos, no qual o exercício dos direitos seja possível para todos os cidadãos. A esse respeito, quando a rotulação de tipos penais "esquece" de punir justamente aqueles crimes que agridem de forma intensa e irreparável toda a sociedade, ele caminha em sentido contrário à construção de um Estado de direitos e a atinge o princípio da razoabilidade.

Portanto, é mediante uma ponderação justa dos princípios jurídicos envolvidos e ideais perseguidos que poderá ser alcançada uma produção legislativa verdadeiramente eficiente e transformadora da realidade social.

A produção legislativa demanda um suporte fático que lhe dê sustentabilidade e valor, pois a Constituição apresenta conceitos abertos, diretrizes, objetivos e não descreve minuciosamente o que deve ser feito e como deve ser feito – o que está plenamente de acordo com seu papel. Assim, quando se faz uma análise macro dos problemas sociais e as respostas dadas pelo ordenamento jurídico, por vezes são encontradas inconsistências na estrutura, é o que se percebe muitas vezes da leitura dos tipos penais como no caso do tipo penal da corrupção.

As vezes o histórico legislativo da produção de tipos penais apresenta certas incongruências se confrontado com os postulados do dever ser dentro de uma estrutura política dita democrática. Por exemplo, quando da aprovação da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, foram incluídas diversas condutas típicas que caracterizam-se por causar repulsa. Contudo, na época não foi incluída a corrupção nas suas duas modalidades como crime hediondo, sendo apenas tratado pelo Código Penal de certa forma simplória por não ser punido com pena condizente ao dano que causa à sociedade e ao patrimônio público.

A respeito da necessidade de razoabilidade na produção legislativa, fazendo levantamento junto ao Supremo Tribunal Federal é possível encontrar grande abundância de fundamentação nos acórdãos chamando atenção a

respeito da necessidade da observância do princípio da razoabilidade como elemento implícito da lei.

É preciso lembrar que a corrupção não é algo recente e faz parte de nosso processo histórico de amadurecimento como sociedade, como bem pontua Sérgio Habib em sua obra *Brasil: quinhentos anos de corrupção* quando diz:

"(...) não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos" (HABIB, 1994, p. 26).

Montesquieu dizia que como vivemos numa sociedade onde há leis para serem seguidas, a liberdade política consistia no poder de fazer tudo o que as leis permitem, porém vê-se esse conceito como sendo arriscado. A Declaração de 1789 trouxe uma definição mais propicia para o tema:

"A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei pode determinar."

O critério adotado no Brasil é o critério legal, onde os crimes hediondos são apresentados de forma taxativa na Lei 8.072/90 e posteriormente, na nova redação dada pela Lei 8.930/94.

A expressão "hediondo" apareceu pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que trouxe em seu artigo 5°, XLIII a expressão "crimes hediondos", utilizando-se de um conceito ordinário, e, em seguida, com a criação da Lei 8.072/90, esta também não o descreveu pontualmente.

Assim, dispõe o artigo 5°, XLIII da Constituição Federal, que:

"A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

A criação da Lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) ocorreu em um momento de alto temor da sociedade, de pânico geral causados pelos meios de comunicação devido ao grande aumento de crimes como homicídios, sequestros e roubos nas classes sociais mais altas, fazendo com que rapidamente fosse editada a Lei como forma de conter a onda de elevada criminalidade.

Em 1994, após quatro anos da promulgação da Lei de crimes hediondos, o famoso caso da morte da atriz de telenovela, Daniela Perez, vítima da violência praticada por um colega de trabalho, as chacinas de Vigário Geral e da Candelária levaram o legislador a incluir o homicídio simples quando cometido em atividade típica de grupos de extermínio, ainda que cometido por um só agente e do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

Em 1998 surgiu um novo impasse: a questão da qualificação e adulteração de produtos alimentícios ou de produtos alimentícios para fins terapêuticos e medicinais. O assunto foi tão polêmico que foi criada a Lei 9.677/98, posteriormente com redação modificada pela Lei 9.695/98, inserindo no rol dos crimes hediondos a conduta de falsificação ou adulteração de produto terapêutico ou medicinal. Observa-se, assim a importância da participação popular e a opinião pública na produção legislativa.

Em 2009, com o advento da Lei 12.015, alterou-se a redação dada ao crime de estupro, eliminou-se a figura do atentado violento ao pudor e inaugurou a figura do estupro de vulnerável modificando-se novamente a lei dos crimes hediondos, com o crime de estupro e estupro de vulnerável.

Convém ressaltar aqui, que em junho de 2013 o Senado aprovou um projeto de Lei que torna corrupção ativa e passiva como crimes hediondos. Com isso, além de tornar as penas e punições mais severas para os integrantes do Executivo, do Legislativo e do Judiciário que cometerem o delito, o Projeto 5.900/13 cessa com a possibilidade de anistia, graça, indulto ou liberdade por fiança para os condenados. Também torna-se mais exigente o acesso a benefícios como livramento condicional e progressão de regime.

Consoante a proposta, a pena seria aumentada de 2 a 12 anos para de 4 a 12 anos de reclusão e multa e, em todos os casos, a pena será aumentada em até um terço, se o crime for cometido por agente político ou ocupante de cargo efetivo de carreira de Estado. Além do crime já citado, o referido projeto envolve crimes de concussão (recebimento de dinheiro indevido e obtenção de vantagens por servidor público), peculato (uso de cargo público para obter vantagem) e excesso de exação (quando um funcionário público exige um pagamento que sabe que é indevido).

O sentido que a palavra corrupção apresenta é decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno. A palavra é associada rapidamente com um ato ilegal, onde duas pessoas (um corrupto e um corruptor), numa relação ilícita, praticam um ato visando à obtenção de

vantagens. Embora muitas vezes reste ligada ao poder, aos políticos e às elites econômicas, ela também é frequente em diversos segmentos do corpo social que utilizam-se do seu "pequeno poder" para obter vantagens indevidas.

Conhecido como crime em que a vítima não tem rosto, a corrupção atinge bens públicos, o contrato social e atinge os princípios que são base para uma sociedade, bases de qualquer comunidade política como: igualdade, integridade, eficácia, transparência, imparcialidade, legalidade.

Os interesses jurídicos lesados pela corrupção são incalculáveis, afetando direta e indiretamente grande parte da população pela subtração de recursos que deveriam ser investidos em políticas públicas dirigidas a áreas como educação, saúde, segurança pública, o que gera prejuízos significativos no desenvolvimento social e econômico do país.

A esse respeito, recentemente foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 12.846/2013, objetivando punir as pessoas jurídicas de direito privado envolvidas com práticas de corrupção e lesão aos cofres públicos, pois embora não existam números oficiais a corrupção gera prejuízos de bilhões todos os anos aos Estado.

Infelizmente a nova lei anticorrupção embora seja uma conquista, tratase de uma inciativa tímida de punição, pois ainda é preciso fazer muito não só em termos de punição, mas também em termos de conscientização dos cidadãos a respeito do valor do voto e da construção da ideia de cidadania. Lamentavelmente, ainda há muita ineficácia no sistema punitivo o que acaba estimulando a disseminação desse mal, gerando uma sentimento de insegurança das pessoas a respeito da ideal de Justiça.

A legislação brasileira apresenta respostas duras aos crimes contra as pessoas e contra os patrimônios individuais, porém contra os interesses difusos da sociedade e ao patrimônio público falta firmeza na imposição de penas, dando a impressão de que somente crimes cometidos com violência física direta são considerados verdadeiros atos puníveis.

### 3. A lei como organização das desigualdades

Atualmente com a disseminação de protestos da população desde junho de 2013 questionando a postura da administração pública tem-se no cenário nacional um mecanismo propulsor de uma possível aprovação de punições mais rigorosas para crimes envolvendo corrupção e seus derivados. A esse respeito, no existe nada mais hediondo dentro de uma sociedade democrática do que a corrupção.

"Não devemos esquecer, no entanto, que o conceito éticojurídico de hediondez está diretamente relacionado com os padrões morais e com os interesses vigentes em determinado momento histórico, valores estes que podem ser manipulados por segmentos dominantes da sociedade ou mistificados por um discurso ideológico de aparente legitimidade." (LEAL, 2009, p. 37). Considerando que o Brasil é um país onde há povos oriundos de diversas culturas, no qual há uma pequena parte de cidadãos com muito dinheiro e milhares de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, com uma realidade social muito longe de ser ideal, e, quando se cria uma nova Lei, obriga-se a nação toda a seu cumprimento. Porém, diante desse contexto muitas vezes o legislador não representa fielmente todas as camadas sociais do país. Muitas vezes, o que se verifica na prática é que eles acabam representando seus próprios interesses ou os interesses de seu círculo social, afastando-se da ideia de verdadeira representação do povo.

Desde o Século XVIII, Montesquieu já demonstrava sua imensa sabedoria ao afirmar que a legislação deve associar-se com a verdadeira Democracia:

"A igualdade é a alma do Estado de Democracia. Entretanto é ela tão difícil de estabelecer-se que não conviria sempre uma extrema exatidão a esse respeito. Basta estabelecer um censo que conduza ou fixe as diferenças até certo ponto" (MONTESQUIEU, 2004, p. 123).

Assim, a aplicação e criação das leis acaba sendo determinada muitas vezes pela classe social do indivíduo punível. Aquilo que é chocante e assustador para uma determinada classe social pode passar a ser "moralmente aceitável" para outra classe. Deste modo, chega-se ao absurdo de ter-se não só um sistema penal seletivo, que acaba punido mais severamente os chamados "excluídos sociais" relacionado às classes sociais menos favorecidas, assim como uma legislação que também assume este papel quando tem uma maior flexibilidade e tolerância na punição dos crimes de colarinho branco.

Faz parte do jogo democrático a produção de leis voltadas à proteção de determinados interesses em detrimentos de outros. Contudo quando a lei na sua essência foge do princípio da razoabilidade, tem-se um problema estrutural na ordem jurídica altamente prejudicial à ordem social. Além de acentuar a divisão das classes sociais, aumenta o número de indivíduos marginalizados dos processos sociais passando a ser encarados com indiferença pelo próprio Estado.

Jean Cruet no início do século passado já denunciou a deturpação das formas jurídicas no tratamento dos indivíduos de acordo com a sua posição econômica na pirâmide social:

"No reinado da lei, o pobre e o rico tem direitos iguais (...) e o pequeno vence o grande se tem por si a justiça: é uma ideia remota, pois que recebeu de Euripides, nas Supplicantes, uma expressão que atravessou os seculos.

Historicamente, porém, é uma ideia falsa: o direito nunca foi outra coisa senão uma organização das desigualdades." (CRUET, 1908, p. 139).

Assim, quando a lei acaba sendo utilizada como mecanismo legitimador de desigualdades e chancelando privilégios a ideia de ordem jurídica resta fragilizada, pois perde a sua legitimidade originária.

Portanto, a instituição das normas deve fundamentar-se, de um lado, na autonomia de todas as pessoas do Direito e, de outro, em um procedimento legislativo democrático. (BOTELHO, 2010, p. 136).

A legislação penal as vezes funciona como o canto das sereias para a população, pois dá a (pseudo) impressão que os problemas são resolvidos apenas com a previsão de uma punição maior, porém a previsão normativa é apenas o primeiro passo para uma mudança efetiva.

A grandeza do fenômeno corrupção necessita de uma estrutura capaz de coibir sua ocorrência e ela não resta delimitada apenas à previsão normativa de uma maior punibilidade, é preciso fortalecer os valores e a ética dos indivíduos como um todo e não apenas daqueles detentores de poder.

Uma sociedade que é altamente desigual, tanto na distribuição dos recursos quanto das oportunidades, de certa maneira contribui para a ocorrência da corrupção. As oportunidades desiguais juntamente o tráfico de influência são considerados base para obter do sistema os bens a que se tem direito. Laços familiares ou amizades favorecem às classes que obtém maior poder econômico e cultural, porém desfavorecem às classes menos favorecidas. A vedação do nepotismo e lei da transparência reflete uma necessidade decorrente da estrutura histórica arraigada na administração pública desde o início do regime republicano no Brasil, e que parece começa a ser corrigida pela lei.

Uma civilização com baixos níveis de desenvolvimento torna os cidadãos reféns de um poder em que falta transparência, o qual inibe a responsabilização dos infratores. As pessoas se contentam com a satisfação das necessidades básicas, com o mínimo para a sobrevivência e assim toleram e pactuam com práticas corruptas, desde que isso gere benefícios, proteção ou ajuda.

A recorrência da corrupção podem ser explicitadas pela lentidão da administração e a utilização estratégicas dos que detêm poderes em benefício próprio para agilizar processos e influenciar decisões.

"Se a lei se apresentasse a todos como a expressão aproximada do equilíbrio real da sociedade, e não como a ordem arbitraria d'uma vontade incondicionada, os cidadãos compreenderiam por si mesmos quão mal avisados andam pedindo ao Parlamento leis perfeitas. Seria bem facil responder-lhes: para fazer leis excelentes, é preciso primeiro uma sociedade melhor" (CRUET, 1908, p.15).

Atualmente, nossa sociedade preocupa-se com a legalidade, a eficácia da atuação do Estado e com a transparência na administração pública. Mas, infelizmente, essas alterações num primeiro momento enfraquecem o próprio Estado fazendo com que só aumente a desconfiança, o sentimento de injustiça e a insatisfação com o modo de funcionamento do sistema democrático. Contudo, a lei da transparência, a vedação ao nepotismo e até o próprio julgamento do mensalão com punição dos infratores contem elementos que buscam atacar esse sentimento de impunidade muito presente em nossa sociedade, mas que sempre existiu.

### Considerações finais

Quando se pensa em uma produção legislativa razoável e são analisados crimes de extrema gravidade como a corrupção e seus derivados, conclui-se que devem integrar o rol de crimes hediondos, devido à importância e pela relevância dos bens que protegem.

O Senado Federal aprovou o Projeto de Lei em junho de 2013 e o texto segue para análise e votação da Câmara dos Deputados, o qual apresenta como maior contribuição uma penalização mais rigorosa aos crimes de corrupção que tanto ativa como passiva passariam a ter penas de reclusão de 4 a 12 anos.

Contudo, resta questionar porquê a corrupção ainda não é considerada crime hediondo? É um tema muito polêmico, a possibilidade da corrupção se tornar um crime hediondo é defendida cegamente por alguns, e totalmente alvo de críticas por outros. Porém, será que a tipificação como hediondo é algo que resolve o problema? Talvez o que é necessário não é somente a pena, a lei precisa conter um elemento intimidador que faça o infrator pensar duas vezes antes de cometer o ato. A devolução da lesão gerada aos cofres públicos não é pena, é obrigação moral. Já a devolução 10 vezes do valor desviado possa surtir um melhor efeito pedagógico aquele acostumado a tirar vantagem da coisa pública.

Foi por meio de uma luta, com protestos e abaixo-assinados que a população conseguiu com que homicídio tornasse-se crime hediondo. Agora, diante do crescente clamor das ruas que vem exigindo dentre outras coisas maior rigor na punição dos corruptos, o Congresso Nacional que há décadas impede mudanças e avanços que o país necessita urgentemente, colocou em pauta a discussão do Projeto de Lei que torna corrupção um crime hediondo.

Quando tais fenômenos ocorrem, o Estado tenta dar um retorno, uma resposta plausível aos desejos da sociedade, modificando a legislação, criando uma nova conduta criminosa, ou agravando a pena de um delito já existente em nossa legislação. Diante dos protestos da sociedade civil o poder público sentese encurralado pela massa, e assim, tratou de apresentar uma resposta de caráter penal. Não foi diferente o caminho para a aprovação da lei da ficha limpa.

Mas, embora tal proposta possa ser vista como um grande passo, a realidade é prova fiel de que a aprovação de leis não é garantia de que ocorra

uma mudança real na sociedade. Caso contrário, após 25 anos de vigência a Constituinte de 1988, teria alcançado seu objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Talvez, não é a legislação penal em si que resolverá esse problema. O combate à corrupção deve começar pelo próprio governo, revendo os conceitos da Administração do Estado, revendo a alta taxa de impostos, os diversos privilégios concedidos a determinados agentes públicos, o excesso de burocracia, os defeitos da máquina estatal, elementos que servem de motor para a proliferação da corrupção. E, principalmente, a mudança deve começar na escola mediante a construção da ideia de progresso pelo trabalho e amor pela pátria.

A esse respeito, o Rui Barbosa na sua imortal frase é sempre lembrado:

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto." (Rui Barbosa).

A aprovação de leis muitas vezes passa a ser um ato de oportunismo político em vez de exercício democrático, enquanto a estrutura estatal possibilitar a perpetuação das impunidades não é uma alteração legislativa que dará a solução.

A importância do bem jurídico tutelado pelo tipo penal da corrupção nas suas modalidades demanda uma efetiva punição, e a inclusão no rol dos crimes hediondos revela-se uma consequência lógica diante da necessidade e justificativa de punição mais rigorosa para esse tipo de crime que afeta a Administração Pública e se arrasta há anos com aparente impunidade.

A moralidade precisa ser respeitada, a sensação de respeito só existirá quando a legislação pátria possibilitar punições rigorosas e efetivas a esse tipo de crime que não só deve ser incluído no rol de crimes hediondos, como também deve ser considerado o mais hediondos de todos.

A corrupção apesar de tratar-se de um mal disseminado em todos os cantos da sociedade, é justamente nos órgãos de cúpula da Administração Pública que ela ganha maior proporção. Após os escândalos que preenchem folhas e mais folhas dos jornais a cada dia noticiando casos de corrupção envolvendo muitas vezes aqueles responsáveis pelo processo legislativo, questiona-se o porquê da demora pela inclusão da corrupção dentro do rol dos crimes hediondos assim como uma previsão normativa efetivamente intimidadora de sua prática e surge a pergunta: quais são as reais possibilidades disso ocorrer?

#### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS DE ALMEIDA, Fernando. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed Brasília: Editora da UNB, 1999.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 238.

BREGA, Vladimir F. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988:* Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *O papel do Ministério Público no combate à corrupção na Lei* 12.846/2013. In: XX Congresso Nacional do Ministério Público, 2013. v. 1. p. 381-386.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & C.<sup>a</sup> Livraria Editora, 1908.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica um passeio pelas teorias*. São Paulo: Ensaio 28.11.2006. Disponível em: <a href="http://dowbor.org/06demoecobnb.pdf">http://dowbor.org/06demoecobnb.pdf</a>, acesso em 11 de outubro de 2013.

HABIB, Sergio. *Brasil*: quinhentos anos de corrupção. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editora, 1994.

LEAL, João José. *Crimes hediondos*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial*: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MARGRAF, Alencar Frederico. *Lei 12.846/2013 e os crimes de colarinho branco*: a punição das pessoas jurídicas do direito privado por atos contra a administração pública. Revista crítica do direito. n. 3, vol. 58. mar/2014. Disponível em: http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3---volume-58/lei-12-846-2013-e-os-crimes-do-colarinho-branco-a-punicao-das-pessoas-juridicas-do-direito-privado-por-atos-contra-

a-administracao-publica

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito as leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. (org). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF/88*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

# SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE UMA REGRA E UM PRINCÍPIO: Análise do Voto do Ministro Dias Toffoli no RE 627.543/RS

Thiago Bao Ribeiro<sup>265</sup>

#### Resumo

O objetivo geral deste artigo é a abordagem dos conflitos entre regras e princípios a partir da teoria de Robert Alexy e das críticas de Virgílio Afonso da Silva. Esse trabalho tem como ponto categórico o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial n.º 627.543/RS, no qual se discute a questão da colisão entre a regra do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 e princípios constitucionais que preveem tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte. Assim, esse artigo pretende levantar a posição de Virgílio Afonso da Silva em relação à colisão de uma regra com um princípio, a partir da crítica feita ao método adotado por Robert Alexy.

#### Introdução

Os princípios desempenham um papel muito importante no direito, notadamente nos sistemas jurídicos constitucionais, e no caso do brasileiro, muitos possuem natureza de norma constitucional. No entanto, o sistema jurídico brasileiro não se faz apenas de princípios, mas também de regras, muitas delas contidas na constituição e em outras normas infraconstitucionais. Não raro, é possível se deparar com conflitos entre essas normas, sendo as soluções as mais diversas diante do que Virgílio Afonso da Silva chama de "sincretismo metodológico", que é, segundo o autor, a adoção de teorias incompatíveis, como se fossem compatíveis. (SILVA, 2003, p.625)

A distinção entre regras e princípios tem suas principais bases teóricas nas teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Neste trabalho, será dado destaque à teoria proposta por Alexy a respeito da distinção entre regras e princípios como espécie de normas, apresentada na primeira metade do terceiro capítulo da sua obra *Teoria dos direitos fundamentais* publicada no ano de 1985, traduzida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva em 2008. À luz dessa teoria, será possível compreender a ponderação realizada pelo Ministro Dias Toffoli quando analisou a questionada constitucionalidade da regra do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 em face do princípio do tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte.

#### 1. A teoria dos princípios em robert alexy

Segundo CEZNE (2005) a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy possui forte influência das proposições de Dworkin. A autora afirma que "a

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Mestrando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas (2006) e em Finanças pelo IBMEC/MG (2008)

teoria os princípios de Dworkin é o ponto principal que aproxima o pensamento de Alexy ao dele." (CEZNE, 2005, p.54)

Segundo CEZNE (2005) Robert Alexy diferencia regras e princípios, tomando como ponto de partida a teoria de Dworkin, buscando uma racionalização da teoria para os direitos fundamentais. Para a autora Alexy busca sofisticar a teorização feita por Dworkin, destacando:

(...) a importância da diferença entre normas do tipo regra, e normas do tipo princípio, considerando-a como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais, e um ponto de partida para responder à pergunta acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (CEZNE, 2005, p. 54)

Segundo Robert Alexy (2008, p. 90), "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."

Para o autor alemão, a diferença entre essas duas espécies de normas é qualitativa e não de grau. Nesse sentido, os princípios se caracterizam como mandamentos de otimização, "que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas." (ALEXY, 2008, p. 90)

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 610-611), "importante, neste ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio", quando diante de uma colisão de princípios, que é resolvida pelo método do sopesamento para se alcançar um resultado ótimo.

Em relação às regras, Alexy afirma que elas "contêm *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível". Elas são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Para ele "isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau." (ALEXY, 2008, p. 91)

Alexy (2008) afirma que a diferença entre regras e princípios se mostra com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras. E em cada caso tem-se uma solução diferente.

Quando se trata de colisão de princípios, o modo de solução é diverso, não se falando em declaração de invalidade de um princípio colidente. Segundo Alexy (2008), quando há colisão entre dois princípios, um dos princípios terá que ceder, o que não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Nessa situação um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta, prevalecendo o princípio cedente do primeiro caso. Trata-se aqui da ponderação ou sopesamento de princípios. Para o autor, no caso

concreto, os princípios possuem pesos diferentes e aquele que tiver o maior peso deve prevalecer.

Na avaliação dos pesos dos princípios "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro" (ALEXY, 2008, p. 167).

OMMATI (2014, p. 143) afirma que para o autor alemão, "o uso da proporcionalidade deve-se ao fato de que, ao contrário de Dworkin, não se pode defender a tese de que exista uma única decisão correta no Direito, já que o mesmo é formado por textos jurídicos que, por sua natureza, admitem pluralidade de interpretações."

Segundo Robert Alexy (2008), o princípio da proporcionalidade divide-se em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido escrito (exigência de sopesamento), que decorre logicamente da natureza dos princípios. A ponderação entre os princípios dever seguir a metodologia da proporcionalidade, aferindo-se inicialmente a adequação, depois a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Esta última, por sua vez, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Esse princípio tem sido largamente utilizado pela Jurisprudência brasileira e amplamente divulgado pela doutrina como forma mais adequada de solução dos conflitos.

O conflito entre regras ocorre quando duas regras que sejam aplicáveis ao caso concreto apresentam soluções contrárias para o caso. Quando ocorrer conflito entre regras, o autor afirma (ALEXY, 2008, p. 92) que deve ser introduzida "em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida." Com isso, entende-se que o conceito de validade jurídica não é graduável.

Ao analisar a perda do caráter definitivo das regras com o advento da cláusula de exceção, esclarece Cezne (2005, p. 56) que "mesmo com essa modificação (a introdução da cláusula de exceção), ainda permanecem diferenciados dos princípios, mesmo tendo adquirido o caráter de prima facie." Para ela, o caráter *prima facie* das regras é excepcional, somente ocorrendo quando justificável a abertura de uma exceção, pois normalmente traduzem-se por razões definitivas.

#### 2. Colisão entre uma regra e um princípio

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2010), se há conflitos entre regas e colisões entre princípios, pode também existir colisões entre uma regra e um princípio. Para o referido autor, esse é o ponto mais complexo e menos explorado pela teoria dos princípios, principalmente por Alexy, que apresentou sua solução para esse tipo de colisão em nota de rodapé em duas de suas obras.

O método é complexo, porque para uma eventual colisão, há duas formas de solucionar conflitos, ambas problemáticas, segundo Silva (2010).

Para o autor no caso do sopesamento no conflito entre regras e princípios, a definição de regras (como normas que garante direito) de Alexy cairia por terra, pois poderiam ocorrer casos em que uma regra, a despeito de

válida e aplicável, seja afastada sem que com isso perca sua validade. Além disso, o sopesamento só pode envolver normas que tenham a *dimensão do peso*, o que a regra não tem. (SILVA, 2010, p. 51)

A outra forma de solucionar o conflito encontra-se no plano da validade, devendo aceitar que, "quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá que ser expelido do ordenamento jurídico, o que é incompatível com a ideia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma." (SILVA, 2010, p.51)

Alexy apresenta uma forma de solução de conflito entre regras e princípios sem que os problemas acima ocorram. Apesar de pouco explorada pelo autor alemão, Silva resume o método da seguinte forma:

Quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia. (SILVA, 2010, p.52)

Mas o método é criticado por Virgílio Afonso da Silva (2010), pois o aplicador do direito estaria sempre livre diante de um caso concreto para afastar a aplicação de uma regra entendendo que um princípio poderia afastar a aplicação de uma regra se convencido que aquele é mais importante que esta, gerando grande insegurança jurídica, quando o papel mais importante das regras no ordenamento é aumentar a segurança jurídica. O inverso também pode ocorrer, pois uma regra pode ser mantida sob o argumento que o princípio que a fundamenta tem mais peso que o princípio que a ela colide.

O Silva (2010) ressalta, aliás, que não se pode falar em colisão entre uma regra e um princípio, pois o legislador já teria feito o sopesamento entre dois princípios de direitos fundamentais, resultando em uma em uma regra ordinária e, quando há uma relação entre a regra e um dos princípios trata-se de uma relação de restrição e não de colisão. No entanto, o autor adverte que "há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar". (SILVA, 2010, p. 52)

Silva (2010) destaca o caso em que se tem dúvida quanto à constitucionalidade de regra, em face de outro princípio, o qual o legislador deu preferência; Para esse tipo de problema, compete ao juiz realizar o controle da constitucionalidade. Para o autor, a solução se dá da seguinte forma: (i) se declaração for de constitucionalidade, a regra deve ser aplicada por subsunção; e, (ii) se o resultado for a declaração de inconstitucionalidade da regra em face de outro princípio (o qual o legislador deu primazia) – por razão de um sopesamento realizado pelo legislador anteriormente, a situação de colisão desaparece sem que haja qualquer modificação nos critérios propostos por Alexy (colisão entre princípios e conflitos entre regras).

Portanto, conforme entendimento acima exposto, a regra já é produto do sopesamento entre dois princípios, realizado pelo legislador.

Virgílio Afonso da Silva expõe que:

A única diferença é ela [regra] não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial. Mas seu processo de surgimento – sopesamento entre princípios – e aplicação – subsunção – é o mesmo. Se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação. Uma vez criada a exceção, vela para ela também o raciocínio de *direito ou dever definitivo*, típico das regras. (SILVA, 2010, p. 56)

Thomas da Rosa Bustamante explica que para Alexy a *subsunção* não deve ser "entendida como um simples processo lógico-formal de enquadramento de uma premissa fática numa premissa normativa, para fins de obtenção de uma conclusão acerca do que é ou não devido juridicamente", como é entendido atualmente na perspectiva metodológica formalista. (BUSTAMANTE, 2005, p. 195-197)

Segundo o autor, para Alexy *subsunção* deve ser entendida em um sentido mais amplo, partindo-se do caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica. Segundo o Bustamante, Alexy e Dreiner demonstram o seguinte:

Uma construção puramente dedutiva de significado para uma norma jurídica qualquer só seria possível se não houvesse controvérsia, entre sujeitos compreendidos pela relação jurídica, acerca de cada uma das seguintes indagações: '(1) quais normas deverão ser aplicadas? (2) como elas devem ser interpretadas? E (3) ao redor de quais fatos a decisão jurídica gira'? (BUSTAMANTE, 2005, p. 195-197)

Neste sentido, Bustamante (2005) afirma que o juiz para subsumir os fatos à norma deve superar os problemas de interpretação suscitados pela norma.

# 3. Considerações sobre o julgamento do recurso extraordinário n.º 627.543/RS: análise do voto do ministro Dias Toffoli

Analisou-se o voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento do RE 627.543/RS pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, como base no texto do voto não editado disponibilizado no sitio do Supremo Tribunal Federal após a votação  $^{266}$ .

(http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252363&caixaBusca=N).

171

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> Integra do voto (sem revisão) do Ministro Dias Toffoli publicada no sitio do STF em 30 de outubro de 2013 às 19:25

Frisa-se que este Recurso Extraordinário teve sua pertinência de repercussão geral reconhecida, considerando sua densidade constitucional, a quantidade de ações similares que tramitam em todas as instâncias da Justiça Federal brasileira e a relevância da matéria para todas as micro empresas e empresas de pequeno porte que estão impedidas de usufruir dos benefícios do Simples Nacional em razão de impedimentos legais.

No julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, analisou-se a constitucionalidade da regra contida no art. 17, inciso V, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em face do princípio do tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte previsto nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal de 1988.

O objeto do julgamento do RE 627.543 foi o tratamento jurídico diferenciado das microempresas e das empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, especialmente no que concerne ao regime especial e unificado de tributação, denominado Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Discutiu-se no Recurso Extraordinário se a exigência contida no inciso V do art. 17 da LC 123/06 (vedação que norteia a adesão ao regime especial), ao diferenciar os contribuintes em débito com Fazenda Pública ou com o INSS dos demais microempreendedores e pequenos empresários que cumprem com suas obrigações tributárias para fins de opção pelo Simples Nacional, estaria impondo uma discriminação arbitrária, desarrazoada e incompatível com o princípio da isonomia, considerando a capacidade contributiva dos agentes.

O Ministro Dias Toffoli concluiu pela constitucionalidade do art. 17 da LC 123/2006. Seu voto foi no sentido de que a exigência de regularidade fiscal para ingresso ou manutenção do contribuinte no Simples Nacional não afronta os princípios da isonomia e da igualdade, por trata-se de condição imposta a todos os contribuintes, conferindo tratamento diverso e razoável àqueles que se encontram em situações desiguais relativamente as suas obrigações perante as fazendas públicas dos referidos entes políticos, não havendo, igualmente, que se falar em ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pois a exigência de regularidade fiscal para ingresso ou manutenção no Simples Nacional não se confunde com limitação à atividade comercial do contribuinte.

Mas como o Ministro chegou a essa conclusão?

Inicialmente, o Relator do RE 627.543 apresentou algumas considerações do acórdão do TRF da 4ª Região, que julgou a apelação em Mandado de Segurança da recorrente do Recurso Extraordinário.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS PENDENTES. ADESÃO. IMPOSSIBILIDADE. O inc. V do art. 17 da LC 123/2007 impede o recolhimento dos impostos e contribuições na forma do SIMPLES Nacional à microempresa ou a empresa de pequeno porte que possua débito com o INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja

# suspensa. (TRF4, APELREEX 2007.71.00.047111-1, Primeira Turma, Relator Marcelo de Nardi, D.E. 21/07/2009)

Destacou-se parte do arresto que reforça a opção do legislador em exigir a regularidade fiscal do contribuinte, não podendo o Poder Judiciário permitir a inclusão de contribuintes inadimplentes no regime especial, sob pena de usurpação da função legislativa. Neste caso, o legislador teria sopesado princípios como isonomia, igualdade, de um lado, e tratamento diferenciado e privilegiado, de outro.

Para o Ministro Dias Toffoli, "os critérios da opção legislativa precisam, necessariamente, ser compatíveis com os preceitos constitucionais que regulam o tema". A fim de consolidar seu entendimento de compatibilidade da regra com os princípios constitucionais supostamente conflitantes, o Relator transcreveu parte do julgamento da ADI nº 1.643, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa<sup>267</sup>, onde o STF concluiu pela constitucionalidade de parte contestada da Lei n.º 9.317/96, que obstava a opção pelo regime Simples Nacional às empresas de profissão liberal regulamentada. A partir desta ADI, o STF reconheceu a possibilidade de estabelecer exclusões do regime simplificado com base em critérios subjetivos, que derrubou no caso em comento um dos argumentos da recorrente no RE 627.543/RS de que o legislador infraconstitucional não poderia criar restrições a uma proteção constitucionalmente prevista, pois não teria o texto constitucional dado margem a hipóteses restritivas de ordem subjetiva.

O Ministro ressaltou que tratamento tributário a ser conferido no âmbito do Simples Nacional não pode importar em desoneração tributária, pois a inadimplência não induz, à primeira vista, a presunção de que o contribuinte tem menor capacidade contributiva, pois essa depende tanto das circunstâncias econômicas do contribuinte quanto das condições subjetivas ou pessoais do mesmo.

A regra do art. 17 da LC 123/2006 é fruto do sopesamento realizado pelo legislador de princípios como tratamento diferenciado, de um lado, e isonomia ou igualdade tributária, de outro, criando um regime para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, desfavorecendo aqueles que persistem em manteremse inadimplentes com o fisco, competindo com uma vantagem em relação aos que cumprem pontualmente com suas obrigações, inclusive com as inúmeras possibilidades de parcelamento de débitos contidas em lei editadas especialmente para as empresas optantes pelo Simples Nacional. Neste sentido, destaca-se a LC 139/2011.

Segundo o Ministro Dias Toffoli o artigo da LC 123/2006, contestado no RE 627.543, reafirma o valor da igualdade jurídica, pois o contribuinte que não manifesta seu interesse em se regularizar perante o fisco não está na mesma situação jurídica daquele que suportou seus encargos.

Ministro Dias Toffoli pontuou que o tratamento tributário conferido para micro empresas ou empresas de pequeno porte não implica em desoneração

173

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> ADI nº 1.643, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Dj* de 14/03/2013

tributária, mas em uma simplificação da arrecadação e de tratamento especial para contratação com a administração e maior facilidade ao crédito. Portanto, todas essas empresas estão adstritas ao pagamento de tributos. Além disso, o Ministro Dias Toffoli destacou que a inadimplência não se induz, a priori, a presunção de que o contribuinte tem menor capacidade contributiva.

Neste contexto, amparar os contribuintes inadimplentes, mantendo-os no Simples Nacional ou incluindo os que já foram excluídos por se tornarem inadimplentes, estar-se-ia diante de um conflito entre os princípios que deram origem a regra disposta no art. 17 da LC 123/2006 e qualquer outro utilizado para afastar essa regra, que no caso em discussão é o princípio do tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte. Soma-se a isso a inércia do contribuinte diante das varias opções de parcelamentos de seu crédito oferecidas pela Lei Complementar 123/2006, com o fim, inclusive, de assegurar o tratamento diferenciado em face dos demais contribuintes que não se enquadram nos limites do Simples Nacional.

No julgamento da apelação do mandado de segurança que originou o RE 627.543/RS, o relator do acórdão recorrido destacou o seguinte em seu voto:

Se o juiz determinasse a inclusão do contribuinte com pendências no sistema, desconsiderando o dispositivo citado, estaria investindo contra a manifesta intenção do legislador, usurpando a função legislativa, o que não lhe é dado. As regras estabelecidas para a obtenção do benefício fiscal são, em princípio, insuscetíveis de controle pelo Poder Judiciário, mormente quando não ofendem os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, como é o caso dos autos.<sup>268</sup>

A livre concorrência pressupõe isonomia e igualdade entre as partes que competem no mercado. Admitir no Simples Nacional o contribuinte inadimplente que não manifesta sua intenção de se regularizar perante a Fazenda Pública, colocando-o na mesma situação jurídica daquele que suportou os encargos legais, igualando contribuintes em situações juridicamente desiguais, viola também o princípio da livre concorrência que, por sua vez, foi objeto de sopesamento pelo legislador na elaboração do art. 17 da LC 123/2006.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu o 627.543/RS levando em consideração decisões passadas sobre o mesmo caso, como, por exemplo, nos julgados do próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujas ementas estão abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO. INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 17, V, DA LC Nº

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Inteiro teor do acórdão disponível no endereço eletrônico http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\_teor.php?orgao=1&documento=2801158.
Acessado em 11/06/2014.

123/2006. 1. O tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas determinado pela Constituição Federal não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias. Exigir a regularidade fiscal do interessado em optar pelo regime especial estabelecido pela LC nº 123/2006 nada tem de irrazoável ou discriminatório; aliás, isso é imposto a todos os contribuintes, não somente às micro e pequenas empresas. 2. O argumento de que a agravante estaria sendo coagida a parcelar seus débitos em condições menos vantajosas que as demais empresas mostra-se inconsistente. Apesar de todas as oportunidades que a empresa usufruiu para regularizar a sua situação fiscal (REFIS, PAES, PAEX), delas não se valeu ou, caso tenha aderido a algum desses programas, não cumpriu as condições exigidas e foi excluída. 3. A confissão de dívida não exclui a apreciação, pelo Poder Judiciário, da controvérsia. Assim, nada impede que a agravante, caso entenda que algum tributo é indevido, ingresse com demanda judicial para que seja declarada a inexistência da relação jurídico-tributária, inclusive podendo obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, desde que satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela antecipada. 4. A norma que assegura o direito de inclusão no Simples Nacional às empresas que preencham o critério da regularidade fiscal não afronta o princípio da igualdade ou os arts. 170, IV, e 173, § 4°, da CF, apenas resguardando os interesses da Fazenda Pública federal, estadual e municipal. (TRF4, AG 2007.04.00.026732-1, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, D.E. 15/01/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INGRESSO NO SIMPLES. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS. ART. 17, V, LC N° 123/2006. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), consubstancia-se em benefício fiscal que estabelece tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto ao recolhimento de diversos impostos e contribuições. Como tal, comporta a previsão de requisitos específicos para o ingresso e a permanência no regime, aos quais se submete a empresa que almeja usufruir suas benesses. Frise-se que a opção por sistemática de tributação não é determinada impositivamente pela lei, mas, antes, constitui faculdade da parte interessada. 2. O art. 17, V, da LC Nº 123/2006, prevê

que: "Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do simples nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte (V) que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Municipal, Públicas nacional. Estadual ou exigibilidade não esteja suspensa". 3. Não há falar em ilegalidade no ato da administração que indeferiu a opção de ingresso da Impetrante no Simples Nacional, tendo em vista a existência de débitos de ICMS, cujos executivos fiscais já se encontram ajuizados. 4. Agravo desprovido. (TRF4, AG 2008.04.00.021875-2, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, D.E. 27/08/2008)

Como diz Dworkin, "o juiz deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção". (DWORKIN, 2000, p. 238)

Como diz Gustavo Binenbojm:

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atende para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito. (BINENBOJM, 2001, p. 85)

A ideia de integridade no Direito não significa uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin (2000) o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.

A partir da teoria do Direito como integridade os princípios são complementares, se pressupõe mutuamente no Estado Democrático de Direito.

Segundo OMMATI (2012,), Dworkin também fala de uma integridade na legislação que significa que aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada.

Frisa-se que a hipótese de vedação de adesão ao Simples Nacional já estava presente no Simples Federal, de que tratava a Lei n.º 9.317/96, no art. 9º, XV, não tendo a Lei Complementar n.º 123/2006 inovado a esse respeito.

O legislador respeitou a ideia de Integridade do Direito e os postulados básicos do Estado Democrático de Direito, no qual o princípio da igualdade é um de seus pilares.

#### Conclusão

No caso concreto, o Ministro Dias Toffoli demonstrou que a norma do art. 17 da LC 123/2006 é compatível com os princípios constitucionais da isonomia ou igualdade tributária, da livre iniciativa e da livre concorrência, e que a exigência de regularidade fiscal é fruto do sopesamento desses princípios, realizada pelo legislador quando da elaboração da Lei Complementar.

A forma como se chegou ao resultado final deste julgamento pode ser considerada uma confirmação da solução de Virgilio Afonso da Silva extraía de sua crítica ao método de Alexy para solucionar a colisão de uma regra com um princípio, afirmando o valor das regras, sem questionar a importância dos princípios na solução de casos difíceis. Diferentemente de decisões do Supremo Tribunal Federal, cujos votos fazem referências às teorias estrangerias acerca da metodologia jurídica voltada a distinguir pelo menos dois tipos de normas: regras e princípios, caindo no que Virgílio Afonso da Silva chama de "sincretismo metodológico", como ocorreu, por exemplo, no julgado do HC 82.424/RS<sup>269</sup>.

Não obstante a importância das teorias principialista difundidas em outros países, a aplicação dos métodos teóricos deve ser feito com cautela, percorrendo um caminho hermenêutico na interpretação do direito envolvido a partir da análise do caso concreto. Isso evitaria interpretações sincréticas e traria mais clareza sobre qual teoria se segue para decidir o caso concreto.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei Federal n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de dezembro de 1996.

177

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> HC n. 82.424/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 627.543/RS, de 20 de junho de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 1.643 de 30 de outubro de 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 de outubro de 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG. n.º 2007.04.00.026732-1, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, *Diário de Justiça*, Brasília. 15 de janeiro de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG. n.º 2008.04.00.021875-2, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, *Diário de Justiça*, Brasília. 27 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX. n.º

2007.71.00.047111-1, Primeira Turma, Relator Marcelo de Nardi, *Diário de Justiça*, Brasília. 21 de julho de 2009.

BUSTAMANTE, T. R.. Argumentação Contra Legem - A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 1. CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo , v.13, n.52 , jul./set. 2005. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*.1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OMMATI, José Emílio Medalhar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6.ª edição, são Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* **2.** ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Del Rey, n. 1, p. 607-630, 2003.