

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL



V
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
Ilton Garcia da Costa
Fábio Alexandre Coelho

2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID)

Ilton Garcia da Costa & Fábio Alexandre Coelho
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do V SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional / Ilton Garcia da
Costa, Fábio Alexandre Coelho, organizadores. -
1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio
Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional
de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-29-6

1. Hermenêutica Constitucional. Ilton Garcia da
Costa, Fábio Alexandre Coelho.

CDU-340.12

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Hermenêutica
Constitucional

340.12

As ideias 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.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

REFLEXÕES SOBRE O USO DE ANIMAIS NOS FILMES COM BASE NA OBRA CINEMATOGRAFICA AS AVENTURAS DE PI	05
Sergio Leandro Carmo DOBARRO José Honório de Oliveira FILHO	
DA INDISPONIBILIDADE DA PATERNIDADE E O DEVER DE INDENIZAR NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO	23
Guilherme Domingos de LUCA Antonio Carlos Ferreira do AMARAL	
ENTRE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E DECISIONISMOS: ACERCA DE UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA A PARTIR DO ENSAIO PERDIDO DE H.L.A. HART	46
Rene Chiquetti RODRIGUES	
FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	68
Gabriel Engel DUCATTI Yuri Oberlander ERBELLA	
O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE: AS CONSEQÜÊNCIAS DA EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	98
Maytê Ribeiro Tamura BARBOZA Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
O PAPEL DA LITERATURA NA CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO: ENTRE O UNIVERSO DISCURSIVO E O DO PODER	126
Caio Henrique Lopes RAMIRO	
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TORRE DE BABEL TEÓRICA: (DES)APONTAMENTOS SOBRE O CASO ELLWANGER	157
Guilherme Gonçalves ALCANTARA Alana Fagundes VALÉRIO	

PRESSÁGIO JURISDICIONAL E O AUTOMATISMO PRINCIPIOLÓGICO	190
Guilherme Fernandes PAES	
DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO	214
Andrea Antico SOARES Vivianne RIGOLDI	
CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL	236
Gabriel Lino de Paula PIRES Amarildo SAMUEL JUNIOR	

REFLEXÕES SOBRE O USO DE ANIMAIS NOS FILMES COM BASE NA OBRA CINEMATOGRAFICA AS *AVENTURAS DE PI*

Sergio Leandro Carmo DOBARRO¹
José Honório de Oliveira FILHO²

RESUMO

O presente artigo tem como intento avaliar a aplicação prática do uso do cinema nas teorias jurídicas contemporâneas como exercício de reflexão, questionamentos e aprendizado, tendo por base a adesão e preponderância da imagem em nossa sociedade moderna, como meio genérico de comunicação em analogia à cultura escrita. Diante dessa expectativa aborda-se o tema central dos Direitos dos Animais no Brasil na Constituição Federal Brasileira, utilizando-se a obra cinematográfica *As Aventuras de Pi*, que tem servido como embasamento a debates dos mais variados sobre o uso de animais em produções voltadas ao entretenimento. Com esse enfoque, busca-se visualizar uma temática multidisciplinar, e compreender o verdadeiro significado do respeito aos animais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; didática; cinema; filmes; arte; Direitos dos Animais.

ABSTRACT

This article has the purpose to evaluate the practical application of cinema in contemporary legal theory as an exercise of reflection, questioning and learning, based on preponderance of the image in our modern society, as a general means of communication in analogy to culture writing. It approaches the central theme of Animal Rights in Brazil by the Brazilian Federal Constitution, using the cinematographic production *Life of Pi*, which has served as the basis of various debates about the use of animals in production aimed at entertainment. With this approach, we visualize a multidisciplinary thematic reading, and understand the true meaning of respect for animals.

KEYWORDS: Right; didactic; cinema; movies; art; animals rights.

¹ Estudante de Graduação – UNIVEM.

² Estudante de Graduação - UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O presente artigo ambiciona fomentar uma justaposição entre o cinema e o Direito, à particularidade interdisciplinar da educação jurídica, que procura metodologias modernas ante a realidade em constantes transformações e a globalizante coletividade contemporânea. Logo, todo o arranjo do Direito tem por esforço estar cauteloso às mudanças que o desenvolvimento veloz faz brotar no dia a dia.

Deste modo, o cinema possui o poder de promover a compreensão entre o mundo que vivemos e o ensino jurídico, algo protuberante no escopo de observar até que tese a excitação à sensibilidade e à percepção desta última, se transforma na amarração de um entendimento jurídico e no incitar de uma percepção a cerca da dignidade humana.

Em inúmeras instituições o ensino jurídico ordena-se de um modo tecnicista e instrutor, ocasionando um obtemperado entre o que é evidentemente ensinado e a prática, gerando dificuldades aos operantes do Direito em suas práticas diárias.

O artigo em princípio traz considerações sobre o cinema e sua relação com o direito com base na obra cinematografia *As Aventuras de Pi*; posteriormente é destacado o uso das mais variadas espécies de animais em produções cinematográficas, sejam elas nacionais ou internacionais; logo em seguida realizar-se-á um estudo a respeito dos Direitos dos Animais no Brasil na Constituição Federal Brasileira, no intuito de estimular a reflexão, o pensamento e os questionamentos de tais questões abordadas.

Deste modo, adota-se o método hipotético-dedutivo, por meio dos procedimentos técnicos, bibliográfico e documental.

Ao concluir este estudo é realizada uma reflexão quanto ao respeito com o mundo animal, e o que deve ser feito no intuito da defesa destes, explicitamente indefesos frente a nós seres racionais.

Que a dogmática não consiga ser o bastante para nos fazer insensíveis à dor alheia.

O CINEMA COMO MECANISMO A PERCEPÇÃO E REFLEXÃO DO DIREITO

Tomando uma visão ampla e inclusiva do mundo, é plausível idealizar variáveis formas de arte, provocando balizes padronizadas, acendendo um reconhecimento artístico expandido e a perspectiva de maior cooperação social.

Por meio da Arte é possível desenvolver a percepção e imaginação, aprender a realidade do meio ambiente, desenvolver a capacidade crítica, permitindo ao indivíduo analisar a realidade percebida e desenvolver a criatividade de maneira a mudar a realidade, que foi analisada. (BARBOSA, 2003, p. 23).

Através das exteriorizações artísticas que o indivíduo sente, reflete, idealiza e transforma a sua existência. A finalidade da arte contemporaneamente é de criticar, analisar e objetar a realidade humana socialmente.

A ÉTICA E ARTE CONECTADA

O cinema oferece uma maneira impecável com fins de uma experiência estética globalizante, conjecturando uma submersão na obra, o que ampara, em um primeiro momento, a interrupção da ponderação habitual do indivíduo, em mercê de uma identificação ou recusa dos interpretes e da circunstância. Seria uma espécie de suspensão de juízo, ou seja, uma situação de repouso mental do qual nada garantimos e nada negamos, explorando o quanto não sabemos para melhor alcançarmos a imperturbabilidade, com características muito próprias: a emoção, o som, as cores, o enquadramento da imagem, a expressão dos atores e, por fim, a trama do filme forma um horizonte sedutor e convincente.

Versa-se de uma arte cujo valor a importância é irretorquível e cuja associação de figuras, expressões, harmonia e efeitos sonoros supera o terreno da mera fruição para abancar-se no campo da Ética. Confusões morais, experimentos psicológicos intensos, análises políticas, e outros tipos de dificuldades humanas podem ser conhecidos com uma probabilidade alarmante.

Nas primícias quando do período romântico da cultura europeia, o

terceiro conde de Shaftesbury (1671-1713) garantia a presença de um discernimento moral intuitivo em si mesmo que conseguiria ser ampliado à estética. Desta forma ele realizou de um axioma do pensamento clássico, um mote essencial de seus esboços estéticos. O deleite estético significaria o elo natural entre ambas, sugerindo a virtude como a decorrência dessa lógica. Colin Campbell, autor de *o Espírito do Consumismo Moderno*, assevera que Shaftesbury converteu a ética e a estética equivalentes, constituindo a sensibilidade o cabo que envolvia ambas. Conforme Campbell, em virtude a isso.

A receptividade à beleza se tornou, assim, uma qualidade moral básica, tanto que qualquer deficiência a esse respeito se tornou um deslize moral, enquanto a virtude correspondente se fazia uma qualidade estética, tanto que, por seu turno, qualquer deslize moral era “mau gosto”. (CAMPBELL, 2001, p. 215)

Ressalta-se a ocorrência de a ética e a estética terem se volvido em estimas intercambiáveis destacou, sobremaneira, a extensão de responsabilidade moral da obra de arte, perpetrando ao artista não mais um artesão sem obrigação ética, mas o autor de uma obra que necessitaria acatar à nova natureza estético-ética da apreciação de gosto.

8

A SÉTIMA ARTE COMO FORMA DE COMPREENSÃO DO DIREITO

Frequentemente, quando se associa Direito e Cinema, na grande maioria das vezes o que vem a memória são as películas que tratam sobre sessões de julgamentos, crimes misteriosos, diversificadas formas de defesa e ou acusação etc. Diante desta situação, o Direito Comparado, de semelhante maneira, termina por angariar evidência, principalmente se o filme mostrar cenas diante o Tribunal do Júri. O que se pode verificar é que esses aspectos são respeitáveis, porém se afiguram reducionistas.

Deste modo, o uso do cinema na contemporaneidade tem como objeto essencial:

Idéais [sic] como ensinar menos, contudo com mais profundidade, vincular o que se estuda com o mundo real do estudante [...] traçando um caminho para o que seria o

seu ensino no século XXI, diz que os docentes devem separar vigorosamente, iluminar e interpretar o material e instigar os alunos a avaliar em profundidade (FRANZ, 2003, p. 162).

Estudantes, professores além de interessados no aprendizado do Direito perdem chances preciosas de observar e entender o Direito sob um ponto de vista mais crítico e abrangente. Confia-se que o essencial seria a realização de uma análise jurídico-social a partir de películas que não tratem, de início, a respeito de questões ligadas ao Direito, pois este ao ordenar preceitos para equilibrar o comportamento humano sempre estará presente, direta ou indiretamente, nos vínculos sociais. Como implicação para apreender e manejar o Direito deve-se, inicialmente, conhecer o ser humano, ou seja, a natureza humana.

O grande desafio do ensino da arte, atualmente é contribuir para a construção da realidade através da liberdade pessoal. Precisamos de um ensino de arte por meio do quais as diferenças culturais sejam vistas como recursos que permitam ao indivíduo desenvolver seu próprio potencial humano e criativo, diminuindo o distanciamento existente entre a arte e a vida. (RICHTER, 2003, p. 51).

A compreensão que se inicia de reflexo, é que o Direito nos cursos de graduação e pós-graduação passa a ter uma postura humanística, o que vem sendo analisado e evidenciado, e frisa-se que não tão somente na literatura jurídica contemporânea, porém debata-se uma maneira de analisar o Direito afora da mera técnica, ou seja, do conhecimento completo e definido. Sendo assim, o saber jurídico deve ser analisado através de raciocínios hipotéticos, comparações, ponderações, ou seja, que conjecturem opções diversas para equilibrar de maneira mais sensata, lógica e aceitável o comportamento humano em sociedade.

É por meio das manifestações artísticas que o indivíduo raciocina, sente, cria e transforma a sua existência. O desígnio da arte presentemente é de considerar, criticar e refletir a realidade humana socialmente. Dessa forma, a arte pode subverter ou transgredir o direito, o que deriva em probabilidades de alterar a previsão dos comportamentos socialmente desejáveis, e, para ajustarem-se às demandas sociais que ao lado da reforma legislativa, é a pedra angular do

caminhar jurídico. Nesse contexto, educar deixa de ser a “arte de introduzir idéia na cabeça das pessoas, mas de fazer brotar ideias [sic]” (WERNER; BOWER, 1984, p. 1-15).

Neste diapasão, cria-se uma nova forma de estudar o Direito pelas maneiras da descoberta, ou seja, do deleite da expressão e do entendimento, e não pelos caminhos da coação, abarrotadas de determinações, de veracidades pré-moldadas, exibidas constantemente sob os adornos do “certo” e do “errado”. Neste contexto mais humanístico, certamente, provoca o refletir e colabora para uma mais perfeita interpretação e execução das normas jurídicas no dia a dia social, no qual está implantado o ser humano, objeto derradeiro de um Direito que almeja por garantia e Justiça.

Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar exato em relação a seus próximos e à comunidade.

(...) Quando aconselho com ardor ‘As Humanidades’, quero recomendar esta cultura viva, e não um saber fossilizado.

(...) Os excessos do sistema de competição e de especialização prematura, sob o falacioso pretexto de eficácia, impossibilitam qualquer vida cultural e chegam a suprimir os progressos nas ciências do futuro (EINSTEIN, 1981, p. 16).

O cinema e o direito provocam entre os estudantes e profissionais da área de Direito uma ocasião de amadurecimento, trazendo para as “telas” a vida, tanto social com individual. E ainda, como já mencionado, o Direito objetiva preceituar princípios para uma coexistência em harmonia e em comedimento, de forma a tornar as convivências interpessoais factíveis, permissíveis e dotadas de dignidade.

Conforme Lacerda (2007, p. 8-9) expõe, não é comum, nas faculdades de

Direito espalhadas por todo o Brasil, utilizar o cinema como técnica didática nas aulas. De acordo com renomado autor, o cinema é Direito também, é material de aula, é ferramenta didática.

[...] em primeiro lugar é, pois, convidar o aluno a lançar um olhar jurídico sobre o cinema. Tornar o cinema não só um entretenimento, mas também um foco, uma fonte, uma arena, onde seja possível descobrir, discutir, criticar, se satisfazer e se frustrar com temas, situações profissionais e dilemas do direito e de seu exercício. [...] O cinema é direito também, é material de aula, é instrumento didático.

Desta forma, pertinente seria a instituição de ensino, auxiliar a utilização como meio didático, na medida em que tem não só dos recursos matérias adequados, mas também segue um papel emancipador fundamental, proporcionando um capital cultural libertador no espírito de seus estudantes.

E disponibilizar os bens culturais que contemplam a linguagem e o mundo em certa profissão é algo imprescindível.

11

AS AVENTURAS DE PI

Indicado ao Oscar, o longa-metragem "As aventuras de Pi", semelha-se mais do que somente uma história de sobrevivência. A narrativa apresenta, em seus 127 minutos de duração, uma enorme quantidade de simbolismos a respeito de destino, sentido da vida, fé e a habilidade de lidarmos com nossos próprios traumas de forma positiva. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

Estas reflexões essenciais, comunicadas à jovem geração graças aos contatos vivos com os professores, de forma alguma se encontram escritas nos manuais. É assim que se expressa e se forma de início toda a cultura. Quando aconselho com ardor "As Humanidades", quero recomendar esta cultura viva, e não um saber fossilizado, sobretudo em história e filosofia (EINSTEIN, 1981, p. 16).

A obra é fundamentada no livro de Yann Martel, escrito em 2001, possui uma narrativa cuja parte versa a fantasia e a outra a luta pela sobrevivência,

debatendo-se o posto do homem na natureza e perante a Deus. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

O filme realiza uma jornada transcendental adentro do homem, embaralhando tudo aquilo o que traz dentro de si como conhecimentos culturais de seus antecedentes, o seu discernimento da realidade e dos fatos, a formação desde a primeira infância com os pais e a sua solidão diante do mundo, fazendo-o passar por perdas, dores e triunfos. Um apanhado de vivências indispensáveis como entender o mundo em suas sentenças e deliberações, e, finalmente, vir a entender também a si próprio, a singular maneira de viver com plenitude, espiritualidade e sabedoria. Reafirmando continuamente que Deus é o universo central de tudo. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

Pi é um menino de Pondicherry na Índia tendo como verdadeiro nome Piscine, o passar do filme surge em forma de recordações, que indica um estado metalinguístico. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

Pi é filho do proprietário de um zoológico situado em Pondicherry, na Índia. Depois de anos cuidando do comércio, a família resolve desfazer-se do empreendimento em virtude à remoção do estímulo oferecido pela prefeitura local. A ideia é se deslocar para o Canadá, lugar aonde poderiam comercializar os animais para recomeçar a vida. Contudo, o cargueiro onde todos viajam acaba naufragando em virtude de uma enorme tempestade. Pi consegue escapar em um bote salva-vidas, mas carece repartir o escasso recinto disponível com uma zebra, um orangotango, uma hiena e um tigre de bengala chamado Richard Parker. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

Principia desta forma a sua batalha pela sobrevivência, uma jornada que porá Pi ante a ferocidade de seus novos companheiros (o pequeno barco demonstra um modelo da cadeia alimentar terrestre), a precisão de abdicar o vegetarianismo para se alimentar de peixes e as consecutivas provações que pulsam em sua relação com Deus. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

Neste diapasão, o filme fala a respeito de Deus, sobre as muitas religiões do oriente médio, e a intrigante opção de Pi, ele escolhe ser aderente de todas as religiões de lá, sendo assim, Pi é hindu, cristão, e até muçulmano. (AS

AVENTURAS DE PI, 2012).

Pode-se expor que ampla parte da vantagem do longa-metragem encontra-se na ótima direção de Ang Lee, que nos abarca no clima indiano, com suas canções, cenários, deuses e filosofias. Ele expõe com lirismo como um jovem indiano pode resistir por meses no Oceano Pacífico sem perder a fé, especialmente na companhia de um fascinante e também aterrorizante tigre, chamado "afetuosamente" de Richard Parker. (AS AVENTURAS DE PI, 2012).

O ENSINAMENTO DE CORAGEM PASSADO PELO FILME

Desta forma, o que facilmente poderia ser um aglomerado de decurso de representações de desespero, temor, revolta, agonia e terror, volve-se um encadeamento exuberante de esplêndidas imagens, que mais alçam o espírito do que nos induz ao desgosto. Fato curioso este, uma vez que antes do naufrágio Pi não tinha uma religião determinada. Após uma época de experimentações na infância, ele quase se ocidentalizou, a partir do momento que passou a adotar a filosofia da razão e da ciência de seu pai. A partir daquele período, toda a magia da existência praticamente se submergiu para o personagem. Neste diapasão, foi indispensável uma tragédia para que sua fé e seu fascínio com a natureza regressassem fortemente.

Torna-se emocionante assisti-lo agradecendo a toda pequena dádiva, assim como a oportuna presença de Richard Parker, o tigre, que a pesar de uma continua ameaça, era também uma espécie de foco motivacional que o perpetrava não perder de vista seu escopo. Por fim, poderia até acontecer de Pi morrer, porém como abandonar um outro ser vivo, que depende de você, fraquejar por negligência?

Por esta razão, é atraente observar que uma pessoa abalizada com um nome tão curioso quanto Piscine Molitor Patel, tenha vivido deslumbrado pelo elemento Água, ao ponto de permanecer fascinado com tempestades ou saber nadar muito bem. Isto é, o que na infância foi pretexto de escárnio dos companheiros de escola, na juventude volveu-se a minúcia efetiva entre vida e morte.

A IMPORTÂNCIA DE SEMPRE VOCÊ “NUNCA DEIXAR DE SER O QUE É”

Assim como Pi, possuímos muitos fatos que nos definem, mas das quais podemos nos acanhar por não se convencionar ao grupo. Entretanto, como não podemos ser nada além do que somos atingir isso e acolher nossa singularidade é que o de fato nos torna mais resilientes as dificuldades da vida. A história ainda nos expõe que, mesmo nos piores períodos, não necessitamos nos desesperar, nem entornar em aflição ou prantos, pois podemos propor-nos a ser flexíveis, humildes e pacientes.

Ao final, constituam boas ou más as experiências nada são para sempre e é necessário permitir ir aquilo que não nos serve mais. Ainda na dor, nos apegamos a tudo que nos lembra daquele desgosto e ficamos revivendo-o para sempre. E isso, eventualmente, nos faz escravizados do passado. Nada mais ajuizado, então, que nos libertarmos para viver uma nova vida, purificados e completos para novas aventuras.

14

ANIMAIS NO CINEMA/ENTRENIMENTO

O ser humano sempre se colocou como um animal superior a todos os demais, os explorando da forma que entendesse conveniente, sendo para diversos fins ao longo do tempo: vestuário, alimentação, transporte, entretenimento, decoração, estimação dentre outras formas.

Milhares de golfinhos são mortos todo ano em Taiji, no Japão, outros são escolhidos por treinadores para passarem uma vida de toda de aprisionamento em “Sea Worlds”, após ver sua família ser exterminada pelos caçadores.

Animais são assassinados por mera “tradição religiosa” ao redor do mundo todo, são utilizados em rodeios, touradas, circos para um público que aplaude em pé toda crueldade envolvida nos bastidores e durante o evento. No Natal, o nascimento de Jesus é celebrado com o sofrimento e morte de milhares de animais, isso torna-se extremamente contraditório com a mensagem que esta época do ano traz aos religiosos, a paz e o amor.

Neme (2006) aborda sobre o assunto em uma de suas obras, intitulada “Limites constitucionais com animais: uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana”, vejamos:

Os cortes de cauda das ovelhas, a extração dos dentes dos suínos, as debicagens nas galinhas e castrações de bois e cavalos, tudo sem anestesia, constituem outras práticas inegavelmente violentas, porém, toleradas pela lei, isso sem mencionar no perverso sistema de confinamento, na dieta com hormônios para agilizar o processo de engorda, e por fim, depois um indigno transporte aos matadouros ou abatedouros, quando são amontoados nas carrocerias dos caminhões, agonia da morte anunciada (NEME, 2006, p.100).

Nos Estados Unidos a crueldade contra animais está presente em vários setores do entretenimento, porém aqui iremos abordar especificamente sobre as milionárias produções cinematográficas.

Os filmes estadunidenses são testemunhados ao redor de todo planeta, pois todo o poderio econômico daquele país se reflete inclusive no cinema. Apesar de todo o investimento para aplicar o capital em efeitos especiais, em muitos filmes os animais não-humanos estão presentes, seja como “atores” principais ou meros “coadjuvantes”.

Há diversas denúncias de maus tratos a animais nesta área do entretenimento, a maioria delas ocultadas por interesses financeiros, mas ainda podemos encontrar notícias na imprensa mundial sobre a crueldade pela qual os animais são submetidos.

Uma reportagem da revista “Hollywood Reporter” abordou sobre o assunto, demonstrando evidências que a organização responsável por fiscalizar a utilização de animais nos filmes, *American Humane Association* - AHA - se omitiu sobre diversas irregularidades.

Vale ressaltar que essa organização é financiada pelo SAG-AFTRA (sindicato de atores) e pela associação comercial *Alliance of Motion Picture and Television Producers*, que representa os estúdios.

Vejamos trecho da reportagem disponibiliza pelo site “Agência de

Notícias de Direitos dos Animais”:

De acordo com a publicação, que manteve a maior parte das fontes sob anonimato, um treinador deu socos em um cachorro no set de “Resgate abaixo de zero” (2006), filme da Disney estrelado por Paul Walker; um esquilo foi esmagado nas filmagens da comédia romântica “Armações do Amor” (2006), com Matthew McConaughey e Sarah Jessica Parker; e dezenas de ovelhas e cabras morreram em “O Hobbit: Uma jornada inesperada”. Treinadores já haviam denunciado a morte de bichos nos bastidores do épico de Peter Jackson.

[...]

Em 2003, a AHA optou por não comentar publicamente a respeito das dezenas de peixes e lulas mortos que apareceram na praia durante quatro dias de filmagens em ‘Piratas do Caribe: A maldição do Pérola Negra’”, diz a reportagem, intitulada “Animais foram feridos: O pesadelo exposto de Hollywood sobre morte, lesão e sigilo”. “Funcionários não tomaram nenhuma precaução para proteger a vida marinha quando ativaram explosões no oceano, de acordo com o representante da AHA presente no set.(ANDA, 2013).

16

No filme, “As Aventuras de Pi”, infelizmente, o contexto não é diferente. Uma funcionária do AHA relatou que um dos principais atores, o Tigre de Bengala chamando King, quase morreu afogada durante gravação no tanque d’água

Esta funcionária, Gina Johnson, foi quem denunciou para a “Hollywood Repórter” sobre os maus tratos ocorridos no cinema em geral. Alguns dias depois, a AHA anunciou que Gina não era mais membro da organização (ANDA, 2013).

Assim, fica evidente que a organização que deveria proteger os animais contra maus tratos apenas atua pelo interesse dos produtores, não atingindo o fim para que foi criada, pelo contrário, acaba sendo cúmplice da exploração animal.

Por outro lado, é cada vez mais marcante a atuação por parte dos ativistas contrários à crueldade contra os animais não-humanos, podemos citar como exemplo a invasão ao Instituto Royal, em São Roque/SP, onde foram libertados cães da raça *beagle* e camundongos utilizados como cobaias.

Mesmo no cinema, há filmes que respeitam os animais simplesmente não

os utilizando em suas gravações, como é o caso do “Planeta dos Macacos: A Origem”, que justamente aborda sobre os testes em animais e à crueldade em que eles são expostos cotidianamente. Seria incoerente que um filme que tratasse sobre esse assunto utilizasse animais em seu desenvolvimento.

Organizações Não Governamentais em defesa aos animais, ao redor de todo planeta, cada vez vêm conquistando mais adeptos, conquistando lugar na mídia e nas redes sociais, onde chegam incomodar os especistas .

Assim, surge a esperança que a conscientização do ser humano em relação aos animais esteja crescente, mesmo que seja em ritmo lento, para que um dia conquistemos o verdadeiro abolicionismo animal.

DIREITOS DOS ANIMAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Com o decorrer dos anos os direitos dos animais foram se ampliando no Brasil e no mundo, porém, na prática, podemos ver muitas falhas, sendo que inúmeras vezes tais direitos não são seguidos, com os animais sofrendo sem qualquer respaldo das autoridades competentes, tratados como se fossem “coisas” desprovidas de vida.

A lei suprema em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1998, prevê que os animais devem ser protegidos, mais precisamente no artigo 225, § 1º, VII, vejamos:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies, ou submetam os animais a crueldade.

Com isso, fica evidente que o Poder Público tem a obrigação de proteger

a fauna e a flora, tendo em consideração que é primordial pra sobrevivência da própria espécie humana nas futuras gerações. O inciso VII ainda utiliza o termo “crueldade”, o que Neme conceitua:

Todos os textos consultados concordam que a crueldade é associada à desumanidade, ruindade, maldade violenta. Etimologicamente remete a crudos: que contém sangue, sangrento, ensangüentado, cru, encruado e não cozido. O indivíduo cruel é aquele que se compraz em fazer o mal, em atormentar ou prejudicar. A crueldade então é uma expressão abrangente, que traz em seu bojo alguns tipos de violência como os maus tratos, a servícia, o ferimento, a mutilação, e os abusos (NEME, 2006, p. 87).

Deste modo, qualquer crueldade contra animais está vedada pela Constituição Federal, já que o texto é claro “vedadas as práticas que [...] submetam os animais à crueldade”.

Santana analisa, o artigo 225 da Constituição Federal:

Além disso, como a caça e a pesca podem ser autorizadas, o sistema jurídico brasileiro não garante sequer o direito à vida desses animais, que continuam sendo capturados e mortos diariamente, legal ou clandestinamente, tornando letra morta a norma constitucional que proíbe às práticas que coloquem em risco a função ecológica do animais, provoquem a sua extinção ou submeta-os à crueldade (CF, art 225, pár. 1, VII) (SANTANA, 2004, p. 99).

Krell afirma que nem o Poder Público, muito menos a coletividade, logram êxito na implementação de normas que vedem o tráfico de animais silvestres, por consequência das falhas na prestação real dos serviços públicos de proteção ambiental, esta falha é encontrada na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas, como também na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados, e dos municípios (KRELL, 2002, p. 31-32).

Assim, mesmo com uma proteção em nossa Carta Magna, os animais são explorados pelo ser humano em situações degradantes, como no caso das

carroças, apesar de termos leis municipais que já vedam esta prática.

Protetores têm dificuldade em registrar ocorrência de crimes contra animais em Delegacias, pois os funcionários se negam a realizar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, sem mencionar que a pena do artigo 32 da Lei 9605/98 é muito branda, variando de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, ou seja, ninguém vai preso por maltratar um animal.

Da mesma forma que nazistas mataram milhares/milhões de pessoas, que racistas se julgam superiores pelas suas cores, os especistas entendem que o somente o ser humano é sujeito de direito, acabando nossa fauna e flora da forma que achar mais viável e lucrativo, tendo uma visão totalmente antropocêntrica e corrompendo o planeta destrutivamente.

MARCO HISTÓRICO: INVASÃO AO INSTITUTO ROYAL

O Instituto Royal, na cidade de São Roque, estado de São Paulo, era responsável por experimentos com animais, dentre eles cães da raça beagle, coelhos e roedores, porém, no dia 18 de outubro de 2013 o rumo desta unidade começou a mudar em pouco tempo.

O início das manifestações se deram no dia 22 de setembro de 2013, quando integrantes de algumas ONGs se reuniram em frente ao instituto protestando contra os testes em animais.

No dia 12 de outubro de 2013, ativistas dos direitos dos animais pertencentes ao grupo Frente de Libertação Animal (*A.L.F.* em inglês), se acorrentaram em frente aos portões da Instituto Royal. Enquanto os dias se passavam, o movimento ganhava maior aceitação pela sociedade.

Na madrugada do dia 18 de outubro de 2013, ao começarem a ouvir gritos de sofrimentos dos animais que estavam na unidade, os ativistas resolveram agir rapidamente e invadiram o local, em conjunto com pessoas “comuns” da sociedade, não ligadas ao grupo, conseguindo resgatar vários animais.

A grande conquista foi confirmada no dia 6 de novembro de 2013, quando o próprio Instituto Royal, em nota oficial, confirmou o encerramento de suas atividades na unidade de São Roque/SP.

Porém ainda restavam roedores a serem resgatados pelos ativistas, desta forma, no dia 16 de novembro de 2013, como último ato da invasão, o sofrimento dos roedores também teve seu fim.

Atualmente para conquistarmos Justiça aos animais, infelizmente, devemos realizar manifestações intensas como estas, pois, como já citado anteriormente, é negado diversos direitos aos animais previstos na Constituição Federal e em outras leis.

O projeto de lei do Novo Código Penal (Projeto do Lei do Senado 236/2012), que está em trâmite no Congresso Nacional, prevê o aumento das penas no crime de maus-tratos animais, como também a tipificação pelo crime de transporte inadequado, abandono e omissão de socorro, porém encontra resistência de muitos Congressistas. Esta é mais uma batalha travada pelos defensores dos animais contra os especistas, que possuem o entendimento que os animais são meros objetos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante a tudo que foi explanado, de início é importante ressaltar a seriedade e importância dos estudos didáticos conduzidos ao ensino de nível superior, em que os educadores carecem concretizar uma autocrítica e assumir a consciência de seus encargos, para exercer na mais perfeita configuração seus papéis, e também a concretização de experimentos pedagógicos tendo por finalidade o aprimoramento dos distintos tipos de exercícios não se ausentando dos encargos propriamente educacionais.

Desta forma, afora do campo programático recomendado, o educador carece ter uma concepção holística baseada no importante processo de comunicação.

Presentemente estamos diante de uma realidade de tecnologia e dinamismo e a escavação da informação disponível é de extraordinário valor, e para lograr sucesso nesta missão, diferentes táticas são plausíveis, como arrolar o direito e o cinema.

Ao trabalhar o direito e o cinema proporciona aos alunos apreciar o

mundo dentro de uma conjuntura jurídica, contudo, para lograr êxito, é indispensável educar esse olhar jurídico, ou seja, não se reduzindo somente a explicação cerrada de textos jurídicos. A intenção é conseguir uma educação jurídica mais ligada com a realidade, envolvendo-os em pessoas mais críticas, estimuladas na consumação de uma justiça social mais ativa.

A cinematografia, como projeto pedagógico coopera para uma versatilidade em nível de cultural mundial, transformando-se em um vasto e valioso material de aula.

O filme “As Aventuras de Pi”, proporciona produtivo campo para reflexões, é uma oportunidade excelente para que os alunos em sala de aula e por conseguinte a sociedade debata os maus tratos dos animais, para juntos construirmos um país que valorize e garanta o respeito a eles.

Há um extenso caminho até chegarmos em uma sociedade, abalizada por valores e práticas que apregoem a cultura dos direitos dos animais, daí o valor do filme citado e os possíveis maus tratos com os animais usados durante as filmagens.

Neste diapasão, o cinema aliado ao direito torna-se uma ferramenta da didática excelente como reflexão aos discentes, para a instauração de uma consciência cidadã, objetivando-se notarem-se membros integrantes na constituição política e ética de nosso Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS DOS ANIMAIS (ANDA). Revista relata maus-tratos e mortes de animais em produções de Hollywood. Disponível em: < <http://www.anda.jor.br/26/11/2013/revista-relata-maus-tratos-mortes-animais-producoes-hollywood> > Acesso em: 12 de dez de 2013.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS DOS ANIMAIS. Funcionária deixa organização que combate abusos de animais em filmes. Disponível em: < <http://www.anda.jor.br/27/11/2013/funcionaria-deixa-organizacao-combate-abusos-animais-filmes> > Acesso em: 12 de dez de 2013.

BARBOSA, Ana Mae Tavares Bastos. As mutações do conceito e da prática. In: Barbosa, Ana Mae Tavares Bastos (Org.) **Inquietações e mudanças no ensino**

de arte. São Paulo: Cortez, 2008. p. 13-25.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 13 fev. 2014.

CAMPBELL, Colin. **A Ética Romântica e o Espírito do Consumismo Moderno.**

Rio: Rocco, 2001.

CARTAS PARA PI. Diretor: Ang Lee Roteirista: David Magee. Intérpretes: Suraj Sharma, Irrfan Khan, Ayush Tandon, Gautam Belur, Adil Hussain, Tabu, Ayan Khan, Mohd Abbas Khaleeli, Vibish Sivakumar. Estados Unidos: Fox Filmes, 2012. 129 min.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo.** Tradução de H. P. de Andrade. 11. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FRANZ, Teresinha. **Educação para uma compreensão crítica da arte.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

22

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** Os (des)caminhos de um direitos constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

NEME, Eliana Franco. **Limites constitucionais aos experimentos com animais:** uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Bauru,SP: Edite, 2006.

RICHTER, Ivone Mendes. **Interculturalidade e estética do cotidiano no ensino das artes visuais.** São Paulo: Mercado de Letras, 2003.

SANTANA, Heron José. Abolicionismo Animal. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2004.

WERNER, David; BOWER, Bill. **Aprendendo e ensinando a cuidar da saúde.** 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1984.

DA INDISPONIBILIDADE DA PATERNIDADE E O DEVER DE INDENIZAR NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

*Guilherme Domingos de LUCA³
Antonio Carlos Ferreira do AMARAL⁴*

RESUMO

Busca-se por meio do presente artigo, analisar as questões que envolvem o abandono afetivo e o dever de indenizar, no âmbito do Direito de família. o estudo apresentará uma análise acerca do afeto, seu papel na sociedade e principalmente na existência das famílias, além de demonstrar o que é a função parental. Logo após a apresentação dessas informações, o estudo parte-se para a análise da negativa de afeto nas relações paterno e materna, demonstrando, inclusive, as suas consequências, bem como o atual posicionamento da jurisprudência. O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Há proteção dos filhos contra o abandono afetivo? Visando a solução, segundo as bases lógicas de investigação, a pesquisa se pautou no método dedutivo, valendo-se da análise de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências.

23

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Indisponibilidade da paternidade. Indenização.

ABSTRACT

The aim is to through this article, analyze the issues surrounding the emotional abandonment and the duty to indemnify under the Family Law. the study will present an analysis of the affection, their role in society and especially in the existence of families, and demonstrate what is the parental function. Shortly after the presentation of this information, the study part to the negative analysis of paternal and maternal affection in relationships, demonstrating, including its consequences, as well as the current positioning of jurisprudence. The main objective of the analysis is to answer the question: Is there protection of children from the emotional abandonment? Aiming at the solution, according to the logic

³ Estudante de Pós-graduação – UNIVEM.

⁴ Estudante de Pós-graduação – UNIVEM. Advogado.

of research bases, the research was based on deductive method, drawing upon the analysis of books, doctrines, research papers and case law.

KEYWORDS: emotional abandonment. Unavailability of parenthood. Compensation.

INTRODUÇÃO

O afeto é um sentimento extremamente necessário na compreensão do Direito de Família. Recentes decisões têm trazido a tona questões polêmicas que envolvem o dever dos pais em acompanhar os filhos no seu desenvolvimento e vida psicológica.

Com a evolução da sociedade e com a vigência da atual Constituição, inúmeras foram as mudanças ocorridas no âmbito deste Direito, que deu força para uma reestruturação do Código Civil, que aconteceu no ano de 2002. Dentre todas as modificações, destaca-se, principalmente, para a necessidade de se valer o interesse dos filhos, nas relações com seus genitores.

Diante destas considerações, o estudo apresentará uma análise acerca do afeto, seu papel na sociedade e principalmente na existência das famílias, além de demonstrar o que é a função parental. Logo após a apresentação dessas informações, o estudo parte-se para a análise da negativa de afeto nas relações paterno e materna, demonstrando, inclusive, as suas consequências.

É certo que o afeto relaciona-se aos sentimentos de carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida. É o estado psicológico, que contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa, sendo inclusive, um direito tanto dos filhos, como também dos pais.

Por sua vez, o abandono afetivo, está ligado a ideia de ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito a necessidade de se oferecer afeto. Acerca dos efeitos que isso reproduz na vida dos filhos, o trabalho partirá também, para o estudo acerca da chamada responsabilidade afetiva, que demonstra em suma, as consequências que ocorrem

na vida de quem sofrem, e até mesmo de quem causa, assim como os efeitos civis que o mencionado fato jurídico ocasiona.

O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Há proteção dos filhos contra o abandono afetivo? Visando a solução, segundo as bases lógicas de investigação, a pesquisa se pautou no método dedutivo, valendo-se da análise de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências.

DO AFETO E A IMPORTÂNCIA DOS LAÇOS PARENTAIS

O afeto se apresenta como um dos mais importantes sentimentos que o homem possa vivenciar durante toda sua vida. Está intimamente ligada às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida no decorrer do tempo e espaço.

Nota-se tratar de estado psicológico, que contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa. Trata-se do conhecimento advindo da vivência, e não se limita apenas aos contatos físicos, e sim diante da interação e interligação que ocorre entre as partes envolvidas.

O conceito de afetividade esta diretamente ligada à interação humana, onde o relacionamento é o causador expresso de qualquer forma de criação de afeto que possa existir neste vínculo.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio. Não seria diferente dentro do âmbito de aplicação do Direito de Família, onde ele se apresenta como o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição.

Segundo a redação da Constituição Federal, o afeto se refere a um valor jurídico que esta atrelada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família (RODRIGUES, 2013).

Segundo a Carta Magna Nacional, há uma busca na tutela das relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes. Não se podem engessar as normas de direito de família, ora que elas devem se adaptar de acordo com as transformações que acontecem na sociedade. Portanto o afeto deve prevalecer em face das normas jurídicas, que não devem ser engessadas, mas sim, podendo serem deliberadas.

O artigo 226 da CF, na sua íntegra, traz o entendimento de que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família, e conseqüentemente se garante a dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que no §4º, há uma denominação de que família é a entidade familiar a comunidade, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

As normas de direito de família são pautadas de regras que visam efetivar o afeto. Porém, o Estado não poderá criar condições para manter uma família, e sim interferir na realidade social e no novo contexto histórico existente.

Dentro deste contexto, denota-se para a importância da função parental, que pode ser exercida por qualquer membro, sejam eles o pai, mãe, tio, tia, avô, avô, reiterando-se que a família é a entidade compreendida por como sendo o núcleo onde os membros que a integram compartilham comunhão pleno de vida, unidos por laços de afetos.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E AUSÊNCIA DOS GENITORES NA VIDA DA PROLE

O afeto é uma das principais causas que contribui para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Ademais, há que se perceber que algumas áreas do conhecimento humano, tais como a psiquiatria, a pedagogia, bem como os demais campos, apontam expressamente para a corrente de entendimento de que a ausência dos pais pode comprometer a saúde emocional dos filhos.

A legislação tem entendido que além de se reconhecer a paternidade sobre os filhos, é dever também dos pais em participar do processo de desenvolvimento, onde a sua ausência pode desencadear uma irreparável perda da referência familiar. Assim, não basta apenas ser pai (leia-se pai ou mãe) no sentido patrimonial e financeiro, mas sim sendo atuante na vida da prole, estando do lado do menor em todos os momentos por ele vivido.

Não basta ser pai, tem que participar. O termo é bastante conhecido, e as dificuldades para fazê-lo se tornar realidade também. A rotina diária ou a forma como a estrutura familiar está organizada exige que os pais encarem como desafio o que deveria ser uma obrigação: tornar-se presente na vida dos filhos. A ausência se transforma em culpa, para os pais que não conseguem dar atenção à prole, e em traumas para os filhos, que se sentem sozinhos e até rejeitados pelos pais (VALE, 2014).

O término de um relacionamento entre pais, sempre foi responsável em gerar inúmeros traumas ao menor. Do mesmo modo, compreende-se que o término de um matrimônio, no passado, era motivo para inúmeros julgamentos e reprovação de toda a sociedade, já que era tido como um ato contra os bons costumes e as crenças religiosas.

Com a evolução da sociedade e surgimento de diversas tecnologias, o modo de viver juntamente com os comportamentos humanos individuais e coletivos, contribuíram para a ideia de que término de uma união deixasse de ser

visto como algo “pecaminoso e reprovador” e, passasse a ser compreendido e habitual perante as pessoas.

Mesmo não se tratando de uma questão social, a ruptura do vínculo conjugal ocorre em razão de inúmeros motivos, fazendo que a manutenção da união e enfraquece vínculos afetivos ocasiona o término da união.

Entretanto, há que se apontar que o rompimento da relação conjugal entre os pais, não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Mesmo havendo a separação dos pais, deve-se preservar a manutenção do vínculo de afeto, preservar a instituição familiar, em que se espera uma convivência harmoniosa dentro da mesma habitação, ou de modo que o filho possa ter todo o acompanhamento psicológico de ambos os pais, o que não se espera em situações que se rompem a convivência.

Inegavelmente, o término de uma relação não constitui o fim da autoridade parental, visto que a mesma não se extingue, ocorrendo apenas à alteração de suas práticas. Todavia, acontecendo o rompimento de forma conflituosa, inúmeros são os reflexos psicológicos que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nas situações em que estes são utilizados como “objeto de negociação”, além de também dificultar o livre exercício do poder familiar (DE LUCA; RINALDI JR, 2014, p. 278)

28

Percebe-se que o final de uma relação não constitui o fim da autoridade dos pais sobre os filhos, já que a mesma não se extingue. O que de fato ocorre, é apenas a alteração das práticas dos pais sobre os filhos.

Acontecendo o rompimento de forma conturbada, muitos são os reflexos e consequências psicológicas que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nos casos em que estes são utilizados como instrumento de negociação, o que acaba atrapalhando veemente o exercício do poder familiar.

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a

vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acaba por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole (MONTEIRO, 2011, p.03).

Os conflitos emocionais decorrem da busca pela tutela jurisdicional que é oferecida pelo Estado, através do Judiciário, e que em muitos casos, é fonte de uma batalha incansável, onde cada parte tenta demonstrar que é melhor na criação de seus filhos, e que o outro não é um bom genitor, esquecendo-se que o que está sendo discutido é a vida de um menor que possui sentimentos, e que na maioria das vezes está presente e entendendo toda a problemática suscitada. Em razão da “guerra então declarada”, muitas vezes o menor deixa de respeitar o genitor pelo qual não habita.

Buscando que os conflitos se extinguem, o direito inseriu no seu rol de previsões a possibilidade de guarda conjunta, havendo divisão das responsabilidades, e reaproximação dos genitores em face de suas proles, de modo que o maior interesse da criança e do adolescente seja preservado. Em outros casos, diante da separação dos pais, percebe-se que essa relação acaba se tornando um problema, onde pais abandonam os filhos, bem como em outros casos, os filhos também acabam abandonando os pais.

29

CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

Conforme já discorrido, percebe-se que o abandono afetivo esta intimamente ligada ao término da relação dos pais, que muitas vezes acontece de forma conturbada, gerando consequências traumáticas para os menores que estão sob sua proteção. Em casos mais graves, há absoluto rompimento dos laços de afetividade existente entre pais e filhos.

Para que seja possível apresentar uma definição clara do que venha a ser o abandono afetivo, deve-se analisar o que é afeto. A partir da vigência da atual Constituição Federal, que se encontra promulgada desde o ano de 1988, a família se tornou uma condição fundamental para a existência dos seus próprios

membros, de modo que o afeto também se tornou altamente importante nas relações entre os membros, tanto com os pais, como também nos irmãos.

A criança necessita da participação ativa dos pais, e, precisam que estes estejam de forma contínua no seu desenvolvimento, de modo que haja inclusive uma convivência familiar, acarretando num desenvolvimento saudável e feliz. Mas, o afeto que se espera dos pais não se confunde com o simples fato de estar com a guarda ou não. Essa convivência é entendida como um direito fundamental, inerente a personalidade humana, portanto que deve ser respeitada e cumprida.

O afeto é também denominado como a arte de amar ao próximo, conforme cita o celebre autor, Zygmunt BAUMAN, no livro chamado de “Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos”:

Amar o próximo como a si mesmo" coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O amor-próprio é uma questão de sobrevivência, e a sobrevivência não precisa de mandamentos, já que outras criaturas (não-humanas) passam muito bem sem eles, obrigado. Amar o próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência humana diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor-próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência humana — não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege (2004, p. 46).

A arte de amar é uma característica que se espera dos genitores em face da prole. Por outro lado, também se espera essa reciprocidade, muito embora se entenda tratar de um sentimento subjetivo.

A convivência familiar decorre das relações existentes entre as partes, cabendo aos pais também proporcionar atenção aos filhos, principalmente quando há uma ocasião pra isso. Por exemplo, no dia do aniversário da criança,

mesmo não habitando no mesmo teto do pai, essa na maioria das vezes aguarda uma ligação, uma lembrança, ou qualquer tipo de atenção.

Muitas vezes, a indiferença causada pelo pai em relação ao afeto que deveria oferecer aos filhos, bem como toda a prole, caracteriza o chamado “abandono afetivo”. Este abandono afetivo é o grande responsável pelo chamado desajuste familiar e social.

O abandono afetivo não se confunde com o abandono material. No primeiro caso, o abandono afetivo está ligado à ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito à necessidade de se oferecer afeto. Já o abandono material, está ligado à ausência de participação dos pais, no que diz respeito às questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

O abandono afetivo é algo extremamente gravoso na vida do menor. Não são apenas os prejuízos financeiros que prejudicam a vida do menor. A carência, que acontece a partir da ausência de afeto traz inúmeros transtornos, descumprindo-se veemente o princípio do “melhor interesse da criança”:

Assim, muitas vezes o maior interesse do menor é deixado de lado, ora que a presença de ambos os pais se apresenta de forma necessária para o desenvolvimento do filho, e a eventual ausência de um deles cria a chamada perda de referencial familiar, o que ao longo dos anos pode acarretar problemas psicológicos e transtornos imensuráveis (DE LUCA; RINALDI JR, 2014, p. 283).

Fica evidente que o abandono afetivo deixa de lado qualquer interesse do menor, prejudicando inclusive o seu desenvolvimento.

O abandono afetivo se refere também a atitude omissiva atribuída ao pai, quando este tem deveres de ordem moral em razão do poder familiar que exerce sobre o filho, “dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole (MACHADO, 2012)”.

Por outro lado, mesmo nos casos onde os filhos habitam com os pais, pode haver casos em que há o abandono afetivo por parte dos pais. Trata-se de situações onde os pais não dão atenção por filhos dentro da própria residência, e que também gera inúmeros transtornos ao menor.

O abandono afetivo é um mal que deve ser combatido, visto se tratar de uma omissão gerada pelos pais, que reflete diretamente na vida de um menor.

DEVER DE INDENIZAR EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO

Ao longo do apresentado, apontou-se para os inúmeros problemas gerados pelo abandono afetivo. É certo que se trata de um grande causador de transtornos na vida da pessoa vítima deste mal, sendo certo que recentes julgados têm entendido acerca da possibilidade de reparação pecuniária.

Dentre os mais importantes julgados que envolvem a indenização por abandono afetivo, destaca-se a posicionada pelo Superior Tribunal de Justiça, e, que merece ampla análise, tendo em vista que para se entender a questão que envolve tal instituto, deve-se expor acerca da responsabilidade civil e sua teoria dentro do código de 2002.

O dano afetivo equipara-se na sua essência ao dano moral, em que só haverá caracterização da obrigação do pai em reparar os danos, se presente todos os requisitos exigidos para qualquer ação dessa mesma natureza jurídica.

Para se analisar as questões que envolvem a responsabilidade civil devem-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil é assim entendida:

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2010 p.36)

Destaca-se ainda, outra definição:

Em princípio toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. (VENOSA, 2009, p.1)

A responsabilidade civil tem o escopo de tornar a situação da pessoa que foi lesada parecida ou igual à situação anterior do dano. Ela é utilizada como meio de reparar essa situação a partir do patrimônio do causador ou responsável. Possui o cunho compensatório em relação a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador. No Direito de Família, em especial no que se refere ao direito ao afeto, a responsabilidade civil busca indenizar o menor que foi privado do seu direito do afeto pelo genitor.

A responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva também conhecida como teoria do risco é entendida como responsabilidade sem culpa, definida pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil pós modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo (...) Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. (VENOSA, 2009, p.9)

Ao se consolidar a teoria do risco surgiram várias correntes como propostas de demarcações sobre os seus limites, no entanto, todas sobre o ponto

principal que é a reparação do dano, tão somente pela presença do risco, independente de culpa do genitor, já que o presente estudo se refere ao abandono afetivo. A modalidade mais aceita é a teoria do risco criado, onde a reparação é devida simplesmente pela criação do risco.

Com o surgimento da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva não deixou de ser aplicada. Esta será aplicada quando a culpa do infrator ficar demonstrada, hipótese em que ficará mais fácil o êxito do lesado em obter suas pretensões de reparação ao dano sofrido. (OLIVEIRA, 2011, p.109).

Assim, para que exista na responsabilidade subjetiva a indenização devem existir três requisitos: Dano, nexo de causalidade e culpa.

No que tange o dano, este se apresenta como um elemento necessário para configurar a responsabilidade civil. Assim, não há que se falar em responsabilidade, sem que se aponte para a existência de um dano que deve ser reparado (DIAS, 1995, p. 713).

O dano é uma lesão causada a qualquer bem jurídico, inclusive na esfera moral. Por outro lado, cumpre apontar que se refere à lesão ao patrimônio, seja ele fundado em qualquer tipo de relação jurídica (GONÇALVES, 2011, p. 70).

Dentro de um ato ilícito, o dano não se mostra fundamental, já que ele pode existir sem o outro, sendo essencial para se configurar a responsabilidade civil, juntamente com a conduta e nexo causal.

Na análise da responsabilidade civil, o dano é o grande responsável por tal ocorrência. "Não há que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se este não estiver presente. Destacando que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem que o dano seja comprovado (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 183)".

O dano é toda lesão causada ao bem jurídico que dispõe de proteção pelo direito e pelas normas vigentes, não se limitando apenas ao patrimônio, mas se relaciona também aos prejuízos de ordem imaterial, englobando os direitos da personalidade humana.

No âmbito de aplicação e efetivação do direito de família, as causas de abandono afetivo se caracterizam como grande afronta danosa, e que muitas

vezes cabe ao instituto da responsabilidade civil atuar, visando à reparação. Diante de tal cenário, há que se ressaltar também acerca do chamado “dano moral”, que se define como a lesão injusta a bens tutelados e que não são de cunho patrimonial.

A fundamentação jurídica acerca do dano moral encontra-se no artigo 5º, inciso V e inciso X da Constituição Federal⁵, e que tem como embasamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Nessa ótica, define-se o dano moral da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.55)

35

A lesão referente ao dano moral não se restringirá ao dinheiro e valores econômicos. O dano moral consiste na lesão aos direitos da personalidade, de modo que sentimentos como a honra, intimidade e a imagem são lesados.

Com relação à prova do dano moral Rui Stoco diz que:

A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das questões facti. Explica-se: como o dano moral é, em verdade um ‘não dano’, não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto,

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988);

porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não pode se falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material. (STOCO, 2007, p.1714-1715).

Assim, o dano moral é caracterizado pela ocorrência de uma lesão ao íntimo da personalidade, em que a prova em juízo é desnecessária.

A lesão causada pela ausência de afeto proporcionada pelos pais é motivo ensejador para que haja reparação por danos morais. Por outro lado, deve-se apontar que dentro da jurisprudência de direito de família, há correntes que entendem que devem ser comprovados os prejuízos do menor em razão do abandono afetivo.

Não bastam condutas (ação ou omissão) que podem levar à responsabilização do seu autor. Ou seja, a ausência de afeto ou abandono emocional do pai para com o filho não gera, por si só, o dever de indenizar. Há que restar demonstrado o dano (ou grau de dano) que sofre ou sofreu a criança ou o adolescente em razão dessa omissão dos pais. É o nexo causal. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Diante deste entendimento, tem se posicionado as jurisprudências no sentido de que nem todos os filhos que convivem com o abandono afetivo, sofrem com isso. Assim, apenas aqueles que sofrem com inúmeros abalos psicológicos é que são titulares do direito de postularem uma reparação para esse dano.

Em relação a culpa, ela está diretamente ligada a ação ou omissão, podendo existir a partir da imprudência, negligência ou até mesmo da chamada imperícia.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado,

apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano) (STOCO, 2007, p.1767).

Não há uma definição concreta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, acerca da culpa. O código civil o caracteriza como sendo um ato ilícito.

A culpa difere também do conceito de dolo, que é aquela conduta intencional, onde o agente atual conscientemente de forma que se deseja o resultado antijurídico produzido. Por sua vez, na culpa não existe essa intenção de lesar. “A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia (SANTOS, 2012)”.

A culpa é a conduta voluntária, que age de forma contrária ao dever de cuidado, atribuída pela norma jurídica. Nela há produção de um evento caracteriza pelo dano que acontece de forma involuntária, porém previsto ou previsível pelo agente que praticou (RODRIGUES, 2007, p. 147).

Em relação ao Direito de Família, tem-se percebido que a legislação civil prevê os casos de responsabilidade dos pais diante dos filhos, conforme discorre o artigo 932, incisos I e II, do Código Civil atual, e condutas contrárias, muitas vezes pode incidir na culpa do genitor.

A ausência de afeto praticada pelos pais pode ocorrer tanto por dolo ou como também por culpa, dentre várias circunstâncias. Um exemplo clássico de dolo é quando o pai esta brigado com a mãe, e de modo a afetar a genitora detentora da guarda, abandona o seu filho, não dando mais a atenção e carinho que merece. Por sua vez, um caso de culpa que se pode destacar, é nas situações onde um pai, dotado de excesso de serviços e trabalhos, esquece-se de praticar os atos essenciais de carinho no filho, que reside dentro do próprio lar.

Em relação ao nexo de causalidade, para se configurar a responsabilidade civil, é necessária a existência de uma ofensa e do dano. Não se limita apenas a prática de conduta contrária ao direito, mas que essa conduta resulte em grave prejuízo, e que haja uma relação de causalidade entre o ato e o mal então causado. “O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado (LEITE, 2007)”.

Trata-se de um vínculo que se cria a partir da causa e o seu efeito, ou também chamado de conduta e resultado. Por exemplo: Se acontece um acidente de carro e esse fica destruído, a destruição está diretamente ligada ao acidente, e o causador deste evento deve repará-lo. Eis aí o nexo de causalidade.

Mas nos casos em que acontecem várias causas, há maiores dificuldades de se estabelecer qual o nexo causal. Nesse aspecto, por exemplo, o filho que perde a mãe no parto não poderá demandar contra o hospital, se a doença que gerou a morte da genitora não tiver relação com possível omissão do corpo clínico.

Diante de tal cenário, há que se apontar que havendo abandono afetivo, a culpa do pai deve ser caracterizada, de modo que seu ato negativo se assume como uma verdadeira conduta omissiva. Nessa situação, os abandonos dos filhos assim como os danos que geram nesses menores referem-se a motivo de nexo de causalidade.

Nesses casos, fala-se na necessidade de laudo pericial, para que se atestar os motivos que ensejaram a doença da criança. Deve-se aferir se há ou não relação direta com a conduta do pai, já que não se pode responsabilizar o pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado no menor em período anterior ao abandono, visto assim a ausência de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

É certo que o nexo de causalidade, assim como o dano e a culpa, são importantes elementos norteadores na aferição da responsabilidade ante a prática do abandono afetivo, à luz da jurisprudência.

A INDISPONIBILIDADE DA PATERNIDADE

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana, de modo que a troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação à sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência. Percebe-se que até mesmo tentar definir a importância da família, se mostra confuso, ora que essa parte de um sentimento subjetivo.

Desse modo, os vínculos afetivos têm papel fundamental para a estrutura familiar, a qual os sentimentos de amor, solidariedade, respeito e confiança devem ser práticas e cultivadas diariamente, sendo consideradas como pilares norteadores para a solução de lide judicial. (COIMBRA, 2013)

39

A família contribui para o surgimento e evolução constante dos valores e sentimentos essenciais das pessoas, onde a ausência dos pais na vida da criança pode acarretar em diversos sentimentos negativos, e até mesmo em inúmeros problemas psicológicos.

Não se trata das situações onde o pai é falecido ou até mesmo desconhecido. Quando o menor sabe da existência do genitor, e, este mesmo assim o abandona, cria-se no imaginário o sentimento de rejeição.

Por sua vez, nessas mesmas situações onde o genitor é falecido ou desconhecido, o outro genitor responsável pela prole, muitas vezes tenta suprir essa ausência, e consecutivamente a carência nutrida.

As ausências dos pais acarretam em "baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (SOUZA, 2010, p. 119)".

Uma vez demonstrada de forma imotivada à ausência de um dos genitores no desenvolvimento dos filhos, e que isso desencadeou inúmeros danos, não

apenas materiais, mas também moral, cria-se, a possibilidade de ressarcimento moral, através da via judicial, ora que assim estão presente os requisitos necessários para ingressar com a ação civil. Nesta ótica, estando caracterizados os requisitos que ensejam o dano moral, (omissão, dano, culpa e nexo de causalidade), é possível a reparação por danos morais.

O abandono afetivo praticado pelo pai, ou até mesmo pela mãe, sem dúvida alguma é fator que viola a lei, sendo motivo para medidas mais graves, tais como a possibilidade de destituição do poder familiar, conforme previsto na redação do artigo 1638 do Código Civil Brasileiro⁶, sendo inclusive o reconhecimento da postura já adotada, de abandono do genitor em face da prole.

A simples destituição do poder familiar, poderia não gerar um efeito educativo necessário, ora que acaba se tornando uma premiação ao pai omissor. Por isso, cria-se a faculdade de indenizar moralmente, mexendo diretamente com a economia daquele que praticou o abandono.

Neste sentido, menciona-se o REsp nº 1.159.242-SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado recentemente pelo STJ, e que teve grande repercussão nas mídias e imprensa em geral.

40

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3.

6 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

41

Portanto, percebe-se que o abandono afetivo é um ilícito que merece a justa reparação. É o entendimento da jurisprudência, a reparação para aquele que deu causa ao abandono afetivo, descumprindo-se da sua função paternal/maternal, esquecendo-se da existência da sua prole, que necessita de assistência para desenvolver.

O amor não é um sentimento que se conquista através do Poder Judiciário, ma o afeto se aplica como um dever, dever este de amor, proteção e cuidado, muito embora se entenda ser subjetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o sentimento do afeto é essencial nas relações familiares, repercutindo diretamente nas relações familiares, assim como os reflexos que reproduzem no âmbito indenizatório, a partir da análise jurisprudencial.

O Direito de família possui um caráter humanizador, que por sua vez é entendido como o elemento essencial para o desenvolvimento da pessoa humana,

sendo que dele emana a ordem comportamental e organizacional, que reflete em toda a sociedade, a partir do afeto.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio, tornando-se o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição, estando hoje, previsto no artigo 226 da CF/88.

O Poder Constituinte Brasileiro atribuiu a necessidade de afeto no âmbito familiar. Ocorre que com o término das relações entre os genitores, muitas vezes o que fica ausente em relação à prole, acaba por se distanciando dos filhos, acarretando em inúmeros problemas. O rompimento da relação conjugal entre os pais não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Por outro lado, se o término da relação ocorre de forma conturbada, reflexos diretos são trazidos na vida do menor, sendo ele utilizado como elemento de disputa entre pais, quando não ocorre o chamado "abandono afetivo", que em suma, refere-se ao rompimento do genitor com sua prole.

Esse distanciamento gerado, na maioria das vezes ocasiona males imensuráveis na vida do menor, que diferente do abandono financeiro que se pode reparar com uma indenização pecuniária, o dinheiro embora tenha a intenção de reparar um dano, não substituirá o ocasionado.

Mas, a partir da ótica da responsabilização, cabe ao Direito Civil, através do Instituto da Responsabilidade Civil, contribuir para a verificação da ocorrência do dano na caracterização do abandono afetivo. Uma vez caracterizado o dano na vida do menor advindo de ato ilícito, ou da culpa, em razão da ação ou omissão, e principalmente o nexo de causalidade, que é a ligação de tudo isso, não se restam dúvidas que a indenização se materializa.

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana. A troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação ao sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência.

A inércia dos genitores em face do dever de afetividade da prole deve ser reparada, mesmo que de forma indenizatória, ora que o amor não é algo que se compra ou vende, sendo certo que decisões como a proferida pelo STJ, contribuirão para que outros genitores repensem suas atitudes, antes mesmo de praticar o abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70036776078. 7ª Câmara Cível, j. 26.01.2011. Rel. Des. Robero Carvalho Fraga. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª.ed. Rev. E Ampl. São Paulo: Atlas, 2008

COIMBRA, Marta de Aguiar. **Família socioafetiva e a importância do princípio constitucional da afetividade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13375&revista_caderno=14>. Acesso em: 01 fev. 2015.

DE LUCA, Guilherme Domingos; SANTOS JUNIOR, Danilo Rinaldi. **Guarda compartilhada dos padrastos e madrastas**: efetivação do princípio do maior interesse da criança e do adolescente. In: Carolina Valença Ferraz; José Sebastião de Oliveira; Luciana Costa Poli. (Org.). XXIII Congresso Nacional do CONPEDI (UFPB). 1ed. v.1. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=476d47ccb574f051>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Apontamentos sobre o nexo causal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2353>. Acesso em: 01 fev. 2015.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Abandono afetivo dos filhos e danos morais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

MONTEIRO, Wesley. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas**: ensaio sobre alienação parental. **Âmbito Jurídico**, v. 93, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. **Do direito de família**. Publicado em: 2011. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[44](http://www.ambito-</p></div><div data-bbox=)

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 17 jan. 2015.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina.** In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 58, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VALE, Natália do. **Ausência Dos Pais Pode Comprometer Saúde Emocional Dos Filhos.** Disponível em: <www.pediatriaemfoco.com.br/posts.php?cod=326&cat=8>. Acesso em: 20 jan. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

**ENTRE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E
DECISIONISMOS:
ACERCA DE UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA A PARTIR
DO ENSAIO PERDIDO DE H.L.A. HART**

Renê Chiquetti RODRIGUES⁷

RESUMO: O problema investigado no presente estudo pode ser formulado do seguinte modo: admitir a existência da discricionariedade judicial implica necessariamente em se aceitar o decisionismo por parte dos juízes? Tornou-se comum na literatura jurídica criticar a discricionariedade judicial, afirmando-se que admiti-la significaria endossar posturas judiciais arbitrárias, abrindo-se espaço para decisionismos. A partir do método hipotético-dedutivo, a questão apontada será investigada por meio de um ensaio perdido de H.L.A Hart sobre a discricionariedade, apresentado em seu ano de pesquisa na Universidade de Harvard. O estudo pretende demonstrar que, se for entendida nos termos propostos por Hart, a discricionariedade não pode ser afirmada como campo de exercício de arbitrariedade ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”.

46

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica; interpretação; positivismo jurídico.

ABSTRACT: The problem investigated in this study can be formulated as follows: admit the existence of judicial discretion necessarily imply accepting the decisionism by the judges? It has become common in the legal literature criticizing judicial discretion, asserting that admitting it would mean endorsing arbitrary judicial positions, opening up space for decisionisms. From the hypothetical-deductive method, the question pointed will be investigated by means of a lost essay of H.L.A Hart on discretion, presented in its year of research at Harvard University. The study aims to demonstrate that, if understood in the terms proposed by Hart, the discretion can not be affirmed as arbitrary exercise field or open space to "I decide according to my conscience."

KEYWORDS: hermeneutics; interpretation; legal positivism.

⁷ Estudante de Pós-graduação - Universidade Federal do Paraná - UFPR

INTRODUÇÃO

A interpretação do direito ganhou um novo fôlego com o fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil. Em um primeiro momento, a literatura teórica especializada afirmou que, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, o intérprete judicial não estava mais preso às amarras do formalismo lógico-interpretativo da subsunção. Esta euforia hermenêutica inicial acabou sendo repensada quando foi notado um uso indiscriminado (arbitrário, irracional) dos princípios para fundamentar decisões de casos semelhantes em sentidos claramente opostos. Diante de tal contexto, é possível agora verificar uma inversão: se antes a liberdade do intérprete era louvada, agora a preocupação é com o controle hermenêutico das decisões judiciais. Assim, a noção de discricionariedade judicial passou a ser severamente criticada por parte significativa da literatura teórica do direito no Brasil.

Assim sendo, o problema investigado no presente estudo pode ser formulado do seguinte modo: admitir a existência da discricionariedade judicial implica necessariamente em se aceitar o decisionismo por parte dos juízes? O “problema” da discricionariedade tem sido apresentado, geralmente, a partir de uma determinada perspectiva teórica que procura enfatizar questões ligadas à resolução de casos jurídicos pelos juízes, e suas críticas são dirigidas principalmente contra autores juspositivistas, em especial, Hans Kelsen e H.L.A. Hart. Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, a questão apontada será investigada por meio de um ensaio perdido de H.L.A. Hart sobre a discricionariedade, apresentado em seu ano de pesquisa na Universidade de Harvard. O estudo pretende verificar se a discricionariedade – entendida nos termos propostos por Hart – pode ou não ser afirmada como campo de exercício de arbitrariedade ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”.

O presente estudo se divide em duas seções principais. Primeiramente, nos dedicaremos a expor sinteticamente as principais críticas feitas ao positivismo jurídico pós-exegético – em razão do papel que a discricionariedade judicial desempenha no seio desta teoria – por meio da perspectiva desenvolvida pela Crítica Hermenêutica do Direito. Em segundo lugar, reconstruiremos parte da argumentação de H.L.A. Hart em um ensaio intitulado “Discretion”, escrito

em seu ano de pesquisa na Universidade de Harvard e que se encontrava perdido até 2013.

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO INIMIGO A SER COMBATIDO

A noção de discricionariedade judicial tem sido severamente criticada por parte significativa da literatura teórica do direito no Brasil. O “problema” da discricionariedade tem sido apresentado, geralmente, a partir de uma determinada perspectiva teórica que procura enfatizar questões ligadas à resolução de casos jurídicos pelos juízes, e suas críticas são dirigidas principalmente contra autores juspositivistas, em especial, Hans Kelsen e H.L.A. Hart. Para uma boa compreensão das críticas feitas, faremos a seguir uma breve exposição geral e introdutória do pensamento de cada autor.

Hans Kelsen (1881-1973), considerado um dos maiores juristas do século XX, é autor da *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*]. A teoria de Kelsen foi publicada em uma obra homônima, inicialmente em 1934 (1ª edição) e significativamente reformulada em 1960 (2ª edição). A *Teoria Pura do Direito* pode ser compreendida conjuntamente como um modelo de epistemologia jurídica e uma teoria geral do direito. A preocupação de Kelsen era desenvolver um modelo científico *puro* para se compreender o direito positivo, ou seja, em criar uma ciência especificamente jurídica, distinta da sociologia jurídica, da psicologia jurídica e de estudos sobre a moralidade social. Neste modelo, caberia ao jurista (enquanto cientista do direito) descrever o direito positivo – entendido como conjunto de normas jurídicas válidas em um determinado espaço e um determinado tempo – como ele é, sem tecer considerações de ordem valorativa (ou seja, sem criticá-lo ou justificá-lo). Para Kelsen, o direito positivo (as normas jurídicas) é um produto da *vontade* humana [“ato de vontade”] – dado que é posto pela autoridade competente (pelo legislador, pelo juiz etc) – podendo ser válido ou inválido, sendo que as proposições jurídicas, por sua vez, são criadas pelos cientistas do direito e são produto do *conhecimento* humano [“ato de conhecimento”], podendo ser verdadeiras ou falsas.

O oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* é voltado para a interpretação do direito pelo intérprete autêntico (para os fins deste estudo, o intérprete autêntico é o juiz). A interpretação é concebida como sendo “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. O ato de aplicação do direito possui uma relativa indeterminação – que pode ou não ser intencional. A aplicação judicial do direito pelo intérprete autêntico é um ato vontade relativamente livre, na medida em que põe o direito para o caso concreto dentro da moldura da norma jurídica. A questão acerca de qual das possibilidades hermenêuticas existentes dentro de uma moldura normativa é a “justa”, é uma questão que, por natureza, escapa ao conhecimento científico do direito, não sendo um problema de teoria, mas, sim, de política do direito. É justamente pelo fato de afirmar esta liberdade interpretativa [discricionariedade] por parte do aplicador do direito (em nosso caso, o juiz enquanto intérprete autêntico) que se critica a *Teoria Pura do Direito* como tendo um caráter “decisionista”, abrindo o caminho para decisões judiciais arbitrárias.

49

H.L.A. Hart (1907-1992) também é um dos grandes nomes da teoria do direito no século XX. Em 1961 publica sua obra magna, intitulada *O Conceito de Direito* [*The Concept of Law*], cujo objetivo era, por meio da crítica da teoria imperativa do direito (Jeremy Bentham e John Austin), propor uma nova forma de se descrever objetivamente o fenômeno jurídico. Em sua obra, após apontar as insuficiências da teoria imperativa, Hart desenvolve sua concepção do conceito de Direito como conjunto de regras primárias e regras secundárias. Enquanto as primeiras criam obrigações entre os indivíduos, as regras secundárias são responsáveis pela atribuição de competências e pelo estabelecimento dos critérios de verificação de juridicidade das normas jurídicas (podendo ser de três tipos: i. normas de competência, ii. normas de adjudicação, iii. norma de reconhecimento).

O tema da interpretação do direito é tratado por Hart no sétimo capítulo de seu *O Conceito de Direito*, intitulado “Formalismo e Ceticismo sobre Regras”. Neste capítulo Hart aponta o erro hermenêutico de duas correntes antagônicas: a

primeira, afirma que o juiz ao decidir um caso está apenas declarando um direito previamente existente e encontrado pronto na lei ou no costume (formalismo); a segunda corrente, por sua vez, afirma que as regras não constituem verdadeiramente o direito e que este é tão somente uma criação judicial (ceticismo) – ‘o direito é aquilo que os juízes dizem que é’. Hart sustenta que o direito possui uma “textura aberta” – sendo parcialmente indeterminado, como Kelsen – e que existem casos judiciais em que a solução é simples, dando a impressão de que o juiz apenas “declara” o direito, e outros em que se encontrariam – justamente em razão da textura aberta – numa zona de penumbra, em que o juiz possuiria discricionariedade para criar o direito para o caso *sub judice*. É justamente por afirmar a existência dessa discricionariedade judicial que o juspositivismo de Hart é criticado por dar azo a arbitrariedades e permitir o decisionismo judicial.

Em que pese a crítica da discricionariedade judicial poder ser feita por meio de diversos marcos teóricos, abordaremos neste estudo (de modo muito sucinto, e apenas como ponto de partida) a questão a partir dos principais argumentos levantados pelos juristas da Crítica Hermenêutica do Direito. Sob tal perspectiva, “o problema da discricionariedade é o ponto fulcral do enfrentamento da questão da arbitrariedade no direito”, sendo, por isso, “fundamental combater o arbítrio presente na discricionariedade dos juízes, até para honrar a própria história institucional do direito e seu enfrentamento constante do arbítrio, vale dizer, do discricionário”. Assim, é preciso “discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais”.

A discricionariedade judicial seria a característica que serviria de elo entre as várias concepções de positivismo jurídico. Isto, pois,

as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade).

Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham sob outro viés, parcela significativa nesse *affair*. Kelsen “desiste de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis (embora deles não fale, na especificidade)”, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decionismo kelseniano”). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal escolha se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema e o sujeito do esquema sujeito-objeto”, problemática que repercute até hoje, reforçada, por exemplo, nas teorias da argumentação jurídica.

De tal modo, o “positivismo pós-exegético está ligado à discricionariedade interpretativa (que conduz, mormente em *terrae brasilis*, inexoravelmente à arbitrariedade de sentidos)”. Especialmente no Brasil, o “problema da discricionariedade” teria assumido “contornos dramáticos, em que discricionariedade e arbitrariedade acabam sendo face da mesma moeda” e, por isso, discricionariedades “sempre descambam para a arbitrariedade interpretativa”. Tal crítica, registra que “a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de certo modo, reapropriada pelas teorias argumentativas” e, em razão disso, “em face do domínio do positivismo, admite-se interpretações discricionárias e arbitrarias”. Justamente por essa alegada relação com a arbitrariedade, “a discricionariedade não se reaciona bem com a democracia”.

Em suma, a discricionariedade judicial, por ser equivalente (ou ao menos um ‘porta aberta’) à arbitrariedade, implicaria na aceitação de decisionismos judiciais que, por sua vez, seriam incompatíveis com a democracia (v.g. com o Estado Democrático de Direito). Segundo a Crítica Hermenêutica do Direito, a discricionariedade judicial seria a característica que uniria todas as formas pós-exegéticas de positivismo jurídico, tornando-os incompatíveis com o vigente

“paradigma” do Constitucionalismo Contemporâneo ou Constitucionalismo pós-bélico (comprometido com a concretização de direitos fundamentais e com a democracia). A afirmação positivista da discricionariedade judicial ocorreria, segundo tal perspectiva crítica, em razão de uma espécie de ‘defeito’ em seu fundamento filosófico, que residiria em uma filosofia representacional centrada no “sujeito solipsista da modernidade” anterior ao *linguistic turn*. Por isso, os juspositivistas (e as teorias da argumentação) fariam uma “aposta” na discricionariedade judicial para solucionar os “casos difíceis”.

Nesta perspectiva, sustenta-se a existência de uma distinção entre *Decisão* e *Escolha* – havendo uma íntima relação entre *escolha* e *discricionariedade judicial*:

a decisão – no nosso caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante das várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe pareça mais adequada. Com efeito, *decidir* não é sinônimo de *escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante desses dois fenômenos. A *escolha*, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, *sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em dada circunstância*. Em outras palavras, a *escolha* é sempre *parcial*. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade*. Portanto, quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver “casos difíceis”, o que se afirma é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.

De outra banda, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas sim, a partir de um *comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do Direito). Por isso que a hermenêutica, no modo aqui trabalhada, contribui sobremedida para a correta colocação deste problema. Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos sempre como

pré-compreensão. [...] toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido).

De tal modo, haveria uma distinção entre *decisão* [jurídica] e *escolha*, sendo que a *discricionariedade* seria a palavra técnica utilizada pelo direito para se referir à escolha. A diferença traçada pela Crítica Hermenêutica do Direito entre decisão e escolha, todavia, não deixa de apresentar fortes traços de parcialidade. Isto se dá porque a conceituação do que é entendido por decisão é feita a partir de uma determinada perspectiva cognitiva, desenvolvida pela própria escola jurídica. Trata-se de uma concepção teórica que efetua uma imbricação entre a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e a noção de direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin (1931-2013). A concepção do que deve ser compreendido por *decisão* é dependente dessa visão teórica, sendo distinta de uma simples *escolha* em razão de um determinado *compromisso*.

Ocorre que o conteúdo desse *compromisso* é altamente questionável, tendo em vista que sua descrição envolveria termos enigmáticos com um alto grau de mistério que beiram a metafísica: esse compromisso seria “algo” que se “antecipa”, sendo que esse “algo” consistiria na “compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito” e que “se apresenta como a melhor interpretação do Direito”. Tal conceituação de *decisão* é problemática, pelo menos, por dois motivos: i) para admitir tal conceituação eu precisaria, necessariamente, aceitar a imbricação Gadamer/Dworkin como lugar de fala – tendo em vista que a própria conceituação se vale de noções gadamerianas (v.g. “pré-compreensão”). Caso eu não admita tal concepção teórica ou assumo outra perspectiva que não tenha fundamentos compatíveis com tais pressupostos filosóficos, a definição perderia o sentido; ii) ainda que eu admita tal concepção teórica (imbricação Gadamer/Dworkin) e aceite tal conceituação, tal conceito não deixaria de apresentar problemas, tais como: se *decisão* é um compromisso com a “compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito”, sendo algo que “se apresenta como a melhor interpretação do Direito”, por que haveriam tantas divergências razoáveis entre juízes (Ministros, *Lords*, *Justices*)

que compõem Cortes Supremas ao decidirem “casos difíceis”? Ainda mais quando o caso muito provavelmente, como geralmente ocorre com casos que chegam até as Cortes Supremas, já foi objeto de análise jurídica por parte de um juiz de primeira instância e por um Tribunal recursal, tendo sido longa e exaustivamente debatido? Por acaso tais juízes (Ministros, *Lords*, *Justices*) não constituem, eles mesmos – tanto como cidadãos quanto como decisores jurídicos – parte dessa comunidade política que constrói o direito, partilhando dessa “moralidade pública”? Por que haveria divergência judicial quando existe “esse todo que se antecipa”? Seria o caso de que um dos juízes divergentes não estaria prestando atenção a essa pré-compreensão que se apresenta como a melhor interpretação do direito? Neste sentido, poderíamos afirmar que apenas um dos intérpretes que estão divergindo tomaria efetivamente uma *decisão* e os demais estariam apenas *escolhendo*? Caso vença no julgamento efetuado pela Corte Suprema – por maioria de julgadores – a interpretação daqueles que *escolheram* e não daquele que *decidiu* (em conformidade ao ‘todo que se antecipou’), a decisão final da Corte seria uma *não-decisão*? Ou, por outro lado, não seria o caso de que tais juízes divergem (pressupondo que todos estejam agindo de “boa-fé hermenêutica”, tentando evitar sinceramente uma sentença arbitrária) exatamente porque tal pré-compreensão é incapaz de apresentar uma única resposta correta (v.g. constitucionalmente adequada) ao caso *sub judice*, possibilitando que tais intérpretes judiciais reconstruam, de modo razoável e fundamentado, respostas distintas condizentes com a “moralidade pública” da comunidade política? Podemos ficar aqui.

O que nos interessa nos limites deste estudo é apenas ressaltar que a conceituação de *decisão* dada pela Crítica Hermenêutica do Direito só pode ser admitida caso compartilhemos o mesmo ponto de vista teórico (imbricação Gadamer/Dworkin) e, ainda assim, tal admissão não deixaria de apresentar incontornáveis problemas. Entretanto, ainda que não adotemos tal conceituação (tendenciosa) de *decisão*, a distinção levada a cabo pela Crítica Hermenêutica do Direito não deixa de apresentar uma importante intuição: realmente, decidir (e decidir juridicamente) parece algo bem distinto de escolher.

Tal intuição, todavia, não é uma novidade na teoria do direito. Recentemente, Geoffrey C. Shaw descobriu um ensaio perdido de H.L.A Hart em que o professor inglês tece algumas considerações sobre a noção de discricionariedade judicial, apontando exatamente a relevância de tal distinção. Nosso interesse aqui é verificar se a crítica feita pela Crítica Hermenêutica do Direito à discricionariedade judicial, nos moldes em que é delineada pelos positivistas (em especial, por H.L.A Hart) é ou não procedente. De modo mais específico: quando H.L.A Hart afirma a existência da discricionariedade judicial nos casos difíceis, estaria ele afirmando algo semelhante a um campo de exercício de arbitrariedades subjetivistas ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”? É o que tentaremos verificar no próximo tópico.

UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA: O ENSAIO PERDIDO DE H.L.A. HART

Em novembro de 1956, H.L.A Hart escreveu breve um ensaio intitulado *Discretion* que acabou nunca sendo publicado e era considerado perdido. Hart escreveu o artigo na *Harvard Law School*, pouco tempo após chegar para um período de pesquisa como *visiting professor*. Recentemente, Geoffrey C. Shaw decidiu empreender uma pesquisa para investigar a relação entre a escola processual de Harvard e o pensamento de Hart, encontrando o ensaio perdido nos arquivos dos professores que participaram do grupo de pesquisa que Hart foi membro durante seu ano de pesquisa. No presente tópico, reconstruiremos parte da argumentação do professor de Oxford desenvolvida nesse ensaio com o objetivo de verificar como Hart concebe essa distinção entre escolha e decisão judicial.

Hart inicia seu ensaio assinalando que as questões que surgem neste campo certamente são difíceis, sendo que a principal dificuldade talvez seja determinar exatamente que tipo de perguntas que estamos tentando responder ao se falar em discricionariedade. O professor de Oxford afirma ter a convicção de que se nós pudéssemos apenas dizer claramente quais são as questões, as respostas para elas podem não parecer tão imprecisas. Por isso, Hart começa com

uma simples lista de questões sobre a discricionariedade, questões estas que, de uma forma ou de outra, teriam sido expressadas pelo grupo.

Desse modo, Hart lista cinco questões que parecem ser centrais para o debate:

1. O que é a discricionariedade, ou o que é o exercício da discricionariedade?
2. Sob quais condições e por que nós, de fato, aceitamos ou toleramos a discricionariedade em um sistema jurídico
3. Devemos aceitar a discricionariedade ou tolerar a discricionariedade, e em caso afirmativo, por quê?
4. Quais são os valores que o uso da discricionariedade ameaça, e quais os valores que ela mantém ou promove?
5. O que pode ser feito para maximizar o modo benéfico de se usar a discricionariedade e minimizar os danos que ela produz?

De modo consciente, Hart não coloca na lista algumas questões específicas, como questão acerca de quais seriam as condições psicológicas de uma boa utilização da discricionariedade (proposta pelo prof. Freund, no último encontro do grupo). Hart justifica a omissão da questão afirmando que, se nós entendermos claramente o que é o uso da discricionariedade e o que conta um como exercício satisfatório da discricionariedade em diferentes campos, não precisamos realmente enfrentar esta independente questão psicológica – e mera a proposição dessa indagação já poderia sinalizar a falta de clareza acerca do que é a discricionariedade e o que pode ser afirmado como sendo um exercício satisfatório da discricionariedade em diferentes campos.

O tópico II se inicia investigando a parte inicial da primeira indagação da lista de questões elaborada por Hart (o que é a discricionariedade?). O professor afirma que pode ser o caso do termo discricionariedade ser irremediavelmente vago e usado pelos juristas de modo aleatório: se esse fosse o caso, a única observação que poderíamos fazer sobre o sentido do termo discricionariedade seria apenas esta. Todavia, este não é o caso. Após distinguirmos as características dos casos centrais ou claros do exercício da discricionariedade terem sido distinguidos, podemos ver que haverá muitos outros casos em que apenas algumas das características centrais presentes no caso claro estão

presentes e onde nós hesitaria ou discorda quanto à classificação deles como casos de discricção; há também estará presente em casos que não seria normalmente classificam como o exercício do poder discricionário algumas características dos presentes, nos casos centrais; sendo que também haverá algumas características presentes naqueles casos centrais em casos que normalmente não se classificar como o exercício do poder discricionário. Esta posição – de que somos capazes de distinguir as principais características de um caso claro e, em seguida, apontar casos limítrofes onde alguns, mas nem todos os recursos estão presentes – seria a característica de definição neste campo.

Hart prefere esta maneira de colocar a situação semântica apenas para dizer que temos um *continuum* que se estende por uma vasta área e que nós distinguimos algo que se desvanece gradualmente em outras noções, porque essa metáfora de um *continuum* acentua o fato de que nós fazemos de fato, bem como bem como reconhecer a imprecisão no limite de noções tais como discricionariiedade, também reconhece casos claros ou simples, e se nós não poderíamos fazer isso, não devemos ser capazes de usar o respectivo termo em nossa comunicação uns com os outros.

Existem duas razões importantes para focalizar nossa atenção sobre as características presentes nos casos em que estaríamos todos de acordo no sentido de que deveriam ser classificadas como casos de discricionariiedade: a primeira razão é que muitas dificuldades ou preocupações com a discricionariiedade certamente surgem nos casos claros. Em segundo lugar, apesar de sermos capazes de concordar sobre uma área central de fenômenos como constituindo casos claros da discricionariiedade, podemos não entrar em um acordo quanto uso do termo ou, se você gosta, com seu domínio para os fins da vida cotidiana de uma falta de clareza fundamental sobre os princípios que regem o nosso uso acordado. Assim, Hart considera ser vital importância tornar explícitas as características presentes nos casos acordados de discricionariiedade, e isso só pode ser feito por algum tipo de análise reflexiva do nosso uso corrente do termo.

Muitas vezes a pergunta "O que é X?" e a pergunta "Com quais objetivos nós de fato usamos X?" devem ser consideradas em conjunto. Em tais casos, o

para que a coisa é usada realmente fazer parte do significado próprio da conceito em questão. Todavia, se uma determinado expressão é ou não um termo instrumental, não pode ser afirmado com antes de se indagar qual é o uso padrão do termo em questão. As vezes, quando investigamos o significado de alguma expressão importante, descobrimos que não há realmente nenhuma discordância sobre o que a expressão significa e a divergência se dá acerca da maneira na qual o termo é usado. Nestes casos, Hart concorda que as questões fundamentais se desvirtuam quando postas como meras questões de definição. Todavia, se este é o caso do termo discricionariedade ou não, isto só pode ser verificado depois que termos descoberto o mínimo de conteúdo acordado no uso normal do termo.

No tópico III, Hart faz uma lista contendo um conjunto de exemplos de casos em que todos se enquadram claramente no âmbito acordado do termo "discricionariedade". O intento de tal lista é nos lembrar da enorme diversidade das situações em que esse fenômeno aparece, pois nada neste campo seria tão enganoso como uma concentração excessiva em um tipo determinado de exemplo.

Entretanto, o ponto fundamental para nossa breve investigação se encontra no tópico IV, em que Hart indaga: "O que, é então, a discricionariedade?". Para o professor de Oxford, na tentativa de definir ou elucidar esse termo, devemos, ao menos por um momento, desviar nosso olhar do Direito. Assim poderemos ver que o fenômeno da discricionariedade, que tanto nos preocupa no Direito, tem suas raízes e um lugar importante em nossa vida cotidiana e, pela consideração dos exemplos relativamente simples, podemos ser capazes de formular claramente quais são as características presentes nos casos normais de discricionariedade.

Nesse sentido, o primeiro ponto que podemos aprender com a consideração do uso do termo discricionariedade fora do Direito é que seria um erro para identificar a noção de discricionariedade com a noção de escolha (*tout court*). Embora de certo modo relacionadas, estas noções são distintas. Hart ressalta que a discricionariedade [*discretion*] é, afinal, o nome de uma virtude intelectual: ela é um quase um sinônimo de sabedoria prática, de sagacidade ou

ainda prudência, tendo em vista que se trata do poder de discernir ou distinguir o que em vários campos é considerado apropriado para ser feito, e etimologicamente, o termo está conectado com a noção de discernimento.

Estas considerações apontam que há um tipo de escolha que não devemos classificar como o exercício de discricionariedade, ou seja, há casos em que, ao ser necessário efetuar uma determinada escolha, nós não decidimos simplesmente com base em caprichos pessoais ou desejos imediatos. Hart se vale aqui de um importante exemplo. Um indivíduo A indaga ao indivíduo B: Você deseja tomar um martini ou um xerez? O indivíduo B escolhe um Martini. O indivíduo A indaga o porquê da escolha e o indivíduo B: “Porque eu prefiro – apenas isso”. Para Hart, seria absurdo falar de um poder discricionário a ser exercido nesta situação, pois, o indivíduo B não apresenta nenhum princípio ou justificativa para sua escolha: ele não está tentando fazer algo que ele mesmo classificaria como sábio ou prudente, algo que merecesse a direção de um princípio ou aprovação racional. Claro, seria possível condenar a escolha de muitas maneiras diferentes: poderíamos dizer, “Você deveria ter exercido alguma prudência [discricionariedade] e não apenas escolhido de qualquer jeito o que você sentiu vontade de beber.” Isto seria condenar - ou elogiar - a sua escolha com base referencial em normas prudenciais.

A escolha do indivíduo B poderia se aproximar de semelhante ao exercício do que Hart entende por poder discricionário se, em resposta à pergunta “Por que um Martini?”, ele tivesse respondido: “Eu descobri, por experiência própria, que eu me sinto melhor quando eu bebo martini do que quando bebo xerez, eu não falo tanto”, etc .; aqui a escolha teria sido feita por referência a algum princípio geral que justificasse a decisão e que desse alguma razão para chamar sua decisão de prudente ou sábia – mesmo que o alcance deste princípio seja limitado ao comportamento individual de sua própria vida e não pretenda ser de qualquer generalidade maior. Assim, um caso típico em que escolha e discricionariedade parecem divergir é onde a escolha pretende ser não mais do que a expressão de capricho pessoal, desejo imediato, ou gosto.

Para Hart, porém, existiria algo que torna compreensível – mas não

desculpável – a identificação precoce da noção de discricionariedade e quanto à noção de escolha. Quando estamos considerando o uso de discricionariedade no direito estamos considerando seu uso por funcionários que estão exercendo um cargo público de responsabilidade. É, portanto, compreensível que se o ato que os funcionários estão a desempenhar não é rigidamente determinado por regras específicas, mas a escolha é deixada para eles, é correto esperar que tais funcionários públicos vão escolher responsabilmente, tendo em conta a dignidade do seu cargo e não tomarão decisões com base em simples caprichos extravagantes - embora, obviamente, possa ser o caso de que o sistema jurídico não forneça um remédio adequado para o caso deles não decidirem prudentemente e agirem para satisfazerem caprichos.

Segundo o autor, tal entendimento talvez possa ser esclarecido através da distinção entre o seguinte par de expressões: (1) a expressão “poder discricionário” [*a discretion*], que significa a autoridade para escolher dado no entendimento de que a pessoa assim autorizada irá exercer um poder discricionário na sua escolha; e (2) a expressão “discricionariedade” [*discretion*], o que significa um certo tipo de sabedoria ou deliberação guiando escolha. De tal modo, devemos considerar que algumas escolhas que não são exercícios de discricionariedade. Estas são escolhas em que nós procuramos realmente evitar o recurso a meros caprichos pessoais ou desejos momentâneos, mas tentamos obedecer a princípios e defender nossas escolhas por eles.

Hart recorre a mais dois exemplos de nosso cotidiano, agora, todavia, para ressaltar que existem situações em que não há espaço para a discricionariedade e ainda assim não estamos realmente no âmbito de escolhas que se guiam por caprichos privados são casos como o seguinte. O autor nos propõe o seguinte quadro: suponha que eu estou escrevendo com um lápis e a ponta dele se quebra. Eu desejo apontá-lo para continuar escrevendo. Eu vou para a gaveta e me deparo com alguns itens: uma faca, três colheres e dois garfos. Obviamente, eu escolho a faca. Se você indagar “Por que a faca?” eu certamente não responderia: “Porque eu gosto”, mas talvez, “Porque eu quero apontar um lápis e esta é a maneira mais óbvia de fazer isso.” Nesse sentido, o autor afirma

que parece ser um absurdo falar acerca da escolha de uma faca como um exercício de discricionariedade: era a única coisa sensata a fazer, e quando os nossos objetivos são tão determinados como no exemplo acima, quando a situação é tão clara como esta, e a quando coisa apropriada a fazer é patente ao conhecimento elementar acerca do resultado que se vai produzir, podemos apenas dizer que nós estamos escolhemos corretamente, mas não que estaríamos no exercício de um poder discricionário.

Outro exemplo citado pelo professor de Oxford consiste na seguinte situação. O hino norte-americano (“*The Star Spangled Banner*”) é tocado, e eu me levanto. Se alguém me perguntar “Por que você se levantou?” eu não respondo dizendo: “Porque eu queria”, mas eu cito a regra estabelecida, que especifica inequivocamente o que eu estou fazendo neste caso particular. Aqui eu fiz a coisa correta: eu fiz a escolha certa, mas seria enganoso descrever minha atitude como o exercício de um poder discricionário. Observe que, se mudamos o exemplo e imaginamos agora que eu estava pensando o cumprimento da regra contra considerações mais amplas e decidi, todavia, obedecer a regra, esta forma de decisão se aproximaria de um caso em que seria compreensível falar de discricionariedade.

O ensaio de Hart continua – com mais exemplos e adentrando no mérito das demais questões elencadas por ele no início de seu texto –, mas as considerações tecidas até aqui parecem suficientes para nosso intento no presente estudo. Ao que nos parece, é possível afirmar que, segundo o entendimento de Hart, a discricionariedade ocupa um lugar intermediário entre as escolhas ditadas por capricho, exclusivamente pessoais ou momentâneas, e as que são feitas para dar efeito a métodos claros que visam alcançar objetivos claros ou para estar em conformidade com normas cuja aplicação ao caso particular é óbvio.

De tal modo, torna-se claro que quando Hart afirma que os juízes possuem discricionariedade em determinados casos, isto de modo algum pode ser compreendido como se o direito estivesse outorgando uma carta em branco para que o magistrado ‘decida conforme sua consciência’ com base em um subjetivismo solipsista, legitimando decisões arbitrárias e conduzindo a um

“decisionismo” judicial. Como pudemos observar claramente na argumentação do professor de Oxford, Hart em nenhum momento sequer dá a entender tal possibilidade e, em verdade, se insurge mesmo contra ela – mesmo reconhecendo que o sistema jurídico possa não fornecer um remédio adequado para o caso dos juízes não decidirem prudentemente e agirem para satisfazerem caprichos pessoais.

De fato, se decidir e escolher são realmente coisas distintas – e Hart concorda que são – a discricionariedade judicial estaria muito mais próxima de uma noção de decisão do que de escolha, ao contrário do que sustenta a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao menos segundo o entendimento de Hart, a discricionariedade não pode ser afirmada como campo de exercício de arbitrariedade ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”. Realmente, a crítica hermenêutica de que o positivismo jurídico pós-exegético endossaria posturas judiciais arbitrárias, abrindo-se espaço para decisionismos, é claramente improcedente.

Na verdade, a crítica ao positivismo jurídico levada a cabo pela Crítica Hermenêutica do Direito também é falha em outros aspectos importantes. Afirma-se que o positivismo jurídico contemporâneo (pós-exegético) teria uma espécie de ‘defeito’ em seu fundamento filosófico, que residiria em uma filosofia representacional centrada no “sujeito solipsista da modernidade” anterior ao *linguistic turn* e, por isso, os juspositivistas fariam uma “aposta” na discricionariedade judicial para solucionar os “casos difíceis”. Tal crítica é duplamente improcedente. Primeiramente, se tal problema filosófico que – em tese – pode ser apontado com relação a Hans Kelsen (em razão de seu neokantismo e seu flerte com o empirismo lógico do Círculo de Viena), é no mínimo espantoso ler a acusação por parte da Crítica Hermenêutica do Direito de que H.L.A. Hart – que desenvolve toda a sua concepção teórica da normatividade do direito fundada nos escritos do segundo Wittgenstein – seja um jusfilósofo que não recepciona o *linguistic turn* em seu pensamento.

Em segundo lugar, não existe tal coisa como uma “aposta” juspositivista na discricionariedade judicial para a solução dos “casos difíceis”. Afirmar que

existe algo semelhante a tal “aposta”, significa afirmar que Hart (e mesmo Kelsen) estão fazendo juízos de valor acerca de como a atividade judicial deve ser conduzida. Hart (ou Kelsen) não estão dizendo que “é bom que” o juiz decida discricionariamente determinados casos, mas apenas reconhecendo que em certas situações as convenções sociais (regras jurídicas) são parâmetros insuficientes para guiar o juiz a uma determinada decisão unívoca. Aqui está a grande diferença entre a proposta do positivismo jurídico contemporâneo e a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito. O positivismo jurídico está apresentando um modelo jurídico-cognitivo que pretende unicamente possibilitar que o direito (em geral) seja *descrito* objetivamente (por professores de direito, ressalte-se) e pouco ou nada tem a dizer sobre a interpretação/aplicação judicial do direito. Por sua vez, a Crítica Hermenêutica do Direito está empenhada em desenvolver uma teoria *normativa* da decisão judicial para países periféricos de modernidade tardia, ou seja, em fornecer parâmetros úteis a um determinado tipo de intérprete judicial, que devem ser seguidos por ele caso deseje que sua decisão judicial promova a integridade e a coerência do ordenamento jurídico como um todo. De modo preciso, o primeiro é uma teoria geral que pretende unicamente *descrever* o direito positivo, enquanto o segundo é – principalmente, mas não apenas isso – uma teoria *normativa* da decisão judicial local, afirmando como os juízes em países de países periféricos e de modernidade tardia *devem* decidir casos concretos.

63

Outras duas breves considerações devem ser apontadas antes de encerramos nosso estudo, visando desfazer confusões desnecessárias – mas sempre persistentes. O fato do positivismo jurídico hartiano reconhecer que há casos em que o juiz tenha de decidir com base na discricionariiedade não significa afirmar que não há critérios para se decidir se uma decisão judicial é boa ou ruim. É possível, sim, criticar uma determinada decisão judicial (tomada em um “caso difícil”) como sendo imprudente ou incorreta. Ocorre que tais critérios prudenciais – ao menos nas teorias juspositivistas – são *extrajurídicos* e não parte do próprio direito. Tais críticas – importantes em um Estado Democrático de Direito, incompatível com arbitrariedades –, porém, se situariam não no âmbito

da *descrição* do fenômeno jurídico, mas no âmbito da *política do direito* (como afirmava Kelsen).

Por fim, sustentar que o “caos hermenêutico” em que estaríamos vivendo no Brasil – onde cada um interpreta o direito como quer (pamprincipiologismo, decisionismos, arbitrariedades e etc.) – seja consequência da discricionariedade juspositivista, acreditando que a prática judicial se encontra no estado em que está em razão de um suposto “defeito” em uma determinada teoria do direito, é ser – no mínimo – demasiadamente ingênuo em relação à realidade brasileira e às potencialidades limitadas de uma teoria jurídica. Como já apontou André Coelho, as práticas judiciárias distorcidas no Brasil são mais um produto de contradições sociais - contradições próprias do direito moderno; contradições próprias da realidade brasileira; contradições próprias da realidade da esfera judicial; contradições próprias da formação e do recrutamento dos juízes – do que fruto de uma compreensão correta de teorias errôneas ou compreensões errôneas de teorias corretas. Se estamos falando de um tipo de juiz (intérprete judicial) que afirma que ‘decide assim porque sua consciência pessoal diz que deve decidir assim’ e que ‘não recebe lições da doutrina jurídica de seu país’, parece-nos, ao menos em um primeiro momento, que se a teoria da interpretação jurídica deve desempenhar algum papel na prática judicial brasileira (e acreditamos que deve), ela não desempenha de fato esse papel há um tempo razoavelmente considerável. Ao que parece, a Crítica Hermenêutica do Direito constata corretamente a patologia do enfermo, mas termina por prescrever um fármaco para uma moléstia inexistente.

64

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tornou-se comum na literatura jurídica criticar a discricionariedade judicial, afirmando-se que admiti-la significaria endossar posturas judiciais arbitrárias, abrindo-se espaço para decisionismos. Diante disso, o presente estudo procurou investigar o seguinte problema: admitir a existência da discricionariedade judicial implica necessariamente em se aceitar o decisionismo por parte dos juízes? Como foi salientado, o “problema” da discricionariedade

tem sido apresentado, geralmente, a partir de uma determinada perspectiva teórica que procura enfatizar questões ligadas à resolução de casos jurídicos pelos juízes, e suas críticas são dirigidas principalmente contra autores juspositivistas, em especial, Hans Kelsen e H.L.A. Hart. Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, a questão apontada foi investigada por meio de um ensaio perdido de H.L.A Hart sobre a discricionariedade, apresentado em seu ano de pesquisa na Universidade de Harvard. O objetivo do estudo foi verificar se a discricionariedade – entendida nos termos propostos por Hart – pode ou não ser afirmada como campo de exercício de arbitrariedade ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”.

Para tal intento, o texto foi dividido em duas seções principais. Primeiramente, fizemos uma breve exposição das teorias de Kelsen e Hart e de como tais autores concebem o ato judicial decisório. Após tal exposição, apresentamos sinteticamente as principais críticas feitas ao positivismo jurídico pós-exegético – em razão do papel que a discricionariedade judicial desempenha no seio desta teoria – por meio da perspectiva desenvolvida pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Em tal perspectiva teórica, a discricionariedade judicial, por ser equivalente (ou ao menos um ‘porta aberta’) à arbitrariedade, implicaria na aceitação de decisionismos judiciais que, por sua vez, seriam incompatíveis com a democracia (v.g. com o Estado Democrático de Direito). Por sua vez, a discricionariedade judicial seria a característica que uniria todas as formas pós-exegéticas de positivismo jurídico, tornando-os incompatíveis com o vigente “paradigma” do Constitucionalismo Contemporâneo ou Constitucionalismo pós-bélico (comprometido com a concretização de direitos fundamentais e com a democracia). A afirmação positivista da discricionariedade judicial ocorreria, segundo tal perspectiva crítica, em razão de uma espécie de ‘defeito’ em seu fundamento filosófico, que residiria em uma filosofia representacional centrada no “sujeito solipsista da modernidade” anterior ao *linguistic turn*. Por isso, os juspositivistas (e as teorias da argumentação) fariam uma “aposta” na discricionariedade judicial para solucionar os “casos difíceis”. Em razão disso, a

Crítica Hermenêutica do Direito faz uma importante distinção entre *escolher* e *decidir*.

Num segundo momento, reconstruímos parte da argumentação de H.L.A. Hart em um ensaio intitulado “Discretion”, escrito em seu ano de pesquisa na Universidade de Harvard e que se encontrava perdido até 2013. Nesse ensaio, Hart desenvolve de modo específico o que entende por discricionariedade, apontando os vários problemas relacionados à delimitação do tema em questão e se valendo de vários exemplos do cotidiano para explicar seu entendimento sobre o que venha a ser o exercício do poder discricionário.

Por fim, se decidir e escolher são realmente coisas distintas – e Hart concorda que são – a discricionariedade judicial estaria muito mais próxima de uma noção de decisão do que da noção escolha, ao contrário do que sustenta a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao menos segundo o entendimento de Hart, a discricionariedade não pode ser afirmada como campo de exercício de arbitrariedade ou espaço aberto ao “decido conforme minha consciência”. Realmente, a crítica hermenêutica de que o positivismo jurídico pós-exegético endossaria posturas judiciais arbitrárias, abrindo-se espaço para decisionismos, é claramente improcedente. Ao que parece, então, a Crítica Hermenêutica do Direito constata corretamente a patologia do enfermo, mas termina por prescrever um fármaco para uma moléstia inexistente.

66

REFERÊNCIAS

BIX, Brian. **Teoría del Derecho**: ambición y límites. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006;

COELHO, André. “Dworkin e Gadamer: qual conexão?” *In*: Revista **Peri**. Vol.6. n.º 1. pp. 19-43. Disponível em: <http://migre.me/qyzEn>. Acessado em 29.06.2015;

HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986;

HART. H.L.A. “Discretion”. *In*: **Harvard Law Review**. N.º 127. 20 de Dez.

2013. pp. 652-665; Disponível em: <http://migre.me/gyDN3>. Acessado em 29.06.2015;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

LACEY, Nicola. “Path Not Taken: HLA Hart's Harvard Essay on Discretion”. *In: Harvard Law Review*. N.º 127. 20 de Dez. 2013. pp. 636-651; Disponível em: <http://migre.me/gyCQp>. Acessado em 29.06.2015;

SHAW, Geoffrey C. “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”. *In: Harvard Law Review*. N.º 127. 20 de Dez. 2013. pp. 666-727. Disponível: <http://migre.me/gyCFp>. Acessado em 29.06.2015;

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva: 2011;

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gabriel Engel DUCATTI⁸

Yuri Oberlander ERBELLA⁹

RESUMO

Este trabalho, após fazer um breve resumo da evolução do direito e movimentos que moldaram a interpretação jurídica atual, tem com fim demonstrar a importância, necessidade e obrigatoriedade de uma fundamentação judicial íntegra e coerente em um Estado Democrático de Direito. Ainda, busca demonstrar a presença da fundamentação em textos normativos pátrios e internacionais, dando enfoque maior ao Código de Processo Civil de 2015, que trouxe regulamentações importantes para a democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Fundamentação Judicial; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This work, after evaluating the evolution of Law and movements that shaped the current juridical interpretation through a short summary, has as main goal to demonstrate the importance, need and obligation of a whole and coherent judicial interpretation in a Democratic Constitutional State. Also, it wants to demonstrate the presence of a justification based on national and international normative texts, focusing more on the 2015 Code of Civil Procedure, which brought great regulations to the Brazilian democracy.

KEY-WORDS: Positivism; Judicial Interpretation; New Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O trabalho buscou demonstrar quais e quão importantes são as inovações do novo Código de Processo Civil, referentes à fundamentação judicial, especificamente a emenda acrescentada pelo professor Lênio Luiz Streck, que exige das decisões judiciais estabilidade, integridade e coerência.

⁸ Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

⁹ Estudante de Graduação - TOLEDO PRUDENTE CENTRO UNIVERSITÁRIO.

Tais exigências se constituíram como um novo instrumento para o controle da atividade jurisdicional, na tentativa de evitar fundamentações genéricas e contraditórias, em relação a outras prolatadas pelo sistema judiciário brasileiro.

Para tanto se fez uma breve análise histórica acerca da teoria do direito e os movimentos históricos que moldaram as instituições e os limites que se impõe a elas, na busca infundável por um estado justo e democrático, passando pelo início do processo de positivação do direito, que muito contribui para a fixação dos limites legais, através de normas abstratas, pela crítica a essa teoria, que não viu nas normas abstratas a solução para o direito moderno, e também pelo positivismo normativo de Kelsen, que até hoje influencia o direito brasileiro.

Após, iniciou-se a abordagem acerca do paradigma constitucional atual, norteado pela concretização da exigência de fundamentação na carta magna. E da fundamentação em sede de direito internacional, vez que este também tem influência significativa nas garantias fundamentais.

E, finalmente, sobre a mudança paradigmática, referente aos limites e deveres impostos a fundamentação judicial, possibilitada por novos instrumentos constata no Novo Código de Processo Civil, o primeiro código de processo pós-democratização brasileira.

O método utilizado foi o dedutivo, partiu-se de premissas gerais, até se chegar as conclusões finais do presente estudo.

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO ATÉ A TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação jurídica se constitui como instrumento de controle da prestação jurisdicional, é através dela que o juiz deverá prestar contas das decisões prolatadas nos processos judiciais, como também permitir que elas sejam confrontadas com os fatos, objetos do processo, e contestadas na medida em que se afastam dos mandamentos jurídicos.

O trabalho se propõe a analisar e apresentar as razões que tornam a fundamentação judicial, nos inovadores termos constantes do Novo Código de

Processo Civil, indispensável para a concretização do atual contexto de estado democrático de direito.

Essa exigência, entretanto, não é matéria que surge do nada, nem muito menos de um pensamento isolado, ao contrário, tal exigência é fruto de um movimento dialético, histórico e permanente.

Destarte se faz necessário uma curta análise histórica da teoria do direito com relação ao constante processo que busca a independência desta em relação à vontade do soberano, dos interesses dominantes, ou de qualquer outra forma de controle social arbitrário.

O primeiro momento observado é o surgimento do Estado Moderno, que teve importância fundamental para a concretização do capitalismo. Baseando-se predominantemente no ideário Hobbesiano, a burguesia, neste momento, “abre mão” do poder político, que é delegado ao soberano, e conserva para si o poder econômico. (STRECK, 2003, p. 46) Se vê que aqui, a vontade do Estado ainda é confundida com a vontade do Soberano.

Posteriormente, em face da expansão do capitalismo, e a adoção, pela monarquia, de políticas mercantilistas, com o fim de garantir fundos para a manutenção da burocracia e dos exércitos do estado, e os privilégios concedidos à aristocracia, que detinha todo o poder político, e pouco contribuía (economicamente) para o estado mercantil e industrial. Surge na burguesia o anseio de tomar também o poder político, e, principalmente a partir dos desdobramentos teóricos de Locke, identifica a “[...] necessidade da limitação do poder e das funções do Estado [...]”, fazendo surgir o liberalismo. (STRECK, 2003, p. 47)

A predominância dos adágios liberais iluministas se apresentou como condição de possibilidade para o desenvolvimento e ascensão da burguesia, fundados em princípios revolucionários e contrários a ordem discricionária do “Antigo Regime”, foram essenciais para a crítica e tomada do poder dominante. (WOLKMER, 2001, p. 54)

Após, dada à necessidade de segurança e estabilidade, advinda do capitalismo concorrencial, e a insuficiência dos princípios jusnaturalistas, para a

efetivação daquilo que se propunham, se inicia um processo de “[...] unificação legal instaurado com o período revolucionário, somado aos influxos de ordenação do espírito iluminista e de fundamentação racional [...]”, culminando para a criação de um código de leis, que consistiria na única fonte do direito. (WOLKMER, p. 53, 2001)

Com isso temos o rompimento do pensamento jurídico, que buscava definir a origem, essência e fim do direito, na natureza ou no discurso da razão humana, para que se analisasse o direito segundo leis escritas, estruturadas a partir de critérios lógico-formais que lhes atribuí legitimidade, pois resultantes da “vontade geral”. (WOLKMER, 2001, P. 54)

FORMALISMO JURÍDICO

Diante o exposto, temos que, embora tenha sido o iluminismo imprescindível para o surgimento do movimento unificador das leis francesas, através da codificação dessas leis, e posteriormente do positivismo normativista, são duas posições (iluminismo e positivismo) que se contrapõe, se excluem.

Para o professor argentino Luiz Alberto Warat, a dogmática jurídica, constituída pelo “senso comum teórico”, que nada mais é que “[...] as condições implícitas de produção, circulação, e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito [...]” (1994, p.13), ensejou a coexistência dialética de duas formas distintas de abordar o tema da lei e da função judicial. (1994, p. 51)

Essas diferentes posições, por Warat identificadas, são explícitas nos termos: Teoria Formalista ou Racionalista (ligada ao direito positivo), e as Teorias Realistas ou Antiracionalistas. (1994, 51)

Por ora, focará o estudo, na primeira, que para Warat, não diferentemente da segunda deve ser analisada por uma leitura “[...] conotativa, que explicita os valores subjacentes aos modelos teóricos que postulam [...]”, para evitar que ambas escamoteiem, mediante os constantes embates teóricos, sua função ideológica e a tênue vinculação com os poderes socialmente dominantes. (1994, p. 52)

A concepção formalista, como já observado, tem como momento histórico o início do século XIX, e foi desenvolvida para sustentar e legitimar o modelo napoleônico de direito. (WARAT, 1994, p. 53)

O formalismo, decorrente da publicação do Código de Napoleão, e do surgimento da Escola da Exegese, apresentava como seu principal objetivo assegurar ideologicamente a segurança jurídica, através de um direito, positivado, autossuficiente, preciso, claro e neutro. Uma técnica de controle social, que graças a seu racionalismo abstrato, estaria alheia às formas conflitivas de interação. (WARAT, 1994, p. 52)

Portanto um sistema jurídico que, fundado unicamente no direito positivado, estaria segregado de toda a sorte das influências comportamentais, irracionais e aquelas provenientes dos desejos pessoais dos detentores do poder.

Neste sentido, a partir de uma linguagem formalizada e ideologizada, tentam, os formalistas, atribuir a esta, características da linguagem científica, criando a falsa sensação de realidade para duas premissas: que a ordem jurídica oferece segurança, e que o legislador é sempre racional. (WARAT, 1994, p.52)

Para essa corrente, segundo o professor Warat (1994, p. 53):

A ideia de justiça aparece estreitamente vinculada à preservação do valor segurança, o qual se materializa no conceito de legalidade. Uma decisão será justa se for legal, vale dizer, se puder ser logicamente derivada das normas gerais.

Assim, o exercício do poder dominante é legitimado na medida em que funciona como garantidor da segurança, essa legitimidade será aferida pelo princípio da legalidade, sendo legal, o exercício é legítimo, do contrário será arbitrário, abusivo e conseqüente injusto. (WARAT, 1994, p.53)

O ordenamento se constitui como um marco auto limitador do exercício de poder, inclusive em relação às extralimitações deste marco, que só serão tidas como justas quando derivadas logicamente do ordenamento.

As decisões jurídicas, nas palavras de Warat (1994, p. 54)

Não serão legitimadas quando não lograrem um efeito de segurança. As teses formalistas perseguem fundamentalmente estabelecer tal efeito. A suposição de existir um legislador racional de uma ordem jurídica com os mesmos atributos, a afirmação do caráter neutro da atividade judicial, e a pretensão de uma ciência descomprometida dos atos decisórios e do jogo social, são as bases constitutivas desse efeito de segurança.

Para Cossio, filósofo argentino, o efeito da segurança tem como verdadeiro destinatário os titulares de direitos subjetivos, e só de modo aparente os obrigados, a teoria formalista, ao formular, através da dogmática a interpretação das leis, esconde uma matéria muito significativa à dinâmica do direito. (apud WARAT, 1994, p.54)

Com isso, as determinações dogmáticas decodificam os ordenamentos legais e apresentam um caminho mais curto para compreender a norma, é o código predominante da comunicação normativa, e que por fim se constituem como representantes dos interesses dominantes. (WARAT, 1994, p.54).

A dogmática produz: os princípios dogmáticos (princípios gerais do direito), os conceitos analíticos e as teorias por eles produzidas. É, portanto a dogmática jurídica que apresenta a “tradução” das leis, que conferem sentido as normas. (WARAT, 1994, p. 53, 54)

Portanto, é possível notar, na teoria formalista, o importante compromisso de controlar o exercício de poder do estado, desvinculando esse exercício da vontade do seu detentor, e transmitindo-a para a vontade do ordenamento, que detém a prerrogativa/dever de descrever a vontade geral.

Entretanto a teoria falha na medida em que se mostra insuficiente para solucionar todas as formas possíveis de conflitos, o ordenamento, por vezes, não é suficientemente claro quanto à permissão ou proibição de uma conduta, o legislador não possui as características de neutralidade, racionalidade, onisciência e onipotência que a teoria diz possuir, pois impossível sua desvinculação ideológica.

O juiz aplicador não é imparcial, visto que uma infinidade de fatores externos o influencia, direta ou indiretamente, no ato decisório. E as leis postas, que dependem da interpretação dogmática, para que possam se revestir de

sentido, perdem assim seu caráter racional, possibilitando que os interesses dominantes se perpetuem.

Dessa forma se pode concluir que a teoria formalista é absolutamente insuficiente para garantir os fins de segurança por si propostos, bem como os fins republicanos.

O processo de decisão, baseado na pretensão de sempre encontrar, mecanicamente, na literalidade dos textos normativos a resposta exata para os conflitos, acaba escondendo, muitas vezes, as reais razões para a escolha do dispositivo aplicado. Tornando impossível a contestação dessas decisões, vez que são entendidas como respostas evidentes aos fatos apresentados.

Essa forma de entender o direito se distancia do que este estudo vem apresentar, pois não apresenta instrumento de controle para as decisões judiciais produzidas, no que se refere ao processo de aplicação das normas jurídicas.

O REALISMO JURÍDICO

O realismo jurídico, na visão do Professor Warat, é uma corrente que se opõe a formalista, que tenta desmitificá-la, destruir a figura divina atribuída ao legislador, e tirar dele a legitimidade para dizer o direito. (1994, p. 57)

Mais do que se opor, a corrente realista intenta assumir o lugar da corrente formalista, como tese dominante.

Ocorre, que a teoria realista é incapaz de reconhecer os aspectos úteis e necessários apresentados pelo formalismo jurídico, como por exemplo, o marco da legalidade, na edição de leis abstratas e gerais, que são instrumentos indispensáveis ao direito contemporâneo.

“Com a negação de que as normas jurídicas possibilitem uma antevisão infinita das consequências jurídicas.” (WARAT 1994, p. 57) O realismo passa a produzir discursos no sentido de destituir das normas todo seu valor. (WARAT 1994, P.57)

São elas consideradas enunciados metafísicos que servem de retórica a decisão judicial, é, portanto, um discurso com a finalidade de tirar da lei a legitimidade para dizer quais os atos lícitos ou ilícitos. (WARAT, 1994, p.57)

O realismo enxerga na decisão judicial apenas um ato de vontade, do qual o juiz não pode se abster, ele estaria fadado a submeter suas decisões aos seus juízos valorativos, externamente influenciados, ainda que contrários à lei positiva.

Esses valores externos devem ser levados em conta pela ciência do direito, pretendem então transferir a importância da significação da norma, para a significação atribuída pelo juiz em uma aplicação concreta da norma. (WARAT, 1994, p.58)

Para esse desiderato os realistas aderem ao movimento neopositivista, nesse pensamento a ciência jurídica não se pauta por conceitos abstratos, mas sobre dados empíricos, explicitados nas prestações jurisdicionais.

Como afirma o Warat:

Baseando-se nos ensinamentos do positivismo lógico crêem os realistas que as únicas expressões que podem ser cientificamente teorizadas são as que aparecem referendadas por uma condição semântica de sentido.

75

A teoria realista apresenta como critério hermenêutico as consequências sociais das relações jurídicas e as respostas jurisdicionais delas decorrentes. A tarefa de definir a pauta da ciência jurídica é daquele que detém a cadeira do poder judiciário. (WARAT, 1994, p. 58)

Pode-se perceber que o êxito das reivindicações realistas visa transmitir ao judiciário, a função de determinar as consequências jurídicas das relações sociais. Gerando assim um desequilíbrio, entre os demais poderes do estado.

Entretanto o realismo jurídico cumpre papel importante como crítica da teoria formalista, que tem como critério o cerceamento da ciência para o questionamento do conteúdo das normas.

Serve ainda para desmascarar a interferência velada nas normas jurídicas pelas correntes doutrinárias e pelos órgãos da justiça. Pois, se as normas são formuladas em linguagem normal. (WARAT, 1994, p. 61) Elas sempre necessitarão de atividade interpretativa do seu conteúdo.

Como também a tarefa de destruir a ideia de segurança ligada, aprioristicamente, a existência de uma ordem jurídica. Para fazer valer o valor da equidade, de modo que se possa identificar e comparar as consequências sociais da aplicação das normas, com o que se esperava delas, o fim pelo qual foram inseridas no ordenamento. (WARAT, 1994, p. 59)

Com a supressão do fetiche pela segurança jurídica, deixa-se de se identificar o justo com o legal, de modo que se possa admitir que, por vezes, o legal não é justo, tornando viável a utilização do direito como transformador social. (WARAT, 59)

Conclui-se que, nada obstante, a dialeticidade a qual o movimento realista impõe a teoria formalista, que muito contribui para “[...] desfazer em parte a visão ideológica que os juízes têm de sua própria atividade [...]”, ou seja, que aplicando a legalidade estarão promovendo justiça, como o surgimento de novas teses intermediárias. (WARAT, 1994, p.60)

A teoria realista não crê na possibilidade de que com o aperfeiçoamento das leis, e dos instrumentos de controle das decisões judiciais se possa constringer as influências pessoais na aplicação da norma.

E por isso abrem mão destes mecanismos, trazendo para o direito essas diversas questões que possam influenciar na decisão. Postura que nada contribui para a concretização do estado democrático, pois inexistente a prestação de contas à sociedade, demonstrando as razões que tornam aquele ato legítimo.

A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO POSITIVISMO NORMATIVO

Com a apresentação de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen se propõe a desenvolver uma teoria de direito positivo geral, desvinculada de um ordenamento específico, uma teoria que se volta para conhecer o que é e como é o Direito. E não mais como ele deveria ser, é, portanto uma ciência jurídica e não política do Direito. (1998, p. 1)

Com o termo “puro”, Kelsen pretende desenvolver seu princípio metodológico, no sentido de excluir da ciência jurídica todo e qualquer fator externo que não se possa evidentemente declarar como direito. (1998, p.1)

O principal fator a ser extirpado da ciência jurídica é a moral, isto porque quando se admite que o direito, só é direito, quando seu conteúdo corresponda a uma norma moral, quando é justo. (KELSEN, 1998, p. 45)

Também se terá de admitir que as normas morais sejam constituídas por um sistema único e absoluto, que possa servir de referência as normas jurídicas, ou seja, que o direito é parte da moral. (KELSEN, 1998, p.45)

O que é, segundo Kelsen, impossível por não existir uma ordem moral absoluta para servir de referência as normas jurídicas. Cediço que em diferentes épocas, assim como em diferentes campos sociais, as normas morais são distintas. (1998, p. 45)

De modo que, fatores morais, econômicos e históricos não podem ser tomados como fundamento de validade da ciência jurídica. (COELHO, 2001, p. 10)

A solução para encontrar a legitimidade de uma norma, ou de um ordenamento, está na análise de critérios lógico-formais, relacionados ao ato que institui a norma no sistema, entretanto essa observância acaba em uma regressão infinita e impossível, vez que a norma autorizadora também deve, sempre, ter sido autorizada por outra superior. (COELHO, 2001, p.11)

Para escapar da questão, Kelsen hipostasia uma norma fundamental, que serve de legitimante do sistema jurídico vigente. A norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica, que inaugura um novo sistema jurídico. (COELHO, 2001, p. 14)

Assim, a validade das normas não mais está fundada em conceitos metafísicos de justiça e moralidade, como estava no pensamento jusnaturalista, Kelsen, encontra apoio no filósofo David Hume, o qual afirmava a impossibilidade de se fundarem empiricamente os enunciados axiológicos. (COELHO, 2001, p. 66)

Ou seja, o que garante a validade de uma norma é a existência de outra norma que atribua competência para a edição desta, e assim sucessivamente até

que se finde na norma fundamental, que não poderá ser objeto de questionamento, pois pressuposta. (KELSEN, 1998, p. 138)

Nas palavras de Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. (1998, p. 139)

Explicado, pois, o fundamento de validade das normas jurídicas, qual seja, a competência, concedida por uma norma superior, a autoridade que a instituiu, cabe agora analisar a hermenêutica Kelseniana, ou seja, os critérios utilizados para atribuir sentido (conteúdo), as normas postas.

As consequências de um ato jurídico, para a teoria pura, não são decorrências lógico-causais do ato, mas tão somente consequências pré-estabelecidas por um ato de vontade, da autoridade competente para instituí-las. (COELHO, 2001, p 50).

Em última análise, as normas que compõe o ordenamento jurídico, carecem de um conteúdo, seja na aplicação delas, em sentenças individuais, ou dos parâmetros constitucionais do ato legislativo, seja na observância dessas normas pelos jurisdicionados.

Kelsen identifica duas formas de interpretação, a autêntica e a não autêntica, a primeira realizada pelos órgãos competentes (definidos por normas superiores) para aplica-las. E a segunda pelas pessoas privadas e pela ciência do direito. (1998, p. 245)

A consequência das proposições Kelsenianas sobre a ciência do direito, mais precisamente no afastamento desta dos fatores extrajurídicos culmina para a afirmação de que as normas não possuem um único significado.

As indeterminações de sentido das normas podem decorrer tanto da intenção da autoridade competente que a instituiu, por não poder prever todas as situações práticas que se imporão a sua aplicação. (COELHO, 2001, p. 57)

Quanto de indeterminações não intencionais, decorrentes das diversas significações possíveis das palavras que exprimem as normas, como da diferença entre vontade da autoridade criadora da norma, e as múltiplas significações da expressão que a veicula, como também das antinomias. (COELHO, 2001, p. 58)

Assim, o processo que vai suplantar essas indeterminações, e conferir sentido as normas é a interpretação. A ciência jurídica resta à tarefa de identificar todas as possíveis interpretações acerca das normas.

Sem, no entanto, adentrar a discussão sobre qual o sentido mais correto das normas. Isso porque, para a teoria pura todos os métodos interpretativos têm o mesmo valor, e também as razões que imputam a uma norma este ou aquele sentido são de ordem ideológica, sociológica, cultural, moral e etc. (COELHO, 2001, p. 61)

O sentido último da norma só vai ser definido no momento da aplicação, seja através de uma sentença particular, ou na observância das formalidades quando do momento legislativo.

O ato, pelo qual a autoridade competente atribui sentido a norma, é de vontade, podendo optar entre um daqueles identificados pela ciência jurídica, ou até por um totalmente oposto a eles, são, assim extrajurídicos. (COELHO, 2001, p. 60)

Ou seja, quando do momento da aplicação da norma o juiz competente terá toda a liberdade possível para conferir sentido à norma, vez que essas normas não possuem nenhum sistema de referência sobre seu conteúdo.

É a competência da autoridade que vai legitimar o sentido atribuído a norma, e não o próprio conteúdo. Este nem mesmo poderá ser objeto de deliberação a ciência jurídica, vez que as razões de sua escolha extrapolam o objeto desta ciência.

Embora o positivismo normativista traga a luz inúmeras inconsistências dos sistemas jurídicos anteriores, como a subjetividade dos juízos morais, ela não oferece uma teoria da decisão que exerça um controle condizente com os princípios republicanos.

Ao contrário, ao perceber que os critérios, tidos até então para que se pudesse discutir o sentido das normas, era insuficiente. Ela abre mão da questão, passando a conviver com escolhas idiossincráticas das autoridades, e concentrando todos os esforços nos critérios objetivos de validade, competência, e outros critérios legiferantes.

Não se admite, entretanto, que na conjuntura atual convivamos com tal método, a atribuição de sentido a norma não pode se configurar em um processo individual, e ilimitado. Mas pelo contrário, o conteúdo das normas, além de constitucionalmente limitados, devem ser conferidos através de métodos intersubjetivos.

Tornando-se assim um direito mais íntegro, coerente, previsível, nos limites constitucionalmente impostos, que nada mais são que a tradução da vontade do povo através da história.

A tentativa de lograr êxito nessas máximas apontadas vem delineada no próximo capítulo, que fica a cargo de demonstrar como a real observância dos termos constantes do Novo Código de Processo Civil, referentes à fundamentação judicial, é importante na criação de uma teoria da decisão condizente com o atual contexto democrático.

80

O PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA A FUNDAMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal promulgada em 1988, que surgiu com a Emenda Constitucional 45, em 2004, trouxe o intuito de deixar clara a necessidade e até obrigatoriedade da fundamentação nos julgamentos do judiciário, em que dita (BRASIL, 1988, grifo nosso):

Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]

Não há dúvidas quanto a intenção do legislador, uma vez que foi bem claro e direto no sentido de tornar obrigatório a publicidade e a fundamentação

das decisões do judiciário, e, a partir do momento que se dá status público às decisões judiciais, que, por sua vez, presumem-se devidamente fundamentadas, pode-se concluir que o sistema jurídico deveria tomar um rumo lógico e até certo ponto previsível, pois, ao se analisar ações semelhantes, o futuro litigante deveria saber a “probabilidade” da concessão ou não de seu pedido.

Tal modelo em que vigorasse uma certa segurança jurídica e, o mais importante, um consenso constitucional acerca dos temas julgados, e não apenas de parcelas dos magistrados seria o apropriado num país em que o Direito se apresenta como discursivo e lógico, pautado na constituição, nas leis infraconstitucionais, na jurisprudência e doutrina, e não no sentimento pessoal do julgador.

Considerando o pacto social brasileiro, em que o cidadão forma o Estado e lhe confere legitimidade, e que este tem seu poder dividido entre o legislativo, executivo e judiciário, o magistrado, por mais restringida que seja sua competência, é um braço da União que tem o que Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 87) chamou de dever-poder, que, no caso em específico, é o de julgar, demonstrando, portanto, a responsabilidade e função política dos juízes e tribunais, que não devem se utilizar da discricionariedade como regra, muito menos invocar princípios e se esquecer de seguir o próprio ordenamento vigente.

De fato, a Constituição Federal de 1988 trouxe independência ao Poder Judiciário, tendo a Emenda Constitucional 45 surgido como uma forma de suprir certas deficiências de *accountability* em tal poder.

Em suma sentença, *accountability* pode ser definida como (FILHO, 2013, p. 30):

[...] a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades.

Há variações de *accountability*, como a vertical (eleitoral e social) e horizontal (institucional). No Brasil, em razão de não haver eleições no Poder

Judiciário, a *accountability* recai mais na esfera institucional, tendo Ilton Filho a diferenciado como (2013, p. 30):

[...] (i) “*accountability* judicial ‘decisional’”, que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões; (ii) “*accountability* judicial comportamental”, que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção; (iii) “*accountability* judicial institucional”, que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados; (iv) por fim, “*accountability* judicial legal” significa o fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação.

Ao considerar o magistrado um braço do Estado, vê-se que todos os quatro tipos acima elencados são de extrema importância em uma democracia, porém, foco maior será a “*accountability* judicial legal”.

Quando Ilton Filho definiu “*accountability* judicial legal” como aquela em que há a necessidade de justificações sob o cumprimento da lei, nota-se semelhança com o início do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, quando dita que os julgamentos do judiciário serão públicos e as decisões fundamentadas, bem como, ao dizer que tais fatos são necessários sob pena de nulidade, conclui-se que é uma forma de sanção no caso de violação.

Tal questão na teoria pode parecer simples, mas a prática demonstra a complexidade da eficaz justificação do magistrado no campo jurídico, termo este explicado por Bourdieu como (1989, p. 212):

[...] lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do

direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

Assim, Bourdieu já considera uma “concorrência” dos que dizem o direito, pessoas que tem sua capacidade de interpretação “mais ou menos livre” da lei, resultando em uma ilusão da autonomia absoluta em relação à fatos externos que influenciam tais decisões.

Mas não há como esgotar legislando sobre todos os fatos sociais, o legislador não consegue prever e legislar sobre tudo, há sempre alguma exceção ou algum caso não previsto no ordenamento. Porém, o magistrado não pode se negar a julgar certo caso por ele ser difícil, é necessário que se interprete, pois, segundo Hart (1994, p. 220), “As leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos [...]”.

Mas não se pode confundir a necessidade de interpretação com a legitimidade de legislar, o magistrado deve ser imparcial e neutro ao analisar suas alternativas; bem como considerar os interesses dos que podem ser afetados por tal decisão; e, ainda, se preocupar com a colocação de um princípio geral como base racional de sua decisão. Por poder haver diversos princípios, o autor dita não poder se definir tal decisão como a única correta, mas que ela deve se tornar aceitável em razão da racionalidade da escolha, que deve ser imparcial e esclarecida (Hart, 1994, p. 221).

Problema surge pois o juiz se esquece que seu poder de interpretação não é absoluto, muitas vezes deixando até de esclarecer o que decidiu, e, mesmo tendo que decidir um caso difícil, qualquer magistrado e tribunal deve se lembrar que é parte de um sistema com regras determinadas, a fim de buscar padrões de decisões judiciais corretas, padrões estes que não devem ser desrespeitados livremente, sendo a adesão do juiz necessárias para manter tais padrões, mas que, em verdade, ele não os cria (Hart, 1994, p. 159).

Igualmente, se conclui que o magistrado deve seguir sempre a doutrina e jurisprudência vigente, sendo estes os limites de sua discricionariedade, a fim de que não se torne um “poder discricionário forte”, que é o que ocorre quando “[...] um juiz esgota as regras à sua disposição, [...] no sentido de que ele não está

obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. [...] os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (Dworkin, 2002, p. 55)

Para Dworkin (2002, p. 127), o positivismo jurídico traz uma falsa ideia de que o juiz ao julgar casos difíceis identifica direitos preexistentes da parte, quando, na verdade, ele cria novos direitos jurídicos e os aplica retroativamente ao caso. Assim, para o autor o magistrado tem o dever de investigar e descobrir o direito da parte, e não o inventar.

Em relação à cisão em casos fáceis e casos difíceis, o jurista Lenio Streck discorda, pois, para este autor, o caso será fácil ou não dependendo de quem o interpreta (2011, p. 310).

Há argumentos de política e argumentos de princípios nas decisões políticas, que, em síntese se diferenciam sendo que aquele justifica uma decisão demonstrando algum objetivo coletivo da comunidade; enquanto os argumentos de princípios justificam a decisão com base na demonstração de direitos de um indivíduo ou grupo (Dworkin, 2002, p. 129),

Ainda, mesmo que as decisões judiciais, que apenas aplicam a lei, sejam justificadas pelos argumentos de princípios, a lei aplicada pode ter sido gerada por um argumento de política. Porém, caso o magistrado se encontre frente a frente com um caso difícil, sem regras ditando um rumo para sua decisão, ele pode se basear nos princípios ou na política, porém, para Dworkin, os julgamentos devem ser sempre gerados por princípios (2002, p. 130-132).

Desse modo, conforme Felipe D. A. Machado (2009, p. 145):

Como caminho para a superação das imprecisões Dworkin elege a interpretação, sendo que somente por ela seria possível encontrar o significado das regras, a partir dos princípios e políticas que melhor lhe justificam em uma comunidade política. Desse modo, a resposta correta não é algo dado objetivamente, mas sim construído argumentativamente, com bases em argumentos de princípios, sendo que para alcançá-la se faz necessário um exercício reflexivo-interpretativo como em uma interpretação literária.

Assim, retorna-se a ideia proposta no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, a necessidade de uma construção argumentativa coerente a fim de cessar as imprecisões nas decisões.

A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O processo existe para se limitar o poder do Estado, uma vez que, é através dele que se investiga e se aplicam garantias, a fim de que, ao término possa se chegar a uma conclusão e decisão judicial acerca de algo.

Assim, o devido processo legal é uma regra inquestionável em um Estado democrático de Direito. Agora, ao se fazer uma breve conclusão lógica, podemos dizer que a fundamentação judicial também se justifica no devido processo legal, que é um princípio trazido logo no artigo 5º da Constituição Federal vigente, em seu inciso LIV.

Inicialmente, interessante pontuar a explicação de Luiz Roberto Barroso no sentido de que a Carta Magna de 1988 trouxe ideias neoconstitucionalistas, ou seja, tal Constituição trouxe “[...] como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de forma normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.” (2007, p. 40)

Ocorre que, conforme dita Luiz Flávio Gomes (2011), “O devido processo deixou de ser exclusivamente legal. Sua dinâmica está regida também pela Constituição e pelas convenções internacionais de direitos humanos.” A partir de tal afirmação, conclui-se que além das normas infraconstitucionais e a próprio constituição, há também que se levar em conta os tratados internacionais quando se debater sobre o devido processo legal.

Desse modo, há relevância em se analisar a fundamentação judicial também frente aos tratados internacionais, pois, como acima exposto, tal fundamentação é requisito essencial no processo legal.

A Convenção Americana de Direito Humanos de 1962, que foi ratificada pelo Brasil em 1992, traz em seu artigo 8º as Garantias judiciais, em que deixa expresso que (SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969 grifo nosso):

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, [...]

Como se vê, há a necessidade de a pessoa ter suas garantias preservadas, e, por garantias deve-se entender em sentido amplo, conforme a OC n. 9/87, de 6 de outubro de 1987 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seus parágrafos 27 a 29 (1987):

27. Este artigo, cuja interpretação foi solicitada expressamente, é denominado pela Convenção “Garantias Judiciais”, o qual pode induzir em confusão, porque nela não se consagra um meio dessa natureza no sentido estrito. Efetivamente, o artigo 8º não contém um recurso judicial propriamente dito, mas sim o conjunto de requisitos que devem ser observados, nas instâncias processuais, para que possa se falar de verdadeiras e próprias garantias judiciais, conforme a Convenção.

28. Este artigo 8º reconhece o chamado “devido processo legal”, que abrange as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial. [...]

29. O conceito de devido processo legal, amparado pelo artigo 8º da Convenção, deve ser entendido como aplicável, no essencial, a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana [...].

Ademais, o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, que, como acima exposto, reconhece o devido processo legal, ainda traz a necessidade de que o juiz seja independente e imparcial. Ora, tais pressupostos só poderão ser analisados a partir do momento em que o magistrado fundamenta a sua decisão, ou seja, sua independência e imparcialidade, uma vez que serão debatidos dentro de um processo, será analisada e devidamente fundamentada em sua decisão, a

fim de explicar às partes. Em suma, não se pode dizer que o juiz foi imparcial em sua decisão se esta não se mostrar coerente e completa ao caso em debate.

Ainda, importante pontuar outra justificativa à fundamentação judicial expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, presente em seu artigo 25, nomeado de “Proteção Judicial”, onde dita (1962, São José da Costa Rica, grifo nosso):

Artigo 25 - Proteção judicial

[...]

2. Os Estados-partes comprometem-se:

[...];

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Vicente Greco Filho define recurso como sendo “[...] o pedido de nova decisão judicial, com alteração de decisão anterior, previsto em lei, dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional, dentro do mesmo processo.” (2009, p. 328).

O recurso “transfere” o debate para um reexame ou até outro órgão, e, em suas razões há a necessidade de se explicar o que quer reformar na decisão e o porquê.

Portanto, há uma certa dependência do recorrente para com a decisão que se quer recorrer, uma vez que ele fica restrito a ela. Assim, a fundamentação judicial é algo de extrema importância para o recurso, pois, é somente com a motivação do juiz que a parte saberá sobre o que debater.

Uma fundamentação judicial falha, portanto, prejudicaria o direito de recurso da parte, que, além de estar presente no Pacto acima citado, também está no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República.

Então, mesmo não estando expresso a obrigatoriedade da fundamentação dos magistrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, vê-se que isso não deixa de ser um requisito fundamental, baseado principalmente no direito de um devido processo legal, que engloba inclusive o recurso judicial.

A RELEVÂNCIA DO NOVO CPC NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Mesmo diante das previsões internacionais e até na própria constituição vigente, não é difícil encontrar no Brasil atual decisões judiciais com fundamentações falhas, incoerentes e “padronizadas”.

Há um sério problema de utilização de princípio de maneira *ad doc* nas decisões judiciais, ou seja, se denomina algo como princípio a todo momento, sem seguir o Direito e sua história institucional (STRECK, 2011, p. 581).

Não se pode apontar com a máxima certeza as razões de tais fatos, porém, o que pode ser destacado como um ponto essencial no agravamento das deficiências na fundamentação judicial é o gigantesco número de processos no Judiciário brasileiro, que passa, com o tempo e ao se ver imerso em tal sistema, a prezar mais pela quantidade do que qualidade das decisões, criando uma judicialização rotinizada (Boaventura; Maria Marques; João Pedroso, 1996).

Vêm então o legislador e tenta mudar tal paradigma e modificar uma cultura enraizada no país da não uniformização e não estabilização dos julgados.

Surge, assim, o Novo Código de Processo Civil, sancionado no dia 16 de março de 2015 e com *vacatio legis* de um ano, a fim de proporcionar maior segurança aos litigantes e promover a celeridade no processo, assim como bem expressou Elpídio Donizetti (2015):

A igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são necessárias à própria estabilidade do Direito. Na distribuição da justiça é deveras absurdo admitir que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal.

Não se pode comparar a buscar pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito. Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento já consolidado, deve o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação a julgamentos anteriores.

Interessante ressaltar que este é o primeiro Código De Processo Civil elaborado em um período democrático no Brasil, tendo em seu artigo 371 a previsão que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015), e, o artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formaram o convencimento” (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Conclui-se ao analisar tais artigos que o código processual de 2015 surge com uma proposta de limitar o poder do juiz, pois, ao que se nota em primeiro olhar é que ele não traz mais a ideia do livre convencimento.

Ademais, outra novidade bastante relevante a se pontuar neste artigo é a “emenda Streck”, que limita ainda mais a discricionariedade do magistrado.

Primeiramente, há que se dizer que a chamada “emenda Streck” foi adicionada ao atual artigo 926 do novo código, que passou a conter que (Brasil, 2015) “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. ” Tal mudança foi proposta pelo professor Lenio Luiz Streck para que se adicionasse a exigência da “coerência e integridade” da jurisprudência e na jurisprudência, sendo que, para ele (2014):

[...] haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade [...] A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas [...]

Assim, para o autor, busca-se a igualdade com tais novidades, pois, o julgador não poderá mais se pautar seu “livre convencimento”, em noções individuais, uma vez que sua decisão deverá seguir os mesmos preceitos e

princípios de outras semelhantes, bem como, a argumentação deve ser integrada ao direito em si.

Seguindo, o próprio artigo seguinte, ou seja, o artigo 927, dita o que os juízes e tribunais deverão observar para proceder com suas decisões, ou seja, observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; as súmulas vinculantes; acórdãos; enunciados das súmulas dos tribunais superiores; e orientações do plenário do órgão a que estão vinculados. Ainda, o §4º do mesmo artigo preceitua que “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (Brasil, 2015), ressaltando ainda mais o dever de fundamentação.

Uma conclusão que se pode chegar é que, deixando o juiz ainda mais obrigado (se é que assim se pode dizer) a fundamentar suas decisões de forma coerente e íntegra, por levar mais tempo e em razão do elevado volume de processos, o Novo CPC acarretaria uma morosidade ainda maior do Poder Judiciário. Porém, em entrevista concedida ao *site* Consultor Jurídico, Lenio Streck discorda, explicando que, para ele (2015a):

Um sistema que tenha decisões bem fundamentadas vai, com o tempo, diminuir drasticamente o número de ações, por causa da previsibilidade, das ações repetitivas, e de mecanismos como, por exemplo, incidente de demandas repetitivas.

Pois, em síntese, o “[...] novo CPC traz o componente da previsibilidade. O sujeito já vai saber que a possibilidade de ganhar é x e a de perder é y. Ele não entra com ação se sabe que vai perder [...]” (STRECK, 2015a).

Outrossim, outro artigo interessante de referido diploma processual é o 489, principalmente seu §1º, que em seus incisos trata de decisões judiciais que não se considerarão fundamentadas (Brasil, 2015):

Art. 489. [...]

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

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]

Assim, a partir de tais alterações, “[...] o legislador promoveu uma revolução paradigmática no modo de produção das decisões jurídicas.” (TRINDADE, 2015).

O Novo Código de Processo Civil, ao trazer expressamente casos em que se considerarão não fundamentadas algumas decisões, busca conceder uma interpretação restritiva e bem-vinda do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, pois, por ter natureza constitucional, é (BARROSO, 1999, p. 107):

[...] própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.

Desse modo, tendo a Constituição deixado claro a obrigatoriedade de fundamentações de todas as decisões, o Novo Código Processual Civil surge para restringir o leque de discricionariedade do magistrado, com um verdadeiro “manual” do que não fazer.

Com isso, pode-se dizer que a difícil tarefa do magistrado de superar seus pré-juízos, a fim de trazer um sentido adequados aos textos normativos (STRECK, 2009, p. 286), é uma das metas buscadas pelo CPC de 2015.

Necessário, porém, que se pontue talvez um dos mais graves problemas do novo código, o §2º do artigo 489, que diz:

Art. 489 [...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ao trazer tal dispositivo, permitindo uma ponderação no caso de colisão entre normas (regras e princípios), o NCPC abriu espaço para a possibilidade de se “esquecer” todas as regulamentações já debatidas neste artigo, pois, basta que o juiz abuse da ponderação e comece a ponderar regras para que se entre num “estado de natureza hermenêutico”, decidindo contra a lei a Constituição baseado em uma “colisão entre normas” que, na verdade, não passa de uma “livre escolha” do magistrado (STRECK, 2015b).

Por fim, conforme Streck (2011, p. 488), *apud* Luiz Zanon Junior (2014), a ponderação “[...] ‘repristina a velha discricionariedade positivista’, acarretando inegável protagonismo judicial, ao facultar ao magistrado a possibilidade de optar pelos contornos da Norma aplicável ao caso, ainda que de acordo com um método explicativo. ”

CONCLUSÃO

A história tem o poder de facilitar o entendimento do presente e talvez até abrir portas e possibilidades para se discutir os reflexos deste no futuro.

Partindo-se de um Estado Democrático como o Brasil, entende-se que a norma (regras e princípios) está acima de qualquer vontade subjetiva dos agentes, assim, o Judiciário sendo um dos Poderes do Estado, constitucionalmente instituído, tem papel fundamental e decisivo na resolução de conflitos.

Porém, o magistrado deve ter um norte a seguir, a fim de que seus pré-juízos não exerçam influência sobre suas decisões judiciais. E, é no panorama atual, nas ideias Constitucionais e dos tratados internacionais, que surge o novo Código de Processo Civil, o primeiro pós-democratização, com a promessa de aperfeiçoar o sistema judiciário cível a partir da obrigação de respeito aos sentidos intersubjetivamente construídos das leis e a cobrança de imparcialidade, limitando, assim, a discricionariedade.

Como observado, a partir da exigência de coerência, o judiciário deverá seguir o caminho da previsibilidade e da igualdade. Previsibilidade, pois é a partir dela que o estado juiz poderá efetivamente consagrar o princípio da não surpresa, ou seja, os jurisdicionados possuem o direito, e doravante possibilidade, de saber previamente quais as consequências de suas condutas, para que possam pautá-las pelos termos do estado democrático de direito (STRECK, 2014).

E, também, a igualdade, que está plasmada no Artigo 5º Caput, da Constituição Federal Brasileira, no sentido de que as respostas institucionais deverão ser as mesmas na medida em que os casos apresentados ao judiciário sejam também idênticos, impedindo que os juízos particulares dos magistrados interfiram e suas decisões ao ponto de um mesmo tribunal produzir duas decisões diametralmente opostas para casos idênticos, e considerarem isso apenas um caso de livre apreciação dos fatos.

Por fim a prestação jurisdicional não é livre, como pensam, ela está constitucionalmente vinculada, e deverá se manter íntegra, no que concerne a sua integração ao conjunto do direito, ou seja, não se permitirá construções solipsistas de argumentos jurídicos, as fundamentações deverão estar em consonância com o paradigma atual do direito, com os tribunais superiores e principalmente com a constituição, e só poderá ser quebrada se a cadeia discursiva, até então construída, se mostrar dissonante dos mandamentos constitucionais (STRECK, 2014).

E ainda assim, essa “quebra”, não pode ser baseada na vontade do julgador, no porque ele quer, ou na sua consciência individual, mas tão somente em critérios hermenêuticos, logicamente compartilhados.

Espera-se inclusive, que consequentemente a efetivação da previsibilidade, alcancemos a tão reclamada celeridade processual, tendo em vista que o provável conhecimento prévio da resposta jurisdicional ao caso apresentado, reduzirá drasticamente a propositura das demandas, com pequena, ou nenhuma probabilidade de sucesso (STRECK, 2015a).

Nada obstante, apesar dos avanços, há que se ter cautela, vez que o novo código processual não resolve todo e qualquer problema imaginado, ele, por exemplo, no artigo 489, §2, do Novo Código de Processo Civil, em caso de colisão de normas, deixa aberto ao juiz solucionar a questão através da ponderação, instituto utilizado com álibi retórico para fundamentar essas decisões baseadas em sentimentos ideológicos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de janeiro de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BOURDIEU. Pierre. **O Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em:

<<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 22 jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **O novo CPP, Constitucional e Internacional**. 2011.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-17/coluna-lfg-devido-processo-legal-constitucional-internacional>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Felipe Daniel Amorin. **(Re)Construindo as decisões judiciais, a partir de Ronald Dworkin: Pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política?** 2009. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana**

De Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969. Disponível em

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Opinião Consultiva nº 9 de 1987. Disponível em

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2125opiniaoh.htm>> Acesso em: 20 jun. 2015.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas.

Accountability e Independência Judiciais: Uma análise da competência do

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba,

v. 21, n. 45, p.29-46, mar. 2013. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 30. Fev. 1996. Disponível em:
<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>
Acesso em: 19 jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **Fundamentação de decisões vai diminuir drasticamente o número de ações.** 2015a. Entrevista realizada por Sérgio Rodas em 30 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos.** Presidente Dilma, por favor, veta! 2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, André Karam. **Por que já não tenho medo dos juízes?** O controle das decisões no novo CPC. 2015. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2015-mar-28/diario-classe-nao-tenho-medo-juizes-controle-decisoes-cpc>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 3: a versão hermenêutica de Streck. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14294>. Acesso em: 25 jun. 2015.

O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE: AS CONSEQÜÊNCIAS DA EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maytê Ribeiro Tamura BARBOZA¹⁰

Luiz Fernando KAZMIERCZAK¹¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal abordar o direito à morte digna, mais especificamente no que se refere ao doente em estágio terminal, que esteja acometido por doença incurável. Apesar de ser um assunto muitas vezes evitado por grande parte das pessoas, é necessário que se discuta a respeito, pois todos os indivíduos estão sujeitos a passar por este tipo de situação, isto é, encontrar-se diante da possibilidade de escolher o fim que terá sua vida, quando a morte lhe seja iminente e inevitável. Será feita uma breve análise quanto ao direito à vida e o princípio da dignidade humana, antes de adentrar ao tema principal de que tratará este artigo, que é o do direito à morte digna. Também será tratada acerca da distinção entre as terminologias que definem as práticas médicas mais difundidas quanto se trata desta temática, que são as seguintes: a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia. Além da classificação, tem-se como finalidade abordar acerca dos efeitos jurídicos gerados por cada uma delas no ordenamento jurídico brasileiro.

98

PALAVRAS-CHAVE: Vida. Morte. Dignidade.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo principal abordar el derecho a la muerte digna, más específicamente en lo que se refiere al enfermo en estágio terminal, que esté acometido por enfermedad incurable. A pesar de ser un asunto muchas veces evitado por gran parte de las personas es necesario que se hable a su respecto, pues todos los individuos están sujetos a pasar por este tipo de situación, esto es, encontrarse frente a posibilidad de elegir el fin que tendrá su vida, cuando la muerte sea iminente e inevitable. Será hecha una breve análisis

¹⁰

Estudante de Graduação – UENP.

¹¹

Doutorando na PUC/SP e Docente da UENP.

cuanto al derecho a la vida y el principio de la dignidad de la persona humana, antes de adentrar al tema principal de que se trata este artículo, que es el derecho a la muerte digna. También será tratada acerca de la distinción entre las terminologías que definen las prácticas médicas más difundidas en lo que se refiere a esta temática, que son las siguientes: eutanásia, distanásia y ortotanásia. Además de la clasificación, se tiene como finalidad abordar acerca de los efectos jurídicos gerados por cada una de ellas en el ordenamiento jurídico brasileño.

PALABRAS-CLAVE: Vida. Muerte. Dignidad.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade abordar a temática da morte digna no ordenamento jurídico brasileiro, tratando primeiramente acerca das diferenças terminológicas existentes entre as principais práticas que compõem o arcabouço médico relativo ao assunto, quais sejam: a eutanásia, a distanásia e, por fim, a ortotanásia; e, em segundo lugar, das conseqüências jurídicas referentes a cada uma delas.

Existe muito tabu envolvendo o tema morte. Por se tratar de um assunto, de certo modo, misterioso, muito se discute a seu respeito, e, apesar de esta ser uma das maiores certezas que os seres humanos têm na vida, a grande verdade é que ela é rodeada de inúmeras incertezas.

Mas, apesar de se tratar de assunto encarado por muitos como sendo negativo, é necessário que se reflita a respeito, que se discuta, enfim, que as pessoas se conscientizem da importância de sua discussão, afinal a morte é algo do qual infelizmente não se pode escapar.

Antes, porém, de adentrar à temática do direito à morte digna, é preciso que se fale a respeito do direito à vida, já que esta é um pressuposto para que a morte venha a ocorrer. Mais do que isso, importante tratar também sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este direito à vida que é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro não pode ser outro a não ser o direito à vida digna.

Na esfera judicial, verifica-se extremamente fundamental debater acerca de cada uma dessas práticas mencionadas, pois como se tratam de condutas

diferentes entre si, acabam, inevitavelmente, por culminarem em conseqüências jurídicas igualmente diversas, o que torna necessária uma análise não apenas das distinções terminológicas existentes entre uma e outra prática, mas também sobre o efeito que sua execução terá no que se refere ao ramo do Direito.

O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É inevitável que passemos a tratar sobre o tema ora abordado por este trabalho, sem que anteriormente façamos uma breve alusão ao direito à vida e também ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, a morte nada mais é do que uma fase da vida: a última.

E também, antes de adentrarmos na conceituação das práticas que tentam proporcionar aos indivíduos uma morte digna, insta analisarmos também o já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a vida protegida pelo nosso ordenamento jurídico não pode ser outra senão aquela vivida com dignidade.

A vida é o início de tudo. A vida é um mar de possibilidades: a partir dela, tudo pode acontecer. Este direito é inerente à pessoa humana. Todo ser humano, mesmo os nascituros, possuem este direito e, conseqüentemente, a sua proteção. Maria Helena Diniz afirma que “se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, tem direito à vida” (DINIZ, 2009, p. 22).

Pode-se dizer que a vida constitui, se não o maior, um dos mais importantes direitos que o homem possui, tanto que lhe é garantido antes mesmo de seu nascimento. Conforme preceitua Luciano de Freitas Santoro

A vida é o mais importante bem do ser humano. Sem a vida não há nada. Não há liberdades. Não há propriedade. Não há felicidade. A fórmula é simples: o início é o início da vida; o fim é o fim da vida. A vida é, portanto, tudo. A vida humana condiciona todos os demais direitos da personalidade, como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (SANTORO, 2010, p. 27).

O ser humano, possuidor desse direito tão especial chamado vida, é

sujeito de todos os demais direitos e obrigações justamente porque vive, pois a partir de sua existência é que ele pode exercer suas prerrogativas, agir como bem entenda desde que não prejudique a outrem, assim como responder por tudo aquilo que vier a fazer.

A vida é um bem jurídico tutelado constitucionalmente, trazido pela Carta Magna no caput de seu artigo 5º, como um direito fundamental. O texto constitucional dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Este direito é classificado como um direito fundamental. Porém, o que significa dizer que o direito à vida é um direito fundamental? O que seriam, afinal, direitos fundamentais?

Segundo Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta

Direitos fundamentais são todos aqueles essenciais à pessoa humana, indispensáveis para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Esse conceito passou por transformações na medida e na proporção da evolução do constitucionalismo, em razão da incorporação de novos direitos indispensáveis ao ser humano para uma vida em sociedade, como os direitos sociais, os quais ganharam força constitucional, lado a lado com os direitos individuais. Em se tratando de direitos fundamentais, não deve o Estado se limitar a reconhecer formalmente os direitos do cidadão, deve sempre trabalhar para torná-los efetivos, adotando medidas e políticas públicas que visem concretizar e incorporar esses direitos à vida do cidadão e de todos os agentes sociais (PIMENTA, 2007, p. 148).

A vida é um direito fundamental no real sentido da palavra, visto que é essencial para que a pessoa goze plenamente de tudo o que lhe é facultado, que possua uma vida digna, a qual contenha pelo menos o mínimo existencial necessário para que ela possa sobreviver.

Sabe-se, portanto, que a vida, além de ser um fator biológico, constitui também um bem jurídico de valor inestimável, tanto que é tutelado pela Lei

Maior. Apesar de toda a importância que possui, podemos afirmar que a vida se trata de um direito absoluto, que não pode ser mitigado em nenhuma circunstância? Poder-se-ia concluir que, uma vez titular deste direito, teria o ser humano o livre arbítrio de dispor de sua própria vida no momento e da maneira que melhor lhe aprouvesse?

Maria Helena Diniz discorda deste pensamento, ao afirmar que

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite (DINIZ, 2009, p. 22).

102

Nota-se que, para a autora, a vida não pode simplesmente ser interrompida, pois, sendo algo que precede o próprio direito e o ordenamento jurídico que a tutela, deve ser respeitada de maneira plena.

Em sentido oposto, ou seja, o de que o ser humano deveria ter o direito de escolher com relação à sua própria existência, temos o entendimento de Ronald Dworkin, para quem a Constituição deveria garanti-lo a todas as pessoas. Segundo o mencionado autor

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir que qualquer

Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos (DWORKIN, 2003, p. 342-343).

Em que pese a opinião dos renomados juristas citados acima, o direito à vida não pode ser considerado como absoluto, pois nosso próprio ordenamento jurídico prevê algumas situações em que ele pode ser relativizado, ou seja, que possa vir a sofrer interferência sem que esta ação seja necessariamente tida como injusta, e configurando, conseqüentemente, uma conduta criminosa. A título de exemplo pode-se citar a pena de morte nos casos de guerra declarada, o aborto de feto anencéfalo e a legítima defesa (SANTORO, 2010, p. 41).

Vê-se, portanto, que o direito à vida, ainda que revestido de toda a importância que lhe é atribuída, não pode ser tido como incondicional, acima de todos os outros, pois a legislação prevê casos em que ele pode ser mitigado, ou seja, mesmo quando venha a ser ferido de determinada maneira, não é classificado como afronta ao sistema jurídico, pois nessas situações há que se mensurar de acordo com o caso concreto, fazendo uso da proporcionalidade entre o direito à vida e o motivo que levou à sua violação.

Não há como falar a respeito do direito à vida, sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois ambos estão intrinsecamente ligados. A dignidade humana é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, o que representa que nenhuma norma pode vir a contrariá-lo. Conforme o disposto no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana é trazido pela Constituição logo em seu primeiro artigo. Assim sendo, qual o seu significado na Carta Magna de 1988?

Para Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta (2007, p. 140), a dignidade,

que é um fundamento do Estado brasileiro, deve ser considerada como um respeito que se deve a todos, na tentativa de proporcionar-lhes a sobrevivência, independente de qual seja sua condição social.

A dignidade humana é altamente valorizada e, não por acaso, este princípio alcançou grande relevância em nossa Constituição, pois com base nele se seguem todos os demais direitos previstos no texto constitucional.

Nas palavras de Zulmar Fachin

O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional. A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do direito de família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7º). Trata-se de um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, está localizado no pórtico da Constituição, evidenciando desde logo o conteúdo axiológico que a permeia (FACHIN, 2012, p. 207).

104

Afinal, de que vale a vida sem dignidade? É certo que o Estado deve não somente garantir aos indivíduos o direito de viver, ou seja, de permanecer vivo, mas também oferecer a eles condições básicas para que tenham acesso aos direitos e garantias fundamentais.

Estes direitos podem estar expressamente previstos na Carta Magna, como a exemplo dos direitos e garantias individuais coletivos (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade); bem como dos direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados); os direitos referentes à nacionalidade; direitos políticos, entre outros (SANTORO, 2010, p. 70).

Contudo, os direitos fundamentais também podem estar implícitos na

Constituição. Apesar de não haver uma expressa previsão na Lei Maior, eles estão ali, com base no que ela representa através de seus princípios. Conforme conceitua Zulmar Fachin (2012, p. 247) “são direitos e garantias fundamentais que não estão previstos formalmente na Constituição. São direitos que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados”, e o autor ainda cita o princípio da proporcionalidade como sendo exemplo de um direito fundamental implícito, pois se trata de princípio utilizado para se chegar a uma solução quando há conflito entre direitos fundamentais.

Deste modo, como poderia ser conceituado o direito fundamental em si? O que é um direito fundamental?

Para Vladimir Brega Filho, direito fundamental é o mínimo necessário para a existência da vida humana, como se pode depreender do excerto abaixo

Assim, tentando construir um conceito de direitos fundamentais, poderíamos dizer, inicialmente, que os direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana. Além disso, não podemos nos esquecer do princípio da dignidade humana, que como vimos deve informar a interpretação de todos os dispositivos constitucionais. Os direitos fundamentais, então, seriam os interesses jurídicos necessários para a existência da vida humana digna [...]. A partir daí, podemos dizer que os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna (BREGA FILHO, 2002, p. 66-67).

A proteção e a garantia dos direitos fundamentais, portanto, faz-se necessária para que os indivíduos tenham uma vida digna. No entanto, o que significa ter uma vida digna? O que significa ter dignidade?

Luciano de Freitas Santoro (2010, p. 64) considera que a conceituação de dignidade humana é uma das tarefas mais árduas, o que se deve ao fato de que, apesar de ser algo inerente ao ser humano, a dignidade tem relação estrita com a forma como sua personalidade virá a se manifestar. Por este motivo, o que se

busca proteger é o próprio homem, para que não seja vítima de situações desprovidas de dignidade, o que deverá ser analisado de acordo com cada caso concreto.

Com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pretendeu o legislador proteger o homem de todo e qualquer ataque que ele pudesse vir a sofrer (físico, moral, dentre outros), e que pudesse colocar em questão a sua própria condição de ser humano e a sua intimidade. Antes mesmo de se tratar de um direito, a dignidade se trata de uma característica que inerente ao homem. Este princípio tem por fim defendê-lo e garantir que não tenha a sua própria essência ferida, violada.

O que vem a ser violação à dignidade humana ou não é inegavelmente muito subjetivo. Afinal, o que pode ser considerado uma afronta à dignidade por uma determinada pessoa, pode não sê-la para outra. Uma atitude que ofende alguém pode ser vista como algo perfeitamente normal por outrem. Por conseguinte, a própria definição do que vem a ser a dignidade para cada um é muito relativa e irá variar de acordo com cada indivíduo e suas próprias convicções (SARLET, 2007, p.374).

Deste modo, poder-se-ia dizer que a dignidade seria a própria integridade do ser humano. É o respeito devido justamente pelo fato de ser uma pessoa. Esta característica a torna titular desse direito, ou seja, de ser respeitada não só pelo Estado, mas por todos os indivíduos da sociedade.

Luís Roberto Barroso coaduna que

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo (BARROSO, 2009, p. 252).

Tem-se, portanto, que a dignidade humana foi erigida à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito quando da feitura da Constituição

Federal de 1988; princípio este que norteia todo o texto constitucional.

Para que a pessoa humana tenha dignidade, faz-se necessário que lhe sejam garantidos os seus direitos fundamentais. Porém, mais do que isso, é importante que haja o respeito à sua integridade, e que tanto o Estado como a sociedade como um todo se abstenham de praticar qualquer conduta que possam vir a atentar contra ela.

Dignidade humana significa dar à pessoa o tratamento que ela merece: de humana. E o não fazer, neste caso, significa não expô-la ao sofrimento, à dor, à humilhação.

O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

Na cultura ocidental a morte é quase sempre vista como algo tenebroso, obscuro, e por vezes até mesmo amedrontador (MÖLLER, 2012, p.31-32). Por esta razão, é uma temática freqüentemente evitada pela maioria das pessoas, pois, de um modo geral é desagradável pensar em seu próprio fim ou ainda no de alguém a quem muito se estima.

Em contrapartida, enquanto algumas pessoas tendem a evitar este assunto tanto quanto lhes seja possível, outras pensam de forma diversa, isto é, quando a morte se lhes mostra iminente e inevitável, a melhor saída para elas seria justamente a de antecipá-la, no intuito de se dissipar toda a dor e sofrimento enfrentados, o mais breve possível. Estas, muitas vezes por estarem passando por situação tão difícil e dolorosa, acreditam que o melhor a ser feito é abreviar esse martírio, colocando fim à própria vida ou à de seus entes queridos que estejam acometidos de algum mal incurável.

A partir daí, é possível que se siga por caminhos distintos. Segundo Letícia Ludwig Möller (2012, p. 36), poderia-se optar por adiar o momento da morte, sendo para isso necessário que se inicie um novo tratamento ou, ainda, que se prossiga com algum a que o paciente já esteja sendo submetido. A segunda opção seria a de escolher por não dar continuidade a um tratamento que já se esteja utilizando, nem iniciando algum outro procedimento, tendo como resultado o não prolongamento do processo de morte deste paciente.

A morte é, portanto, uma fatalidade, algo a que todos os seres humanos inevitavelmente estão sujeitos, mais cedo ou mais tarde. Porém, a depender da maneira como determinada situação venha a se apresentar a cada indivíduo, pode ser que haja a possibilidade de se optar quanto ao término da vida, se o fim será desta ou daquela forma, bem quanto ao momento em que se dará. Morrer, neste caso, pode ser considerado um direito.

Este direito de se eleger os caminhos a serem trilhados no final da vida poderá ser exercido pelo próprio doente, quando este goze de capacidade e autonomia, ou por seus familiares, no caso do doente estar inconsciente, incapaz de decidir por si só. Neste caso, a família deverá decidir de comum acordo, em uma tentativa de se chegar o mais próximo da decisão a que o próprio doente chegaria se estivesse habilitado a fazê-lo (MÖLLER, 2012, p. 55).

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, bem como sua autonomia, até mesmo quando de sua morte. É de suma importância que exista comunicação entre o médico e o paciente e sua família, principalmente em um momento tão delicado, e que estes sejam informados de todos os procedimentos que podem ser favoráveis ou não ao enfermo, para que seja possível escolher entre o doente ser submetido a este ou àquele, a depender de sua vontade, do que considerar ser o melhor (MÖLLER, 2012, p.54).

Afinal, trata-se de uma decisão definitiva, que pode mudar o rumo não apenas de uma, mas de inúmeras outras vidas. Neste sentido, as palavras de Letícia Ludwig Möller

Nos nossos dias, com o aumento das possibilidades de terapia e dos riscos nela envolvidos, que pela sua importância vêm fazendo da medicina e de outras ciências da saúde objeto de debate público, ganhou forte relevância a questão da necessidade de uma relação médico-paciente de diálogo, informação e respeito, e de preservação da autonomia e da dignidade do doente. Esses valores passaram a integrar as reflexões e discussões no âmbito da bioética. (MÖLLER, 2012, p. 50-51).

É relevante fazer esta diferenciação entre os termos existentes,

primeiramente, porque ainda muito se confunde acerca dessas condutas que giram em torno da morte digna. Porém, a classificação que se está prestes a fazer não serve simplesmente para nomear essas práticas, mas, principalmente, para que se possa visualizar o resultado gerado por cada uma e, desta forma, saber qual o efeito jurídico que advirá desses atos, quando praticados.

Como bem explicita Santoro (2010, p. 107), pouco interessa a nomenclatura que define esta ou aquela atitude; o que realmente se faz significativo é a própria atitude que será tomada e o que se objetiva com ela, enfim, a sua razão de ser. Afinal, não é o nome de determinada prática que irá defini-la, mas sim o resultado final que se obtém dela.

Existem diversas classificações para os procedimentos dos quais as pessoas que se encontram em estágio terminal podem se utilizar. Neste artigo, porém, o foco estará entre os três principais, que são condutas absolutamente diversas entre si, a saber: a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia.

EUTANÁSIA

Começaremos pela eutanásia. A palavra provém do grego (*eu*, bom + *thánatos*, morte) e quer dizer: boa morte. Portanto, originariamente a eutanásia pode ser definida como a “boa morte”, “morte suave”, “morte indolor”. Porém, com o passar do tempo, passou a abarcar novas situações, contando assim com vários métodos distintos em sua classificação. Por este mesmo motivo, pode-se dizer que, popularmente, a eutanásia não mais se refere exclusivamente aos doentes terminais, passando a abranger também demais casos (CABETTE, 2013, p. 20).

Segundo Cabette (2013, p.19-20), dentre esses outros casos que também podem ser definidos como sendo modalidades de eutanásia, pode-se mencionar, por exemplo, o dos recém-nascidos com anomalias congênicas – que seria a chamada eutanásia precoce – pessoas em estado vegetativo, além dos inválidos que não possuem capacidade de cuidarem a si próprios, e outros.

Em que pese atualmente o conceito de eutanásia tenha adquirido certa amplitude, passando a englobar erroneamente inclusive estas novas práticas - que

possuem as mais diversas finalidades - deve-se ter muita cautela ao classificá-la, pois, para que ela realmente seja caracterizada, faz-se essencial que, além da autorização do doente terminal ou seu responsável legal, estejam também presentes elementos nobres e altruístas, de compaixão para com o próximo, tendo a ver com o anseio em pôr um término definitivo ao sofrimento alheio.

No que se refere à forma de executá-la, existem duas modalidades: eutanásia ativa ou por comissão e eutanásia passiva ou por omissão (CARVALHO, 2001, p. 23-24; SANTORO, 2010, p.118; CABETTE, 2013, p.23-24).

A eutanásia ativa se dá mediante a prática de atos positivos, ou seja, é caracterizada por ações que contribuem para com que o doente terminal venha a falecer, sempre objetivando colocar um término em seu padecimento. Esta modalidade ainda se subdivide em outras duas espécies, que são: eutanásia ativa direta e eutanásia ativa indireta. A primeira tem como finalidade precípua diminuir o tempo vital daquele que sofre. Já a segunda não tem como objetivo principal interromper a vida da pessoa, mas sim o de aliviar sua dor, sendo que a morte aparece apenas como consequência dessa ajuda.

Santoro expõe de forma clara e exemplifica a diferença entre eutanásia ativa direta e eutanásia ativa indireta

A eutanásia ativa indireta não pode ser confundida com a eutanásia ativa direta, porque a conduta de injetar um fármaco com a finalidade de abreviar a vida obviamente não é a mesma que a ação do médico de aplicar analgésicos para aliviar a dor e o sofrimento mas que, como efeito secundário certo ou necessário, levará à abreviação da vida do paciente, é dizer, será a causa do evento morte. (SANTORO, 2010, p. 119).

Pode-se auferir de tal distinção que, na eutanásia ativa direta, a morte é o objetivo principal da ação cometida. Como bem citado no exemplo acima, seria o caso de um médico que injeta determinada substância no paciente, no intuito de abreviar seu sofrimento através da morte. Já na eutanásia ativa indireta, pretende-se manter a vida do paciente, aliviando a sua dor, porém a morte sobrevém como consequência inevitável das ações que, na verdade, foram tomadas na tentativa

de poupar o sofrimento da pessoa. Seria o caso do médico que aplica um analgésico que não é bem aceito pelo organismo do paciente, que vem a ter alguma complicação e, em decorrência disso, acaba falecendo.

A outra modalidade de eutanásia quanto ao modo de execução é a eutanásia passiva ou por omissão, que, segundo Carvalho (2001, p.24), caracteriza-se pela não prestação de tratamentos médicos úteis, ordinários, que possuam reais chances de trazer efetiva melhora ao doente, e por conta disso, ocorre a antecipação de sua morte. Muitos confundem esta modalidade de eutanásia com a ortotanásia, porém, posteriormente, quando da conceituação de ortotanásia, será feita a devida diferenciação entre ambas.

Antes de se prosseguir na classificação, é válido ressaltar a diferença existente entre tratamento ordinário/proporcional e tratamento extraordinário/desproporcional.

O tratamento ordinário ou proporcional é aquele que tende a humanizar o processo de morte do paciente, um tratamento que não seja agressivo, que lhe traga mais conforto e bem estar. E o tratamento extraordinário e desproporcional é o chamado tratamento fútil, aquele que visa aumentar a quantidade de vida da pessoa, sem se importar com a qualidade da mesma, o que conseqüentemente gera ainda mais angústia em quem já se encontra debilitado, em uma situação crítica (CABETTE, 2013, p. 27).

Portanto, a principal característica da eutanásia, que, como já se pôde observar, etimologicamente significa boa morte, é a compaixão.

Qualquer prática que vise outros fins a não ser proporcionar ao doente terminal uma morte tranqüila, serena, e com o máximo de conforto possível, deve ser imediatamente rechaçada, pois até mesmo no momento da morte a dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração, já que a morte nada mais é do que mais um estágio da vida, ainda que seja o último.

DISTANÁSIA

É possível dizer que a distanásia é o oposto de toda a classificação que já foi feita até agora. Isto porque, enquanto a eutanásia, e até mesmo a mistanásia

referem-se a situações em que a morte é antecipada, a distanásia consiste exatamente no contrário, ou seja, em prolongá-la tanto quanto possível, encarando-a como uma inimiga que precisa ser combatida a qualquer custo.

A palavra deriva do grego (*dis*, afastamento + *thánatos*, morte), significando: afastamento da morte. Esta prática consiste em postergar o evento morte pelo maior tempo possível, valendo-se de todos os recursos existentes, equipamentos, remédios, dentre outros artifícios, e, para isso, muitas vezes submetendo o paciente terminal a tratamentos fúteis, degradantes, que de nada servirão para trazer-lhe efetiva melhora, mas apenas para aumentar sua vida quantitativamente, sem se importar, porém, com a questão da qualidade. Por este motivo, também é conhecida como obstinação terapêutica ou futilidade médica (CARVALHO, 2001, p. 25).

Segundo Cabette (2013, p. 26), no atual estado da medicina, que se mostra cada vez mais avançado e que dispõe de toda a modernidade técnica e científica a seu favor, destaca-se o que se costuma chamar de “imperativo tecnológico”. E este imperativo faz menção justamente ao tempo verbal de mesmo nome, que se relaciona a uma ordem que, neste caso, seria a de manter a vida humana pelo maior tempo que se consiga, já que existe a possibilidade técnica de que isso seja feito. Ressalta o autor, porém, que esta não seria a atitude mais adequada a ser tomada pelo médico, pois que se configuraria no chamado “escarniçamento terapêutico”, prolongando ainda mais o sofrimento do doente terminal.

É preciso que se tente fazer uma distinção entre a linha tênue de um tratamento plausível, útil e realmente necessário, daquele que será verdadeiramente infrutífero e que ocasionará apenas cada vez mais dor e padecimento ao enfermo e, conseqüentemente, também a seus familiares.

A distanásia seria, portanto, a utilização dos meios extraordinários, que por sua vez são caracterizados como desproporcionais, na insistente tentativa de se manter o curso vital do paciente, ainda que isto não signifique o melhor para ele (CARVALHO, 2001, p.26).

A vida humana jamais pode ser menosprezada. Cada ser em si representa

uma vivência, é um sujeito possuidor de direitos e obrigações, carrega consigo sentimentos, tais como tristezas, alegrias, sonhos, frustrações. O ser humano não pode ser tratado como se fosse um simples aparelho do qual se recarrega a bateria para que, desta forma, dure por mais tempo.

Conforme afirma Santoro (2010, p. 130), justamente em respeito ao princípio da dignidade humana é que o médico está impedido de submeter seu paciente a tratamento que seja desumano ou degradante, uma vez que isso se enquadra até mesmo como tortura, que é absolutamente proibida no sistema jurídico brasileiro.

Ainda que o médico esteja bem intencionado, não se pode admitir que, na tentativa de salvar a vida do paciente, se utilize de meios supérfluos e inadequados, ferindo a dignidade daquele. A pessoa acometida de alguma doença incurável não pode simplesmente ser submetida a um determinado tipo de tratamento tão somente porque este lhe garante algum tempo a mais de vida.

Quantitativamente, o único que deve ser priorizado é o bem estar que se pode oferecer ao enfermo nesses casos, para garantir-lhe uma morte tranqüila, serena, sem maiores dores do que aquelas já causadas pela doença que se está enfrentando.

113

ORTOTANÁSIA

Se a eutanásia visa à antecipação da morte do doente terminal, no intuito de aliviar a sua dor; e a distanásia cumpre o papel contrário, postergando a morte do enfermo durante o maior tempo possível; a ortotanásia seria o meio termo entre as duas práticas, pois não se pretende nem antecipar nem retardar o falecimento inevitável, uma vez que o paciente já iniciou o processo mortal, mas, sim, prestar ao indivíduo todos os cuidados paliativos necessários para que o final de sua vida seja o mais digno possível.

Nas palavras de Luciano de Freitas Santoro

Pode-se afirmar com segurança que existe um meio-termo entre a antecipação da morte (eutanásia), por compaixão ao paciente, para dar fim ao sofrimento físico e mental a que está

sendo submetido decorrente de uma doença incurável e a conduta de prolongar ao máximo a sua vida (distanásia), que possibilita um aumento exclusivamente quantitativo, decorrente de um tratamento fútil, que é inidôneo para reverter o seu quadro mórbido, ao mesmo tempo, em que se submete o paciente a uma verdadeira tortura. O meio-termo será, então, a ortotanásia, que autoriza que o médico, quando a morte se apresentar como iminente e inevitável, omita o emprego de qualquer tratamento fútil, respeitando o bem estar do paciente e, em consequência, promova a sua dignidade no momento final, emprestando-lhe os cuidados paliativos para que tenha uma morte correta. (SANTORO, 2010, p. 140).

A etimologia da palavra ortotanásia provém do grego (*orthos*, correto e *thanatos*, morte), traduzindo-se por morte correta. Diz-se que a ortotanásia é a morte no tempo certo, pois, como já dito anteriormente, não tem o condão de encurtar a vida do paciente, nem o de alongá-la em demasia, mas sim, garantir que este venha a falecer no seu tempo correto, e mais do que isso: cercado por todos os cuidados necessários para que sua vida termine de forma serena (CARVALHO, 2001, p.27-28).

A estes cuidados prestados ao doente terminal após a iniciação do processo mortal, dá-se o nome de cuidados paliativos. De acordo com Oliveira e Ponte (2014, p. 10), “a medicina paliativa visa aliviar a dor, sintomas e melhorar a qualidade de vida dos pacientes e seus familiares, prestando-lhes cuidados integrais – no âmbito psicológico, social e espiritual”.

O que se verifica na ortotanásia é uma tentativa de amenização do processo de morte do enfermo, em que lhe é conferida toda a assistência de que este necessite em seus momentos finais.

Percebe-se, além de uma preocupação para com a pessoa do paciente em si, carinho e cuidado também para com seus familiares, que na maioria das vezes acompanham todo o suplício pelo qual o doente vem passando e também acabam por se fragilizar emocionalmente, merecendo, desta forma, atenção especial.

O que muito se discute acerca da ortotanásia é sobre qual seria realmente o momento correto, oportuno, para se interromper os tratamentos médicos pelos quais o enfermo está se submetendo, passando a ministrar-lhe, a partir de então,

os mencionados cuidados paliativos.

Trata-se esta de uma análise extremamente delicada, já que se liga imediatamente ao destino que terá a vida de determinado alguém e por este motivo é que se faz tão complicada a diferenciação entre eutanásia passiva, ortotanásia. Mais uma vez se deve fazer uso da distinção entre os conceitos de tratamento ordinário e proporcional e tratamento extraordinário e desproporcional, já analisados em momento anterior.

De acordo com Cabette (2013, p. 24-25), há certa tendência em se confundir as denominações de eutanásia passiva ou por omissão e ortotanásia, já que ambas referem-se à omissão de tratamento médico aos pacientes terminais. Ressalta o autor, porém, que isso não deve ocorrer, porquanto a diferença entre as duas espécies reside no fato de, na eutanásia, a conduta partir de um ato volitivo do profissional da medicina em não prestar o tratamento de que a pessoa necessita com a nítida finalidade de que essa venha a falecer mais brevemente, ao passo que, na ortotanásia, deixa-se de aplicar determinado tratamento ao doente, não com a finalidade de que este venha a morrer, mas de que possa ter uma morte natural, em seu tempo certo.

Depreende-se do parágrafo anterior que, na prática da ortotanásia, a morte acaba sendo uma simples conseqüência de se privar o doente de tratamento inútil, sendo que a morte virá no tempo correto, mas não é a finalidade em si, ao passo que, na eutanásia passiva, a morte é o próprio objetivo da prática, sendo que a abstenção de tratamento médico é unicamente o caminho a se percorrer para que esta finalidade seja atingida.

Apesar de ambos os procedimentos terem em comum a solidariedade, o sentimento de piedade para com o dente e a intenção de lhe abreviar o sofrimento enfrentado, na ortotanásia, o processo mortal do paciente já se iniciou. Portanto, a não aplicação do tratamento ao paciente terá como conseqüência a morte, mas não será a sua causa, pois a causa é a própria doença incurável, algo já existente, uma vez que ele já se encontra em estágio terminal. Na eutanásia passiva ou por omissão, esta omissão é que será a causa do evento morte, já que o paciente ainda não teve o seu processo mortal inicializado (SANTORO, 2010, p. 138).

Até mesmo o Papa João Paulo II tratou de ressaltar a diferença existente entre essas duas práticas

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado "excesso terapêutico", ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objectivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte. (JOÃO PAULO II, 1995, s.p)

116

A partir do trecho supracitado, extraído da carta encíclica do Sumo Pontífice João Paulo II, denota-se outra distinção no tocante aos termos eutanásia e ortotanásia, qual seja, a de que na eutanásia renuncia-se às intervenções adequadas, proporcionais, ao passo que, na ortotanásia, ao contrário, a renúncia que se faz é aos meios extraordinários, que realmente se caracterizam por serem inúteis e desproporcionais.

Santoro (2010, p. 133) ressalta a importância de se obedecer a dois requisitos fundamentais para que se possa optar por praticar a ortotanásia. O primeiro seria o início do processo de morte do enfermo e o segundo, que não haja mais expectativa quanto à cura do paciente, pois, se houver qualquer possibilidade que isso venha a ocorrer, o médico não pode abandonar o tratamento.

A ortotanásia, portanto, possibilita que a vida termine no seu tempo exato, já que a morte do paciente sobrevém em momento oportuno, correto, quando ele realmente não possui mais forças para continuar lutando contra ela.

O REFLEXO DAS PRÁTICAS DA EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Insta diferenciar quanto aos efeitos jurídicos decorrentes de cada um dos gêneros acima elencados, que se relacionam às três principais atitudes dentre as quais a pessoa em estágio terminal de uma doença incurável pode se valer, sendo elas: a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia. Primeiramente, se abordará sobre a eutanásia e seus reflexos no sistema jurídico brasileiro.

De acordo com Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 183), a eutanásia sempre foi considerada como sendo crime em nosso país, mais especificamente, o de homicídio privilegiado. Este privilégio mencionado pela autora refere-se ao fato de que o Código Penal vislumbra como causa de diminuição de pena, o fato de o homicídio ter sido cometido em decorrência de motivo de relevante valor moral, como se denota do artigo 121, §1º.

Muitos anteprojotos do Código Penal já tentaram lhe dar um tratamento específico, até mesmo tipificando-a, porém na prática isto ainda não ocorreu.

Atualmente, a eutanásia no Brasil é considerada crime, como se pode depreender das palavras de Yves Zamataro

No Direito brasileiro a eutanásia é considerada ilícito penal, mas inexistente disposição explícita nesse sentido. Entretanto, aplica-se a tipificação prevista no art. 121 do Código Penal, ou seja, homicídio simples ou qualificado. É indiferente para a qualificação jurídica desta conduta e para a correspondente responsabilidade civil e penal, que o paciente tenha dado o seu consentimento. Mesmo nesta hipótese, esse consentimento é considerado, juridicamente, irrelevante, para descaracterizar tal conduta como crime (ZAMATARO, 2013, s.p).

Desta feita, tem-se que a eutanásia é conduta considerada como homicídio, crime previsto pelo artigo 121 do Código Penal.

Estará configurada a eutanásia toda vez que houver uma ação, como no caso da eutanásia ativa, ou uma abstenção em se realizar determinado procedimento, no caso da eutanásia passiva ou por omissão, mas tendo sempre em comum o intuito de se encurtar o período vital de um doente terminal.

A eutanásia se diferencia ainda do suicídio assistido. Há certa confusão entre as práticas do suicídio assistido e da eutanásia, pois ambas tratam de atos tendentes a pôr fim à vida de quem esteja acometido por doença incurável e, portanto, estão imbuídas em elemento altruístico, além de ter em comum a necessidade do consentimento do paciente.

De acordo com Santoro (2010, p.124), a diferença entre o suicídio assistido e a eutanásia, seja ela ativa ou passiva, justifica o fato de haver conseqüências jurídicas distintas para cada uma dessas modalidades. O ordenamento jurídico brasileiro prevê resultados diversos para quem auxilia, induz ou instiga alguém a cometer o suicídio (art. 122, Código Penal), e para quem pratica homicídio por relevante valor social ou moral, como no caso da eutanásia. Segundo o autor

Em verdade, a participação no suicídio assistido, mais do que o ato de induzir (criar na mente da vítima o desejo de se matar) ou de instigar (reforçar a idéia preexistente de suicídio), está ligada ao auxílio prestado pelo terceiro para que a vítima consiga se matar, fornecendo os meios necessários para a realização do ato. Consubstancia-se em uma participação material (fornecimento de objetos), mas pode operar-se por meios morais, diversos do induzimento e da instigação, por exemplo, ministrando instruções de como levar ao cabo a sua intenção. Assim, aquele que auxiliar uma pessoa a praticar o suicídio, ainda que por motivos eutanásicos, responderá pelo disposto no crime de dois a seis anos se o suicídio se consuma ou de um a três anos se resulta em lesão corporal de natureza grave (SANTORO, 2010, p. 124).

Para se diferenciar o suicídio assistido da eutanásia, que no Brasil é tratada como homicídio, é preciso concentrar-se no sujeito ativo, isto é, quem de fato praticou a ação que obteve como resultado a morte. Se a própria vítima é quem a pratica, mesmo que tenha sido auxiliada por terceiro, restará configurado o suicídio assistido. Por outro lado, se a vítima apenas consente, mas quem executa o ato derradeiro é um terceiro, este será responsabilizado, pois responderá pelo crime de homicídio e não por auxílio ao suicídio, já que este último possui uma pena menor.

Passa-se agora a analisar os efeitos jurídicos da distanásia em nossa legislação. Para a prática da distanásia, propriamente dita, não há previsão legal no ordenamento brasileiro. É muito mais uma discussão ética que a engloba, do que propriamente jurídica. O dilema ético que permeia a temática da distanásia reside entre estender ou não o tempo de vida do paciente, tendo em vista que, se estendido, pode lhe ser causado ainda mais dor e sofrimento.

Porém, apesar de não ser tipo penal, nem se enquadrar em alguma das figuras já existentes, como a exemplo da eutanásia que se encaixa no artigo 121 do Código Penal, que trata do homicídio, não se pode deixar de mencionar que, na esfera cível, o médico deve se responsabilizar por todo e qualquer dano que cause ao paciente que esteja sob seus cuidados, em decorrência de querer prolongar a vida deste a qualquer custo.

De acordo com Cecília Lobo Marreiro (2013, p.316), o médico que pratica a distanásia, ignorando a própria autonomia do doente terminal, submetendo-o a tratamento inútil e degradante, adquire o dever de se responsabilizar pelos prejuízos ocasionados ao seu paciente e que sejam frutos desta chamada obstinação terapêutica.

Existem alguns pressupostos para que se caracterize a responsabilidade médica, quais sejam: o agente, o ato, a culpa, o dano e o nexo de causalidade (CROCE e CROCE JÚNIOR, 2002, p. 13-22). O agente é o médico, devidamente habilitado, tanto técnica quanto legalmente, plenamente capaz e na posse de suas faculdades mentais. O ato é a própria atitude a ser adotada por este, que deve, porém ser lícita. Do contrário, se o ato é ilícito, como, por exemplo, um aborto criminoso, o profissional responderá como qualquer outro indivíduo que o cometesse, sem importar a sua profissão. No que se refere ao dano é o resultado da prática adotada. É o prejuízo que a pessoa obteve a partir do acolhimento de determinada atitude. E o nexo de causalidade é a relação existente entre a ação ou omissão do médico e o prejuízo sofrido pelo paciente.

Já no que concerne à culpa, temos as palavras de Rogério Greco

A conduta humana que interessa ao Direito Penal só pode ocorrer de duas formas: ou o agente atua dolosamente,

querendo ou assumindo o risco de produzir o resultado, ou, culposamente, dá causa a esse mesmo resultado, agindo com imprudência, imperícia ou negligência. Dessa forma, somente podemos falar em conduta dolosa ou culposa. A ausência de conduta dolosa ou culposa faz com que o fato cometido deixe de ser típico, afastando-se, por conseguinte, a própria infração penal cuja prática se quer imputar ao agente. [...] Nota-se, portanto, que para a caracterização do delito culposo é preciso a conjugação de vários elementos, a saber: a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia); c) o resultado lesivo não querido, tampouco assumido pelo agente; d) nexó de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo; e) previsibilidade; f) tipicidade (GRECO, 2012, p. 195-196).

Destarte, uma vez verificado o dano sofrido pelo paciente e o nexó causal deste com a conduta adotada pelo médico, que no caso da distanásia é a insistência em se prolongar a vida daquele utilizando-se de todos os meios disponíveis, o profissional da medicina tem o dever de reparação civil, decorrente de sua responsabilidade em relação àquela vida que lhe foi confiada (MARREIRO, 2013, p.316).

Mesmo não sendo tratada legislativamente, resta claro a responsabilidade médica do profissional para com o seu paciente. Causando ao enfermo qualquer prejuízo pela prática da obstinação terapêutica, o médico responde civilmente, tendo o dever de reparação ao doente ou sua família.

Por derradeiro, cumpre examinar as conseqüências jurídicas da ortotanásia em nossa legislação.

O início desta prática no Brasil é recente, e ganhou destaque com a edição da resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, que dispunha que “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhes os cuidados necessários para aliviar sintomas que levam ao sofrimento”.

Essa resolução gerou grande polêmica, e o Ministério Público Federal

chegou a ingressar com uma ação civil pública, requerendo a suspensão da referida resolução. Wellington Oliveira, que à época era o Procurador dos Direitos do Cidadão do Distrito Federal, alegava que a ortotanásia seria contrária ao Código Penal e que apenas uma lei poderia tratar a respeito deste tema, além de sustentar que ela seria como uma autorização para que os médicos matassem seus pacientes, consubstanciando-se na própria causa da morte destes, tal como ocorre na eutanásia. Com isso, não tardou a conseguir uma liminar que afastasse a prática da ortotanásia (MARTINS, 2013, s.p).

Em 2010, porém, o próprio Ministério Público Federal alterou seu entendimento "Em agosto deste ano, o Ministério Público Federal (MPF) revisou a ação. A procuradora Luciana Loureiro, que sucedeu Oliveira no processo, afirmou que a ação confundiu ortotanásia com eutanásia" (TOLEDO, 2010, s.p).

O juiz federal substituto da 14ª Vara/DF, Roberto Luís Luchi Demo, prolatou sentença em 1º de dezembro de 2010, revogando a antecipação de tutela outrora concedida, e, afirmou no documento que: "Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto".

Atualmente, portanto, esta prática não encontra óbice em nosso ordenamento jurídico. Embora nos dias de hoje a ortotanásia seja enxergada com bons olhos por muitos médicos, principalmente quando se tem em mente sua correta definição e pretensão, há quem considere a morte nestes casos como fracasso profissional, incompetência técnica, ou até mesmo abandono com relação à situação do enfermo, que poderia viver por um tempo maior - porém, frise-se, sem qualquer qualidade de vida.

CONCLUSÃO

Conclui-se com esta pesquisa que o direito à vida, por mais importância que tenha no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser considerado como

absoluto, e que mais importante do que viver, é que esta vida seja digna, composta pelos elementos necessários para que se possa sobreviver com a integridade que merecem todos os seres humanos.

Apesar de haver grande receio envolvendo o tema morte, é um assunto que deve ser enfrentado. Quanto às três práticas analisadas neste artigo, percebeu-se que a única punida pelo Código Penal é a eutanásia, que embora não tenha artigo específico para tratá-la, enquadra-se na figura do homicídio, disposta no artigo 121 do mesmo diploma legal. Ainda que a pessoa que pratique a eutanásia aja com fins altruísticos, isso não a isenta de responder por este crime, apesar de poder ser considerado homicídio privilegiado.

No que se refere à distanásia, é modalidade que se caracteriza por possuir um viés fútil, afinal, não se garante com ela maior qualidade de vida ao doente, apenas maior quantidade de vida, ainda que também signifique um aumento de seu sofrimento e angústia. Embora não haja previsão legal para esta conduta, é certo que o médico possui responsabilidade civil sobre seu paciente, devendo responder por todos os danos que vier a causar a este.

A ortotanásia, o meio termo entre as outras práticas ora analisadas, não encontra óbice legal em nosso ordenamento, apesar de muitos se oporem a ela, pois consideram quase como um abandono ao doente, o que não é verdade, afinal ela se dá apenas quando o processo mortal do paciente já teve início, ou seja, quando já se tentou tudo o que era proporcional e adequado para salvar aquela vida. Na maioria das vezes é extremamente difícil aceitar a morte, tanto por quem está prestes a falecer, quanto por seus familiares, mas há que se fazer um esforço em aceitar que em alguns casos, quando nada mais pode ser feito sem que se prolongue o sofrimento do enfermo, este pode ser o melhor caminho. Suspendendo os tratamentos que apenas aumentam a quantidade de vida, mas não a qualidade desta, a pessoa poderá seguir seu curso naturalmente, vindo a falecer de modo tranqüilo e sereno, no momento em que isto realmente deva ocorrer, sem qualquer tipo de intervenção.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os

conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 01 de março de 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de março de 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM, Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

FILHO, Vladimir Brega. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JOÃO PAULO II. Evangelium Vitae. De 25 de março de 1995. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-

ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html> Acesso em: 27 de junho de 2015.

MARREIRO, Cecília Lobo. Responsabilidade civil do médico na prática da distanásia. De 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a14v21n2.pdf>> Acesso em: 28 de junho de 2015.

MARTINS, Carlos Eduardo. Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia. De 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>> Acesso em: 28 de junho de 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral** – vol. 1. 6ª Ed, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da Dignidade e Autonomia da vontade**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Cecília Barroso de; PONTE, Marcelo Dias. **O direito de morrer: reflexões sobre a ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro**. De 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8affe5b7d527c01b>> Acesso em: 21 de junho de 2015.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Direito constitucional em perguntas e respostas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: O direito do paciente terminal**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

TOLEDO, Karina. **Justiça Federal derruba liminar e libera prática da ortotanásia no país**. De 04 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,justica-federal-derruba-liminar-e-libera-pratica-da-ortotanasia-no-pais-imp-,649301> Acesso em: 28 de junho de 2015.

ZAMATARO, Yves A. R. **Eutanásia: direito a uma morte digna ou um**

crime? De 29 de maio de 2013. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI179433,41046->

Eutanasia+direito+a+uma+morte+digna+ou+um+crime> Acesso em: 28 de junho de 2015.

O PAPEL DA LITERATURA NA CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO: ENTRE O UNIVERSO DISCURSIVO E O DO PODER

Caio Henrique Lopes RAMIRO¹²

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma reflexão a respeito das relações entre direito, literatura, discurso e poder. Para referenciar essa investigação nos valem do texto *Aula* de Roland Barthes e, partindo de um método hermenêutico, foram analisados os textos de bibliografia primária e, doravante, obras outras de interlocutores, bem como outros autores que se dedicaram ao problema em análise.

PALAVRAS-CHAVE: Construção do saber jurídico, discurso, literatura, poder.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to develop a reflection on the relations between law, literature, discourse and power. The theoretical support consists of the *Lecture* that Roland Barthes and, from a hermeneutical method, the primary literature texts were analyzed and henceforth works other interlocutors, and other authors who have dedicated themselves to the problem in question.

KEYWORDS: Construction of legal knowledge, discourse, literature, power.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma reflexão a respeito das relações entre direito, literatura, discurso e poder. Para referenciar essa investigação nos valem do texto *Aula* de Roland Barthes e, partindo de um método hermenêutico, foram analisados os textos de bibliografia primária e, doravante, obras outras de interlocutores, bem como outros autores que se dedicaram ao problema em análise. No primeiro movimento do texto, pretende-

126

se uma apresentação a respeito da possibilidade de conexão dos campos epistêmicos do direito e da literatura, com a exposição das possíveis formas em que essa relação pode vir a se estabelecer - *direito da literatura; direito na literatura e direito como literatura* -, bem como se objetivou a reconstrução do desenvolvimento cronológico dessa perspectiva de investigação.

No segundo movimento, o foco de análise se fixará sobre a questão dos fundamentos teóricos de uma hermenêutica constitucional em chave literária (*direito como literatura*), significa dizer que o campo de investigação será o da relação entre direito e literatura pela via da teoria da interpretação, em um primeiro momento com a aproximação da proposta de Dworkin e, por conseguinte, com a apreciação da sugestão feita por José Calvo Gonzalez a respeito da possibilidade de uma abordagem de *direito e literatura constitucional*.

Por fim, no último movimento do presente artigo, o exame recai sobre a questão que relaciona discurso, direito e poder, a fim de uma problematização a respeito de como as formas microfísicas de poder se encontram presentes no discurso e, dessa maneira, relacionam-se com o direito, o que acarreta implicações para as contemporâneas *teorias discursivas do direito*, buscando-se alternativas a tais práticas de poder pelo reconhecimento do potencial libertário e emancipatório da literatura que pode fundamentar a construção de um saber jurídico crítico.

DIREITO & LITERATURA: APROXIMAÇÕES TEÓRICAS COMO POSSIBILIDADE PARA REPENSAR A CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO

Em primeiro lugar, parece importante um esforço de meditação sobre a possibilidade de uma abordagem do jurídico através do literário, no que diz respeito a um ponto de vista mais panorâmico das aproximações teóricas, pois a comunicação dos campos epistêmicos entre direito e literatura pode se estabelecer de diversas maneiras.

É oportuno mencionar que ainda hoje podem haver resistências no que diz respeito ao reconhecimento de um diálogo de influências frutífero entre direito e literatura, em especial por uma racionalidade positivista-exegética que marca a epistemologia jurídica e a construção do conhecimento jurídico¹³. Embora possamos reconhecer, em nossos dias, avanços do ponto de vista das pesquisas ligadas à temática da presente verificação na área de teoria do direito, ainda ocorre uma oposição tecnocrática que assombrosamente avança do modelo dogmático para uma sombria perspectiva de sistematizações e esquematizações do pensamento jurídico e de seu discurso, o que evidencia sua crise.

Do ponto de vista teórico, aos estudos que têm por objetivo analisar os contatos dialógicos entre direito e literatura se convencionou chamar *law and literature movement (movimento direito e literatura)*, e tal abordagem tem dado interessantes contribuições no que diz respeito às possibilidades da linguagem e aos discursos, e, aqui em especial, ao discurso normativo e à exposição dos problemas hermenêuticos, proporcionando um campo de possibilidades para se repensar a edificação do conhecimento jurídico.

Cláudio Magris (2006, p. 1) sublinha que a tragédia grega pode ser o marco inicial do contato entre direito e literatura, ou, se preferirmos, que a literatura, desde as origens de nossa civilização ocidental, tematiza a lei, valendo-se do exemplo da conhecida tragédia *Antígona* de Sófocles a fim de ilustrar seu argumento¹⁴. A peça do dramaturgo grego pertence a um seminal gênero

13 É importante considerar que a perspectiva neutra e objetivista não é apenas uma característica da ciência jurídica, mas, da ciência em geral e da teoria do conhecimento, especialmente quando se leva em consideração as matrizes do pensamento da modernidade. De acordo com Dino del Pino (2008, p. s/p) “nascida sob a égide da observação e da objetividade, e alimentada por certas tomadas de empréstimo da matemática, a ciência moderna, tendo como paradigma a física, marcou sua entrada em cena com a inconseqüente venda da própria alma ao mesmo platonismo que já inspirava o fundamentalismo eclesiástico e anti-galilaico e, simultaneamente, com um ato de traição à razão aristotélica – a mesma que fundara, pela lógica, a matemática da palavra e o cálculo do silogismo”.

14 Conforme Magris (2006, p. 1): “Desde los orígenes de nuestra civilización, al derecho codificado -es decir, a la ley- se contraponen la universalidad de valores humanos que ninguna norma positiva puede negar. A la incua ley de un Estado promulgada por Creonte que niega sentimientos universales y valores humanos, Antígona contraponen las «leyes no escritas de los dioses», los mandamientos y los principios absolutos que ninguna autoridad puede violar. La

literário, e em sua trilogia ilustra uma série de características que se atribuem ao *drama* desde a Antiguidade; logo, esse escrito do teatro trata de assuntos políticos sobre o governo e o destino de *Tebas* e, além disso, é capaz de provocar ponderações acerca do jurídico até nossos dias.

Talvez a possibilidade de contato entre direito e literatura se mostre ainda mais fecunda quando se reconhece o potencial crítico da literatura, vale dizer no que diz respeito à possibilidade de crítica da realidade, mesmo que em uma proposta ficcional.

Nas palavras de Roland Barthes (1997, p. 18):

A literatura assume muitos saberes [...] Se, por não sei que excesso [...], todas as nossas disciplinas devessem ser expulsas do ensino, exceto numa, é a disciplina literária que devia ser salva, pois todas as ciências estão presentes no monumento literário.

Para Roberto Bueno (2011, p. 10):

A literatura é um instrumento promissor, provavelmente mais do que a filosofia, quando temos em perspectiva um processo de autoreferenciação. Essa autoreferenciação deriva do processo de reconstrução de nós próprios a partir de nossa ocupação em reconstruir nossos léxicos, algo que repetidamente se faz necessário porque vivemos em situação de contingência, vale dizer, transitoriedade ou historicidade.

No passado um possível atrelamento entre direito e literatura não parecia tão difícil, pois, em textos clássicos da literatura ocidental é possível identificar temas muito caros ao universo jurídico. O afastamento dos campos do *direito* e da *literatura* se dá devido a uma determinada racionalidade jurídica que enclausura o jurídico dentro de uma perspectiva formalista-exegética. De tal sorte, para toda tentativa de acostamento do direito e da literatura há uma exigência para a tradição jurídica no que diz respeito ao campo epistemológico, a

obra maestra de Sófocles es una expresión trágica del conflicto entre lo humano y la ley, que es también el conflicto entre el derecho y la ley”.

saber: uma maior abertura para o diálogo crítico, o que demanda a aceitação da contestação de dogmas, verdades estabelecidas e do discurso de autoridade, tarefa essa que pode muito bem ser cumprida pela literatura, principalmente quando se leva em consideração o potencial crítico da obra literária.

De acordo com Andityas Matos (2008, p. 38):

A literatura, mais do que as outras artes, expressa toda a grandeza e a miséria do ser humano. Nela encontramos a narração essencial do que é o homem, que, afinal, apresenta-se como o destinatário de todas as normas jurídicas. E quanto maior for o nosso conhecimento sobre o ser humano, mais perfeito será o nosso entendimento propriamente jurídico. Assim, tudo que é literário interessa ao jurista. Conforme já afirmamos em outro contexto, a análise empreendida pela ciência do direito tem muito a ganhar ao buscar as matrizes do discurso jurídico em obras literárias paradigmáticas em determinados períodos históricos, pois ao mesmo tempo em que refletem a concepção de direito relativa à cultura a que pertencem, auxiliam a formular outras tantas concepções que a sucederão. A literatura – que, de certo modo, desmascara as camadas ideológicas que recobrem a racionalidade jurídica, criticando-a e desmistificando-a – sempre foi pródiga, em quantidade e em qualidade, quando se trata de travar diálogos – quase nunca pacíficos – com o direito.

130

No entanto, não é incomum aos agentes do direito – parecendo até muitas vezes mais aceitável – o atrelamento do direito com esferas do conhecimento como a economia, com o surgimento, por exemplo, de linhas investigativas tais como: *Direito econômico ou direito e economia*, destacando-se que nos Estados Unidos da América a corrente *direito e economia* é quem mais fortemente se opõe às teses do movimento *direito e literatura*.

André Trindade e Roberta Gubert (2008, p. 13) afirmam que:

Quando se considera o caráter disruptor e crítico da obra literária, há de se levar em conta que ela – ao contrário da obra jurídica – é uma obra de arte, na medida em que se caracteriza pela maravilha do enigma e por sua inquietante estranheza, que são capazes de suspender as evidências, afastar aquilo que é dado, dissolver as certezas e romper com as convenções.

Como parte da tentativa de apresentar o potencial crítico da literatura, Barthes (1997, p. 12) irá chamar a atenção para a relação do homem com o poder, afinidade essa que, para o pensador francês, se dá – e sempre se deu – por meio da linguagem, que é representada como legislação, e a língua como seu código, situação à qual o homem não pode escapar, por estar inscrito nessa última. Assim, torna-se possível a Barthes (1997, p. 14) concluir que a língua atua como um *dispositivo*¹⁵ de alienação do homem na medida em que mascara a sua analogia com o poder, e essa ênfase do autor francês é importante para o presente trabalho, conforme se verá em momento futuro.

Barthes fará, também, outro diagnóstico na medida em que se aproxima da semiótica para tentar explicar como são constituídos os signos que a língua utiliza ou de que é estruturada, a fim de demonstrar, semioticamente, que o signo - que está no lugar de algo¹⁶ -, nesse caso, está ocupando o espaço do poder, ou das relações de poder.

Barthes (1997, p. 15) sugere que:

Na língua, portanto, servidão e poder se confundem inelutavelmente. Se chamamos de liberdade não só a potência de subtrair-se ao poder, mas também de sobretudo a de não submeter ninguém, não pode então haver liberdade senão fora da linguagem.

131

15 Aqui a expressão dispositivo carrega o sentido usualmente dado e que designa as estruturas do conhecimento e os vários mecanismos institucionais, físicos e administrativos, que propiciam e mantêm o exercício de poder dentro do corpo social.

16 A respeito do problema semiótico do signo e sua relação entre significante e significado, Lauro Frederico da Silveira (1983, p. 14) afirma que: “do signo lingüístico, postos de lado seus caracteres especiais, poder-se-ia inferir o estatuto geral de todo e qualquer signo. O signo lingüístico é a relação socialmente estabelecida entre uma imagem acústica e uma imagem mental, ambas capazes de exercer seu papel específico no interior da língua, dado que suas realizações se diversificam pura e simplesmente por oposição recíproca. A língua não precisa recorrer à sua história para determinar que signos usar e que signos veicular: um signo significará na medida em que sua imagem acústica, que exerce a função de significante, se opuser a todas as outras imagens acústicas e recortar uma imagem mental igualmente oposta a todas as outras. O signo saussureano tem uma estrutura binária (significante/significado; signo/referência) e a origem de sua decodificação encontra-se no processo de identificação dessa correspondência por parte do usuário e de imposição por parte do meio social”.

Dessa maneira, a semiologia barthesiana ao se colocar o problema da linguagem em relação com o poder parece pretender uma crítica de tais conceitos, com o fito de pensar a questão da relação entre liberdade e submissão a fim de diagnosticar qual o *locus* da liberdade.

Sob outro aspecto, na abordagem de Barthes há o reconhecimento de um potencial criador e crítico da literatura, e tal ponto de vista parece poder ser aproveitado no âmbito da tradição jurídica, em especial se estivermos preocupados com uma avaliação que busque a revisita crítica aos fundamentos da dogmática jurídica visando à (re)construção do saber jurídico tendo como princípio “[...] um deslocamento epistêmico [que CHLR] pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial” (WARAT, 1982, P. 49).

Sob outro aspecto, apesar da controvérsia a respeito da cronologia do desenvolvimento dos estudos que envolvem o direito e a literatura, é importante uma breve tentativa de apresentação das linhas de força de uma abordagem histórico-cronológica de tal linha de pesquisa. Também é razoável afirmar que a referida linhagem de estudos se desenvolve dentro do marco histórico do século XX, iniciando-se nos Estados Unidos da América com as publicações de John Henry Wigmore, em 1908. Mas, de acordo Arnaldo Godoy (2004, p. 244):

O movimento *direito e literatura* (*Law and literature*) surge quando James Boyd White publica *The legal imagination* [A imaginação jurídica]. White vale-se de peças literárias, discutindo o direito a partir de autores como Henry Adams, Ésquilo, Jane Austen, William Blake, Geoffrey Chaucer, D.H. Lawrence, Marlowe, Herman Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alexander Pope, Proust, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoy e Mark Twain, entre outros.

Em solo europeu, o desenvolvimento das pesquisas se inicia com o trabalho de Hans Fehr, na Suíça, com a publicação de *Das Recht in Bilde*

(1923)¹⁷, *Das Recht in der Dichtung*¹⁸ e *Die Dichtung in Recht*¹⁹, em 1923, 1931 e 1936, respectivamente.

Também, em Itália, no ano de 1936 vem a público *La letteratura e la vita del diritto*, de Antonio d'Amato, e esse período pode ser encarado como a *primeira fase* do movimento(SANSONE; MITTICA, 2008, p. 3).

Entre 1940 e 1980 se dá a *fase intermediária*, nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e, em Europa, há uma proliferação dos estudos. Conforme André Trindade e Roberta Gubert (2008, p. 25):

Com efeito, o crescimento da investigação alcança uma etapa fundamental entre os anos 1940 e 1960, com a publicação da obra de Ferruccio Pergolesi, cuja pesquisa mostra-se significativa no que diz respeito à grande produção bibliográfica sobre o tema, ao método adotado pelo autor e à sistemática da análise desenvolvida sobre o complexo campo das relações entre direito e literatura.

Segundo Pergolesi [...] a literatura de um povo contribui, entre outras coisas, quando utilizada com muita prudência, para se conhecer a história do seu direito e, ainda, como se age na prática, isto é, permite compreender também aspectos relativos à história civil.

133

Dentro desse período pode-se, além de Pergolesi, notar o surgimento de trabalhos em Espanha, com o aparecimento do ensaio *Derecho y Literatura* publicado em 1949 por Juan Ossorio Morales, “no qual o catedrático espanhol analisa, à luz dos clássicos da literatura castelhana, a práxis jurídica e social do Século de Ouro” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 26). Em Itália, em 1952, é publicado o texto *Antígone e Porzia*, de Tullio Ascarelli, oportunidade em que o autor apresenta uma leitura das figuras femininas a fim de ressaltar “a noção de direito natural como critério de justiça da norma positiva” (TRINDADE;

17 As traduções são livres e de minha autoria, salvo indicação em contrário, assim: *O direito na pintura*.

18 *O direito na literatura*

19 *A literatura no direito*

GUBERT, 2008, p. 26). Os estudos continuam a se desenvolver em solo germânico capitaneados por Hans Fehr (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 26).

A partir dos anos oitenta (*terceira fase*) o movimento *direito e literatura* se firma como *tradição* de pesquisa expandindo as fronteiras européias, com destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. Nos Estados Unidos da América, podem ser tidos como exemplos de destaque dessa corrente, autores como: James Boyd White, Richard Weis, Richard Posner²⁰, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson.

Em solo germânico são desenvolvidos trabalhos de ponta por Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen. Além deles, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost. Por fim, em terras brasileiras é possível identificar os trabalhos de juristas que escreviam textos literários, como é o caso, por exemplo, de Rui Barbosa e Tobias Barreto, por exemplo.

Arnaldo Godoy (2012) argumenta que é possível identificar neste debate interações frutíferas, que podem conduzir a uma (re)leitura e um pensar crítico no que se refere às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir do momento em que os estudos literários, originalmente centrados na natureza e na função da literatura, alcançam maior número de manifestações humanas, formam-se os *cultural studies*.

Dessa maneira, o *law and literature movement*, do ponto de vista geral, configura-se de fato interessante para a construção do saber jurídico, visto que pode implicar uma função de criação transformadora que permite revisitar as ideias de forma reflexiva, examinando valores e prescrições do universo jurídico (GONZALEZ, 2009, p. 7).

20 Posner é colocado entre os autores de referência, contudo, destaca-se que sua contribuição se dá na medida em que se compreende como um dos expoentes do movimento antagônico ao *direito e literatura*, corrente esta que é conhecida como *direito e economia*. Segundo Arnaldo Godoy (2004, p. 245) essa perspectiva teórica contesta a relação proposta entre literatura e direito, admitindo tão somente que a literatura pode aprimorar a técnica do jurista, mediante contato com universos imaginativos e alegóricos referentes aos temas afetos à Justiça.

Giovanni Tuzet (2009, p.2) afirma que essa tradição de estudos não é homogênea e que há diferentes formas de leitura da vinculação entre *direito e literatura* que, grosso modo, podem ser expostas como o direito *na* literatura e o direito *como* literatura²¹.

Por fim, com o propósito de refletir sobre a riqueza de olhares e métodos de abordagem dessa tradição de estudos que é o *law and literature movement*, esta última também pode ser apreendida por meio de três dimensões, quais sejam: o direito *da* literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo. Em um segundo momento se tem o direito *como* literatura, abordagem em que a investigação gira em torno da análise retórica e das narrativas e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos. Por último, o direito *na* literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder, por exemplo, nos textos literários e não nos documentos oficiais, livros e leis específicas de uma determinada área de especialização (OST, 2006, p. 334).

21 Segundo Tuzet o direito *na* literatura e o direito *como* literatura, podem ser entendidos como: Il primo consiste nell'analisi, descrizione, interpretazione dei temi giuridici presenti in opere letterarie: descrizione di come i letterati vedono il diritto, dei problemi giuridici affrontati in certe opere, degli ideali giuridico-politici evocati attraverso scritti letterari. Ad esempio, lo studio dei profili giuridici di un'opera come *Il processo* di Kafka. Il secondo approccio, invece, consiste nell'analisi e descrizione degli aspetti letterari delle pratiche giuridiche: descrizione delle tecniche retoriche degli avvocati, degli aspetti linguistici e letterari delle sentenze, degli aspetti estetici delle dottrine giuridiche. Ad esempio, in un contesto di *common law*, lo studio delle qualità letterarie di celebri opinioni giudiziali (2009, p. 2). A caracterização feita por Vera Chueiri (2006, p. 234) se aproxima da de Tuzet ao afirmar que: "Direito e Literatura podem dizer respeito tanto ao estudo de temas jurídicos na Literatura, e neste caso estar-se-ia referindo ao Direito na Literatura; como à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça, e neste caso, estar-se-ia referindo ao Direito como Literatura. No primeiro caso, é o conteúdo da obra literária que interessa ao Direito, enquanto, no segundo, a própria forma narrativa da obra pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica, como, por exemplo, as sentenças que os juízes constroem".

MATRIZES DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM CHAVE LITERÁRIA

Uma estratégia interessante de pesquisa na comunicação entre direito e literatura está ligada a teoria da interpretação, o que se convencionou chamar de *direito como literatura*, método de análise em que se privilegia a narrativa literária para uma melhor compreensão da esfera jurídica, ou seja, as investigações podem ser realizadas por meio da apreciação discursiva e retórica e, além disso, comparam-se os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos. Para o *jusfilósofo* Ronald Dworkin é a questão da interpretação que garante o atrelamento entre direito e literatura. Dirá, então, Dworkin (2001, p. 217):

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

A sugestão de relacionamento entre direito e literatura pelo viés da interpretação é bastante atraente visto o destaque feito por Dworkin no que tange à questão da política, pois poderíamos vincular com temáticas como as do poder e da justiça, sem dúvida questões fundamentais para o universo jurídico.

A teoria de Dworkin (2001, p. 217) se oferece como uma crítica ao positivismo jurídico, e para o *jusfilósofo estadunidense* o problema central da teoria jurídica analítica refere-se ao sentido dos enunciados elaborados pelos juristas ao descrever o direito. No que tange ao positivismo jurídico, essa teoria pode ser classificada como analítica, descritiva e explicativa; dessa forma, o sentido do positivismo jurídico é proporcionar uma caracterização precisa do

direito tal como este é em realidade, em lugar de como deve ser (CAMPBELL, 2002, p. 5).

Articula Dworkin (2001, p. 218-220) que:

Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Um proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário não é. Isso parece funcionar razoavelmente bem em casos muito simples. [...]

Mas, em casos mais difíceis, a análise falha. [...]

A ideia de interpretação não pode servir como descrição geral da natureza ou veracidade das proposições de Direito, a menos que seja separada dessas associações com o significado ou intenção do falante. Do contrário, torna-se simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições de Direito descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado. Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito das proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é a interpretação. Mas isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade.

137

É possível afirmar que Dworkin entende a interpretação como a racionalidade imanente do direito, então, os juristas poderiam se valer da interpretação e do discurso literário, ou mesmo de suas formas outras na perspectiva artística, para problematizar e melhor compreender o jurídico, especialmente os casos mais complexos.

Quando Dworkin toma por base a literatura, ele pretende explicar que o conceito de hermenêutica adotado pelo universo jurídico apresenta problemas, haja vista que alguns juristas trabalham com essa ideia como se ela fosse um instrumento para descobrir o sentido do texto ou a vontade de seu autor (*o legislador*), quando ocorra uma obscuridade aparente, o que não é mais possível

após o advento das abordagens que se referem à linguagem e que constituem o que se denomina de *linguistic turn*²².

Logo, a argumentação de Dworkin salienta o diálogo salutar entre direito e literatura como forma de uma resposta para a constituição de um saber jurídico que leva em consideração outros referenciais que não os da visão tradicional da leitura dos códigos legais, observando, inclusive, a complexidade das demandas sociais contemporâneas, que muitas vezes já foram objeto de tematização da narrativa literária.

Todavia, a aproximação dos léxicos direito e literatura não pode significar uma crítica rudimentar ao positivismo jurídico em todas as suas variantes, conforme é feito por alguns autores, como por exemplo Radbruch, que buscam um culpado para a barbárie humana e a desumanização do universo jurídico. Pode-se perceber conforme já afirmamos em outro contexto, que uma das imagens do *juspositivismo* - como o formalismo exegético - pretende um fechamento do campo epistêmico do direito com a sua redução ao que nós conhecemos em nossa tradição por *legalismo*. No entanto, de acordo com Andityas Matos (2008, p. 38), “o positivismo jurídico não pode ser culpado pelo esvaziamento do direito enquanto ordem sócio-normativa e pela sua compreensão meramente técnica. Há várias causas para tanto”. O diagnóstico de Andityas Matos parece acompanhar as reflexões de Herbert Marcuse quando aponta, como uma das causas do esvaziamento do direito enquanto ordem sócio-normativa, a ideologia da sociedade industrial, ou nas palavras do autor, “a unidimensionalização das sociedades pós-industriais” (MATOS, 2008, p. 38).

Deste modo, é possível pensar não só em uma fecunda vinculação entre direito e literatura, mas, também, que um dos canais dessa comunicação pode se dar por via da teoria da interpretação, notadamente pela hermenêutica constitucional. Nesse sentido, José Calvo Gonzalez (2009, p. 3) sugere um

22 Em apertada síntese, podemos pensar que é uma característica da filosofia contemporânea, especialmente a partir da segunda metade do século XX, um maior interesse pela linguagem e a forma de compreender explicar a relação entre linguagem – homem – mundo, destacando-se, no mínimo as considerações filosóficas da hermenêutica-filosófica, do estruturalismo, da tradição analítica e da pragmática transcendental (ABBAGNANO. 2007, P. 717).

campo de investigação como *direito e literatura constitucional*, apontando a tradição do *Common Law* como o espaço privilegiado de atuação dessa hipótese teórica, uma vez que no “sistema jurídico da tradição do *common Law*, o Direito constitucional estabelece com a literatura uma relação de preferência que a metodologia do *case law* implementa extraordinariamente”.

Dentre as várias possibilidades dessa hipótese apontadas por Gonzalez está a que se liga à questão hermenêutica ou do *Constitutional Law Interpretation*. Após realizar uma breve incursão sobre o problema hermenêutico, de maneira especial nos Estados Unidos da América, Gonzalez afirma que um dos pontos centrais a se investigar é justamente o do diálogo entre direito e literatura que corresponde as “temáticas de metodologia interpretativa da Constituição” (GONZALEZ, 2008, p. 8).

Assim, a proposta teórica de Gonzalez está muito próxima da sugestão de Ronald Dworkin a respeito de como o direito se assemelha à literatura, pois, como dito supra, Dworkin também aponta a teoria da interpretação como a possibilidade de relação entre direito e literatura. No entanto, a partir da observação de Dworkin no que tange a uma análise da teoria da interpretação no universo discursivo literário e no jurídico, o professor *estadunidense* também enxerga a possibilidade de uma hermenêutica constitucional de verniz literário que dê destaque ao sistema de *Common Law*; contudo, o olhar dworkiano não se restringiria apenas a essa tradição, vale dizer, haveria a possibilidade de extensão a todas as tradições e sistemas jurídicos, pois as linhas de força de seus argumentos estão próximas ao conceito de racionalidade prática aos moldes kantianos.

Dworkin constrói sua compreensão do direito como uma prática interpretativa²³ que se volta tanto “para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 271) e que teria por objetivo uma concepção do *direito como integridade*, que negaria as percepções do direito

23 No entender de Albert Casalmiglia (1992, p. 160), essa noção do direito como prática interpretativa é a arma mais poderosa de Dworkin contra o positivismo, pois ele sugere que “o direito é um conceito interpretativo e que os textos por si só não nos dizem nada”.

como manifestações ou relatos factuais do passado como quer o convencionalismo²⁴ ou o interpretacionismo²⁵, “ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro” (DWORKIN, 1999, p. 271).

Portanto, a fim de ilustrar a importância do diálogo entre direito e literatura, Dworkin irá se valer da conhecida metáfora do romance em cadeia, com o objetivo de explicar sua compreensão do *direito como integridade*. No romance em cadeia a figura do julgador assume o papel de um romancista que será responsável pela escrita de um capítulo em uma obra coletiva a se construir, todavia, a essência da obra deve representar a escrita de um único autor.

Nesse horizonte de perspectiva, o primeiro a escrever é aquele que detém maior liberdade de identificação, mas, também, de criação, pois, de acordo com Dworkin (2000, p. 236) “cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”, isso quer dizer que o primeiro romancista da cadeia é quem irá criar o gênero que pretende escrever, e nesse momento também está presente a interpretação, por conseguinte, o primeiro romancista cria-interpretando²⁶ (DWORKIN, 2000, p. 236), ao passo que os romancistas (juízes) subsequentes irão interpretar-criando, de tal modo, os julgadores devem ler tudo o que foi escrito por seus predecessores “não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente” (DWORKIN, 2000, p. 237). Destarte, estaríamos

24 A expressão convencionalismo é utilizada para designar a corrente de pensamento que defende que o direito deve ser encontrado nas convenções do passado. Essa seria para ele uma imagem do positivismo jurídico de Hart. Também podemos verificar a aproximação desse conceito da perspectiva interpretacionista.

25 A locução interpretacionismo representa uma corrente que se insere na tradição hermenêutica dos Estados Unidos da América, também chamada de originalista/textualista e apresenta-se como uma abordagem que defende a vinculação do julgador ao texto constitucional, à busca pelo sentido da vontade do legislador originário (*framers*) (RAMIRO, 2014)

26 De acordo com Dworkin (2000, p. 237) “isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”.

assim diante da integridade do direito, como forma de uma justificativa daquilo que fora feito no passado do ponto de vista da prática institucional.

AFINAL, DE QUEM É A VOZ DO DIREITO? SOBRE O DISCURSO E O DIREITO

Conforme já mencionado em outro contexto, o que se pretende do ponto de vista de uma comunicação entre direito e literatura demanda uma metodologia aberta, que incentive uma ação e uma compreensão dialógica e discursiva entre os saberes. Segundo Gustav Radbruch (2004, p. 156):

O direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, dos trajes, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.

Prossegue o texto do autor alemão (2004, p. 157):

[...] A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal.

Nessa parte do trabalho, observaremos de forma mais próxima o texto *Aula*, de Roland Barthes, sem com isso ter a pretensão de uma reconstrução do pensamento barthesiano, mas, apenas, o propósito de refletir acerca da relação entre direito e literatura por meio da análise das conexões entre discurso e poder. O escrito em questão trata-se de sua aula inaugural pronunciada em 7 de Janeiro de 1977, para assumir a titularidade da cadeira de semiologia literária do *Colégio de França*.

Já nos referimos ao texto barthesiano, em especial ao papel de destaque que o autor francês dá a literatura, ressaltando que essa última contém em sua essência todas as possibilidades dos outros saberes, o que para as pretensões já expostas se apresenta muito interessante, sobretudo, pelo fato do universo do discurso jurídico estar bem próximo ao poder. Nesse tópico em específico, o problema estará centrado nas relações entre discurso, direito e poder; desse modo, o texto de Barthes se oferece como referência fecunda para a reflexão que se propõe e, no mais, pela possibilidade de um diálogo crítico com posições contemporâneas da teoria do direito que pretendem pensar o sistema jurídico via a construção de *teorias discursivas do direito*.

A semiologia de Barthes pode ser compreendida como uma análise crítica do discurso, uma vez que sua obra tematiza a afinidade entre este e o poder, para além de uma cogitação sobre a linguagem como um sistema de regras abstrato. O pensamento barthesiano é influenciado por diversos autores, em um primeiro momento “pela lingüística saussuriana, mas também pela antropologia estrutural e pelo marxismo” (RIBEIRO, 2004, p. 83). Pode ser incluída, em outro momento, dentro dessa constelação de precursores Michel Foucault, a quem, nas palavras de Barthes (1998, p. 9) “sou ligado por afeição, solidariedade intelectual e gratidão, pois foi ele quem se dispôs a apresentar à Assembléia dos Professores esta cadeira e seu titular”.

Não obstante, devido às inúmeras referências do pensamento barthesiano, suas reflexões sofrem modificações ao longo do tempo. Em um primeiro momento de seu trabalho, as pesquisas parecem mais próximas do referencial de Ferdinand Sausurre e da *lingüística geral*, por meio da influência de Louis Hjelmslev. Doravante, Barthes já se aproxima de uma análise do poder e encontra o estruturalismo como limite e, para enfrentar o problema, o pensador francês irá se valer do pensamento marxista. A ruptura com o estruturalismo se dá na década de 1970, pois “ele rompeu definitivamente com o estruturalismo e redefiniu alguns dos pressupostos do marxismo ortodoxo [...]. A reviravolta no pensamento barthesiano é provocada pela obra de um outro marxista: Mikhail Bakthin” (RIBEIRO, 2004, p. 85). Por fim, Barthes irá repensar seu trabalho

desenvolvido até então, especialmente a questão discursiva, acrescentando à concepção de discurso construída a partir de Bakhtin as contribuições de Foucault (RIBEIRO, 2004, p. 87).

Ao que parece, Barthes irá incorporar em suas ponderações fundamentalmente a analítica do poder foucaultiana. O diagnóstico, então, passa a ser o de que o discurso não carrega apenas ideologia no sentido marxiano, mas, do mesmo modo, uma pretensão de verdade universalizante e regradora. Dessa forma, “o fundamental da semiologia é desvendar a relação entre práticas discursivas e os poderes que a permeiam” (RIBEIRO, 2004, p. 88), ou buscar compreender as práticas de poder que se formam pelas práticas discursivas. A fim de ilustrar a presença de Foucault, vejamos uma passagem do próprio filósofo francês, em seu *A Ordem do Discurso*:

[...] suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2013, p. 8).

143

A mudança de rumos dada por Barthes, ao romper com o estruturalismo, caracteriza uma viragem, igualmente, em toda sua semiologia, que agora será pensada como uma ciência dos signos que está fora da lingüística (BARTHES, 1998, p. 30) e, desde então, essa última não irá mais diferenciar língua e discurso (RIBEIRO, 2004, p. 89). Acerca do conceito de lingüística, dirá Barthes (1998, p. 30) que:

O objeto da lingüística é sem limites: a língua, segundo uma intuição de Benveniste, é o próprio social. Em resumo, quer por excesso de ascese, quer por excesso de fome, escanifrada ou empanzinada, a lingüística se desconstrói. É essa desconstrução da lingüística que chamo, quanto a mim, de *semiologia*.

Pôde-se ver que, ao longo de toda minha apresentação, passei sub-repticiamente da língua ao discurso, para voltar, às vezes

sem prevenir, do discurso à língua, como se se tratasse do mesmo objeto. Hoje creio realmente que, sob a pertinência que aqui se escolheu, língua e discurso são indivisos, pois eles deslizam segundo o mesmo eixo de poder.

Aproximando-se da analítica do poder foucaultiana, ressalta Barthes (1997, p. 10-11) que o poder é plural, dessa forma, podemos dizer que as práticas de poder se encontram camufladas em toda e qualquer forma discursiva, mesmo que o discurso tenha seu ponto de partida de um lugar aparentemente fora de relação com o poder. Conforme Barthes (1997, p. 10-11):

É, com efeito, de poder que se tratará aqui, indireta mas obstinadamente. A “inocência” moderna fala do poder como se ele fosse um: de um lado, aqueles que o têm, de outro, os que não o têm; acreditamos que o poder fosse um objeto exemplarmente político; acreditamos agora que é também um objeto ideológico, que ele se insinua nos lugares onde não o ouvíamos de início, nas instituições, nos ensinamentos, mas, em suma que ele é sempre uno. E no entanto, se o poder fosse plural como os demônios? “Meu nome é Legião”, poderia ele dizer: por toda a parte, de todos os lados, chefes, aparelhos, maciços ou minúsculos, grupos de opressão ou de pressão: por toda parte, vozes “autorizadas”, que se autorizam a fazer ouvir o discurso de todo poder: o discurso da arrogância. Adivinhamos então que o poder está presente nos mais finos mecanismos do intercâmbio social. [...] Chamo discurso de poder todo discurso que engendra o erro e, por conseguinte, a culpabilidade daquele que o recebe.

144

Portanto, ao levarmos em consideração essa vinculação do pensamento barthesiano ao de Foucault, podemos pensar a reflexão de Barthes, via as conexões entre *direito e literatura*, como outra maneira de meditar sobre a analogia entre direito e discurso e, sem receio de uma atitude arbitrária, como forma de uma aproximação crítica com as contemporâneas *teorias discursivas do direito*, representadas especialmente por Jürgen Habermas - haja vista que o pensador frankfurtiano dedica um capítulo de sua obra *Der Philosophische*

*Diskurs der Moderne*²⁷ ao pensamento foucaultiano²⁸ - e com desdobramentos em *teorias da argumentação jurídica* que sejam orientadas pelo conceito de razão prática, como a de Robert Alexy²⁹.

Ora, um exame do discurso como o que pretende Barthes é bastante conveniente como contraponto crítico às *teorias discursivas do direito* na exata medida em que se busca um padrão de racionalidade (*racionalidade prática*) que pretende senão se colocar fora de relação com o poder, ao menos almeja uma maneira de neutralizá-lo no que diz respeito a sua utilização estratégica (*ação que visa fins*). Em apertada síntese, podemos dizer que a intenção de Habermas é uma reconstrução da racionalidade e do discurso filosófico da modernidade, com o intuito de salvaguardar esse projeto filosófico e a superação do modelo pautado no paradigma individualista da consciência, tendo uma proposta fundamentada em uma perspectiva *intersubjetiva* e *comunicativa*. Por conseguinte, Habermas tem por escopo reconstruir os pilares da racionalidade científica pela via comunicacional, orientada pela ética do discurso, isto é, por meio de uma racionalidade que visa o consenso e que tem por condão obstaculizar a pretensão colonizadora da racionalidade estratégica.

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 21-22):

Sabemos que Habermas, com o seu *Discurso Filosófico da Modernidade*, formula uma proposta de reatualização da filosofia como saber do universal, mas com base numa crítica radical da metafísica subjetivamente centrada, que rompe com a razão instrumental para fundar uma racionalidade comunicativa, que recorre à ética do discurso e a uma pragmática da ação comunicativa, na qual a categoria de *Verständigung* substitui o paradigma clássico da representação.

27 Discurso filosófico da modernidade.

28 De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 21): “Não obstante essa constante perda de oportunidade de diálogo, em seus últimos cursos e escritos não publicados em vida o próprio Foucault reconheceu a proximidade de suas pesquisas filosóficas com o trabalho realizado pela teoria crítica da Escola de Frankfurt, à qual o nome de Habermas está inequivocamente associado”.

29 Cabe considerar que podemos falar em *teorias da argumentação jurídica*, pois, não existe apenas a perspectiva de Alexy e podemos citar como outros modelos de abordagem do complexo problema da argumentação os nomes de Aluis Aarnio (*On Legal Reasoning*) e Aleksander Peczenick (*Reasoning on legal reasoning; The basis of legal justification*).

O modelo da razão comunicativa que surge como uma proposta de teoria social levará em consideração o direito - em idos da década de 1990 do século passado - com a publicação por Habermas de *Faktizität und Geltung*, aparecendo como uma das possibilidades de fundamentação das *teorias discursivas do direito*, notadamente as que trabalham com o conceito de racionalidade prática em conjunto com a ideia de democracia.

Diz Alexy (2010, p. 128) que:

A teoria do discurso do direito de Jürgen Habermas tenta demonstrar que e como os conteúdos ideais do princípio do discurso podem ser realizados no quadro institucional de um sistema jurídico. O resultado é uma teoria do estado constitucional democrático, cuja ideia fundamental é a associação e autodeterminação de consortes jurídicos livres e iguais. Essa teoria é, de longe, mais do que uma mera aplicação da teoria do discurso ao direito. A teoria do discurso exige, por um lado, de fundamentos internos da teoria, a institucionalização de um sistema jurídico. Por outro, permanece o direito positivo dependente da teoria do discurso, se legalidade deve ser unida com legitimidade. Assim, reconciliam-se ideal e realidade.³⁰

146

Não se quer aqui defender a hipótese de que Habermas desconsidera a instância de existência do poder. Pelo contrário, ele compreende a instância do poder político e almeja um diagnóstico crítico de sua esfera de atuação, a saber: o modelo de racionalidade subjetivista que visa fins prejudica o desenvolvimento (aprendizagem) moral dos implicados. É a partir de tal diagnóstico que o pensador alemão irá refletir sobre a possibilidade de neutralização da atuação do poder por meio do *discurso intersubjetivo* e da ética discursiva. Aqui é importante considerar uma forte objeção que Habermas opõe a arqueogenealogia de Foucault no seu *Discurso Filosófico da Modernidade*:

30 Não se ingressará aqui na análise das questões problemáticas da teoria discursiva do direito de Habermas e da teoria de Alexy, especialmente na questão da teoria do caso especial, por não ser esse o objeto da presente investigação.

Enquanto os implicados se entendem como sujeitos que se referem a partir de critérios universais de validade, a objectos em geral, sem ter conseguido transcender o horizonte transparente do seu mundo, o arqueólogo, que vem de fora, põe entre parênteses esta autocompreensão. Voltando às regras que constituem o discurso³¹ ele assegura-se dos limites do universo discursivo cuja forma é *limitada* por aqueles elementos que são *excluídos* inconscientemente como heterogêneos. Nessa medida as regras constitutivas do discurso funcionam também como mecanismo de exclusão. O que é excluído de cada discurso, é que torna possíveis as relações específicas que têm valor universal no discurso, ou seja, as relações sujeito-objecto, para as quais não há alternativa. [...] Sob o olhar cínico do genealogista o iceberg põe-se em movimento: as formações discursivas deslocam-se, misturam-se, sobem e descem. O genealogista explica estas subidas e descidas com o auxílio de inúmeros eventos e de uma única hipótese – a hipótese segundo a qual a única coisa que perdura é o poder que volta sempre a aparecer sob máscaras novas na mudança dos processos de subjugação.

A longa transcrição se justifica por proporcionar uma visão da objeção de Habermas à proposta arqueogenealógica foucaultiana, que serve de fundamento para as reflexões de Barthes em *Aula*. Um dos problemas geralmente apontados na proposta habermasiana está ligado à carga *ideal* de seu projeto, especialmente no que diz respeito à imagem do *circuito ideal de fala*. Igualmente, mesmo que se leve em consideração a crítica idealista lançada contra a proposta de Habermas, é plausível afirmar que não é aceitável dizer que esse autor irá negar a esfera estratégica do poder, mas, sim, que sua pretensão é a de pensar uma forma de neutralizá-lo quando de sua atuação instrumental, o que pode significar uma maneira de *resistência* ao próprio poder. Em termos foucaultianos a toda prática de poder corresponde uma forma de resistência, o que poderia possivelmente

31 A respeito das regras do discurso, Habermas destaca em sua obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo* “[...] Atenho-me, por simplicidade, ao catálogo dos pressupostos argumentativos levantado por R. Alexy. No plano lógico-semântico, as seguintes regras podem ser tomadas como exemplos: A nenhum falante é lícito contradizer-se; Todo falante que aplicar um predicado **f** a um objeto **a** tem que estar disposto a aplicar **f** a qualquer outro objeto que se assemelhe a **a** sob todos os aspectos relevantes; Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. (HABERMAS, (2003, p. 110). A partir de tais regras Habermas elabora o princípio do discurso (*D*) que enuncia que serão válidas as normas de ação das quais todos os possíveis concernidos puderam dar seu assentimento, como participantes de um circuito ideal de fala e de discursos racionais (HABERMAS, 2003, p. 142).

aproximar as perspectivas teóricas desses autores³². Referida aproximação é importante no contexto dessa investigação, pois Barthes, próximo do pensamento foucaultiano da primeira fase, em que o filósofo francês concedia certo privilégio à literatura³³, irá apostar nessa última como uma maneira de resistir às práticas instrumentais da racionalidade estratégica, inclusive as discursivas, que são bem representadas pela tradição do direito.

Barthes (1997, p. 16) destaca que:

Entendo por *literatura* não um corpo ou uma sequência de obras, nem mesmo um setor de comércio ou de ensino, mas o grafo complexo das pegadas de uma prática: a prática de escrever. Nela viso portanto, essencialmente, o texto, isto é o tecido dos significantes que constitui a obra, porque o texto é o próprio aflorar da língua, e porque é no interior da língua que a língua deve ser combatida, desviada: não pela mensagem de que ela é o instrumento, mas pelo jogo das palavras de ela é o teatro. Posso portanto dizer, indiferentemente: literatura, escritura ou texto.

O pensador francês afirma que existe um potencial crítico, emancipatório ou de forças libertárias na literatura, na medida em que ela é capaz de deslocar a ordem do discurso e da linguagem (BARTHES, 1997, p. 17). A essas forças da literatura Barthes (1997, p. 18) se refere com três conceitos gregos, a saber: *Mathesis* que indicaria a possibilidade da literatura assumir muitos saberes, o que a aproximaria de uma reflexão sobre o real; *Mimesis* indicando a pretensão que a literatura tem de uma representação do real, uma vez que “acredita sensato o

32 Para Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 22) “tendo em vista uma referência comum à filosofia como crítica do presente e autocrítica da razão instrumental, tanto as reservas de Habermas em relação à arqueologia e à genealogia foucaultiana quanto possíveis linhas de convergência entre o pensamento dos dois autores podem ser colocadas sob uma perspectiva mais fecunda, levando-se em conta a tese do último Foucault a respeito da historicidade do universal, um conceito que emerge do programa crítico de Kant”.

33 Na fase arqueológica do pensamento de Foucault há um interesse do filósofo francês pela literatura, especialmente pelos escritos que trabalham a presença da loucura, como os de Blanchot, Bataille e Roussel. Nessa fase Foucault irá explorar a hipótese do não pertencimento, de exclusão da “vizinhança necessária entre palavra e silêncio, escritura e morte, obra e erosão, literatura e desmoronamento, experiência de desamparo e colapso do autor” (PELBART, 2015, p. 28). No entanto, Peter Pelbart (2015, p. 29) destaca que com início da fase genealógica Foucault já começa a se questionar se o lugar da *exterioridade*, onde o homem não existe mais, mas sim o ‘isso que fala’ (o autor), e que serve de contestação a sociedade moderna já não está para ser capturada na medida em que “ao reaver o espaço de circulação social e de consumo, talvez a escritura, recuperada pelo sistema, tenha sido vencida pela burguesia e pela sociedade capitalista, deixando de ficar ‘de fora’, não mais conservando sua exterioridade” (PELBART, 2015, p. 29).

desejo do impossível”, apresentando essa função - aparentemente contraditória - como função utópica ; *Semiosis* que consistiria em “jogar com os signos”(BARTHES, 1997, p. 28)

Dessa maneira, afirma Barthes (1997, p. 16) que:

Mas a nós [...] só resta, por assim dizer, trapacear com a língua, trapacear a língua. Essa trapaça é salutar, essa esquiva, esse logro magnífico que permite ouvir a língua fora do poder, no esplendor de uma revolução permanente da linguagem, eu a chamo, quanto a mim: *literatura*.

Aproximando discurso (língua) e poder, Barthes é capaz de afirmar o *fascismo* presente na linguagem, uma vez que a língua obriga a dizer. Nas palavras de Barthes (1997, p. 14):

Mas a língua, como desempenho de toda linguagem não é nem reacionária, nem progressista; ela é simplesmente: fascista; pois o fascismo não é impedir de dizer, é obrigar a dizer. Assim que ela é proferida, mesmo que na intimidade mais profunda do sujeito, a língua entra a serviço de um poder. Nela infalivelmente, duas rubricas se delineiam: a autoridade da asserção, o gregarismo da repetição.

Nessa medida não é possível pensar a esfera discursiva longe de uma relação com o poder e tudo o que essa expressão pode representar, inclusive, suas pretensões de atuação em forma de uma racionalidade colonizadora e, do ponto de vista de Barthes (1997, p. 15), no âmbito discursivo servidão e poder se confundem. Por conseguinte, é preciso buscar uma instância em que se possa pretender desvencilhar-se de qualquer relação com o poder para pensar formas de resistência a esse último, o que parece possível para Barthes no universo literário.

Não podemos desconsiderar que a instância da juridicidade se pretende uma ciência, ao menos desde o final do século XIX e, no século XX, talvez tenha alcançado o ponto mais significativo de tal ambição com a proposta de uma *Teoria Pura do Direito* feita por Hans Kelsen. Por ciência – particularmente as ciências humanas - podemos entender, dentro do ponto de vista teórico de Barthes e Foucault, um discurso sobre a verdade que produz efeitos de poder,

pois, em nosso contexto social há uma forma discursiva de produção da verdade que é regulamentada por regras que irão autorizar o reconhecimento ou não de determinado discurso como científico, o que acarreta os já mencionados efeitos de poder, inclusive com a exclusão de alguns saberes do *status* de pertencimento à verdade. Logo, as aspirações de cientificidade do universo e do discurso jurídico o atrelam ao poder.

Barthes aposta nas possibilidades libertárias da literatura como uma maneira de resistir aos efeitos das práticas de poder, dado que a literatura tem a capacidade de assumir muitos saberes, de maneira até certo ponto enciclopédica, vale dizer, “a literatura faz girar os saberes, não fixa, não fetichiza nenhum deles” (BARTHES, 1997, p. 18).

Portanto, parece que tal linhagem investigativa pode muito contribuir para uma maneira diferente de abordagem do jurídico, quando se coloca como objetivo a construção de uma saber jurídico que se pretenda crítico, pois “a literatura trabalha nos interstícios da ciência” (BARTHES, 1997, p. 18), o que abriria um horizonte teórico para um repensar as relações do direito com o poder, fazendo com que a teoria do direito consiga uma análise crítica de seus próprios fundamentos dogmáticos ao estabelecer as condições de possibilidade para a constituição de um discurso jurídico emancipatório, que não se preocuparia em dizer que sabe de alguma coisa, mas que sabe algo sobre as coisas (BARTHES, 1997, p. 19) e, principalmente, que pode contribuir - como a literatura que “sabe muito sobre os homens” (BARTHES, 1997, p. 19) - para uma reconstrução das práticas humanas que em algum momento irão fazer parte do discurso e do universo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que restou dito até aqui, as investigações que aproximam direito e literatura revelam-se como um caminho promissor para a reflexão crítica em torno da juridicidade. Além disso, a literatura apresenta um potencial emancipatório com elementos libertários enquanto uma perspectiva que se constrói desvinculada das aspirações científicas de poder, tornando-se o

complexo da prática discursiva e escrita capaz de fornecer uma crítica do *sujeito* e de suas *instituições*.

Ao se considerar a reflexão semiológica barthesiana em conjunto com a possibilidade epistêmica de vinculação entre *direito e literatura*, pode-se refletir criticamente acerca do universo discursivo e sua relação com o poder e, ainda, sobre as implicações que tal relação acarreta para a esfera do direito.

Dessa maneira, podemos pensar em uma hipótese que tenha capacidade de meditar sobre as relações do direito com o poder, com o viés de uma análise crítica dos fundamentos dogmáticos da juridicidade.

Assim, poder-se-ia estabelecer um horizonte de perspectiva para a construção de um saber crítico a respeito do pensamento jurídico tradicional, que provoca a opacidade das relações de poder e acarreta o afastamento dos juristas no que diz respeito a uma melhor compreensão de seu papel e do significado do direito no contexto societário. Destarte, o que se pretende é um melhor diagnóstico das práticas de poder subterrâneas que envolvem o universo discursivo e também do direito, a fim de que possamos pensar a respeito de táticas de *resistência* ao poder que pretende instrumentalizar a forma jurídica a fim de manter ativas estruturas e métodos de dominação.

151

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000.

BARTHES, Roland. **Aula**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: cultrix. 1997.

BUENO, Roberto. A força emancipatória da literatura: entre o universo da narrativa e o da verdade. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, nº 18, p. 335-367. 2009.

_____. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. In: **Em tempo**. Marília. v. 10, p. 9-25. 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 25, p. 303-331.2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense. 1988.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**: siglos XIX y XX. Vol. 3. Tradução José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirâmide. 1983.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad. 2002.

FOUCAULT, Michel. Linguagem e literatura. In: **Foucault, a filosofia e a literatura**. MACHADO, Roberto. 2ª. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.2001.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio Janeiro: Nau Editora/PUC-RIO. 2002.

_____. A linguagem ao infinito. In: **Ditos & escritos III - Estética**: literatura e pintura, música e cinema. Tradução Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

_____. O que é um Autor? In: **Ditos & escritos III - Estética**: literatura e pintura, música e cinema. Tradução Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

_____. Verdade e poder. In: **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

_____. Nietzsche, a genealogia e a história. In: **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

_____. Genealogia e poder. In: **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

_____. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 2013.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. In: **Revista Olhar**. São Carlos. N° 7, p. 9-35. 2003.

_____. Foucault. In: **Em tempo**. Marília, Revista de Direito do Univem, v. 6, p. 9-19. 2004.

_____. O discurso e o direito. In: **Direito e discurso: discursos do direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.

_____. Sobre Jürgen Habermas e Michel Foucault. In: **Trans/Form/Ação**. Marília, v. 36, p. 19-32. 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole. 2004.

_____. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

_____. **Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller**. Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>. Acesso em 04/03/2012.

GONZÁLEZ. José Calvo. Constitucional Law en clave de teoría literária. Un guía de campo para el estudio. In: **Italian society for law and literature- ISLL**, vol. 2, p. 1-9. 2009.

_____. Derecho y literatura. La cultura literaria del derecho. In: **Italian society for law and literature - ISLL**, vol. 3, p. 1-12. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

_____. **Teoria de La acción comunicativa I**: racionalidad de la acción y racionalización social. 4 ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. **Teoria de La acción comunicativa II**: crítica de razón funcionalista. 4 ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Trad: Guido A. De Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a filosofia e a literatura**. 2ª. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001

MAGRIS, Claudio. Los poetas fueron los primeros legisladores. In: **Diario ABC**. Madrid, fevereiro de 2006.

MARI, Enrique E. Derecho y literatura. Algo de lo que si se puede hablar pero en voz baja. **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante. n. 21-II, p. 251287.1998.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Um alerta de Sêneca: o direito como distopia e a desumanização das ordens jurídicas. In: **Phronesis**: Revista do Curso de Direito da FEAD, Belo Horizonte, nº 4, p. 37-54. 2008.

MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Lima Barreto: subcidadania, negação do Estado de Direito e constitucionalismo dirigente no Brasil. In: **Direito e desenvolvimento**: estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade. Homenagem ao professor Márcio Teixeira. RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio (Orgs). São Paulo: Liberars. 2015.

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. In: **Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho**. Nº 29, p. 333 – 348. 2006.

PELBART, Peter Pál. Fala dos confins: o lugar da literatura na obra de Foucault. In: **Revista Cult**, São Paulo: Bregantini, edição especial, p. 27-30. Janeiro de 2015.

PINO, Dino del. Prefácio. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: Reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 196, p. 297-311.2012.

_____; SOUZA, Tiago Clemente. Sobre hermenêutica, direito e literatura: itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol. 15, nº 29, p. 74-83. 2013.

_____; Hermenêutica constitucional na América: em defesa da função política do direito a partir da teoria da integridade e do critical legal studies. In: **Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho – PR. 2014. *No prelo*.

_____; Direito e literatura na construção do saber jurídico: Lima Barreto e o futuro da natureza no direito ambiental. In: **Direito e desenvolvimento: estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade**. Homenagem ao professor Márcio Teixeira. RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio (Orgs). São Paulo: Liberars. 2015.

RIBEIRO, Ana Paula Goulart. Discurso e poder: a contribuição barthesiana para os estudos da linguagem. In: **Revista brasileira de ciência da comunicação**, São Paulo, v. XXVII, nº 1, p. 79-93. 2004.

SANSONE, Ariana; MITICA. M. Paola. Diritto i Letteratura. Storia di uma tradizione i stato dell’arte. In: **Italian society for law and literature - ISLL**, p. 1-10, 2008.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Semiótica peirceana e produção poética. In: *Trans/Form/Ação*. Nº 6, p. 13-23, 1983.

_____. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). **Ciências cognitivas em semiótica e comunicação**. São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.

_____. Habermas lendo Peirce. In: *Trans/form/ação*. Marília, v. 36, nº 1 (especial), p. 33-44. 2013.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Seqüência**. Florianópolis. v. 03, nº 5, p. 48-57. 1982.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: Reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

TUZET, Giovanni. Diritto e letteratura: finzioni a confronto. In: **Italian society for law and literature - ISLL**, vol. 2, p. 1-23. 2009.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TORRE DE BABEL TEÓRICA: (DES)APONTAMENTOS SOBRE O CASO ELLWANGER

*Guilherme Gonçalves ALCANTARA*³⁴

*Alana Fagundes VALÉRIO*³⁵

RESUMO

O trabalho propõe uma abordagem fenomenológica sobre do julgamento do HC nº 82.424/RS, conhecido como “caso Ellwanger”. O objetivo é apontar para o solipsismo predominante na jurisdição constitucional brasileira, usando como quadro ilustrativo desse caos interpretativo da estória da “Torre de Babel”, pois, assim como no relato bíblico, evidencia-se no Supremo Tribunal Federal um agrupado de decisões que, conquanto mostrem em seus textos os debates entre os ministros, são incapazes de dialogar entre si em nível teórico, em função de partirem de teorias anacrônicas e antagonônicas. A segunda parte do trabalho aponta para a má recepção da teoria instrumentalista de Robert Alexy no quadro jurídico brasileiro, com ênfase nos votos dos três ministros que se utilizaram da “proporcionalidade” ou “ponderação” para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais no caso.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Fundamentação Judicial. Supremo Tribunal Federal. Ponderação de Princípios.

ABSTRACT

The paper proposes a phenomenological approach to the HC judgment No. 82 424/RS, known as "Ellwanger case." The goal is to point to the predominant solipsism in the brazilian constitutional jurisdiction, using as an illustrative picture of this interpretive chaos of the "Tower of Babel" tale, for as in the biblical account, it is clear in the Supreme Court a clustered decisions, while show in their texts discussions between ministers, they are unable to talk to each other on a theoretical level, due to leave anachronistic and antagonistic theories. The second part points to the poor reception of the instrumentalist theory of Robert Alexy in the Brazilian legal framework, emphasizing the votes of three

³⁴ Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

³⁵ Estudante de Graduação - Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

ministers who used the "proportionality" or "weighting" for resolving conflicts between fundamental rights in the case.

KEYWORDS: Legal hermeneutics. Judicial Reasoning. Federal Supreme Court. Principles Weighting.

INTRODUÇÃO

Não é difícil perceber a relevância que o Supremo Tribunal Federal vem adquirindo no cenário pós-1988 brasileiro. Desde então, a corte tem sido parte decisiva no projeto de um constitucionalismo dirigente (Canotilho), interferindo em assuntos essencialmente éticos e políticos da sociedade, como a respeito das pesquisas com células tronco e da união homoafetiva, estando em vias de abordar a questão da descriminalização do uso de entorpecentes.

O fenômeno não é singular ao Brasil. Também nos demais Estados-nações inscritos na modernidade tardia – como Colômbia, Costa Rica, e África do Sul – as cortes de cúpula tem desempenhado papel de protagonista em seus respectivos cenários políticos.

Tal relevância conferida aos Tribunais Constitucionais dos países “emergentes” demanda um deslocamento do enfoque da Ciência Jurídica para a análise e compreensão do fenômeno da decisão judicial no Supremo Tribunal Federal. O presente trabalho contém essa preocupação.

Neste sentido, caracteriza-se o estudo pela abordagem fenomenológica de um caso emblemático a respeito da aplicação/interpretação dos preceitos da Constituição Federal, retratado pelo caso Ellwanger – HC n. 82.424/RS. Os dados *pré-reflexivos* – a matéria bruta do trabalho – foram os votos individuais dos ministros que compunham a corte à época.

A partir das discrepantes concepções dadas ao texto constitucional, o estudo foi capaz de encontrar em cada voto, de modo latente, um correspondente teórico, i. é, uma respectiva “Escola” jurídica, com suas concepções de norma, ordenamento jurídico, cânones interpretativos, etc. Desta discrepância se aproximou o fenômeno estudado com o problema apresentado no mito da Torre de Babel, a seguir ilustrado.

Reforçando nossa postura fenomenológica, é fundamental esclarecer, ao máximo possível, nossa intenção com o trabalho. Neste afã, esclarece-se desde já que o objetivo do presente não foi adentrar no mérito da resolução dada ao caso pelo STF. Ou seja, o presente estudo não visou corrigir o conceito de “raça”, dado pelo STF – que é o *busilis* do caso Ellwanger -, tampouco definir qual seria a (única) interpretação correta acerca do preceito legal.

Esses pontos são de secundária importância, visto que a análise buscou evidenciar menos o *destino* alcançado e mais o *caminho* percorrido pelos argumentos dos ministros, no objetivo de compreender o processo (hermenêutico) de jurisdição constitucional brasileira.

Após introduzir os objetos de estudo, o trabalho analisou os votos dos ministros Moreira Alves, César Peluso, e Maurício Correia, configurando cada um conforme a sua respectiva posição teórica. A seguir, foram abordados os votos dos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, os quais, adotando expressamente uma específica acepção da interpretação constitucional, efetuam a operação de maneiras distintas. O estudo se encerra com uma crítica ao processo de decisão efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, denunciando o abismo solipsista inscrito na Corte.

Com a presente investigação, acreditou-se possibilitar uma perspectiva crítica a respeito do nosso modelo de jurisdição constitucional, fomentando a compreensão do fenômeno.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS – O MITO DA TORRE DE BABEL COMO REPRESENTAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A estória da Torre de Babel é encontrada no livro de Gênesis (cap. 11, versículos de 1 a 9), da Bíblia Sagrada. É uma narrativa mitológica que procura explicar a origem da diversidade de idiomas falados no decorrer da história da humanidade. Como todo mito, o compromisso da estória da Torre de Babel não é reproduzir com fidelidade um fato histórico ocorrido no passado, mas antes conduzir o pensamento humano ao lidar com realidades existenciais importantes e inexplicáveis (ROCHA, 1996, p. 06).

Narra o mito, em resumo, que em época remota *“era toda a terra de uma mesma língua e de uma mesma fala”* (Gênesis 11:1). Os descendentes de Noé, após encontrarem uma terra adequada para se estabelecer, decidem construir um monumento a si próprios, para que seus nomes fossem registrados na eternidade.

Deus, observando tais feitos e com eles se irando, decide por descer a terra e desestabilizar a unidade de idiomas entre os homens, *“para que não entenda um a língua do outro”* (Gênesis 11:7). Sem um significado comum para as palavras proferidas pelos descendentes de Noé, era impossível manter o projeto de construção da Torre de Babel e os homens foram obrigados a se espalhar sobre o mundo (Gênesis 11:8). A fábula é encerrada da seguinte forma: *“Por isso se chamou o seu nome Babel, porquanto ali confundiu o Senhor a língua de toda a terra, e dali os espalhou o Senhor sobre a face de toda a terra (Gênesis 11:9).”*

A par de que os mitos comportam inúmeras explicações (históricas, filológicas, psicológicas, filosóficas, sociológicas, antropológicas, etc.), cada uma com seu desígnio específico, o intuito aqui é lançar luz a uma questão primordial, sobretudo quando o assunto é hermenêutica constitucional: a necessidade de harmonia, coerência, enfim, de uma compreensão intersubjetiva nos discursos argumentativos dos ocupantes da corte constitucional brasileira.

Pareceu claro, a partir da exposição da narrativa mitológica, que a causa do fracasso do projeto dirigido pelos descendentes de Noé, e sua consequente diáspora, foi a quebra da comunicação homogênea entre os empreendedores. Em resumo, foi por não compreenderem o que um dizia ao outro que a Torre de Babel não fora concluída.

O trabalho se propõe a comparar o projeto de construção de uma jurisprudência constitucional como a Torre de Babel, e o julgamento do caso Ellwanger como parte de sua construção. Conforme antevisto, a presente abordagem do Caso Ellwanger não busca esmiuçar o conceito de “raça”, disposto no inciso XLII, do artigo 5º da Constituição Federal, tampouco definir qual seria “a” (única) interpretação correta acerca do preceito legal.

Antes disso, o intuito é verificar, através dos votos proferidos pelos

ministros do Supremo Tribunal Federal ao caso, como cada membro da mais importante corte do país interpreta os preceitos constitucionais. Noutras palavras, é abordar como cada um entende “o *significado*, o *sentido*, dos preceitos constitucionais”.

Em última análise, a tarefa do presente estudo consiste em verificar “o que é o Direito” para cada um dos votos expostos na oportunidade do julgamento do HC nº 82.424, ou seja, o que cada um entende como “norma”, se esta reside no texto legal, na sua história, na sua finalidade, nos interesses sociais que lhe rodeiam, etc. Antes de iniciar esta investigação, todavia, seria interessante estabelecer dois pontos para a compreensão do tema.

O primeiro ponto diz respeito ao que Friedrich Muller alerta ser um engano fundamental, fruto da cisão epistemológica entre natureza/sociedade, da qual decorrem as cisões ser/”dever ser”, norma/realidade, etc., que é a confusão entre a doutrina brasileira contemporânea a respeito do que é texto de lei e o que é norma jurídica (1995, p. 13). Deveria ser desnecessário alertar que a norma não se identifica (exclusivamente) com o texto do dispositivo legal ao menos desde o advento do positivismo normativo de Hans Kelsen. O professor Lenio Luiz Streck, a respeito, destaca:

Esse é um ponto absolutamente fundamental: não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um discricionário ‘espaço de manobra’, ou, ainda, que “já não estamos sob a égide do juiz boca da lei”, enfim, todas essas ‘descobertas’ estão presentes na trajetória teórica que se desenvolve desde as primeiras décadas do século XX. (STRECK, 2012, p. 38).

O segundo ponto, decorrência do exposto acima, se refere à inevitável confusão entre interpretação/aplicação da norma. Com efeito, socorrendo-se novamente da lição de Friedrich Muller, descobrir o sentido da norma e aplicá-la são um processo unitário (1995, p. 40), isto é, “*existe uma equação entre interpretação e aplicação*” (GRAU, 2013, p. 47). É fundamental frisar, nas palavras do ex-Ministro Eros Grau: “Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas

porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação” (2013, p. 31).

A investigação que se segue é uma tentativa de compreender a hermenêutica constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme cada Ministro interpretou o direito, aplicando a Constituição Federal ao “caso concreto”. A par do estabelecimento dos pontos elencados, fica claro que a investigação procura saber como cada Ministro no caso Ellwanger, afinal, responde à pergunta: “que é o Direito?”.

A par de que o Caso Ellwanger tenha adquirido relevância no Ordenamento Jurídico por versar sobre tema de relevância: o racismo, conforme já anotado, a intenção do trabalho foge do objetivo de debater qual a correta aceção de “raça” a ser adotada pelo STF. A introdução ao contexto fático que originou o HC nº 82.424/RS serve, neste sentido, como descrição contextual do objeto de estudo.

RESUMO DO CASO ELLWANGER

No ano de 1991, o réu, Siegfried Ellwanger Castran, proprietário da Editora Revisão, em Porto Alegre, foi acusado de crime de racismo, por publicar livros com conteúdo de racismo antissemita, entre as obras publicadas pela editora, havia títulos como: “Hitler, Culpado ou Inocente?” e “Holocausto: Judeu ou Alemão”, obras que insinuavam a uma concepção de que os alemães foram verdadeiras vítimas durante a Segunda Guerra Mundial, e não os judeus. Em 14 de novembro de 1991, foi recebida a denúncia contra Siegfried Ellwanger na 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, onde em primeira instância fora absolvido.

Entretanto, houve decisão que reformou a sentença absolutória, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara Criminal, onde o réu foi condenado a dois anos de reclusão com “*sursis*” em julgamento datado em 31 de outubro de 1996. O réu impetrou, em face da decisão, o Habeas Corpus nº 82.424, alegando em defesa a arguição de que o povo judeu não seria uma raça, e sim, um grupo religioso. A premissa é a seguinte: “*se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de*

ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade”.

O VOTO DO MINISTRO MOREIRA ALVES, UM HISTORICISTA? - A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA.

A Escola Histórica do Direito é situada na linha cronológica da epistemologia jurídica como uma Escola formalista ou racionalista, consistindo em um positivismo primitivo, ou exegético, ou pré-normativista. É produto do sentimento iluminista-emancipatório do homem que predominou no século XVIII e XIX. Surge onde um dia será a Alemanha, no século XIX, em oposição à expansão com pretensão hegemônica do pensamento francês. A respeito da característica distintiva do historicismo jurídico, merece transcrição a lição de Giorgio Del Vecchio:

Diferentemente das outras tendências mencionadas, ela não tem propósito filosófico direto nem político, porém suas doutrinas interligam-se mediante certas premissas filosóficas e também por meio do programa da restauração política. Isso aparece também na origem da escola, que, não diversamente da Filosofia da Restauração, foi determinada em parte pela reação contra a Revolução Francesa. (DEL VECCHIO, 2006, p. 141-142).

163

Por isso, apesar da Alemanha ter adotado um sistema codificado, sua epistemologia jurídica difere da francesa que, à época, adotava a total identificação entre norma e texto de lei, consagrando a *vontade do Legislador* a status metafísico. Enquanto o positivismo primitivo francês não permite uma interpretação do dispositivo legal “fora” do seu texto, o pensamento alemão desenvolve um positivismo de exegese historicista, fundado por Savigny e Puchta, baseado no *espírito do povo (Volkgeist)*, em oposição ao *espírito das leis* de Montesquieu. Del Vecchio explica novamente:

Portanto, as leis, segundo Savigny, têm uma função de todo secundária, nada mais fazem que fixar (e quase imobilizar, cristalizar) os princípios já elaborados pela consciência jurídica popular. Somente esta é a fonte autêntica e genuína do direito. (DEL VECCHIO, 2006, p. 144).

Razão pela qual Gustav Radbruch afirma que, ao contrário do Código napoleônico – baseado em linguagem clara, simples, de modo a unificar toda a França mediante as mesmas leis – no caso do Código Civil Alemão “A linguagem do BGB é técnica, incompreensível para o povo, mas absolutamente consequente enquanto pura linguagem de comando: seca e sem sentimento, concisa e sem esclarecimentos, pobre e sem fundamentação [...]” (2010, p. 48).

Consequência da ruptura que a Escola Histórica representa frente à vertente francesa é que “norma”, para o historicismo jurídico, não é o texto legislativo, conforme verificado pela repulsa de Savigny. A par do exposto, para o fundador da Escola Histórica, a legislação tão somente fixa – por vezes, impedindo a evolução do Direito – normas já existentes numa consciência jurídica popular. Ou seja, já no século XIX se operava a cisão entre norma e texto de lei, resultando que o enunciado legislativo é menos importante que a consciência jurídica por trás de sua confecção.

Não é essa cisão, contudo, que confere à Escola Histórica o rótulo de “pós-positivista”. A par de que, na esteira do historicismo jurídico, o texto legal não seja suficiente para abarcar a norma, o material de interpretação da Escola Histórica ainda é o direito positivo. A interpretação histórica é uma variante do método exegético, surgido e aplicado frente a novas categorias conceituais sobre o direito, distintamente concebido e explicado em relação à Escola da Exegese francesa (WARAT, 1995, p. 71).

É neste sentido o voto do ex-Ministro Moreira Alves. Na oportunidade, o magistrado inicia seu pronunciamento tornando clara onde reside a celeuma do caso Ellwanger “A questão que se coloca neste ‘habeas corpus’ é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão ‘racismo’, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna [...]”. Em seguida, o ex-Ministro demonstra ser um exemplar discípulo de Savigny e Puchta, ao consignar que:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição [...] converge para dar a

‘racismo’ o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.(STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 536)

O voto prossegue na exploração das discussões apresentadas na ocasião da Assembleia Constituinte pelos Constituintes Carlos Alberto Caó – o qual propôs o preceito constitucional em debate – e José Lourenço, no sentido de demonstrar que o conceito de “racismo”, propriamente adequado à realidade histórica brasileira (nos moldes de um '*Volkgeist*' tupiniquim), significa discriminação contra a raça negra.

O ex-Ministro Moreira Alves, então, insiste na sua metodologia histórica, conforme palavras da confirmação de seu voto:

Aqui faço uma observação: quando a denúncia foi recebida, em 1991, ainda não havia a noção científica de genoma, que é do ano 2.000, não podendo ter sido levada em consideração pela Carta Magna de 1988 ao aludir o preconceito de raça [...] (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 595).

165

No mais, vale destacar um último ponto para a questão hermenêutica que se coloca: Moreira Alves invocou a normatividade do texto constitucional a partir de sua história. Norma, para o ex-ministro, é a consciência jurídica subjacente à elaboração do texto. Em última análise, o magistrado afirmou: Direito é a história do Direito.

MINISTRO CEZAR PELUSO, UM FINALISTA? - A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

O ex-ministro Cezar Peluso, na elaboração de seu voto, segue *pathos* manifestamente distinto do colega Moreira Alves, renunciando que a norma (o Direito) resida na história do preceito legal positivado, conforme se expressa:

[...] Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-

jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que, sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserta no inciso XLII do art. 5º, da Constituição Federal, é captar-lhe a ideia subjacente à base semântica do conceito de racismo, ou seja, a ideia do que significaria a palavra “raça”, para efeito de intelecção e incidência dessa regra constitucional. Ocorre-me ao propósito que, como as demais ciências, o Direito também tem suas próprias realidades, seus conceitos: o Direito cria, mediante múltiplas técnicas, como a ficção, por exemplo, as categorias e os termos exigidos pela operacionalidade do seu sistema, que é o de uma ciência prática. Em muitas matérias, a ciência jurídica apropria-se, no todo ou em parte, de conceitos, categorias, realidade e termos de outras ciências, incorporando-os ao mundo jurídico e ao sistema jurídico-normativo. E, nesses casos, é menos árduo o trabalho reconstrutivo do intérprete. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 757)

166

A segunda parte transcrita do voto dá as pistas a respeito da rota hermenêutica a ser percorrida pelo magistrado ora em análise. Trata-se, justamente, da corrente realista que superou o historicismo jurídico na Alemanha, obra de Ihering, chamada finalismo jurídico, ou pandectismo, ou Jurisprudência dos Conceitos.

Seguindo a típica aversão alemã pela exegese francesa, Ihering representa uma escola que capta o Direito como produto de lutas sociais e instrumento para a mudança do mundo, rejeitando o historicismo romântico dos eruditos que buscavam somente elaborar e aperfeiçoar conceitos do costume jurídico alemão (CAENEGEM, 2000, p. 223). Merece destaque, ainda, que a consolidação da industrialização e vida urbana presente no século XIX determina uma ruptura com o modo de vida medieval, fonte do Direito para a Escola Histórica. Ihering critica a concepção passiva ostentada pelo historicismo: “O direito considerado em seu desenvolvimento histórico, apresenta-nos, portanto, a imagem da investigação e da luta, em uma palavra - [...] o gosto existente. Entretanto não

sucedem assim com o direito encarado sob o aspecto de — fim.” (2002, p. 25).

O autor alemão coloca abaixo a concepção “nacionalista” de Savigny e introduz a ideia de uma linguagem jurídica universal, científica, na qual o jurista tem muito mais relevância que o legislador (BOBBIO, 1995, p. 122). A respeito desta Escola, o mestre italiano Norberto Bobbio ensina que “A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento” (1995, p. 123).

Neste ponto, vale asseverar a semelhança que a explicação de Bobbio guarda para com a segunda parte transcrita do voto do ex-Ministro Peluso - “[...]o Direito também tem suas próprias realidades [...]”. Na esteira da concepção de Ihering, também Cezar Peluso defende a existência de conceitos criados ficticiamente pela Ciência Jurídica, daí o nome da Escola de Ihering ser chamada de Jurisprudência dos Conceitos.

Ihering (e, figurativamente, Cezar Peluso) abandonam a tentativa de buscar o Direito na história do povo. Partindo da premissa de que o Direito Positivo é posto pelo homem, o alemão vai encontrar a essência da norma no seu *querer* – admitido que todo querer é *querer de algo*. Explana Ihering:

É pois necessário, para que a vontade actue, que haja uma razão suficiente, uma causa. [...] É *psychologica*, quando a vontade intervém: esta procede em vista de um fim, mira a um alvo (*Zweck*, causa *finalis*). A pedra não cai por cair, mas porque deve cair, porque lhe tiraram o apoio. O homem que obra, não obra porque, mas para que — a fim de realizar tal ou tal propósito. Este para que rege tão iniludivelmente a acção da vontade, como o porque determina o movimento da pedra que cai. (IHERING, 2002, p. 13-14).

Em função desta concepção do Direito, a hermenêutica oferecida pela Jurisprudência dos Conceitos é fundada na interpretação de uma suposta vontade subjacente ao dispositivo legal – à que se refere o ex-Ministro Moreira Alves acerca da interpretação das normas infraconstitucionais (*mens legis*). Noutras palavras, na finalidade da norma, daí interpretação *teleológica*, a qual é

manifestamente adotada pelo voto do ex - Ministro Cezar Peluso:

O método exegetico consiste, aqui, em retirar da Constituição mesma, mediante raciocínio que guarda alguma afinidade com a chamada 'interpretação teleológica', o conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo, no seu confronto com a gravidade da norma constitucional e os bens e valores jurídicos por ela tutelados (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 758).

Destaca-se que em nenhum momento houve debate ou justificação a respeito da mudança interpretativa entre os votos. Bastou que um magistrado afirmasse “a interpretação correta é esta”. Logo, não é equivocado afirmar que a concepção de norma foi trocada arbitrariamente entre os Ministros Moreira Alves e Cezar Peluso.

JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES (E DOS VALORES) NO VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORREIA

Dos votos que constituem o acórdão do caso Ellwanger, o pronunciamento do ex-Ministro Moreira talvez seja o mais completo. O magistrado expõe argumentos filológicos, antropológicos sociológicos, históricos, culturais, doutrinários e advindos da legislação supranacional e direito comparado a respeito do conceito de “raça”. A conclusão da sua elucubração é bem sintetizada no seguinte trecho do voto:

[...] a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p 568).

A síntese transcrita, somada às inúmeras exposições de matiz sociológica

a respeito do Holocausto, parece aproximar Maurício Correia de uma Escola norte-americana vertente do Direito Livre, denominada Jurisprudência dos Interesses, a qual teve repercussão no magistério de Philip Heck. Heck simboliza, por sua vez, uma superação da Jurisprudência dos Conceitos alemã. Para Heck, a apreensão das normas por meio da dedução lógica da realidade jurídica é uma *falácia conceitual*, pois esses 'conceitos' não se encontram numa realidade objetiva – a realidade jurídica referida por Cezar Peluso -, mas são deduzidas a partir da mente do julgador (LOSANO, 2010, p. 164).

Como consequência, a interpretação do texto legal deve levar em consideração não a consciência popular por trás da sua elaboração, tampouco uma *finalidade* intrínseca. A norma jurídica - para Heck e, aparentemente, também para o ex-Ministro Maurício Correia - reside no estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram à criação dos preceito legal (ABBOUD, 2013, p. 177). Percebe-se que o método desta escola possui matizes de ambas as correntes supramencionadas – o historicismo e o finalismo -, razão pela qual Heck afirma que “*Se a toda essa actividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica*” (1947, p. 10). O professor norte-americano assim define sua hermenêutica:

É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. (HECK, 1947, p. 10).

O ex-Ministro Maurício Correia, ao fundamentar a maior parte de seu voto na tragédia do holocausto e relacionando todas as legislações acerca do tema, nada menos que investigou os interesses sociais da incriminação do racismo no texto constitucional. Vide que a interpretação empregada, apesar de histórica, não é historicista, pois não é nacionalista e não se prende à obediência dos costumes. Por outra banda, não é finalista à moda de Ihering, pois considera seriamente a trajetória histórica dos interesses sociais a respeito da norma (ABBOUD, 2013, p. 159).

Outro fator, ademais, contribui para classificar o ex-Ministro Correia como um discípulo da Jurisprudência dos Interesses. Foi Philip Heck quem introduziu na história da nossa Jurisprudência a noção de *ponderação*. A concepção de Heck de que toda norma representa, essencialmente, uma tensão entre interesses opostos que mereça harmonização acarreta sempre a aplicação de um princípio de ponderação (OLIVEIRA, 2015). Nada menos que isso afirmou o voto em análise:

[...] nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada 'concordância prática', a que se refere a doutrina (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 584).

170

Importa destacar que é na *ponderação* da Jurisprudência dos Interesses que a *proporcionalidade* – elemento essencial da teoria contemporânea de Robert Alexy – encontra sua gênese teórica. Vale destacar que a Constituição outorgada à Alemanha pelos aliados no pós-guerra (*Grundgesetz*) não foi elaborada pelo povo alemão, conforme a tradição jurídica – nascida do historicismo nacionalista – determinava (STRECK, 2012, p. 48).

Nestas circunstâncias, a um, era necessário elaborar teoricamente “*um jus distinto da lex*” (STRECK, 2012, p. 48), i. é, recorrer à um valor de justiça além das disposições legais – daí a Jurisprudência dos *Valores*. A dois, em consequência da introdução de valores no Direito, e da ciência que os valores não são absolutos – algo que parece ser a descoberta da roda no Brasil – era necessário introduzir um mecanismo que harmonizasse essa tensão. Este mecanismo é nada menos que a ponderação de Heck, que perdura até os dias atuais – com as devidas reformas – na teoria de Roberto Alexy.

A proporcionalidade da teoria alexyana fora “importada” por três Ministros participantes do caso Ellwanger, porém, cada uma das tentativas de

emprego deste método se deu de modo distinto, conforme se analisará.

A TEORIA INSTRUMENTALISTA DE ROBERT ALEXY PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Teoria Instrumentalista de Robert Alexy tem como objeto a resolução de conflitos entre princípios, conflitos estes gerados pela colisão entre dois ou mais princípios fundamentais que perante o ordenamento jurídico possuem a mesma posição na hierarquia das normas. GALUPPO, (1999, p. 193) parafraseando Alexy, esclarece que não se trata de contradição, mas de tensão entre princípios, no sentido que nenhum dos princípios em conflito “goza simplesmente de primazia perante outro”. Roberto Alexy parte da ideia de que os princípios jurídicos só devem ser aplicados a partir da análise das condições jurídicas e fáticas no caso concreto, pois possuem a particularidade de serem “mandados de otimização” – termo usado pelo próprio Alexy, na obra “El concepto y La Validez del Derecho” (1997, p 167). Alexy também conceitua princípio como:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas (...). De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. (ALEXY, Robert. 1993, p. 86).

A partir desta concepção de princípio, Alexy defende que a máxima da proporcionalidade possui íntima ligação com os princípios fundamentais, e por isso, utiliza-se desta como ferramenta para analisar a aplicação dos princípios em casos de real conflito, em razão da natureza de otimização que carregam. A máxima da ponderação – proporcionalidade é constituída por três princípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A necessidade e

adequação recaem sobre as condições fáticas, logo, bastem que os fatos estejam abarcados por ambos os princípios, e haverá uma otimização fática. Enquanto ao que cabe a proporcionalidade em sentido estrito, estaremos diante de uma análise das possibilidades jurídicas. Logo, para que seja realizada a ponderação, é preciso que se estabeleça uma “hierarquia” entre os princípios, adstritos ao caso em concreto, como próprio Alexy diz, tomando uma posição axiológica:

Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa. (ALEXY, Robert. 1993, p. 89)

Apesar críticas que possam ser feitas à teoria de Alexy, não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal tem se apropriado, em alguns casos, do discurso teórico encontrado em suas obras. O Caso Ellwanger é um exemplo, visto que foi um marco no tocante a aplicação da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso por que foram utilizadas as premissas apresentadas por Robert Alexy em sua obra: as máximas parciais da proporcionalidade já citadas – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, Virgílio Afonso da Silva, faz críticas em sua obra, observando que o Supremo Tribunal Federal muitas vezes age de maneira não consistente ao aplicar a proporcionalidade:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. (SILVA, Virgílio Afonso da.

No HC 82.424, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, assim como o Ministro Marco Aurélio desenvolveram seus votos com base da máxima da ponderação – proporcionalidade, porém, a cada um dos Ministros, coube uma interpretação distinta. Por esta razão, será objeto de análise dos próximos tópicos como os respectivos Ministros já citados, entende a máxima da ponderação – proporcionalidade aplicada ao caso apresentado.

A PONDERAÇÃO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Iniciaremos nosso exame pelo voto prolatado pelo então Ministro Celso de Mello. O ministro inicia sua explanação fazendo uma breve síntese do caso, trazendo a posição do impetrante acerca da não incidência do crime de racismo em suas publicações e a posição adotada pelo órgão coator, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se posicionou pela imprescritibilidade da pretensão punitiva da conduta do agente. Após sucinta referencia aos fatos, o Ministro passou a versar sobre o Princípio da Dignidade Humana e sua base legal, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Inclusive, vale destacar que é característica em seus votos, a alusão aos de tratados internacionais nos quais o País é signatário para justificar, inicialmente, a preponderância do Princípio da Dignidade Humana diante dos fatos. Isto se verifica no seguinte trecho de seu voto:

Hoje, portanto, muito mais do que a realização de um julgamento - e de um julgamento revestido de significação histórica na jurisprudência de nosso país - é chegado o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, em sua agenda, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos. (...) Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, impõe, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos

Direitos da Pessoa Humana. Os deveres irrenunciáveis que emanam desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro de modo pleno, impondo-lhe - e aos órgãos nele estruturados, notadamente ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, em particular - a execução responsável e conseqüente dos compromissos instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e da dignidade de todas as pessoas. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 619-620)

Em seguida, o Min. Celso de Mello passou a discorrer sobre os princípios que estariam em xeque: O Princípio da Liberdade de Expressão, garantido pela Carta Magna Brasileira e que estaria sendo cerceado com a condenação do impetrante e o Princípio da Dignidade Humana, violado pelo conteúdo das obras do impetrante. O Ministro, ao tratar da prerrogativa da Liberdade de Expressão, aduz:

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. É que publicações - como as de que trata esta impetração - que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial - veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica - transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p 628)

Deixando claro, assim, que o Ministro não entende que publicações que carreguem teor de intolerância e desrespeito à princípios e garantias abarcados pela própria Constituição Federal de 1988 possam ser tutelados pela prerrogativa da liberdade de expressão do pensamento. E considera que em situações de efetivo exercício da liberdade de expressão, é costumeiro que haja tensões entre valores essenciais, garantidos de maneira igualitária pelo ordenamento jurídico e que sendo assim, necessária a análise e ponderação para conferir, como se refere o Min., “primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição” (p 630).

Porém, diferentemente de outros Ministros da Corte Constitucional Brasileira, o Min. Celso de Mello não visualiza do caso em tela a incidência de conflito entre direitos básicos nos quais sujeitos diversos são titulares. E sim, que se trata de caso em que dentro do exercício da liberdade de expressão há que se resguardarem os direitos da personalidade, mais precisamente a dignidade humana. Sob esta ótica, é que é feita a ponderação do Ministro Celso de Mello. O Ministro, em seu voto, estabelece que:

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público. Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 631)

A ponderação proposta pelo Min. Celso de Mello não é se refere à ponderação - proporcionalidade que versa Robert Alexy, onde seria necessária apenas observação das três máximas parciais – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – de forma automática, e sim uma análise mais próxima ao caso concreto, como o próprio Ministro esclareceu:

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 633)

176

Após todos os apontamentos acerca do método de ponderação necessário ao caso concreto, o Min. Celso de Mello, concluiu seu voto pelo indeferimento do pedido do impetrante, alegando que não seria possível acolher a tese impetrada, porque seu acolhimento fragilizaria a proteção dada pelo Ordenamento Jurídico aos grupos vulneráveis, demonstrando assim, que pela ponderação feita pelo Ministro, a proteção dos direitos da personalidade, especialmente a Dignidade Humana, conferida aos grupos minoritários se sobrepõe ao exercício da liberdade de expressão que excede os limites estabelecidos pela Carta Constitucional Brasileira.

A PROPORCIONALIDADE DO MINISTRO GILMAR MENDES.

Diferentemente da abordagem proposta pelo Min. Celso de Mello, onde durante o seu voto o Ministro apenas faz menções da necessidade de ponderar

quando há conflitos entre princípios garantidos pela Magna Carta, sem fazer menção há teoria de Alexy, muito menos de suas máximas parciais, o Min. Gilmar Mendes, ao apreciar a questão submetida ao Juízo, levantou um tópico apenas para aplicar a máxima da proporcionalidade proposta nos moldes da Teoria Instrumentalista de Robert Alexy. Sendo assim, como característica de seu voto, há a influência direta do autor alemão em seus exames do caso.

A discussão promovida pelo referido Ministro visou estabelecer o limite do princípio da liberdade de expressão ante a dignidade humana, demonstrando assim que em diversos momentos nossa Constituição Democrática Nacional fomenta essa ponderação entre princípios, como dispõe o trecho do voto a ser apresentado:

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional – “Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção estatal. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 656)

Nota-se *a priori*, que o Min. Gilmar Mendes vislumbrou a compatibilização da liberdade de informação com diversas garantias, como dispõe a Constituição Federal nos seus incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º, onde enxerga claramente que nenhum dispositivo, independente de seu conteúdo, terá sua aplicabilidade absoluta, pois sempre há a possibilidade de choque entre dois ou mais princípios e normas, sendo necessária a Intervenção Estatal para a realização da ponderação. Após elucidar sobre a não atribuição de absolutismo a nenhum princípio, o Ministro passou a tratar sobre a liberdade de expressão dentro do contexto do caso:

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 657)

O voto do Ministro Gilmar Mendes aqui abre uma exceção aos outros votos proferidos no caso Ellwanger. O Ministro aborda especificamente a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, seus principais fundamentos e ainda trata sobre as três máximas parciais que integram o princípio da proporcionalidade, aplicando-as ao caso em tela, efetivando a máxima da proporcionalidade exatamente aos moldes da teoria do autor alemão. Ao versar sobre a máxima da proporcionalidade, o Ministro explana que:

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524I, p. 658)

E também teceu apontamentos a respeito das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho. No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 660)

179

E após elucidar sobre as noções introdutórias da máxima da ponderação, o Ministro concluiu seu voto adequando às máximas parciais da proporcionalidade – ponderação, ao debate. Primeiramente, avaliou a incidência da adequação ao caso:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade. É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a

salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII). (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 669)

Ao tratar da necessidade, o Ministro Gilmar Mendes vislumbrou sua incidência, pois, conforme consta em seu voto, “Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz” (p. 670). E como último requisito, a proporcionalidade em sentido estrito. Neste ponto, aduz que:

Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da “proibição do excesso”. A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 670)

E por fim, o Min. Gilmar Mendes evidenciou a violação do princípio da proporcionalidade e concluiu seu voto pelo indeferimento da ordem de Habeas Corpus impetrado, pois alega que a liberdade de expressão, protegida pelo

constituente, não alcança conteúdos que estimulem e incitem a violência e ao conferir a liberdade de expressão caráter absoluto, outros bens também tutelados pela Carta Constitucional seriam sacrificados.

A PROPORCIONALIDADE NO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO.

O exame do Caso Ellwanger, realizado no voto do Ministro Marco Aurélio, se distingue das análises anteriormente abordadas neste trabalho em diversos aspectos. Contudo, todas possuem um ponto em comum: a aplicação da máxima da proporcionalidade – ponderação.

A proporcionalidade do Min. Marco Aurélio, neste instante, é objeto de pesquisa, pois diferentemente do Min. Celso de Mello que não utilizou das bases da teoria instrumentalista de Alexy, tanto o Min. Gilmar Mendes como o Min. Marco Aurélio realizaram suas ponderações sob a luz das máximas parciais que integram a máxima da proporcionalidade proposta por Robert Alexy. Entretanto, mesmo se tratando do mesmo caso, aplicando o mesmo princípio, analisando as mesmas máximas parciais, suas conclusões foram totalmente distintas. O Min. Marco Aurélio inicia sua análise do princípio da proporcionalidade da seguinte maneira:

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu, de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade. São eles a idéia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – pronunciamento condenatório - , a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 895)

No tocante a adequação, seu exame recai sobre a proibição ou não da publicação dos pensamentos do impetrante como forma de rechaçar a incitação à discriminação contra os judeus, tendo em vista o conteúdo das obras publicadas. Ao ponderar nesse sentido, o Min. Marco Aurélio diz:

O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (Geeingnetheit) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524I, p. 895)

182

Sobre o princípio da necessidade aplicado à máxima da proporcionalidade, o Min. Marco Aurélio analisou se havia outras medidas jurisdicionais que poderiam ser aplicadas ao impetrante para a conservação do direito por ele lesionado. Para o Ministro, a concessão do Habeas Corpus seria a medida cabível, pois partindo do princípio anteriormente citado, o Ministro afirma:

Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu. STF - HC: 82424 RS , Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 897)

E, finalmente, no tocante a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, o que o Ministro Marco Aurélio também cita como “lei da ponderação”, foi sopesada se houve a adequação entre o meio e fim empregados ao impetrante, considerando todos os valores – razoabilidade, dignidade humana, adequação, entre outros – existentes no Ordenamento Jurídico. Para o Ministro Marco Aurélio, citando Robert Alexy e Celso Bandeira de Mello, pondera a proporcionalidade em sentido estrito no Caso Ellwanger como:

Um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Robert Alexy, relativamente a esse subprincípio, aduz: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”. E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringimentos em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por idéias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet. (Habeas Corpus Nº 82.424-2. Supremo Tribunal Federal STF - HC: 82424 RS , Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p. 898)

183

E encerra sua avaliação acerca do princípio da proporcionalidade – ponderação ao Caso Ellwanger, pronunciando que

Aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada

pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - por sinal, a reformar sentença do Juízo - não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. (STF - HC: 82424 RS , Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, p 901)

Todavia, mesmo contextualizando as máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de maneira diversa ao Min. Gilmar Mendes, e compreendendo que sob o prisma do princípio da proporcionalidade a condenação do impetrante não estava abarcada pelos subprincípios acima citados, o Min. Marco Aurélio votou pela denegação da ordem de Habeas Corpus impetrada, mantendo assim a condenação do réu pelo crime de Racismo.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, a par da análise e associação dos votos proferidos no HC nº 82.424/RS, cabe à indagação: é válido comparar o mito da Torre de Babel com a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal? Efetivamente, qual a relação possível de se estabelecer entre o mito e os presentes dados? Nenhuma, a princípio. O que se realizará a seguir é uma conjectura para ilustrar a crítica que se pretende esboçar.

Toma-se, em primeiro lugar, a construção da “Torre”, como ilustração do nosso projeto constitucional, valendo-nos da premissa de que é essencial à Constituição a sua propensão ao futuro, razão pela qual a nossa CF/88 é *principiológica* – na acepção de dworkiniana de conceitos cambiáveis no tempo. Assim, na esteira dos esclarecimentos iniciais a respeito da unicidade entre interpretar/aplicar, e do papel produtor de normas do Judiciário, a jurisprudência adquire papel concorrente com o poder reformador tradicional dos textos legais – o Legislativo – na construção da “Torre” - do projeto principiológico constitucional (ZAGREBELSKY, 2006, p. 164-165).

É neste sentido que (re)construir os fundamentos dos votos do caso Ellwanger oportuniza a observação do desempenho do projeto constitucional

brasileiro. Na representação, os ministros do STF se equiparam aos obreiros da Torre de Babel. Seu desempenho depende da possibilidade de comunicação entre si, e o sucesso dessa comunicação se manifesta no resultado da obra.

No mito bíblico, a impossibilidade de comunicação entre os empreiteiros causou o desmoronamento do projeto. Pois bem, a crítica ora tecida se dirige ao *caos* hermenêutico representado no caso Ellwanger. É precisamente esta a contribuição do mito da Torre de Babel a uma hermenêutica constitucional que talvez ainda não tenha surgido genuinamente no Brasil. Com efeito, quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal/88, o Direito brasileiro ainda contém uma Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e os juristas teimam em aplicar cânones interpretativos bicentenários e contraditórios aos novos dispositivos constitucionais. É como se cada ministro, ao interpretar os comandos constitucionais à sua maneira, falasse uma língua exclusivamente sua, decifrável somente por si e, por isso, surda e muda.

Veja que, diante de um paradigma constitucional, no qual se concebem os tribunais superiores - especialmente em países federados - os incumbidos da uniformização da interpretação - leia-se aplicação - do direito, i. é, uma concepção de corte de precedente (TUCCI, 2015), parece ser contraditório que os votos da mesma Corte, analisando o mesmo *case*, empreguem interpretações diferentes e, frise-se, do conceito de norma jurídica. A título de ilustração, Moreira Alves afirma que esta se encontra na história, Cezar Peluso, que reside na sua pressuposta *vontade*. Cada um fala seu idioma, e é desnecessário dizer que onde isso ocorre não há diálogo.

Efetivamente, parte da doutrina constitucional, inspirada numa concepção procedimentalista da Constituição, v.g., Marcelo Cattoni, partindo de Habermas, admite que a jurisprudência constitucional se dê entre a disputa de diversas concepções de norma (CATTONI, 2002, p. 93). Com base nesta concepção procedimentalista, poderia-se afirmar que a presente crítica à Corte é equivocada.

Contudo, acredita-se equivocado conceber a interpretação constitucional como o resultado de uma operação na qual todos os participantes se manifestam impondo sua própria língua - sua própria acepção do direito -, como de fato

ocorreu nos votos dos ministros Moreira Alves, Cezar Peluso e Maurício Correia. A crítica aqui tecida se refere ao arraigado individualismo que permeia o procedimento decisório dos magistrados da mais importante corte do país. Com efeito, ainda não se entende que a justiça constitucional não cumpre o seu papel no âmbito democrático – em que cada indivíduo delibera com total liberdade de consciência – mas sim na sua “casa”, a qual, segundo Zagrebelsky, é a República, onde, segundo o jurista mexicano, não existe “voto” (2006, p. 168).

Assim, o efetivo desenvolvimento do princípio republicano no Brasil (artigo 1º, 'caput', CF/88) fica prejudicado em favor do arraigado caráter solipsista da prática jurisdicional, ainda presa aos adágios do “julgar como *ato de vontade*” (Kelsen) e da sentença advindo do vocábulo *sentire*, e à interpretação como produto da consciência do julgador (STRECK, 2013, p. 33).

É por isso que, segundo Streck, amparando-se em Dworkin, falta ao STF (e à Ciência jurídica, na opinião do professor), a capacidade de superar o paradigma sujeito/objeto, já derrubado pelo *giro linguístico*, anotado acima. Os três primeiros votos analisados, cada um atribuindo um sentido próprio ao texto constitucional, sem partilhar de uma compreensão comum da interpretação a ser empregada, é um caso evidente de falta de integridade na jurisdição constitucional pátria.

Por conseguinte, embora possa se objetar que os outros três votos analisados, dos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Melo tenham supostamente empregado o mesmo método de aplicação de normas – a adoção de um método entre vários já pressupõe o solipsismo – o fizeram de modo discrepante, evidenciando que a teoria instrumental de Robert Alexy tem sido mal recepcionada na doutrina brasileira.

No mais, vale destacar que a aplicação do mesmo *método* – a proporcionalidade ou ponderação no caso de conflito de “princípios” - no caso Ellwanger levou a resultados antagônicos: o voto do ministro Marco Aurélio alçou resultado diverso dos votos dos dois outros ministros, o que evidencia o caráter discricionário e relativista da postura alexyana. Logo, é de extrema necessidade que um denominador comum seja estabelecido no que tange ao exercício de métodos de aplicação de normas – princípios, para que não haja

maior número de lesões ao direito pátrio e as garantias dos indivíduos em razão da incongruência entre os Ministros que compõem a Corte Constitucional de nosso País.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ABBOUD, Georges, STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

_____. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2. Ed. Barcelona: Gedisa, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/RS, Pleno**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DE CICCIO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo/SP. Saraiva. 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Brasília: Revista de

Informação Legislativa, 1999.

GRAU, Eros. **Porque eu tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

HECK, Philip. **Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses.** São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** 21.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOSANO, Mário. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. II.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MULLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência: Elementos de uma teoria constitucional,** Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1995.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisprudência e a dicotomia público versus privado.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/diario-classe-jurisprudencia-dicotomia-publico-vs-privada>>. Acesso em: 27 de Junho de 2015.

188

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito.** 2ª Ed., São Paulo: Martins e Fontes, 2010.

ROCHA, Everardo. **O que é mito.** Coleção Primeiros Passos, n. 151. Ed. Brasiliense. 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais 798, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

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

TUCCI, José Rogério. **Hierarquia judiciária e eficiência do precedente judicial.** Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial> . Acesso em 20 de Maio de 2015.

WARAT. Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito:** vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **¿Qué es ser juez constitucional?** Dikaion, vol. 20, núm. 15, novembro, 2006.vUniversidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001512>>. Acesso em: 6 de Junho de 2015.

PRESSÁGIO JURISDICIONAL E O AUTOMATISMO PRINCIPIOLÓGICO

Guilherme Fernandes PAES³⁶

RESUMO

O trabalho aqui desenvolvido terá por objetivo a exposição crítica e, ao mesmo tempo, isonômica da fundamentação processual, visto que nos últimos anos tem-se questionado muito a respeito desse tema. Há discordância quanto ao conteúdo decisório pela afirmação que de seus pressupostos básicos não estariam sendo seguidos, sugerindo assim um desapego com as bases estruturantes do direito. Desde a função de princípios até sua diferenciação para com normas e regras será debatido no momento certo e a justificativa para essas supressões. Será exposto um modelo de linha do tempo, ou seja, passo a passo de como deveria ser observado a fundamentação decisória, tendo consciência de que para se chegar até aquela é necessário o preenchimento de todo um processo compreensivo, interpretativo e aplicativo das normas.

PALAVRAS-CHAVE: Formalismo. Hermenêutica. Normas. Princípios. Regras.

190

ABSTRACT

The work developed here will aim critical exposure and at the same time, isonomic procedural grounds, as in recent years has been much questioned about this subject. There is disagreement as to the decision content of the statement that its basic assumptions were not being followed, thus suggesting a detachment with the structural bases of law. Since the beginning of function until their differentiation towards rules and regulations will be discussed at the right time and the rationale for these deletions. A time- line model will be exposed, that is, step by step as it should be noted the decision-making basis, knowing that to reach that it is necessary to fill an entire comprehensive process, interpretation and application of standards.

KEYWORDS: Formalism. Hermeneutics. Principles. Rules. Standards.

INTRODUÇÃO

Com fulcro na recente eclosão sem limites da indústria principiológica que tende a publicizar a seara jurídica, o presente trabalho tem como objetivo tentar, de modo clarividente e sem rodeios, explicitar a origem daqueles e, além disso, enfatizar que esta problemática esteja calcada no instante em que premissas básicas são esquecidas – por mais que a fonte do direito seja a compreensão e interpretação – quando na verdade deveriam servir de sustentação para a ciência jurídica.

Desde a aplicação de princípios a casos de extrema complexidade até a ponderação dos mesmos, costuma-se não atentar-se às consequências que essa discricionariedade gerará para as partes. Isto não é desculpa para dizer que o julgador de uma forma ou de outra cumpriu sua função, mas sim um meio de suprimir a finalidade axiológica para qual os princípios tendem, qual seja a justiça.

Necessário se faz uma apresentação e aproximação para com aqueles que desejam entender melhor o objetivo da hermenêutica diante desses fatos e, por conseguinte, impossibilitar que supressões ocorram.

Passo a passo, será construído um sistema em que princípios e regras equiparam-se a normas e ao aplicador do direito dever-se-á estar preparado para esta conjunção de valores, sem desmerecer a origem da teoria pura do direito e nesse diapasão, caberá àquele se posicionar acertadamente a fim de não cometer o deslize de partir para o plano da discricionariedade ou arbitrariedade. Plano, por sinal, equidistante.

Ainda assim, é imperioso expor que o ordenamento jurídico, em virtude da alta massa de processos em trâmite, está cada vez mais buscando refrear essa intensa conduta jus processual – é dever de o judiciário resolver sobre qualquer conflito, pois todos possuem o direito de ação – por meio de súmulas, sejam elas vinculantes ou não, de enunciados normativos, precedentes, e com isso exaurindo a temática acerca dos mais variados temas presentes no cotidiano forense.

Destarte, esse compêndio jurisprudencial sobre temas estaria por se desviar daquilo que a teoria proposta por Robert Alexy – Teoria dos direitos fundamentais – quis esclarecer, ou seja, que os princípios se buscam na

compreensão e interpretação do direito. Aliada a esta perspectiva, necessário se faz a exposição do fenômeno assomar, *in casu*, pan principiologismo. Realidade mundial ou apenas falácia nacional?

Portanto, resta saber se ainda há espaço para superação desse ultrajante fenômeno desfigurante da essência do direito e quais os meios que deve ter-se em mente para não cair nessa vala que é a forma por equiparação/ ponderação de princípios aos *hard cases* (casos difíceis) e o papel objetivado pelo novo código de processo civil para com este evento, partindo da premissa de uma análise de diálogo das fontes entre as searas que norteiam o direito e seus reflexos.

HERMENÊUTICA COMO REALIDADE OPERACIONAL

A pouco de completar duzentos anos desde sua primeira publicação no ano de 1824, a Constituição Federal tivera várias facetas curiosas, sendo protecionista para com alguns, outrora radicalizando e defendendo interesses puramente políticos, momentos pelos quais atravessou dificuldades ultrajantes, mas superou-as. Desnecessário para o momento sua narrativa histórica.

É válido pensar que quando da vigência de uma Constituição Republicana – e por derradeiro lógico será – inevitavelmente juízes terão por base o “dizer” daquela esperando e fazendo cumprir a necessidade de fundamentação de seu dever ordinário (decidir).

Aos leigos trata-se, ou melhor, presume-se uma tarefa simples na qual deve o magistrado – e aqui refiro-me independentemente do grau de jurisdição – ouvir as partes, na justiça do trabalho, reclamante e reclamado, no juízo cível, querelante e querelado, alimentante e alimentando, exequente e excepto, no juízo criminal, autor e réu – e estas por sinal são como os populares no judiciário nacional – denunciante e denunciado, ou seja, somente na quantidade de nomenclaturas suficiente são para embaralhar a mente de qualquer indivíduo e posteriormente, proferir sentença. Rebatendo esse argumento poder-se-á afirmar que trata-se de mera formalidade e, portanto, o formalismo exagerado deve ser combatido.

Então é aceitável que deve o gestor das audiências e dos processos – pois é esta a realidade que muitos (as) juízes (as) estão incumbidos, serem gestores de suas comarcas/varas, além de sua função tradicional – simplificar o procedimento, visando à superação, tanto quantitativa quanto qualitativa, de suas sentenças?

Pertinente, a ponto de sanar eventuais dúvidas, seria se para aquele questionamento a resposta fosse “sim” ou “não”.

Por razões lógicas – não no sentido das ciências exatas – o direito é uma ciência cujo estudo se dedica a análises de casos, concretos ou, no mais das vezes, fictícios e exemplificativos, cujo objetivo é a busca de soluções com base em princípios, regras, teses, legislação vigente, entre outros.

Sendo assim deve o operador do direito se ater somente a regras, princípios e a pura letra da lei? Escolhendo como resposta novamente o “sim”, estará cometendo o mesmo erro de diversos juristas, cuja frustração é alarmante. A sistematização do ordenamento jurídico.

Para o momento, interessante e reflexível são as palavras do professor Lênio Luiz Streck, no qual o indagamento é abordado da seguinte forma: Quando de uma consulta médica, na qual o paciente com uma enfermidade, à procura de um especialista na área, seu objetivo é que o médico lhe receite algo ou até mesmo realize alguma intervenção cirúrgica adequada. No sentido contrário, com maus olhos será o médico visto se o mesmo seguir como roteiro uma obra com o seguinte título “Passo a passo de como operar seu cérebro”, lembrando que este manual encontra-se no plano de visão do paciente (estante do médico). Logo, a resposta do paciente, quanto à submissão desse procedimento, será negativa. Em outras palavras, assim como nas ciências médicas, o direito não pode deixar de subsistir ao aceitar que essa perspectiva de simplificação do mesmo adentre o ordenamento, independentemente de quem está a “operá-lo”.

Óbvio que para o direito, ciência esta de reflexão, compreensão e análise crítica do sistema como um todo, infundada e sem conteúdo algum é o entendimento de aquilo como algo aceitável.

Kelsen em sua obra *O problema da Justiça, sob o prisma das críticas*³⁷ acerca da teoria pura do direito, diferenciação já estabelecida, que seu trabalho se referia a uma teoria pura do direito positivo e não uma teoria do direito puro. Seu raciocínio seguia o ideal de que o estudo do direito faz-se a partir da realidade³⁸, justificando sobre maneira sua afirmação teórica. (Losano, 2003, XVI).

SUBJETIVISMO INTERPRETATIVO E O FORMALISMO PROCESSUAL

Talvez – e justamente nessa linha, visto que o direito é um estudo sistêmico – o horizonte a ser alcançado é o de que para uma decisão completa, sem espaços, é estar a mesma sem obscuridades, contradições e lacunas, ou seja, ter exaurido a sua função, alcançado sua plenitude. Em outras palavras, é o julgador posicionar-se acertadamente sobre todas as questões controversas e, ainda assim, manter-se equidistante das partes, não dando azo a interpretações intersubjetivas³⁹.

Sendo assim, não é tarefa nada fácil, pelo contrário, requer qualificação técnica e psíquica para tanto. Justamente, se for entendida como um quebra-cabeça, em que cada peça possui seu valor e seu encaixe, for condizente com os fatos do processo, não há o porquê da figura do julgador. Retomar-se-á – e aqui menciono a teoria geral do processo penal – ao estado em que ponderava o sistema inquisitivo.

194

37 Nas obras do período europeu, kelsen refutou a sociologia; o contato com a cultura americana, iniciado antes da Segunda Guerra Mundial, induziu-o depois a assumir uma atitude mais aberta em relação a essa disciplina.

38 KELSEN, *La dottrina pura dell diritto*, ed. 1966, p. 239. Cf. também ID., *Whats is Justice?*, p. 290: “Nenhuma ordenação social – nem mesmo a chamada moral ou justiça – é considerada válida se não for, em certa medida, efetiva, ou seja, se o comportamento humano é regulado por essa ordenação não se conformar a ela”.

39 HANS KELSEN, “Rechtswissenschaft und Resht. Enledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1922, p. 193. Essa attitude de Kelsen é diretamente influenciado por EMIL LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, p. 200: “É preciso eliminar o preconceito de que não existem verdades, juízos puramente ‘teóricos’ e ‘científicos’ na esfera não-teórica. No material não-teórico fundamenta-se todo o conhecimento empírico e natural. Ao conhecimento dos valores, porém, também é preciso acrescentar a existência e a subjetividade do decidir do decidir.” Esta asserção parece estar ligada à posição de Schmoller, citada às pp. XI ss.

Precisamente, Kelsen, para explicar a cerca do tema valor e realidade, assemelha-os às figuras do ovo e da galinha, assim como da gema e da clara. Por esta razão, juridicamente, é imprescindível não falar destes elementos, quando os mesmos são decorrência do sistema. O mesmo diz que sobre a origem do ovo é vital discorrer sobre a galinha (sua parte estrutural). Na mesma toada faz-se necessário explicitar com relação à clara e a gema (são a finalidade) sendo estas os possíveis usos. (Kelsen, 2003, p. XXI).

Ainda nesse diapasão, Norberto Bobbio em uma reflexão a despeito da teoria Kelseniana apresenta o problema da seguinte forma: “o chamado formalismo da teoria Kelseniana é efeito da formalidade do direito tal como é considerado pela teoria geral do direito. Mas nesse sentido, toda teoria geral e não só a de Kelsen, é formalista, ou melhor, formal e, se não é formal, para nada serve⁴⁰”.

Primeiramente, oportuno expor que a teoria geral do direito é formal como disciplina, ou seja, em decorrência de uma escolha puramente individual feita por mero capricho de Kelsen, pois se busca destacar o aspecto formal. Não se trata de formalidade ordinária ou até mesmo originária do direito, mas pelo contrário, é opção de estudo de Kelsen sob essa vertente.

Postumamente questiona-se a escolha por esse formalismo, cuja conclusão é duas, a teoria geral do direito ou é formal ou para nada serve (Kelsen, 2003,p. XXIV).

Resta, portanto, um questionamento a ser suscitado o qual é de que “se uma teoria geral não formal do direito não serve para nada, para que serve então a teoria pura do direito? Curiosa é a existência de resposta para referido questionamento o qual “serve para indicar as condições formais para que uma norma jurídica possa ser considerada válida⁴¹”.

40 NORBERTO BOBBIO, Studi sulla teoria generale del diritto, Giappichelli, Turim, 1955, p. 98. O ensaio citado foi publicado originalmente com o título “La dottrina pura Dell diritto e i suoi critici”, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, VIII, 1954, pp. 356-77.

41 Como uma norma não pode ser verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida, um conflito de normas não é uma contradição lógica em sentido estrito. Cf. Teoria Pura do Direito, vol. I, p. 50. Quando falamos de normas “contraditórias” entre si queremos significar

Mesmo com uma resposta absolutamente objetiva – lembrando que o direito é uma ciência deontológica – ao valor da norma não é compreensível para todos. Menciona-se que “a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana⁴²”. Não há senso de justiça absoluta.

Busca-se com isso a interpretação que uma norma pode originar, mas sem adentrar no plano do subjetivismo. Nesse compasso, chegar-se-á ao juízo de valores.

Infelizmente, inúmeros juristas, assim como Kelsen não conseguiram aplicar a teoria, visto que dos vários pareceres de Kelsen ponderou as opções e optou por uma solução. Contudo, nenhum jurista jamais procedeu assim na interpretação de uma norma, nem mesmo o próprio Kelsen, que redigiu poucos, mas importantes pareceres jurídicos. Quando o governo de Voralberg lhe pediu que resolvesse os problemas de distribuição de competências entre *Bund* e *Länder*; quando, em 1924, ele teve de resolver o problema da cidadania efetiva do príncipe de Thurn und Taxis; quando, em 1927, redigiu o documento sobre a origem do estado tchecoslovaco e sobre seu direito de cidadania; quando, em 1929, o Liechtensteinische Volkspartei lhe pediu que elucidasse alguns problemas constitucionais; quando, em 1933, fixou as competências constitucionais do Congresso Nacional do Brasil; quando, em 1944, como conselheiro do governo americano, elucidou a posição da Áustria sob o domínio nazista, abrindo o caminho para a restauração de sua independência; quando, em 1950, determinou os direitos do Estado do Texas perante o governo federal sobre minerais contidos na zona costeira; quando, em 1950, fixou as exigências do proprietário do navio italiano Fausto com respeito ao governo uruguaio; quando, em 1954, enfim, apoiou o governo japonês na disputa contra o governo australiano sobre o “legal status of the continental shelf”,

196

normas que entram em conflito umas com as outras, de forma que uma prescreva que devemos nos conduzir de certa maneira e a outra descreve que não devemos nos conduzir dessa maneira. A validade de uma das normas é inconciliável com validade da outra. Por isso, não podem ser ambas válidas ao mesmo tempo. Também nesse sentido emprega Kant a palavra “contradizer”. Cf. *infra*.

42 HANS KELSEN, “Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Analyse von Emil Brunners Gerechtigkeit“, *Studia philosophica. Jahrbuch der Schweizerischen philosophischen Gesellschaft*, 1953, p. 171.

Kelsen não formulou listas abstratas de possíveis interpretações, mas indicou uma entre as possíveis soluções (*apud* LOSANO. 2003, p. XXVIII).

Portanto, na esfera da realidade a teoria em apreço falhou ou até mesmo é considerada uma utopia quanto à satisfação de uma interpretação, visto que talvez seu objetivo fosse a demonstração clarividente de aplicação coletiva, ou seja, independentemente do *modus operandi* (modo de operação) não possui o método adequado⁴³.

INDÚSTRIA PRINCIPIOLÓGICA E A PERDA DO EXERCÍCIO REFLEXIVO

Quando do folhear das primeiras páginas da Constituição da República, seja na parte referente ao índice remissivo ou mesmo na parte dispositiva, a expressão preâmbulo, é a primeira com a qual – ou pelo menos deveria ser – o leitor depara-se.

Isto por razões óbvias, não é proveniente do mero acaso, mas sim uma forma tautológica de dizer o quão protecionista é a carta maior de 1988.

A palavra preâmbulo, originária do latim, tem o significado de introdução, prefácio, exposição inicial, discurso preliminar, parte preliminar de uma lei ou decreto, relatório preliminar, sem demora (BUENO, 1996, p. 521).

Neste périplo, o significado da expressão preâmbulo como já exposto exprime um conjunto de palavras que nos faz cogitar o seguinte raciocínio, será que o legislador, ao denominar essa parte como preâmbulo, somente tinha em mente a busca por uma palavra para realçar esse conteúdo jurídico ou, talvez,

43 O argumento de Perelman, (op. Cit., pp. 58 s.), que afirma que o preceito do amor ao próximo se opõe diretamente ao princípio da justiça (“La charité est la vertu la plus directement opposée à la justice”), que a justiça é uma regra ao passo que o amor ao próximo não é determinado através de regras, não procede em nenhum dos casos. O preceito do amor ao próximo é a regra, quer dizer, a norma geral segundo a qual, quando alguém sofre, devemos prestar-lhe auxílio. O próprio Perelman caracteriza o amor ao próximo dizendo: “Des hommes souffrent, il faut les aider.” Segundo Leibnitz, a justiça é o amor ao próximo dos prudentes. Diz ele: “Um homem bom que ama todos os homens na medida em que a razão o permite. Por conseguinte, nós definiremos a justiça, que é a virtude diretriz deste impulso e que em grego se chama amor dos homens, como amor dos prudentes (sábios)...” Gottfried Wilhelm Leibnitz, Gott Geist Güte. Eine Auswahl aus seinen Werken, Gütersloh, 1947, p. 214.

tivesse lido em um excelente dicionário que exprimisse todos os possíveis significados?

Certamente esta é uma pergunta para a qual não há, no momento, resposta nos livros e demais manuais. No entanto, peço vênias, é de se pautar que há um lastro de coincidência alarmante, visto que, aquelas palavras são nada menos que o dia-a-dia do cenário jurídico. Isso não significa que o cotidiano forense se resuma a um simples jogo de expressões. Em outras palavras, e singelas por sinal, os princípios são vertentes usadas diariamente na solução e embasamento de lides.

Afinal, o que o preâmbulo tem a ver com os princípios? A teoria explicativa daqueles é a da irrelevância jurídica. Logo, sendo irrelevantes como normas no cenário jurídico, princípios dali jamais poderiam ser extraídos. Certo?

Não é bem assim que a banda toca, pois como anteriormente dito, os princípios são extraídos – palavra um tanto forte – da norma, e o corpo do preâmbulo elenca direitos para os quais princípios podem ser aplicados.

Intrigante que o substantivo masculino princípio – momento em alguma coisa tem origem, começo, teoria, conceito, estréia primícias (BUENO, 1996, p. 528) – não está presente no corpo da parte do preâmbulo, mas que talvez, implicitamente, seu uso naquele momento esteja de acordo, quando da leitura “com a solução pacífica das controvérsias”. É uma possível extração, ou melhor, raciocínio hermenêutico.

Imagine o seguinte raciocínio, um tanto prematuro, mas aceitável, de que, de um lado existe um princípio muito debatido no direito – talvez o mais famoso – o da celeridade, e na outra ponta a expressão “sem demora” retirada de um dos possíveis significados para preâmbulo. Agora fantasie que ambas são como peças de quebra-cabeças e, por conseguinte, compatíveis. Pronto. Se aceitar que princípios e *hard cases* (casos difíceis) no campo jurídico são como as peças daquele jogo e que a rotina do judiciário, quando na dúvida de como solucionar o litígio, dever-se-á manejar desse jeito, o objetivo da utilização dos vetores ter-se-á desvanecido.

Aliás, quando do estudo sobre o tema princípios, há uma alcateia – não no sentido técnico da palavra – de instrumentos. É humanamente impossível a elencação de todos os princípios que norteiam a seara jurídica, mas possível a listagem de alguns, tais como; princípio da dignidade da pessoa humana (por muitos classificado como o princípio dos princípios), princípio da isonomia ou tratamento igualitário, princípio do duplo grau de jurisdição (implícito), princípio do juiz/promotor natural, princípio do livre convencimento motivado, princípio da oficialidade, princípio do impulso oficial, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da oralidade, princípio da proteção e seus derradeiros desmembramentos, *in casu*, *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade das garantias trabalhistas, princípio da irredutibilidade salarial, princípio da responsabilidade solidária do empregador, princípio da nulidade de alteração contratual prejudicial ao empregado, princípio do conglobamento, princípio da razoabilidade/proporcionalidade (ainda não alcançado consenso sobre o que vem a ser razoável), princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade, princípio da eficiência, princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da presunção de legitimidade, princípio da finalidade, princípio da auto tutela, princípio da continuidade do serviço público, entre outros.

Quando o tema são os princípios, as mentes aguçam e a criatividade surge, brota com erva daninha no campo, dando margem à produção principiológica em escala.

Raros são aqueles que decidem após madura reflexão; os outros andam ao sabor das ondas e longe de se conduzirem deixam-se levar pelos primeiros (SÊNECA⁴⁴, 49 a.C., 01).

44 Foi um importante filósofo, escritor, mestre da arte da retórica, membro do senado, questor, advogado, durante o império romano. Sêneca nasceu em Córdoba, Espanha, em 04 a.C., durante o império romano. Filho do orador Annaeus Seneca (o velho), passou grande parte de sua vida em Roma, onde estudou retórica e filosofia. No ano de 41, Sêneca envolveu-se em um processo por suas relações com Julia Livilla, sobrinha do imperador Cláudio e acusado de

Com fulcro nesse raciocínio inaugural, pode-se afirmar que o estudo diário e intenso, ainda que em seu âmago, é tarefa extremamente reflexiva.

Há, ainda que no plano empírico, comparação, ou melhor, certo equilíbrio entre a aplicação de princípio e regras. Mesmo quando diante de uma situação de cunho moral – um lisonjo desejar de bom dia – estar-se-á perante um princípio rotulado como educação, ou dos bons modos, e tal como aquela deve ser respeitado. No entanto, aquele acalanto é um princípio ou regra? Existe diferença entre princípios e regras? E se tal diferença é plausível, como explicá-la? Questões pertinentes. E para estas é imperioso, para satisfação intelectual, evidenciação da teoria de Robert Alexy.

DIALÉTICA COMPREENSIVA, INTERPRETATIVA E APLICATIVA.

Início com a seguinte reflexão proposta por Habermas, cuja citação foi realizada e traduzida por Sieneichler:

A dualidade entre fatos e decisões leva à validação do conhecimento fundado nas ciências da natureza e desta forma elimina-se a práxis vital do âmbito destas ciências. A divisão positivista entre valores e fatos, longe de indicar uma solução, define um problema (HABERMAS *apud* SIENEICHLER, 2003, 145).

200

adulterio, foi exilado em Córsega, onde viveu até 49. Nesse período escreveu suas famosas “Consolações”, textos dirigidos a um interlocutor com o intuito de confortar. Sêneca escreveu nove tragédias sobre temas mitológicos e uma sátira sobre o endeuamento do Imperador Cláudio. Deixou diversos escritos em prosa, entre eles, 124 cartas, um tratado científico com o título de “Problemas naturais” e uma série de ensaios filosóficos. É o principal representante romano do estoicismo, doutrina filosófica caracterizada pela consideração do problema moral. Entre os anos de 54 e 65, Sêneca foi tutor de Nero, e com a ascensão do jovem imperador, alcançou poder político. No ano de 62, redigiu dois de seus tratados sobre “A Brevidade da vida” e sobre “O ócio”. Afastado da vida pública, sofreu perseguições, acusado de participar da conspiração de Piro, que teria planejado o assassinato do imperador. Foi condenado ao suicídio. No ano de 65, Sêneca cortou os pulsos na presença de amigos, sendo seguido por sua esposa, Pompéia Lulinas, que também se suicida. Seu corpo foi incinerado sem qualquer pampa (SÊNECA, L. A. *Sobre a brevidade da vida*. Tradução de Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas e Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre:RS. L&PM. 2012. p. 7-8).

Mas afinal, o que são princípios? E o que são regras? Para Alexy, insatisfeito com as teses tradicionais de que princípios, assim como as regras, são inferiores às normas, de que aquelas estão em segundo plano, propõe, em sua obra sobre Teoria dos Direitos Fundamentais, um tratamento isonômico, segundo o qual princípios e regras encontram-se no mesmo nível (princípio da horizontalidade).

A superação com a escola clássica dá-se com o objetivo de que os princípios são capazes de condicionar aos casos mais complexos ou difíceis (hard cases) soluções racionais, deixando para trás as “velhas” decisões pautadas na pura discricionariedade do julgador, sem deixar de mencionar os reflexos oriundos dessa tese à cerca da aproximação entre direito e moral, além da positivação dos direitos fundamentais (Alexy, 1997, p. 15 e 25).

Nas lições de Alexy, tanto regras como os princípios são derivações das normas. Subespécies. Mesmo sendo derivações são equivalentes as normas e, portanto, o diferencial é qual tipo de norma efetivamente são.

O autor reforça a passagem de que a diferenciação entre regras e princípios é vital, razão pela qual a solução para a dogmática quanto aos seus problemas atinentes aos direitos fundamentais e a base da fundamentação no plano jus fundamental aqui residem, ou seja, o caminho a ser trilhado com o intuito de superação é o estudo pormenorizado da diferenciação entre regras e princípios.

Nesse diapasão, são elaboradas por Alexy três teses sobre a temática, sendo elas; I – Tese de que essa distinção se faz em vão, ou seja, de acordo com as possíveis conclusões provenientes desta tese é fundada na inutilidade por possuir uma vasta quantidade de semelhanças e diferenças, analogias e estar calcada num ceticismo. II – Tese da distinção somente em grau que é apoiada por alguns juristas, o seu critério diferenciador é a generalidade – por exemplo, ter-se-á como princípio a liberdade religiosa e como regra a faculdade de que todo preso tem direito a converter outros presos - mas que para Alexy seria esta teoria demasiadamente frágil e III – Tese da distinção não é só de grau, mas também qualitativa. Esta, para Alexy, demonstra que princípios são normas que ordenam

algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida deriva de seu cumprimento, não só dependendo das possibilidades reais como também jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por essa distinção, alguns autores chegam à conclusão que, enquanto é possível utilizar o método subsuntivo para a aplicação de uma regra, esse método seria inadequado para a aplicação de um princípio, daí a necessidade de outros métodos hermenêuticos para aplicação dos princípios.

Nota-se, pois, que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das posições de dever-ser (BUSTAMANTE, 2002, p.3).

202

Resta que a diferenciação entre regras e princípios está na qualidade e não, como alguns se arriscam a dizer, no grau, ou seja, toda norma ou é bem uma regra ou é bem um princípio.

Günter faz parte de uma corrente doutrinária que acredita não existirem princípios, mas apenas normas que são usadas de diferentes maneiras. De acordo com esse autor, o ponto diferencial entre regras e princípios não é estrutural, pelo contrário, está nos tipos de uso (Apud Alexy, 2000, p. 299).

Sutil é a visão de Pietro Sanchis à cerca do tema trabalhado de que o grande diferencial é exteriorizado objetivamente no instante da interpretação e, conseqüente, aplicação. Logo, o escopo entre regras e princípios consiste na aplicação hermenêutica diante do caso concreto.

Contudo, todo esse teatro orquestrado acima não condiz com a realidade que o judiciário brasileiro está acostumado a vivenciar diariamente, muito menos

com o juiz saneador de processos – figura mitológica processualista – que, em busca do dizer o direito aos casos concretos e, em seu consequente estado de plenitude, faz.

O processo, como obediência a uma marcha gradual do mesmo, possui sucumbências que são supridas – ou pelo menos tentam ser – com a essência da civil Law. Por exemplo, se do surgimento de algum tema que reflita, em território nacional, nas esferas, econômica, política, social ou jurídica, a Corte Suprema, Guardiã da Constituição, o STF impede que demandas meramente protelatórias sejam levadas até ele. Repercussão Geral⁴⁵. Assim, quando do reconhecimento da repercussão geral sobre determinado assunto, estará o Supremo a decidir de modo a vincular as demais ações que sejam semelhantes.

De modo geral, a montanha de processos que tornam morosa a vida útil do judiciário, está com seus dias contados, haja vista, as mais variadas formas de quebrar essa supressão como são a repercussão geral, as súmulas, inclusive as vinculantes, os enunciados normativos elencados por temas e a figura dos precedentes. Assim sendo, pode-se afirmar, sem margem para dúvidas, de que a solução para essa multiplicação de ações é o presságio jurisdicional?

Antes de responder esta pergunta, faço um importante esclarecimento sobre a figura dos precedentes no direito brasileiro e para isso valho-me das palavras do professor José Rodrigo Rodriguez.

ConJur — Outro problema apontado por Rodriguez diz respeito ao sistema de precedentes brasileiros. Segundo ele, as cortes não emitem uma decisão conjunta e sistemática, refletindo todos os votos de seus magistrados, mas publicam apenas o voto do relator. Isso não contribui para a falta de fundamentação no Brasil e para essa ideia de que vale a pena entrar no Judiciário porque pode ser que o processo caia com outro magistrado e eu obtenha uma decisão favorável, mesmo contrária à jurisprudência?

45 Art. 102[...] §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. §3º acrescentado pela emenda constitucional n. 45, de 8-12-2004. §3º regulamentado pela Lei n. 11.418, de 19-12-2006.

Lenio Streck — Perfeito. Nesse ponto o José Rodrigo Rodriguez tem razão, porque se é uma decisão do colegiado, ela tinha que ser publicada como decisão do tribunal, não como um conjunto de votos fragmentados. Concordamos totalmente nesse sentido. Vai ser muito difícil fazermos agora o cumprimento do sistema que o novo CPC estabelece, como seguir precedentes. Claro que não são os precedentes da *Common Law*, porque lá os precedentes são feitos para resolver casos do passado, e, no Brasil, a gente faz um precedente para resolver problemas do futuro. Nós queremos sempre criar mecanismos para responder todas as questões do futuro antes que elas aconteçam (*apud* STRECK, 2012, p. 01).

De nada satisfaz a falsa impressão de que para ter-se cada vez mais decisões fundamentadas por completo e não mais aquela ultrapassa sentença “denego seguimento”, deve-se aquelas ao fato de que a qualidade do conteúdo decisório esteja ligada ao extenso e interminável número de “suportes decisórios”. Então a função do julgador é fundamentar? Seria esta a primordial função?

Aproveitando o compasso, importantes são as premissas de Uadi Lammego Bulos que:

[...] dar as razões, de fato e de direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido. O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de explicar o porquê do seu posicionamento. Não basta que a autoridade jurisdicional escreva: ‘denego a liminar’ ou ‘ausentes os pressupostos legais, revogo a liminar’ (BULOS, 2001, p. 834).

Assim sendo, deve-se atentar à releitura do dispositivo constitucional a despeito da fundamentação das decisões, sob pena de nulidade, acordo com o artigo 93, inciso IX da C.R:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Por iguais razões, a concentração⁴⁶ do magistrado está naquilo que lhe fora apresentado e, por conseguinte, uma síntese e a resposta é o que esperam as partes. Mas não uma resposta incompleta, independentemente de ser ela extra, ultra ou até mesmo citra, até por que é direito das partes e dever da autoridade judicial dar-lhe uma resposta, ou seja, motivá-la.

A despeito da necessária fundamentação das sentenças, expõe José Frederico Marques que:

A motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste (MARQUES, 1997, p. 49).

205

Destarte, a atividade de fundamentar concentra-se em um espírito da dialética socrática. A tese – apresentada pela parte que propôs a ação – posteriormente por uma antítese – seria a defesa da parte adversa – e, por fim, a síntese – neste momento estar-se-á no instante crucial – que é o *Zeit* (momento) segundo o qual há compreensão, interpretação e aplicação do direito. Nesta toada, Portanova desenvolve o seguinte raciocínio:

São muitas as motivações sentenciais. É verdadeiramente impossível ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe

46 Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houve tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos (BOBBIO, 1994, p. 137).

formaram o convencimento. São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente a explicação de como se convenceu, será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis. Podem-se distinguir três planos de motivações: probatórias, pessoais e ideológicas. São motivações que se ligam entre si e se influenciam dialeticamente. A motivação probatória diz respeito à maneira como o juiz interpreta fatos e provas no processo. É o resultado da experiência probatória que responde à questão de que se o fato está provado ou não e quais os motivos que levaram o julgador a tal solução. Em suma, é a relação do juiz com os meios de prova vindos aos autos. Esta temática tem seu ponto alto de indagação quando da avaliação da prova testemunhal. O problema começa com o depoimento. Como se sabe, não é correto o magistrado consignar em ata sua impressão pessoal valorativa sobre o relato testemunhal. Assim, temendo pela credibilidade do relato, a desconfiança do juiz deve tornar-se objetivada nos autos sob a forma de contradições, exageros ou omissões que denotam a falta de isenção da testemunha. Veja-se: apesar de já estar convencido o juiz ainda não está sentenciando, por isso precisa agir com arte para caracterizar seu convencimento no termo de audiência (mas repetamos, sem consignar impressão pessoal), pois ao sentenciar ele precisará de elementos concretos que embasem e comprovem sua impressão de descrédito no relato (PORTANOVA, 1994, p.15).

Em suma, não há como o magistrado se pautar diante de fatos imperiosos que lhe tocam de alguma forma e exigir do mesmo que tipifique-se como uma figura robótica – o verdadeiro autômato – cuja ações são uma reprodução sistematizada e pré ordenada do ordenamento jurídico, visto que a figura que orchestra esse sistema são aqueles que criam as leis. Porém, o quanto mais puder estar equidistante das partes de modo a garantir o pleno gozo de suas benesses, maior chance terá de atingir o estado de eudaimonia.

SUPERAÇÃO DA TRIANGULARIZAÇÃO JURÍDICA

Toda essa persecução jurídica cotidiana presente nos milhares de estabelecimentos jurisdicionais e que, constantemente, é alvo de severas críticas, seja pelo estouro de matérias impopulares ou por qualquer que seja a razão, mas

que de algum modo o congestionem e acabe por martirizá-lo ainda mais, tem esgotado a paciência daqueles que figuram a lide e influenciado no gosto que o poder judiciário hoje degusta, qual seja, a insatisfação.

Não adianta tentar encontrar o “culpado” para essa falácia que, aparentemente, se vê. Não adianta solucionar o problema de uma lei mal criada com a substituição por outra, na expectativa de que o novo será melhor que o antigo. Não adianta crer na falsa ilusão de que todos agirão em conformidade com o ordenamento jurídico, mesmo que para isto medidas extremas sejam tomadas. Assim como não adianta criticar e não fazer nada.

Fato é que tudo que se constrói deve-se manter. Afinal, são tantas as mudanças enfrentadas hodiernamente, atualizações intermináveis e tudo isto em um curto – e quase que inexistente – lapso temporal para aclimar com os “novos meios” de se enxergar o direito.

Mas como e quando o direito deixou de ser o meio de solução dos conflitos e passou a ser o algoz das conquistas existenciais? Do mesmo modo como foi afirmado nas premissas deste trabalho, trata-se essa ciência de um profundo raciocínio compreensivo, interpretativo e aplicativo, na qual as partes figurantes no processo devem-se buscar a plenitude daquilo que está em jogo.

Em pleno século XXI perpassa-se por uma era em que os “modelos decisórios” estão no final de cada código, ou seja, para cada questionamento a solução estará em enunciados normativos, súmulas ou OJ’s. Isto não é falácia, pelo contrário, foi a solução – talvez um tanto ilusória – pela busca da resposta rápida ao *hard case*. Falsa é a impressão que de que as pessoas devem acompanhar as mudanças proporcionadas pelo direito, pois este fenômeno é o inverso. Na verdade, a mudança constante do direito dá-se ao avanço e, em alguns casos até mesmo progresso, do modo de agir da sociedade, visto que o senso crítico é voltado para aquele.

Não há como deixar de fazer a seguinte perquirição. Enfim, o que é pior? A quantidade exorbitante de regulamentações puramente técnicas para cada tipo de caso ou a margem que se dá aos julgadores? Em outras palavras, o que causa

mais inconformismo, a criação constante de súmulas e aplicação errônea de princípios ou o modo como os julgadores se pautam diante dos fatos?

Fazendo um necessário paralelo a este debate, certa vez um representante de uma nação emanou a seguinte frase que, de certo modo, aplica-se ao objetivo deste texto. O indivíduo, in casu, John Fitzgerald Kennedy, ex-presidente dos EUA proclamou a seguinte frase: “Não conheço nenhuma fórmula infalível para obter o sucesso, mas conheço uma forma infalível de fracassar: tentar agradar a todos”. Utilizando desta reflexão como meio de resposta àquele questionamento anteriormente feito, por óbvio não há resposta que agrade a ambos os lados, ou seja, juízes e partes. Ambos terão contra argumentos infinitos sob qual o método mais pertinente a ser utilizado, mas o consenso será difícil de atingir.

Recentemente, notícia positiva pairou sobre o cenário jurídico nacional. A promulgação do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.015 de 16 de março de 2015 – consagrou no bojo de seu artigo 489, profundas e significativas mudanças à cerca da necessária fundamentação de decisões, além de temas como ponderação de normas e regras de interpretação de conteúdo decisório. Indispensável mencionar o teor do artigo supracitado:

Art. 489. São elementos da sentença: [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acordão, que: [...] VI- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais de ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

A despeito deste novo enunciado, algumas considerações hão de serem feitas. Pela sua síntese, percebe-se que a intenção do legislador foi abarcar um

espírito constitucional⁴⁷, de modo a oferecer maior segurança jurídica ao dispositivo e uma forma de combate as decisões em não conformidade com o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Abrange princípios e sua ponderação, mesmo que comportem hierarquia⁴⁸ semelhante.

Neste mesmo sentido, congruente são as lições de Eduardo Cambi:

Por isto, o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente, (sem embargo disto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias. A teoria e a prática se complementam e encontram, na solução do caso concreto, seu ponto culminante, quando, efetivamente, as pessoas de carne e osso sentem que o direito existe para protegê-lo, não para amesquinhar a sua condição humana. Neste sentido, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional.

209

47 Luis Roberto Barroso, ao buscar sentido para os prefixos “neo” e “pós”, bem sintetiza o tempo presente: “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”. Conclui, pois, o constitucionalista carioca: “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”.

48 Podemos citar como exemplos, a garantia de igualdade de direitos para as uniões homoafetivas (STF, ADPF 132/RJ, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, v.u., Min. Ayres Britto, Dje 14.10.2011 e ADI 4.277/DF, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, v.u., rel. Min. Ayres Britto, Dje 14.10.2011); igualmente, das pesquisas com células tronco – Lei de Biossegurança (STF, ADIn 3510, Tribunal Pleno, m.v., j. 29.05.2008); e, recentemente, a questão da descriminalização da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico (STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, j. 12.04.2012, m.v., rel. Min. Marco Aurélio, Dje 30.04.2013)

Não obstante, ainda está fresca a tinta que preenche o referido dispositivo, mas de certo modo seu teor axiológico é de grande valia e busca inspiração em fontes até então desmerecidas por parte do ordenamento em vias de século XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez a melhor definição fática para a posição que o magistrado ocupa seria a seguinte. A de que aquele assemelha-se a um equilibrista circense – e de modo algum desmerecendo, e até mesmo, rebaixando-o – que encontra-se sob uma linha tênue, na qual esta o liga de uma extremidade a outra, e justamente esta longa distância equivaleria ao percurso de um processo. Pois bem, de um lado da linha está a arbitrariedade e do outro a discricionariedade, ambas as situações em que o repúdio é constante pelas partes. E estas caminham lado a lado com o douto julgador, porém em terra firme, ou seja, lá em baixo. Durante todo esse caminho, desconfortos e dúvidas eclodem, mas o gestor processual deve manter-se equidistante de tudo que lhe faça sair daquela linha até que o caminho seja percorrido.

Esta seria a mais fácil maneira de exemplificar a delicadeza que um processo contém e, justamente, o que ele é. Não adianta optar por uma afirmação sem, contudo, antes analisar alternativas, por mais que o resultado seja óbvio. A isto dá-se o nome de devido processo legal e novamente percebe-se que a fonte de um processo são seus princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; FERRES DA SILVA RIBEIRO, Leonardo; LICASTRO TORRES DE MELO, Rogério. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil: artigo por**

artigo/ coordenação; Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. Teoria das formas de governo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa.** Ed. rev. E atual. por. Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica. Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

211

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046 >

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 132/RJ,** Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, v.u., Min. Ayres Britto, Dje 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, v.u., rel. Min. Ayres Britto, Dje 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**, Tribunal Pleno, m.v., j. 29.05.2008. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**, Tribunal Pleno, j. 12.04.2012, m.v., rel. Min. Marco Aurélio, Dje 30.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>

DWORKIN, Ronald. ***O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana***. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRAGMENTOS DE CULTURA, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 195-206, abr./jun. 2013. 199
<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 2. ed. Revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bueno Sieneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Justice et Droit naturel. Tradução de Etienne Mazingue. Institut international de philosophie politique. “Annales de Philosophie politique”, III: Le droit naturel. Presses Universitaires de France, Paris 1959, pp. 1-123.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LOSANO, Mario G. Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales. Trad. de Jorge Guerrero R. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis, 1992. p. 267.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2005.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. V. III, 1. ed. São Paulo: Ed. Bookseller, 1997.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação – A Nova Retórica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO

Andrea Antico SOARES⁴⁹

Vivianne RIGOLDI⁵⁰

RESUMO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aclamou um movimento histórico e interminável de construção e positivação dos direitos humanos, de forma indivisível e universal. Há uma conexão íntima, enredada e interdependente entre promoção da dignidade da pessoa humana e a concretização dos direitos humanos e fundamentais. No mundo do trabalho contemporâneo tem se verificado a necessidade de se obter maior efetividade na tutela e proteção dos direitos fundamentais a ele inerentes. Isso porque, as mudanças na economia e na política mundiais afetam as relações de trabalho. Neste contexto, a vulnerabilidade dos direitos fundamentais relativos ao trabalho é cada vez mais intensa e marcada por desigualdades e discriminações e pela inexistência de condições dignas de trabalho. Fundada em indicações bibliográficas, doutrinárias e legais, e aplicada a metodologia dedutiva, a pesquisa tem por temática central promover reflexões em torno dos humanos e fundamentais com especial enfoque no direito fundamental à igualdade na perspectiva do direito ao trabalho digno, de modo a evidenciar o necessário diálogo de tais fontes principiológicas.

214

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Direitos fundamentais; Dignidade humana; Igualdade; Trabalho digno.

ABSTRACT

The Universal Declaration of Human Rights hailed a historic, never-ending movement of construction and positivization of human rights, indivisible and universal. There is an intimate, entangled and interdependent connection between the promotion of human dignity and the realization of human and fundamental rights. In the contemporary workplace has been shown the need to achieve greater effectiveness in protecting of fundamental rights inherent to it. This is because changes in the economy and world politics affect labor relations. In this context, the vulnerability of the fundamental rights relating to work is increasingly intense and marked by inequalities and discrimination and the lack of decent working conditions. Founded in literature, doctrinal and legal

49

Docente em Univem - Centro Eurípides de Marília.

50

Docente em Univem - Centro Eurípides de Marília.

information, and applied deductive methodology, research is central theme to promote reflections on human rights and fundamental with special focus on the fundamental right to equality in the context of the right to decent work, in order to highlight the need of such sources dialogue.

KEYWORDS: Human rights; Fundamental Rights; Human dignity; Equality; Decent Work.

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos; são todas dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Nela, é possível verificar a universalidade e a indivisibilidade dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade e o respeito à dignidade do ser humano. Nesse sentido, quando se fala em universalidade e indivisibilidade significa que não há concretização da liberdade, igualdade e dignidade de forma isolada.

A noção de dignidade humana reúne, portanto, o direito à igualdade entre todos os homens, bem como o direito à liberdade que o indivíduo tem de se orientar de acordo com seus próprios ideais, não se esquecendo, entretanto, que o exercício dessa liberdade deve ocorrer nos limites do bem-estar fraterno e, portanto, comunitário.

De forma engenhosa, existe, portanto, uma conexão íntima, enredada e interdependente entre promoção da dignidade humana e a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Na construção dos direitos humanos e fundamentais, os direitos de igualdade receberam o status de direitos de segunda dimensão. Nesse contexto, a igualdade funciona como mandato de não discriminação e tem como objetivo colocar os indivíduos de uma mesma sociedade em situação de isonomia não só perante a lei senão também para obter condições equilibradas e equitativas de oportunidades.

Com relação ao trabalho, a declaração universal dispõe que todo ser

humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

No mundo do trabalho contemporâneo tem se verificado a necessidade de se obter maior efetividade na tutela e proteção dos direitos fundamentais a ele inerentes. Isso porque, as mudanças na economia e na política mundiais afetam as relações de trabalho. No processo de adequação mercadológica, o setor empresarial adota medidas que objetivam, primordialmente, maximizar resultados produtivos. Neste contexto, a vulnerabilidade dos direitos fundamentais relativos ao trabalho é cada vez mais intensa.

O cenário laboral é marcado por desigualdades e discriminações e pela inexistência de condições dignas de trabalho. O aviltamento do valor social do trabalho é patente, e por consequência, o da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa tem por temática central promover reflexões em torno dos humanos e fundamentais com especial enfoque no direito fundamental à igualdade na perspectiva do direito ao trabalho digno, de modo a evidenciar o necessário diálogo de tais fontes principiológicas.

Para tanto, o estudo foi orientado por um plano de pesquisa, fundado em indicações bibliográficas, doutrinárias e legais. Aplicando uma metodologia dedutiva, a pesquisa parte da avaliação em âmbito geral do tema até alcançar a clareza e a determinação que possibilitem a conclusão no âmbito pretendido.

CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A concepção contemporânea dos direitos humanos introduzida pela Declaração Universal de 1948 é marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Piovesan (2010, p. 4-11) ensina que a universalidade dos direitos humanos é marcada pela ideia de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Complementa ensinando que a indivisibilidade ampara a ideia de uma visão integral de direitos, de forma que os direitos humanos compõem uma unidade

indivisível, interdependente e inter-relacionada, não havendo, portanto, classes de direitos.

Os direitos humanos são inerentes à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Quando reconhecidos pelas autoridades legislativas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional, ou seja, quando são positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais, passam a ser chamados de direitos fundamentais (COMPARATO, 2008, p. 58-59).

No mesmo sentido, ensina Segundo Filomeno (2009, p. 237), que a temática dos direitos humanos revela-se uma ampliação dos próprios direitos e das garantias individuais. O autor sustenta que é uma ampliação, porquanto não deixam de ser os mencionados direitos e as garantias individuais, sendo, no entanto, encarados fora do contexto de determinado Estado que os reconheça ou tenha como prioridade política sua preservação e respeito. Aduz, ainda, que os referidos direitos existem ainda que os Estados não os legitimem, uma vez que são derivados na natureza do homem, independentemente de sua universalização, constatáveis pela simples existência de pessoas em face de eventuais transgressões à sua essência.

Os direitos humanos são direitos inerentes ao ser humano; já os direitos fundamentais são concebidos como os direitos característicos de cada época representados por valores construídos pela sociedade. De todo modo, tais direitos foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcassem o âmbito cultural, econômico, político e social, tanto em nível individual como coletivo e aplicável a todos, sem qualquer discriminação. Expressam um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à medida que cresce a ameaça. Não se contentam em proclamar a sede da vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência (POZZOLI; ANTICO, 2011, p. 7).

São direitos fundamentais que decorrem do contexto histórico da sociedade. Sua evolução se encontra doutrinariamente dividida em dimensões de direitos fundamentais, mais precisamente de primeira, segunda, terceira, podendo-se dizer, ainda, que a doutrina já vem construindo a quarta e quinta

dimensões. São direitos que possuem eficácia vertical e horizontal, pois sua vinculam a sua observância o Estado e os particulares.

O Brasil reconhece o valor dos Direitos Humanos e, com o intuito de dar eficácia plena a essas normas, as incorporou gradativamente ao direito positivo, especialmente na Constituição de 1988, na qual consta um capítulo referente aos direitos e às garantias individuais.

CONEXÃO ENTRE DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kant procurou conceituar a dignidade como sendo qualidade intrínseca ao ser humano que não aceita a atribuição de preço. Reputou que a vida humana deve ser considerada como fim em si mesmo, e não como instrumento de submissão a outrem, sob pena de seus princípios morais não servirem como leis universais. Postulou a precedência do ser humano sobre as demais coisas do universo, considerando-o como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Segundo ele, “todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si” (KANT, 2004, p. 64).

Nesta linha de raciocínio, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito e fraternidade".

A noção de dignidade da pessoa humana reúne, portanto, o direito à igualdade entre todos os homens, bem como o direito à liberdade que o indivíduo tem de se orientar de acordo com seus próprios ideais, não se esquecendo, entretanto, que o exercício dessa liberdade deve ocorrer nos limites do bem-estar comunitário.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 67-68) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no imperativo categórico de Kant, refere-se, substantivamente, à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como

meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios; Kant contempla a dignidade humana como uma exigência de imparcialidade. Se todas as pessoas são um fim em si, todas devem ser respeitadas. E ser “fim em si” significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos.

Dignidade pode ser contemplada como uma qualidade intrínseca da pessoa humana que se relaciona com tudo que lhe diz respeito, tanto no âmbito individual como no âmbito da comunidade, local onde o ser humano constrói sua identidade e verdadeiramente se estrutura no âmbito das relações sociais que desenvolve.

Dessa forma, a dignidade da pessoa encontra-se ligada à condição humana de cada indivíduo, mas também a uma necessária dimensão comunitária desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos, tal como consta na Declaração Universal de 1948 (SARLET, 2010, p. 62).

O princípio da dignidade da pessoa humana guarda íntima conexão com os direitos fundamentais, à medida que se configura como uma espécie de matéria-prima que reúne os direitos fundamentais.

Na condição de valor e princípio normativo fundamental, ordena o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Nas palavras de Sarlet (2010, p. 96-97), os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63) explica que a expressão dignidade da pessoa humana consta do artigo 1º da Constituição Federal e não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido, de forma sábia, pelo nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade moral, liberdade, condições materiais, de bem-estar, etc.

Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à

realização dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição de 1988, com enfoque especial para os direitos fundamentais de igualdade e de trabalho digno.

DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

A edificação dos direitos de liberdade favoreceu a construção dos direitos de igualdade, a que foram atribuídos o status de direitos de segunda dimensão. São os direitos sociais, culturais e econômicos e decorrem, naturalmente, dos direitos de primeira dimensão. Reclamam uma conduta positiva do Estado no sentido de materializar os direitos alcançados de forma abstrata, mediante ações concretas, razão pela qual são denominados direitos de prestações positivas.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igual. (SILVA, 2011, p. 286)

220

Como já mencionado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou o entendimento no sentido de que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Constitui-se, portanto, pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da igualdade de todos os seres humanos.

Mauer (2009, p. 138) traça um interessante paralelo entre dignidade e igualdade, quando assevera que a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos; é porque cada homem é dotado da dignidade de pessoa que todos são iguais. Assim, negar a alguém a dignidade significa considerá-lo como inferior e, portanto, não mais como um ser humano.

A Constituição pátria estabelece em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei”. Entende-se que o princípio nivela os indivíduos diante da norma legal e determina que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia (MELLO, 2009, p.10).

A igualdade perante a lei tem matriz liberal e pode ser entendida também como ‘igualdade de direito’ ou ‘igualdade como imparcialidade’, não só compatível com a liberdade, mas a ela inerente. Tem, ainda, grande força como mandato de não discriminação, impedindo classificações e diferenciações destituídas de sentido.

Isto porque, como bem salienta Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 126):

É provável que a igualdade não seja encontrada espontaneamente na sociedade, a despeito da natureza comum (biológica e moral, física e espiritual) de todo ser humano. As pessoas são diferentes e a igualdade é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas, para o que o direito pode servir de valiosa ferramenta.

Sendo assim, o princípio da igualdade de tratamento jurídico (isonomia) deve basear-se em um dado lógico, mais genérico – caso exista diferenciação, o critério de distinção deve ter relação com o tratamento diferenciado – e num dado normativo mais específico – a discriminação deve encontrar respaldo na Constituição Federal.

O texto constitucional de 1988 reconhece ainda o direito à igualdade, de matriz mais social, por meio do qual o constituinte buscou impor a criação de condições materiais de igualdade entre os indivíduos (igualdade distributiva). A determinação da igualdade deve estar atrelada ao conteúdo informativo da igualdade entre quem e a igualdade em quê.

Com a finalidade de que a igualdade entre dois indivíduos seja considerada justa, são estabelecidos critérios de justiça em que se pretende estabelecer caso a caso em que duas pessoas devem ser iguais.

A Constituição brasileira incorporou critérios como mérito e universalização, mas é o critério constitucional da necessidade, de cunho marxista, que determina que seja dado a cada um em conformidade com sua necessidade. O princípio da diferença parte da análise da dificuldade em se criar igualdades de ordem econômica e social e da impossibilidade de superação das

desigualdades naturais, tendo como finalidade precípua minorar os efeitos das diferenças a que as pessoas estão submetidas. Neste sentido, os mais favorecidos produzem bens e conhecimentos que podem ser utilizados em favor dos menos favorecidos, ou seja, no princípio da diferença a desigualdade será admitida desde que beneficie os menos favorecidos. No que se refere à relação entre igualdade e o direito ao trabalho digno é importante ainda, frisar a distinção entre igualdade nos direitos e igualdade de direito.

A igualdade nos direitos significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Engloba, além do direito de igualdade perante a lei, todos os demais direitos fundamentais como direitos políticos, direitos civis, direitos sociais proclamados nas constituições. Já a igualdade de direito, ou igualdade jurídica é aquela que faz de todo indivíduo um sujeito de direito, um sujeito jurídico, mesmo os relativa ou absolutamente incapazes.

Considerado um dos pilares da democracia, o princípio da igualdade de oportunidades tem como objetivo colocar os indivíduos de uma mesma sociedade em situação de igualdade para participar das disputas sociais e busca dos anseios mais significativos da vida em condições equilibradas e equitativas.

No entanto, a igualdade de oportunidades aponta para as dificuldades oriundas das desigualdades sociais que somente são sanáveis, caso assegure-se ao menos favorecido certa vantagem em relação ao mais favorecido a fim de colocá-los em igual ponto de partida, promovendo neste caso, a igualdade de condições, de modo que uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade simplesmente por corrigir uma desigualdade anterior. Assim, a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades. (BOBBIO, 1997, p. 32).

A igualdade de fato, também conhecida como igualdade material ou substancial representa uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal e levanta questões de alta controvérsia a respeito das formas e dos modos específicos por meio dos quais se supõe que essa igualdade possa ser realizada. (ROTHENBURG, 2014, p. 132)

Portanto, “a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um

ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação desta ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização” (BOBBIO, 1997, p. 43).

Finalmente, como nunca antes na história da civilização, a discriminação de toda e qualquer natureza, especifique-se a de condição física ou intelectual, tem sido vista como uma infâmia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988 introduziu a igualdade como um princípio fundamental de nossa ordem jurídica, com o reconhecimento normativo do direito à igualdade, sendo que os critérios a serem utilizados em sua aplicação alcançam suma importância para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

O trabalho é elemento capaz de integrar e dignificar o ser humano em sociedade, pois estabelece modos de viver, hábitos, deveres e direitos. No exercício do trabalho, o ser humano pode encontrar sentido para a vida e para a realização de suas aspirações.

Nas lições de Gabriela Neves Delgado (2006, p. 26) “o trabalho, como elemento que concretiza a identidade social do homem, possibilitando-lhe autoconhecimento e plena socialização, é da essência humana”.

A concretização da identidade social do homem tem estreita correlação com o exercício de um trabalho digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil, pois, ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício. (DELGADO, 2006, p. 237)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu artigo 23 que “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

As normas internacionais do trabalho estabelecidas pela OIT, reconhecedoras da promoção dos direitos fundamentais do trabalho, guardam

pertinência com a Declaração dos Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 absorveu estes ideais humanísticos e considerou o trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV), um direito fundamental a prestações (art. 6º), um fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) e a base da ordem social (art. 193, *caput*).

O artigo 170 da Constituição Federal revela que a ordem social é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Em completude, o artigo 193 também retrata a relevância do trabalho, ressaltando que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo, o bem-estar e a justiça social.

Delgado (2006, p. 80) destaca que um dos fundamentos enunciados pela República Federativa do Brasil é o valor social do trabalho, considerado parâmetro relevante para a vida da comunidade brasileira para as políticas estatais destinadas aos seres humanos. Significa, portanto, que a carta magna fixa um conteúdo para o direito, para a sociedade e para o próprio estado em torno do valor do trabalho.

De tudo extrai-se o entendimento de que a Constituição Federal de 1988, a um só tempo, considerou a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem social, da ordem econômica e da República, além de elevá-lo à condição de direito fundamental.

Nos pilares constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana têm-se, implicitamente, o dever de promoção a um trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos, pois “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva”. (DELGADO, 2006, p. 23)

A Carta Magna deu força principiológica ao trabalho tornando-o vetor interpretativo da ordem econômica e social. Ao consagrá-lo como um direito fundamental, tornou o Estado responsável pela tarefa de promover medidas que concretizem seus ideais.

Mais que uma norma programática, essa norma deve ter caráter e força

vinculativa imediata para o Estado. Diante desta responsabilidade, pode ser reclamada do Estado a promoção desse direito fundamental.

Nesta linha raciocínio acerca da dignidade do trabalho, necessário se faz tratar do meio ambiente do trabalho, que nas palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 23) pode ser compreendido como local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Quanto à natureza jurídica do meio ambiente do trabalho, não se trata de uma garantia fundamental de interesse individual, mas de uma garantia fundamental de interesse coletivo, já que consta, expressamente, no art. 225 da CF, que o meio ambiente equilibrado é uma garantia de todos, devendo o Poder Público e a coletividade preservá-la; sendo dever de cada trabalhador, do empregador e do próprio Poder Público, a preservação do meio ambiente laboral para a sadia qualidade de vida. Na verdade, é possível afirmar que o meio ambiente do trabalho equilibrado transcende o interesse coletivo para atingir, até mesmo, o interesse público, pois diz respeito ao bem comum (ALKIMIN, 2010, p. 30).

Nessa linha de raciocínio, o meio ambiente do trabalho é de interesse metaindividual, protegido constitucionalmente. Convém lembrar que a Convenção 161 da OIT, ratificada pelo Brasil, tem como foco a proteção dos trabalhadores contra as enfermidades, sendo certo que pretende auxiliar os sujeitos envolvidos no cenário laboral acerca do respeito aos requisitos necessários para estabelecer e conservar um meio ambiente de trabalho seguro e sadio que favoreça uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho.

A saúde do trabalhador está inserida na preocupação que deve ter, especialmente, o Estado, com a preservação da saúde ambiental a que, hodiernamente, tornou-se bem jurídico de relevância alçada a proteção

constitucional.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Convenção 159, seguindo a mesma orientação, também não vinculou a saúde apenas ao elemento físico, dispondo em seu art.3º, alínea “e”, que “a saúde, em relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho” (ALKIMIN, 2010, p. 32).

Várias convenções internacionais tratam do assunto, destacando-se a Convenção n. 155 de 1981, na qual a OIT discute a necessidade de implementação, pelos países, de uma Política Nacional de Saúde, Segurança e Meio Ambiente do Trabalho.

Nesse aspecto, deve o empregador proporcionar um ambiente de trabalho sadio. Para tanto, deve cumprir as normas sobre medicina e segurança do trabalho. Deve estabelecer normas internas e condições de trabalho que visem à saúde e integridade física e mental dos trabalhadores, promovendo meios para prevenir qualquer tipo de agressão contra a saúde do trabalhador, além de conduzir mecanismos para garantir a qualidade de vida do trabalhador (ALKIMIN, 2010, p. 30).

O meio ambiente do trabalho sadio deve ser protegido pelo Estado e pelo empregador em função do interesse da coletividade de trabalhadores, dada sua natureza de interesse trabalhista transindividual de caráter coletivo. Sua proteção, sem dúvida, guarda relação com a proteção à saúde e à qualidade de vida da coletividade ou grupo de trabalhadores (ALKIMIN, 2010, p. 31).

Em síntese, o meio ambiente do trabalho é integrado de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores, o que significa dizer que sua proteção está diretamente interligada à proteção da saúde dos trabalhadores.

De todo exposto, é possível concluir que o trabalho digno é um direito fundamental social protegido não só no ordenamento jurídico interno, mas também por normas de direito internacional, mediante proteção maior da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Possui, portanto, as características de

universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, quando se fala em universalidade e indivisibilidade significa que não há concretização da liberdade, igualdade e dignidade de forma isolada. Do mesmo modo, não há como garantir o direito fundamental ao trabalho digno não se assegurando os direitos de igualdade.

DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NA PERSPECTIVA DO TRABALHO DIGNO

A temática central pretende alinhar o direito fundamental à igualdade na perspectiva do trabalho digno, assim compreendido pela OIT como aquele que resume as aspirações do ser humano no domínio profissional e abrange vários elementos, tais como oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho, proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens. (OIT, 2007).

Por outro lado e na contramão das concepções humanísticas, no atual sistema econômico globalizado, o acesso às condições dignas e mínimas de trabalho deixou de ser garantia de todos. Vive-se a era da flexibilização e, por consequência, da precarização das condições de trabalho e da escassez de emprego.

Agravado por exclusões notadamente retratadas por altos índices de desemprego e subemprego, o trabalho tem sofrido precarização, tais como falta de segurança, baixa remuneração, desigualdades entre os sexos, discriminações, exploração de trabalhadores, falta de representação sindical, proteção social deficiente diante das contingências e dos riscos sociais, dentre tantas agressões.

O surgimento de novas tecnologias possibilitou que seus idealizadores inaugurassem um novo modelo de organização do trabalho, denominado *Toyotismo*, o qual, segundo Ferreira (2010, p. 32), requer o perfil do trabalhador

capaz de trabalhar em equipe e assimilar facilmente as novas tecnologias, detentor de conhecimento técnico, sendo competitivo e flexível. Estava consagrada a era da técnica, da competitividade, da flexibilidade, em que os trabalhadores precisam estar preparados para participarem de uma competição desumana; nela, não há garantia de que sua dignidade será observada e conservada.

Na moderna organização do trabalho, a inserção no mercado se dá por meio da competitividade, mediante a obtenção de resultados com baixo custo, o que, nas palavras de Alkimin (2010, p. 34) retrata uma política neoliberal que passou a exigir do empregado uma grande carga de tensão no ambiente de trabalho, fruto da precariedade nas condições de trabalho e pior, das incertezas salariais e da insegurança quanto à manutenção do emprego.

A conclusão é no sentido de que as mudanças na economia impulsionam uma nova realidade mundial, afetando as relações de trabalho. No marco das transformações no mundo do trabalho, os trabalhadores se sentem isolados e solitários em coletivo, sem reconhecimento de suas potencialidades e criatividade, sem autonomia e tampouco igualdade de oportunidades e respeito a diferenças.

É por isso que as propostas de desregulamentação e de flexibilidade trabalhistas que visam a atender às exigências de mercado rompem com a diretriz protetiva do Direito do Trabalho e fragilizam o seu sentido de dignidade que deve ser inerente a qualquer tipo de prestação de serviços, eis que é o valor nuclear da humanidade (DELGADO, 2006, p. 240).

Trata-se de um cenário globalizado que representa uma constante ameaça aos direitos sociais, notadamente, ao trabalho e à sua manutenção em condições dignas (ALKIMIN, 2010, p. 19).

A situação é agravada não apenas pelo aspecto econômico, mas, especialmente, pelas mudanças impingidas pela própria organização do trabalho com a consequente introdução de determinados fatores que afetam, direta ou indiretamente, o ambiente e as condições de trabalho (FERREIRA, 2010, p. 31).

A amplitude pública dos interesses envolvidos nessa relação vem

chamando a atenção de órgãos internacionais, a exemplo da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que têm se dedicado ao estudo e à pesquisa do assunto.

Os efeitos não recaem apenas sobre o trabalhador enquanto vítima, mas também sobre a empresa. Isso porque, tudo ocorre em detrimento daquilo que é resguardado e previsto constitucionalmente como um direito fundamental, o meio ambiente equilibrado, capaz de gerar bem-estar e saúde ao trabalhador.

Nas lições de Ávila (2009, p.91), além das consequências para a saúde do trabalhador, o desrespeito ao direito fundamental do ambiente do trabalho saudável e seguro provoca repercussões em toda a sociedade.

Isso porque, é a sociedade quem financia os gastos com o seguro social. São sobre ela que recaem, em última instância, os custos com os afastamentos previdenciários por incapacidade, temporários e definitivos, bem como os decorrentes das pensões por morte pagas aos dependentes das vítimas que perdem a vida.

A OIT privilegia o tema igualdade no trabalho. A Convenção nº. 111 trata de questões relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, reafirmando a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Segundo a OIT (2007, p. 9), a discriminação pode ocorrer “quando se procura um emprego, no emprego e no momento de deixá-lo”. Constitui-se em um tratamento diferente e menos favorável de determinadas pessoas, que, na maioria das vezes, independe da sua capacidade para preencher os requisitos correspondentes ao posto de trabalho.

A definição de discriminação elaborada pela OIT se coaduna com aquela vivenciada, por exemplo, no assédio moral no trabalho. Convém pontuar que Hirigoyen (2005, p. 103-106) sustenta que todo assédio é discriminatório, pois vem ratificar a recusa de uma diferença ou uma particularidade da pessoa. A discriminação é habitualmente dissimulada, diante do fato de ser vedada por lei e, com frequência, se transforma em assédio moral como, por exemplo, o assédio moral manifestado por motivos raciais ou religiosos, ou em função de deficiência física, doença ou de orientações sexuais ou, ainda, discriminatório de

representantes de funcionários e representantes sindicais.

A discriminação não é uma ocorrência excepcional, mas sim fenômeno sistêmico enraizado no modo de funcionamento dos locais de trabalho, bem como nos valores e nas regras culturais e sociais dominantes. Toda a discriminação tem como consequência a desigualdade que coloca as suas vítimas numa situação de desvantagem de oportunidades e de tratamento no trabalho. (OIT, 2007, p. 28).

Em concordância com as assertivas da OIT, as práticas e as políticas de recursos humanos que previnem a discriminação no trabalho e promovem a igualdade de oportunidades e de tratamento, sem distinções arbitrárias, são vantajosas não apenas para o indivíduo, mas também para a atividade empresarial.

Convém ressaltar que a igualdade no trabalho não se esgota na proibição da discriminação, pois envolve, também, a transformação do local de trabalho de modo a que este seja mais inclusivo (OIT, 2007, p. 28-33), englobando, assim, a preservação e a promoção de um ambiente de trabalho sadio, que na qualidade de direito fundamental difuso que deve se estender a todos os trabalhadores. E apenas desse modo poderá ser inclusivo.

O relatório da OIT (2007, p. 111) salientou, ainda, que as organizações de empregadores e de trabalhadores na qualidade de parceiros sociais podem desempenhar um papel muito importante na promoção da igualdade no local de trabalho, por meio do seu envolvimento na formulação de políticas econômicas e sociais influenciam as estruturas dos mercados de trabalho, bem como a inclusão social e a redução da pobreza.

A discriminação no mundo do trabalho constitui um abuso dos princípios e direitos fundamentais do trabalho, representando também um custo enorme para a sociedade. Se não forem tomadas quaisquer medidas corretivas, as desvantagens tenderão a acumular-se e a intensificarem-se ao longo do tempo, com repercussões negativas sobre a sociedade em geral (OIT, 2007, p. 130-131).

Em síntese, pode-se concluir que o atual cenário do trabalho tem sido marcado pela falta de condições dignas de trabalho bem como pela existência de

processos de exclusões e discriminações. Este contexto caracteriza violação dos direitos de igualdade do trabalhador e reclama do Estado uma reformulação da própria concepção de igualdade como pressuposto fundamental de um Estado Democrático de Direito que promove o exercício dos direitos fundamentais assegurados, como no caso do trabalho digno.

A pesquisa é realizada com o intuito de favorecer reflexões a respeito de como a igualdade, assim enquanto inserida no rol de direitos humanos e fundamentais, é capaz de inspirar as relações jurídicas que atuam no campo do Direito do Trabalho e o quanto isso pode auxiliar na promoção do trabalho digno, na medida em que sirva como um farol a amparar a sociedade e o agente do direito na produção e aplicação de normas jurídicas capazes de dar de sua conta da função promocional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se importante o estudo acerca dos direitos humanos e fundamentais com enfoque especial na igualdade sob a perspectiva do direito ao trabalho digno. Pretendeu-se desenvolver o tema para favorecer reflexões acerca da sua amplitude pública.

Para tanto, procurou-se analisar, primeiramente, a construção dos Direitos Humanos e o papel da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim entendida como o estatuto da liberdade de todos os povos. Importante considerar que referido texto universal introduziu uma concepção contemporânea de direitos humanos, notadamente caracterizada pela universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos.

Delineou-se a ideia de haver uma conexão íntima entre promoção da dignidade da pessoa humana e a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Pesquisou-se acerca do direito fundamental a igualdade e o status que recebe de segunda dimensão e que, nesse contexto, funciona como verdadeiro mandato de não discriminação e tem como objetivo colocar os indivíduos de uma mesma sociedade em situação de isonomia não só perante a lei senão também

para obter condições equilibradas e equitativas de oportunidades.

Com relação ao trabalho, primeiramente ficou constatado sua proteção enquanto direito humano e fundamental. Verificou-se, também, que a Carta Magna deu força principiológica ao trabalho, tornando-o vetor interpretativo da ordem econômica e social.

Ao consagrá-lo como um direito fundamental, tornou o Estado responsável pela tarefa de promover medidas que concretizem seus ideais. Logo, diante dessa responsabilidade, pode ser reclamada ao Estado a promoção desse direito fundamental.

Buscou-se contextualizar o mundo do trabalho contemporâneo no sentido de que as mudanças na economia e na política mundiais têm afetado as relações de trabalho e o resultado deste processo tem sido vulnerabilidade dos direitos fundamentais relativos ao trabalho cada vez mais intensa e marcada por desigualdades, discriminações e pela inexistência de condições dignas de trabalho. O aviltamento do valor social do trabalho é patente e, por consequência, o da dignidade da pessoa humana.

A relevância do presente estudo residiu, portanto, em estabelecer conexões entre o direito ao trabalho digno e o direito fundamental à igualdade, procurando demonstrar que a igualdade no trabalho e a não discriminação são diretrizes da Organização Internacional do Trabalho, de forma que se faz necessário combater os processos que envolvem desigualdades, discriminações e inobservância às condições seguras e dignas de trabalho.

Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que o atual cenário do trabalho tem sido marcado pela falta de condições dignas de trabalho bem como pela existência de processos de exclusão e discriminação. Este contexto caracteriza violação dos direitos de igualdade do trabalhador e reclama do Estado uma reformulação da própria concepção de igualdade como pressuposto fundamental de um Estado Democrático de Direito que promove o exercício dos direitos fundamentais assegurados, como no caso do trabalho digno.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2010.

FILOMENO, José Geraldo. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 7ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.009.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. In: **Revista brasileira de direito constitucional – RBDC**. nº 17, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-pdf>. Acesso em: 01 nov. 2011.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Anais da oficina trabalho escravo: uma chaga aberta**. Fórum Social Mundial, jan. 25, 2003: Porto Alegre/RS., 2003 Brasília: OIT, 2003. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=372>. Acesso em: 28 jun.2010.

_____. **Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios**. Conferência Internacional do Trabalho, a Bureau Internacional do Trabalho de Genebra/Suíça, 2007. Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf. Acesso em: 20 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO. Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In. AGOSTINHO, Luiz. Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique. Martim. (Org.). In **Tutela dos direitos humanos e fundamentais. Ensaios a partir da linha de pesquisa construção**

do saber jurídico e função política do direito. Birigui/SP: Boreal, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____.(org) **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Andrea Antico. RIGOLDI, Viviane. **O direito ao trabalho digno na perspectiva da educação especial inclusiva.** In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa - PB. Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI - João Pessoa - PB

SOARES, Andrea Antico. **Dignidade da pessoa humana e sua dimensão comunitária como centro de unidade e promoção dos direitos humanos e fundamentais.** In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa - PB. Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI - João Pessoa - PB

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Gabriel Lino de Paula PIREES⁵¹

Amarildo SAMUEL JUNIOR⁵²

RESUMO: O presente estudo aborda tendências dominantes no pensamento jurídico atual que fomentam o chamado ativismo judicial. Partindo-se da característica dinâmica do direito, observa-se a influência de correntes atualmente predominantes no pensamento jurídico na postura judicial dita ativista. Abordam-se as questões da efetividade dos direitos fundamentais e especificamente dos direitos sociais, da revisão da noção de legalidade, da constitucionalização do direito e da valorização do intérprete. Conclui-se, ao final, refletindo-se sobre a perda ou confusão das referências tradicionais em relação aos Poderes de Estado e suas funções precípuas.

ABSTRACT: This study addresses the dominant trends in the current legal thought that fuel the so-called judicial activism. Starting from the dynamic characteristic of law, the influence of currently underway is observed predominant in legal thinking in the said judicial activist stance. It addresses the issues of effectiveness of fundamental rights and particularly social rights, the revision of the notion of legality, a constitution of law and appreciation of the interpreter. In conclusion, at the end, reflecting on the loss or confusion of traditional references regarding the powers of the state and its primary functions.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Causas. Dinamismo do direito.

KEYWORDS: Judicial activism. Causes. Dynamism of law.

⁵¹

Universidade de São Paulo.

⁵²

Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

1. INTRODUÇÃO

A questão atinente ao ativismo judicial despertou já ao longo das últimas décadas acaloradas discussões doutrinárias, que tratam o tema a partir de diferentes perspectivas.

O estudo aqui realizado tem em conta a facticidade do fenômeno e a investigação de suas causas, não se pretendendo apontar, nos estritos limites deste trabalho, seus inúmeros aspectos ou reflexos positivos e negativos.

De fato, tratou-se de abordar com olhar científico tendências ou fenômenos, especialmente do campo da teoria do direito, que acabam por fomentar uma postura judicial dita ativista.

A par das inúmeras possíveis abordagens do tema, esta aqui adotada partiu da premissa do dinamismo do direito, enquanto ciência e enquanto sistema normativo, característica que influencia decisivamente a postura do Poder Judiciário, sempre subordinado ao direito vigente e às concepções que se mostram dominantes no pensamento jurídico.

Realizou-se, então, a análise de relevantes tendências evolutivas do pensamento jurídico, atuantes como causas do ativismo: a teoria dominante sobre a *efetividade dos direitos fundamentais* e especificamente dos direitos sociais; a contemporânea noção da *legalidade*; a teoria chamada de *constitucionalização* do direito; e a forte tendência de *valorização do intérprete*.

Concluiu-se, pois, o estudo com a constatação de que as tendências verificadas acabam por acarretar certa perda dos clássicos referenciais dos Poderes de Estado.

2. A POLISSEMIA DA EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”

A expressão ativismo judicial pode ser tomada em várias acepções, o que torna imperativo que desde logo, no início deste estudo, seja delimitado o significado em que será empregada a expressão.

Tomemos, pois, como referência o estudo de Keenan D. Kmiec⁵³, que justamente observa a polissemia do termo. O texto aponta que o primeiro registro de uso da expressão constatou-se na revista *Fortune* por um autor que sequer era da área do direito. Arthur Schlesinger utilizou a expressão em um artigo de 1947 em que traçava os perfis dos juízes da Suprema Corte. Definiu assim um dos grupos de juízes da Suprema Corte como *ativistas* e os outros como mais *autolimitadores*. Os *ativistas* eram provenientes da Escola de Direito da Universidade de Yale e realçavam o caráter político do direito e a importância de se observar os fins sociais da lei. De outro lado, os *autolimitadores* entendiam que o Poder Judiciário tem funções bem definidas e não pode delas se afastar. Seu raciocínio se baseava na separação entre os Poderes de Estado, na deferência ao desejo do Legislativo e no próprio processo democrático. Realçavam, ademais, que a lei e a Constituição não são navios vazios e que deferir ao Judiciário todo o poder de fazer a justiça, sem balizas claras, equivale a entregar o direito ao subjetivismo.

A utilização que se seguiu e que até a presente data ocorre do termo *ativismo judicial* acabou por variar entre sentidos pejorativos ou mesmo sentidos positivos⁵⁴.

Por vezes, utiliza-se a expressão para qualificar situações em que o Judiciário invalida atos de outros poderes não claramente inconstitucionais. Em outros momentos, a expressão designa decisões que significaram a violação ou o desrespeito aos precedentes. É também possível encontrar a expressão *ativismo judicial* para designar o exercício pelo Judiciário de função legislativa ou ainda possíveis desvios na realização da interpretação jurídica.

53 KMIEC, Keenan D.. *The origin and current meanings of 'judicial activism'*. *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

54 O artigo de CROSS, Frank B. e LINDQUIST, Stefanie A. (*The scientific study of judicial activism*. *Minnesota Law Review*, 2007, vol. 91, pp. 1752-1784) trata da busca de uma noção científica de *ativismo*. Segundo os autores, o *ativismo judicial* não é universalmente condenado. Algumas das decisões do Supremo Tribunal são muitas vezes aplaudidas, mas a crítica do *ativismo judicial* geralmente considera o fenômeno como um exercício inadequado do poder judicial. Para os fins de seu estudo, os autores adotam e tratam *ativismo judicial* como referindo-se a ações inadequadas que são fundamentadas na ideologia dos juízes em vez de fontes legais legítimas.

Observe-se, pois, que, dados os múltiplos significados da expressão, o presente estudo adota como conteúdo do termo *ativismo judicial* a postura evidenciada em decisões que, de um modo ou de outro, se afastam do esquema clássico de aplicação do direito pelo Judiciário: solução do conflito de interesses pela aplicação das regras legais editadas pelo Parlamento, predominantemente pela técnica da subsunção, mantendo-se a interpretação do texto legal dentro de parâmetros claramente definidos pelo próprio texto.

A proposta formulada no parágrafo anterior deixa claro que variadas situações, decisões e/ou posturas poderiam, então, ser qualificadas como ativistas, algumas delas constitucionalmente válidas (*exempli gratia*, mencionam-se: a fluidez, amplitude ou generalidade do texto legal podem permitir largas possibilidades interpretativas; a regra legal editada pode ser avaliada como confrontante de princípios e regras constitucionais; a situação pode não ser claramente regulada por regra alguma, a demandar solução com base em princípios e, portanto, pela técnica da ponderação etc.), outras delas, em si mesmas inconstitucionais (decisões que afastam regras legais sem forte e clara demonstração da inconstitucionalidade vislumbrada; interpretações formuladas com evidente desrespeito ou desprezo ao texto legal; invasão do espaço discricionário atribuído ao legislador ou ao administrador público etc.).

Não se pretende, pois, utilizar a expressão *ativismo judicial* com sentido pejorativo. Também não se utilizará a expressão com sentido positivo. Buscar-se-á analisar o fenômeno, que pode ser positivo ou não, de modo neutro, na pretensão de se desvendar suas possíveis causas, ou, ao menos, fenômenos que atuam como fatores contributivos de tal tendência.

3. OS FATORES QUE INFLUENCIAM A POSTURA ATIVISTA: O DINAMISMO DO DIREITO

O variado conjunto de decisões e/ou situações que podem ser enquadradas num conceito de *ativismo judicial* tem certamente causas numerosas.

Evidentemente, há fatores da realidade fática (no campo do *ser*) que influenciam o surgimento de tais decisões.

É, porém, no campo do *direito* (campo do *dever ser*) que se observam os mais decisivos fatores que atuam no sentido de induzir e/ou instigar tal postura por parte dos órgãos judiciais.

A despeito de ser também complexa a tarefa de se definir ou conceituar o direito, pode se afirmar ser premissa básica para o presente estudo a ideia de que o direito pode ser conceituado pelo menos em duas perspectivas distintas: como sistema⁵⁵ de normas que regulam as relações sociais, de modo a impor ou conferir aos sujeitos deveres, obrigações, sujeições, prerrogativas e faculdades, posições exercitáveis pelos indivíduos seja espontaneamente seja por meio da coerção de que o próprio sistema dispõe; também como disciplina que estuda o tal sistema e que se pode chamar de ciência. É possível, pois, no mínimo atribuir ao vocábulo *direito* estes dois significados⁵⁶: o de sistema normativo e o de ciência. Nesse sentido encontra-se o ensinamento de MIGUEL REALE⁵⁷.

240

É evidente que as atividades acima mencionadas (de interpretação e aplicação do direito e de estudo científico dos fenômenos jurídicos) são de certa

55 A palavra sistema pode ser empregada com vários significados. BOBBIO elenca ao menos três significados em que se utiliza a expressão sistema jurídico: um primeiro, que aproxima o conjunto de normas que compõem o ordenamento a um sistema dedutivo, considerando, portanto, que as normas jurídicas mantêm sua unidade por derivarem de princípios comuns a todas elas; o segundo, que vincula o ordenamento ao um sistema indutivo, por considerar que as normas e decisões jurídicas concretas ou particulares devem conduzir à identificação de normas e princípios gerais; e finalmente um terceiro significado, em que “sistema” equivaleria a um todo harmônico, a um conjunto de normas que se caracterizam pelo relacionamento de compatibilidade entre elas, do que se exclui, portanto, a possibilidade de se perpetuarem no sistema as incompatibilidades (*Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 75-81).

56 Evidentemente, outros significados podem ser atribuídos ao termo direito, a depender das conexões etimológicas e das opções epistemológicas que se façam. GOFFREDO TELLES JUNIOR qualifica a palavra direito como uma expressão plurívoca (de vários significados) da espécie analógica (cujos significados distintos são conexos entre si), concluindo a seu modo: “Sendo analógico (e, portanto, plurívoco), o termo Direito não pode ser definido com uma única definição. Para ser corretamente definido, esse termo exige tantas definições quantas são as realidades que a palavra Direito designa” (*Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 374).

57 “‘Direito’ significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir, como o tipo de ciência que o estuda, a Ciência do Direito ou Jurisprudência” (*Lições preliminares de direito*. 17ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 62).

forma reflexivas. Ou seja, a ciência do direito se debruça e tem por objeto o próprio funcionamento efetivo do sistema jurídico⁵⁸. Por sua vez, os agentes responsáveis pela atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas comumente fazem uso dos conceitos e teorias desenvolvidas no âmbito da ciência do direito⁵⁹.

O que se pode constatar com relativa certeza, a despeito das controvérsias que possam surgir sobre o conteúdo e as formas do direito, é que, seja como disciplina cientificamente orientada, seja como sistema de normas aplicáveis ou aplicadas à vida social, *o direito é dinâmico*.

A simples observação dos estudos jurídicos, da forma como se desenvolvem e de sua influência na atividade dos aplicadores do direito denota o caráter dinâmico da ciência e da atividade de aplicação das normas.

EROS GRAU aborda de maneira sutil essa questão, ao comentar o caráter dinâmico do direito, em seu aspecto de aplicação de normas ou de funcionamento do sistema jurídico:

58 EROS GRAU descortina a questão, assim definindo: “A indagação assim formulada ‘é o Direito uma ciência?’ é análoga à que nos seguintes termos se introduzisse: ‘as relações entre a terra e o homem são uma ciência?’ Todos sabemos que a relação entre a terra e o homem não são uma ciência, mas sim que há uma ciência – a geografia humana – que estuda e descreve as relações entre a terra e o homem. O mesmo ocorre em relação o Direito. O Direito não é uma ciência. O Direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como objeto de uma ciência, a chamada ciência do direito. Essa é a primeira verificação que cumpre sublinhar: o Direito não é uma ciência, porém objeto de uma ciência” (*O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed., rev. e ampl., São Paulo: 2008, p. 36).

59 Há que se fazer referência ainda ao debate doutrinário acerca da possibilidade de ser a ciência jurídica uma ciência de caráter normativo. Discute-se até mesmo sobre a possibilidade de existência de alguma ciência normativa. Há consenso sobre a assertiva de que as ciências em geral são, via de regra, meramente descritivas, não prescrevendo comportamentos ou traçando normas, mas tão somente evidenciando e descrevendo a realidade posta. É esse o entendimento que se extrai da obra de EROS GRAU: “O direito é normativo. O direito não descreve; o direito prescreve. Ainda quando um texto normativo descreve uma coisa, estado ou situação, é prescritivo. Ele descreve para prescrever que aquela é a descrição do que cogita. A ciência que o estuda e descreve não é, no entanto, normativa. É, enquanto ciência, descritiva” (Cit., 2008, p. 36). TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ciente do caráter comumente descritivo das ciências, no entanto, põe em dúvida a afirmação segura de que isso também se aplicaria à ciência do direito: “Como os problemas se caracterizam como ausência de solução, abertura para diversas alternativas possíveis, a ciência jurídica se nos depara como um espectro de teorias, às vezes até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto problemático de sua partida. Como essas teorias têm uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, doutrina, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito” (*A ciência do direito*, 2010, p. 108).

“Repito-o: a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo. Daí a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que o direito passa, ele próprio, a ser concebido como uma política pública”⁶⁰.

Observam-se os sintomas indicativos do dinamismo do direito no próprio desenvolvimento dos fenômenos jurídicos.

As alterações legislativas, ocorrências especialmente frequentes no direito brasileiro⁶¹, realçam o dinamismo do direito.

As chamadas mutações constitucionais, em grande parte influenciadas pelo desenvolvimento da ciência jurídica, também demonstram que a modificação na interpretação das normas jurídicas reafirma o caráter dinâmico do direito⁶².

242

60 *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 130.

61 Observe-se a farta produção legislativa brasileira. Em consulta à página eletrônica da Presidência da República, constata-se: as leis ordinárias já chegaram ao número 13.137, as leis complementares ao número 150, as medidas provisórias ao número 679 (e estas tiveram sua numeração reiniciada a partir da emenda constitucional 32/2001 – antes da mencionada emenda, já eram 2.230, do período de 1988 até 2001), emendas constitucionais já são 88, mais as 6 emendas de revisão (<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>. Acesso em 25.06.2015).

62 ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ define a mutação constitucional como a “alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas” (*Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986, p. 9). Ainda sobre o tema: “O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais” (BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53).

O que se dirá então da instauração de uma nova ordem constitucional. Esta, quando ocorrida, pode acarretar tamanha alteração nas diretrizes de um Estado e nas concepções dos intérpretes/aplicadores do direito, que a doutrina jurídica reconhece em tal mudança o nascimento de um novo Estado⁶³ e, assim, de um novo direito.

Esses são os sintomas indicativos daquilo que se permite aqui nomear como dinamismo do direito, característica intrínseca à disciplina científica e à aplicação cotidiana do direito, e entendida como movimento de permanente adaptação, maturação ou evolução que influencia decisivamente toda e qualquer atividade de natureza jurídica desenvolvida na sociedade.

Não parece ser tema de divergência aquele que se refere ao caráter dinâmico do direito. Como fenômeno eminentemente sócio-cultural, as alterações verificadas nos padrões e concepções das sociedades permeiam o próprio direito, que, assim, acompanha muitas das modificações sociais⁶⁴.

Constatado o dinamismo do direito, cumpre frisar que a atividade de jurisdição sente diretamente os efeitos de tal tendência.

63 Embora seja inegável que exista, de fato, uma nova ordem jurídica, com a instalação de uma nova Constituição, é evidente que esse novo Estado não surge absolutamente desvinculado daquele anteriormente existente. CANOTILHO expõe essa realidade, quase paradoxal: “Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. Trata-se, antes, de um poder que, de forma democraticamente regulada, procede às alterações incidentes sobre a estrutura jurídico-política básica de uma comunidade (P. Häberle, Baldassare)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 81-82).

64 Não se imagina, porém, que o culto ao dinamismo do direito traria somente benefícios. É que certa estabilidade é também desejável, numa oposta valorização de temas como tradição e segurança. O que se deve buscar é o meio-termo indicativo de equilíbrio, que não admita a estagnação nem produza insegurança. MIGUEL REALE nos dá o tom exato do dilema entre os perfis estático e dinâmico da ordem jurídica: “A estabilidade pura, a paralisação da vida legislativa e científica para o remoer enfadonho do casuísmo, é o sintoma alarmante das épocas de decadência, quando a pobreza do espírito criador permite a suficiência das soluções estereotipadas e das fórmulas vazias; o puro movimento traduz o mal oposto, do espírito irrequieto e fútil que não sabe ou não pode se concentrar, da falta de princípios diretores gerando a busca desordenada de fins segundo a multiplicidade da empírea, no jogo tumultuário das impressões e dos interesses” (*Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed., rev. e aument., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 292).

Por se revelar tal atividade como a interpretação e aplicação do direito vigente, exsurge natural a conclusão de que as alterações ocorridas nas concepções dominantes sobre o direito influenciam e norteiam efetivamente a atividade jurisdicional.

Portanto, as tendências evolutivas que se verificam no pensamento jurídico dominante certamente alteram o modo, a intensidade e a extensão da atividade jurisdicional e particularmente fomentam a postura do Judiciário designada pela doutrina como *ativista*.

4. AS TENDÊNCIAS EVOLUTIVAS DO PENSAMENTO JURÍDICO, FORTE CONTRIBUIÇÃO À POSTURA ATIVISTA

Várias são as tendências verificadas no pensamento jurídico que se propaga no mundo ocidental nos últimos anos, que têm influenciado a postura judicial dita *ativista*. De várias perspectivas e com inúmeros nomes poderiam ser apontadas teorias representativas desses fenômenos.

Neste estudo, faz-se a opção metodológica de se tratar a questão sob quatro pontos de vista: o ponto de vista dos *titulares dos direitos subjetivos* debatidos; a perspectiva da *lei*; a perspectiva da *constituição* e o ponto de vista do *intérprete*.

Desse modo, apontam-se como tendências decisivas e atuantes como causas do ativismo: a teoria dominante sobre a *efetividade dos direitos fundamentais* e especificamente dos direitos sociais; a contemporânea noção da *legalidade*; a teoria chamada de *constitucionalização* do direito; e a forte tendência de *valorização do intérprete*.

4.1. A questão da efetividade dos fundamentais e especificamente dos direitos sociais

O estudo da efetividade dos “direitos sociais” passa necessariamente pelo entendimento do sentido dessa expressão e da finalidade da construção de

tal categoria jurídica. Aliás, a efetividade é componente intrínseco e inseparável dos direitos sociais em uma concepção finalística. Em outras palavras, os direitos sociais somente têm sua existência justificada pela sua efetividade.

No campo da ciência do direito, a existência dos direitos sociais pode ser estudada sob o enfoque da geração a que esses direitos pertencem⁶⁵. Assim é que a doutrina insere e classifica os direitos sociais, na linha evolutiva dos direitos humanos, como direitos de segunda geração ou direitos de segunda dimensão⁶⁶.

Note-se que o surgimento dos direitos sociais coincide com o período histórico de consolidação do movimento de industrialização dos países europeus. Nessa fase, as mazelas sociais já constatadas em outros períodos históricos intensificaram-se e tornaram imprescindível certa revisão dos papéis do estado e do direito na sociedade. No Brasil, os direitos sociais marcaram presença inicialmente na Constituição de 1934, na esteira da tendência que se iniciou na Constituição mexicana de 1917 e que teve como sua maior representante a Constituição alemã de 1919.

O pensamento liberal que conduziu a humanidade às revoluções e rupturas do século XVIII propagava a ideia do estado como mínimo interventor

65 Sobre a evolução ou progressão histórica de reconhecimento de direitos do homem, veja-se a célebre e sempre válida observação de Norberto Bobbio: “*ora, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, como dissemos até aqui – representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes*” (A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52-53).

66 “Esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 23).

na sociedade e relegava ao direito o papel de proteção dos direitos individuais contra o arbítrio estatal, impondo, pois, ao estado obrigações de abstenção.

Contudo, o panorama social que se seguiu às revoluções liberais trouxe à evidência a insuficiência do papel até então desempenhado pelo estado e os resultados sociais da aplicação de um pensamento estritamente liberal.

No âmbito do direito, a ideia de igualdade formal inerente ao princípio da legalidade cede espaço às necessidades de igualdade material, real, entre as pessoas⁶⁷.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho dá o tom filosófico da mudança de paradigma que ocorreu do estado liberal para o estado social, demonstrando, porém, desde logo, que o estado social sempre teve defensores e críticos:

Quando, por influência dos socialistas e cristãos-sociais, se veio a entender o Estado como providência dos malsucedidos, começou-se a abandonar a fórmula setecentista do Estado de Direito. O Estado-Providência, preocupado em dar a todos condições adequadas de vida, intervém no domínio econômico e social. Tendo, por isso, a reduzir a autonomia individual e, tomado de racionalismo (no que é digno herdeiro do pensamento setecentista), quer ordenar os mais diferentes setores da vida social. Continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão-somente. O seu conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo⁶⁸.

246

Os direitos sociais são concebidos, portanto, como instrumentos de promoção de bem-estar aos cidadãos⁶⁹, de modo a reduzir as desigualdades existentes no mundo real, aproximando-se assim o direito do ideal corrente de justiça. São idealizados para alteração de uma realidade fática que se marcava

67 Osvaldo Canela Junior assevera: “*Em plena crise do liberalismo, o século XX foi marcado pelo surgimento de Constituições inspiradas em ideais sociais. A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, passaram a regular, ao lado de direitos e garantias individuais, direitos de alcance nitidamente social*” (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52).

68 *Estado de direito e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

69 Daí a expressão designativa daqueles estados em que ocorreu a tendência de previsão dos direitos sociais: *welfare state*.

pela desigualdade entre as pessoas, pela marginalização de grupos e indivíduos, pela incapacidade dos cidadãos de, por si, acessarem bens e serviços que lhe garantissem mínimas e dignas condições.

Em consequência, se aos direitos sociais é dirigida a missão de modificação da realidade, logo se observa que a existência de tais direitos somente se justifica em caso de sua efetiva implementação.

A falta de efetividade de tais direitos torna sua enunciação inútil, esvazia sua existência e confere ao instituto um de dois possíveis trágicos desfechos: o de se resumir a mais uma frustrada tentativa de modificação social pelo direito; o de constituir engodo, falsa promessa formulada pelo estado aos cidadãos.

Maria Paula Dallari Bucci também impõe crítica à inefetividade dos direitos sociais, ressaltando a análise jurídica de tal patologia:

Por essa razão, seria absolutamente frustrante, do ponto de vista político, aceitar a inexequibilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista jurídico, isso representaria tornar inócuo o qualificativo de ‘Estado social de direito’ afirmado no art. 1º da Constituição. Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de “Estado de Direito”, omitindo a carga finalística do adjetivo ‘social’ num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser feitas⁷⁰.

247

É bem verdade que, após a enunciação dos direitos sociais nas diversas Constituições do mundo ocidental, seguiu-se um período de ceticismo em relação à sua efetiva implementação.

Pela aplicação de conceitos e teorias impregnadas da formação positivista dominante, os juristas se apressaram a relativizar as disposições enunciativas de direitos sociais, mitigando, assim, sua eficácia e frustrando expectativas dos destinatários dos direitos enunciados.

70 *O conceito de política pública em direito. In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

A postura ativista surge, assim, como resposta do Poder Judiciário à percepção da séria inefetividade dos direitos sociais, cuja implementação está evidentemente entregue de modo precípua aos Poderes Legislativo e Executivo.

4.2. A revisão da noção de legalidade

A implementação do princípio da supremacia da lei nas sociedades estatais trouxe às estruturas sociais uma sensação de maior segurança e previsibilidade⁷¹.

Ainda que a igualdade resultante da legalidade fosse, como de fato se revelou, meramente formal (igualdade perante a lei, já que a lei é a mesma para todos), a submissão de todos, governados e governantes, às disposições legais representou importante conquista histórica⁷².

A observação de Mayer é esclarecedora:

Lo esencial, lo que importa en el más alto grado, es la soberanía de la ley. En la actualidad se realiza aquello que fuera anelado tan dolorosamente en el curso de las luchas de los antiguos Parlamentos. La ley está colocada por encima de todas las otras actividades del Estado, sin excepción.

Hay a partir de ese momento un verdadero culto por la ley. El agente de policía, el guarda-campos de las comunas rurales, lleva sobre el brazal la inscripción 'la ley'; al grito de 'autoridad a la ley', todos los Buenos

71 Nesse sentido: “O chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: *segurança*. Cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder. E definimos ‘segurança’ pelo seu contrário. Aqui, hoje – sob o chamado *Estado moderno* –, aceitamos o *poder* por conta de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas” (GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.13. grifos nossos).

72 Almeida aponta: “O Estado de Direito da idade contemporânea é marcado essencialmente pela consagração da legalidade. É a legalidade o grande fundamento do Direito nessa concepção de Estado. Para empregar a fórmula sintética do art. 30 da Declaração de Massachussets, de 1780, sempre lembrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata-se do ‘governo de leis, não de homens’” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219-236. p. 222).

ciudadanos deben ir a la calle para reprimir el motín; la intimación dirigida a los que forman parte del tumulto comienza con las palabras de ‘obediencia a la ley!’; la fórmula temible ‘en nombre de la ley’ abre todas las puertas! Entre las comedias populares de la primera época de la Revolución, hay una que se titula L’ami des lois, en la cual el héroe manifiesta una obediencia verdaderamente fanática a la ley en general y se reconoce esclavo de ella⁷³.

Otero também aborda a primazia de que o instrumento lei passou a gozar no Estado liberal:

Num mundo em que a expressão da vontade geral da coletividade se concentrava no parlamento, a lei, encontrando nessa mesma estrutura institucional o fundamento da sua legitimidade política, aparecia revestida de um mito de perfeição: o ‘império da lei’ era, afinal, a síntese da vontade soberana de um modelo de Estado legislativo-parlamentar.

A lei traduzia, segundo os postulados liberais, um produto da razão, revelação de uma verdade absoluta pelos mais idôneos representantes da sociedade, encontrando-se apta a regular todas as matérias sobre as quais um Estado mínimo sentia a necessidade de intervir, assumindo a natureza de um instrumento de garantia do cidadão perante o poder e possuindo ainda, nos termos de uma concepção positivista-legalista do Direito, o estatuto de primeira e mais importante fonte de Direito⁷⁴.

249

Neste modelo de legalidade estrita, as disposições legais possuem condição de prevalência sobre quaisquer outros instrumentos jurídicos.

Além disso, o legislador assume também uma natural e lógica primazia em relação aos demais poderes de Estado.

73 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. Tomo I. Parte General. p. 73.

74 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 152-153.

Em termos de metodologia de aplicação do direito, disso resultava a redução da figura do juiz (do intérprete) a mero aplicador dos dispositivos legais, em uma lógica de subsunção de fato concreto ao texto abstrato da lei⁷⁵.

No entanto, o princípio da legalidade, base dos sistemas jurídicos vigentes nos Estados ocidentais, vem sofrendo sensíveis alterações em sua concepção, especialmente pela evolução da ciência jurídica nas últimas décadas.

Ainda que se reconheçam sérias divergências sobre a correção ou adequação da lógica positivista do direito ou ainda do pensamento nomeado como pós-positivista, não se pode negar que a ideia de legalidade vem se modificando pela influência de uma nova tendência de pensamento sobre o direito, atenta ao aspecto material da lei e à efetiva implementação dos valores de justiça e igualdade⁷⁶.

75 Otero frisa que “a difusão, neste preciso contexto, de um entendimento que, radicado no pensamento de Montesquieu, conferia aos juízes o papel de meros operadores de uma aplicação mecânica e lógico-silogística da lei, reforçava ainda mais o valor absoluto da lei, conduzindo mesmo ao reconhecimento da possibilidade de se proibir a própria interpretação e ao formular de um modelo que reconduz a aplicação da lei a uma simples operação silogístico-subsuntiva. No âmbito desta concepção silogístico-subsuntiva da lei se desenvolve um sentido de legalidade administrativa que, subordinando totalmente o poder executivo ao legislativo, nega autonomia à função administrativa na realização do Direito e, recebendo ‘a carga de desconfianças e ressentimentos que na época pré-revolucionária se voltava contra o monarca absoluto’, visa edificar um modelo de Administração Pública em que esta se apresenta como uma serva cega e obediente da lei” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 153-154).

76 Kelly assevera que já antes do início do século XX notavam-se manifestações de pensadores sobre as incertezas do direito, mesmo em um paradigma de estrita legalidade: “Na França, François Géný (1861-1938) demonstrou antes da virada do século que, na aplicação do código civil pelos tribunais, seu texto estava longe de fornecer uma resposta automática para todos os problemas; antes, era necessário que os juízes recorressem também a seu entendimento dos fatores sociais e outros valores para fazer a ordem jurídica funcionar satisfatoriamente. Partindo dessa percepção, ele traçou, em seu *Science et technique en droit privé positif* [Ciência e técnica no direito privado positivo] (1914-24), uma distinção entre a ‘técnica’, o mero conhecimento do mecanismo das normas jurídicas, e a ‘ciência’, que é o conhecimento de valores não jurídicos altamente relevantes no ambiente do direito: em outras palavras, a matéria sociológica que deve acompanhar a matéria estritamente jurídica na solução de problemas jurídicos (...) Ainda mais ‘antiformalistas’ que os expoentes da ciência jurídica sociológica eram os fundadores da escola do ‘realismo’ americano, que floresceu especialmente na primeira metade deste século. Para eles, como para os juristas sociológicos, a letra da lei tinha menos importância. Mas a característica especial dos ‘realistas’, e a razão de serem chamados assim, era que eles chamavam a atenção para as realidades do processo judicial por meio do qual todo o direito, em caso de disputa, deve ser aplicado. As disputas, o litígio civil ou penal, era assim o terreno sobre o qual se estendia a teoria realista; ‘as disputas’, como escreveu uma das principais figuras da escola, Karl Llewellyn, ‘são o coração e a essência eternos do direito; não definem sua circunferência, mas sempre definirão seu centro’. (...) A percepção da incerteza do direito, da influência potencial de fatores não declarados sobre sua aplicação em um caso particular, é

Di Pietro relaciona tal tendência ao próprio modelo de Estado Democrático de Direito:

Na terceira fase do Estado de Direito – Estado de Direito Democrático –, duas ideias fundamentais foram introduzidas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal. Teve início, portanto, a nova fase do princípio da legalidade, dando ensejo à chamada constitucionalização do direito administrativo (...) ⁷⁷.

Assim, ganha relevância a análise do conteúdo da lei e seu cotejo com as disposições constitucionais e as exigências sociais, não figurando a lei como instrumento de valor absoluto tão somente por sua forma.

Se é fato que a lei constitui importante conquista histórica, como garantia dos direitos individuais em face da possibilidade de atos arbitrários, especialmente pela ação do Estado, é também verdade que a mera edição de lei não é suficiente para, na realidade, propiciar a efetivação de direitos dos cidadãos e de valores como os de igualdade e justiça social. É neste sentido que se utiliza a expressão ‘desmistificação da lei’ ⁷⁸.

251

considerada caracteristicamente americana porque havia fatores atuando nos Estados Unidos que eram desconhecidos na Inglaterra (da qual os americanos haviam levado o *common law*) ou no continente europeu. Primeiro, o país era dividido em um grande número de jurisdições independentes, todas administrando o *common law*, mas todas livre para amoldá-lo juridicamente a seu modo; segundo, a subordinação dos poderes legislativos estaduais e federais à Constituição tal como interpretada pela Suprema Corte, que podia facilmente – e o fazia com frequência – declarar inválidos os atos dessas assembleias, atos que, pela confiança depositada neles, poderiam ter originado as mais diversas expectativas e compromissos; terceiro, o tom judicial não profissional que se supunha ter sido introduzido nos padrões dos tribunais inferiores, pelo fato de os juízes desses tribunais serem eleitos pelo povo” (KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 478, 481 e 483).

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade. In DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 179.

⁷⁸ A expressão ‘desmistificação da lei’ foi utilizada em artigo científico de autoria do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, em referência à obra de Jacques Chevallier, mencionou a tendência de desmistificação da vontade geral contida na lei, dogma fundante dos Estados de Direito, concebido inicialmente por Jean Jacques Rousseau. Também se

O pensamento jurídico contemporâneo apresenta certa tendência de aproximação dos pensadores e das teorias em relação à realidade. Muitas das ficções teóricas outrora concebidas para estruturação dos sistemas jurídicos são hoje contestadas ou rejeitadas, por não atenderem aos anseios sociais e políticos a que o direito está inegavelmente ligado⁷⁹.

A teoria rousseuniana que concebe a lei como instrumento que resulta da vontade geral se apresenta como uma das ficções que por vezes estão em confronto com a realidade⁸⁰.

encontra a expressão na obra de Otero (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administración Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 152).

79 Os fundamentos históricos das mudanças ocorridas no pensamento jurídico a partir de meados do século XX foram apontados por Zagrebelsky: “*Aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el ‘Estado de derecho’ decimonónico, hoy se habla a veces de ‘Estado de derechos’. En el plano del derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y ética contemporánea. Lo que subyace es, ciertamente, el descrédito en que, en la segunda posguerra, cayó la idea hegeliana ‘total’ del Estado como realidad en acto de la Idea ética objetiva ‘que se piensa y sabe a sí misma y lleva a cabo lo que sabe y en la medida en que lo sabe’. El Estado ‘que sabe’, con independencia e incluso contra lo que saben los seres humanos particulares, era el Estado al que debían atribuirse las responsabilidades por las tragedias de alcance mundial que se produjeron durante y entre las dos guerras. A los ojos de los supervivientes, era evidente que tanto el Estado nacional-burgués como el totalitario no sabían en realidad lo que hacían. La ocasión para dar a los derechos un fundamento más sólido que el proporcionado por la ley estatal surgió con la reacción que se produjo, al término de la segunda guerra mundial, en aquellos Estados que se vieron en la necesidad de refundar las instituciones constitucionales después del totalitarismo fascista y nacional-socialista. La misma necesidad que luego, en el período final de los últimos fascismos europeos en los años setenta, se manifestaría en la península ibérica y que hoy, tras el final de los regímenes comunistas, está presente en la renovación de las instituciones de los países de la Europa del Este. El tema de los derechos representa, así, un punto de encuentro en las transformaciones constitucionales que siguieron a la caída de los totalitarismos, tanto de derecha como de izquierda. Todos aquellos regímenes, de acuerdo con su naturaleza, tenían en común este punto de partida: denunciar, por engañosa, cualquier pretensión de que una vida individual tenga sentido separada de la totalidad del Estado y, por tanto, cualquier postulación de una esfera de derechos en sentido subjetivo capaz de concurrir con, y eventualmente limitar, la voluntad del Estado*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 65).

80 Frise-se, por dever de lealdade, que o próprio Rousseau já advertia, em sua mais clássica obra, sobre a possibilidade de desvirtuamento da função legislativa, caso as leis produzidas desatendessem à vontade geral: “(...) a vontade geral, para ser verdadeiramente tal, deve o ser ao seu objeto, assim como a sua essência, e deve partir de todos, para se aplicar a todos, perdendo a retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado (...). Vê-se por aqui que o poder soberano, que é absoluto, sagrado, inviolável, não passa e nem pode passar dos limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente daquilo que lhe foi deixado de seus bens e de liberdade, por estas convenções; de modo que o soberano jamais tem o direito de sobrecarregar mais um súdito que outro, porque então, se o caso se tornar

Não são raros os casos em que se verifica o total descompasso da lei em relação à vontade predominante na sociedade, como também são frequentemente editadas leis sem a observância do regramento constitucional respectivo, em flagrante afronta às disposições da Constituição Federal.

Em um ou outro caso, o sistema jurídico resta abalado, já que seu instrumento historicamente precípua, a lei, deixa de cumprir sua função material de distribuir de maneira justa os direitos e os deveres. Esse estado de coisas leva o jurista a repensar a engenharia do próprio sistema jurídico, de modo a, ainda que respeitada e mantida a conquista essencial da legalidade, reconhecer à lei o papel instrumental que lhe assiste, diante dos mais altos objetivos de cumprimento das disposições constitucionais e da busca de um ideal de justiça.

Pois bem, o fenômeno de alteração dos contornos da legalidade contemporânea deve, a nosso ver, ser analisado também do ponto de vista de dois componentes que são partes dessa tendência. São eles: a constitucionalização do direito e a valorização da figura do intérprete.

4.3. A chamada constitucionalização do direito

A Constituição pode ser posta como objeto de estudo em diferentes ramos do conhecimento humano, sob diferentes perspectivas e métodos. Dessa forma, os documentos constitucionais, a despeito da predominância jurídica das análises formuladas, podem ser, como de fato já foram, analisados sob métodos e princípios da sociologia, da filosofia, da economia e de outras ciências humanas ou sociais.

Dentre as mais célebres análises destacou-se a ideia de que a Constituição jurídica, normativa, somente teria valor se guardasse conformidade com as condições fáticas de poder existentes na realidade⁸¹.

particular, seu poder já não é competente” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-51).

81 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 27. O autor menciona referido entendimento consubstanciado no estudo de Ferdinand Lassale, segundo o qual, ausente a correspondência entre as disposições

Não tardaram os juristas, entretanto, a notarem que referida tese representava um *capitis diminutio* à Constituição, ao Direito Constitucional e ao próprio direito, enquanto sistema que deve produzir efeitos na vida social⁸². A análise da Constituição como fenômeno político e social, a despeito de ser também relevante, não poderia subtrair da lei fundamental o seu caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade⁸³.

Assim, o pensamento jurídico do século XX avançou na direção do reconhecimento do caráter imperativo da Constituição, ainda que de modo gradativo.

Hesse, em clássica obra, rejeitou a tese de que a Constituição representaria mera promessa destituída de força normativa, expressando:

[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais devem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁸⁴.

254

constitucionais e a realidade das relações de poder, sucumbe a Constituição jurídica, que se resume, pois, a um “pedaço de papel” (*ein Stück Papier*), expressão esta que se tornou por demais conhecida e criticada.

82 Dallari ressalta que “a criação da Constituição escrita, no final do século XVIII, teve imediata repercussão política. Entretanto, quanto ao tratamento jurídico das relações humanas prevaleceu uma orientação doutrinária ultraindividualista, privatista e patrimonialista, que, associada a um rigoroso legalismo formalista, levou à predominância absoluta do Direito Civil, o que se tornou definitivo com a publicação do Código Civil francês, em 1804. A Constituição teve um alcance jurídico muito limitado durante o século XIX, sendo concebida como uma espécie de código da ordem pública, no qual se definia a organização básica do governo e se fixavam as regras para sua atuação. O papel mais relevante da Constituição era a fixação de estritos limites para a atuação do Estado” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309-310).

83 Vale mencionar que “o direito constitucional constitui o poder político e vice-versa”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211.

84 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 27

Esse foi o primeiro momento do processo a que se pode chamar constitucionalização do direito. O reconhecimento de que a Constituição e todos os seus dispositivos são normas jurídicas, e, portanto, dotadas de coercitividade.

Mas não é só. O entendimento jurídico sobre a Constituição avançou e atingiu nos últimos anos patamares até então desconhecidos de aplicação da lei fundamental, que passou a permear todos os ramos do direito, todas as atividades de cunho jurídico.

A expressão *constitucionalização*, na acepção aqui adotada, pretende designar o efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico, resultando disso ao menos três principais efeitos: (a) a possibilidade de aplicação direta e imediata da Constituição a diversas situações concretas; (b) a avaliação e declaração de inconstitucionalidade de normas incompatíveis com a Constituição; (c) e a obrigatoriedade de interpretação de todas as normas e atos jurídicos em conformidade com as disposições da Constituição.

No Brasil, é possível dizer que a constitucionalização é um movimento tardio⁸⁵, que somente se inicia após a vigência da Constituição de 1988, que tem papel destacado, seja pelo momento histórico que a precedeu, seja pelos mais diversos interesses que agasalhou e buscou conciliar. Fato é que nossa Constituição passou a tratar de matérias e questões que até então ficavam a cargo

85 A fim de se localizar histórica e geograficamente a tendência de constitucionalização do direito, citam-se exemplos relevantes no direito comparado: na Inglaterra - embora haja uma constituição histórica, não se pode falar de constitucionalização do direito, por não haver naquele país um sistema de controle de constitucionalidade. Também porque não vigora o princípio da supremacia da constituição, mas sim o da supremacia do Parlamento; nos Estados Unidos da América - naquele país, sempre se entendeu que a Constituição tinha aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário. Desde o célebre caso *Marbury vs Madison* (1803), a jurisprudência da Suprema Corte consolidou essa tendência; na Alemanha, a partir da vigência da Lei fundamental de 1949, iniciou-se tendência jurisprudência de aplicação da Constituição a diversos temas, inclusive àqueles próprios do direito provado, sendo célebre o exemplo do Caso *Lüth* (1958), em que se reconheceram de forma pioneira a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua chamada eficácia horizontal. Além disso, é de 1959 a importante obra de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*); na França, a peculiaridade que se verifica é a inexistência de controle posterior de constitucionalidade. Porém, há o reconhecimento da "impregnação" do ordenamento pelos valores constitucionais a partir do início da década de 1970 (nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33-39).

da legislação infraconstitucional, e embora não seja isso o que se quer designar com a expressão "constitucionalização do direito", os dois fenômenos mantêm íntima relação⁸⁶.

Fala-se então em supremacia formal e material da Constituição e esta se apresenta como parâmetro de validade e vetor de interpretação de todo o sistema jurídico.

A questão, se encerrada nestes termos, poderia parecer singela. Ocorre, porém, que há um grave fator complicador a ser considerado: os princípios constitucionais, assim como diversas outras disposições constitucionais e legais, são dispostos no ordenamento de maneira aberta, flexível, de modo a propiciar um número quase variado de alternativas interpretativas sobre as mesmas normas.

Tal fator complicador é, na verdade, sintoma visível de uma tendência mais ampla: a valorização do intérprete da norma jurídica.

4.3. A valorização do intérprete

Como referido, tem se verificado tendência que atua como mais um fator modificador dos contornos da legalidade: é a de se valorizar a figura do intérprete, em um movimento de migração do poder antes concentrado no legislador.

Observe-se que o poder de que se trata é o de expressar a norma jurídica, diferentemente do poder de produzir o texto legal. Este, aliás, não se confunde

86 A constitucionalização marcou-se também pela passagem da Constituição ao centro do sistema jurídico, papel antes ocupado pelo Código Civil. Zagrebelsky observa que o Estado nascido na França após a Revolução de 1789 teve como característica marcante a configuração dos direitos *segundo a legislação*. Ressalta ainda que no Estado francês a “verdadera ‘Constitución’ jurídicamente operante no fu ela Déclaration, sino el Code civil, no en vano denominado com frecuencia la ‘Constitución de la burguesía’ liberal” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 53).

com aquela e a diferenciação entre tais conceitos vem já há tempos sendo frisada pela doutrina da teoria geral e da filosofia do direito⁸⁷.

No ensinamento de Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁸⁸.

Observe-se a perspectiva que Grau dá ao tema do relacionamento entre texto legal e intérprete:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expresso é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete⁸⁹.

Nesse contexto, resta evidente que a norma jurídica de fato aplicável à determinada situação concreta somente se obtém após o exercício de competências públicas complexas e sucessivas, atribuídas a diferentes atores alocados em diferentes Poderes de Estado.

Desse modo, qualquer que seja a corrente de pensamento adotada e ainda que em uma visão estritamente positivista, claramente se vê que o intérprete

87 Kelly faz referência à obra do alemão JOSEF ESSER, um dos precursores na investigação do rico tema da interpretação jurídica: “Na verdade, a preocupação com esse aspecto dos sistemas jurídicos já existia desde há muito tempo, não só antes de Dworkin, mas vários anos antes de *O conceito de direito* de Hart. Foi ventilada pelo Professor alemão Josef Esser, cujo livro *Grundsatz und norm* (Princípio e norma) foi publicado pela primeira vez em 1956. O objetivo de Esser era estudar a interação entre a legislação – na tradição da Europa continental, um termo virtualmente idêntico a ‘direito’ – e sua interpretação. Ao longo de seu trabalho, baseado em uma grande fundamentação comparativa, ele demonstrou que a suposta diferença entre o juiz do *civil law*, preso ao texto de seu código, e o juiz do *common law*, livre para construir novas soluções para novos casos, era amplamente imaginária. O juiz do *civil law* também cria e molda o direito, embora pareça que está somente aplicando o código; e faz isso exprimindo princípios extralegais enquanto seleciona e desenvolve os artigos de seus códigos” (KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 537).

88 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 30.

89 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 30.

participa do processo de construção ou de definição da norma jurídica solucionadora de determinado conflito ou situação concreta⁹⁰.

O que se observa nas últimas décadas é, no entanto, um movimento de valorização da figura do intérprete ou ainda o incremento de seu papel na construção da norma jurídica, em detrimento de uma visão outrora predominante, que reduzia a função judicial à de mera aplicadora das regras legais, pelo clássico método da subsunção.

Ademais, a valorização da figura do intérprete dos textos legais é fenômeno que tem ligação íntima com as características de um direito fluido, com o incremento da força normativa dos princípios e com as exigências políticas de uma maior efetividade do direito posto em relação a seu aspecto finalístico⁹¹.

Com relação ao caráter fluido do direito, apontado pelos pensadores na atualidade, vale citar a lição do constitucionalista italiano Zagrebelsky:

Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su

258

90 Ávila, avaliando as possibilidades de distinção entre princípios e regras jurídicas realça ainda mais o papel do intérprete: “A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, corretamente construída pelo próprio intérprete” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 41).

91 Note-se que, no Brasil, o aspecto finalístico do direito posto deve ser ligado ao disposto no texto da Constituição Federal de 1988 e em especial aos fundamentos da República, arrolados no art. 1º, e aos objetivos do Estado, que se encontram traçados no art. 3º.

*enfrentamiento (en lo referente ao aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal*⁹².

A utilização do qualificativo *dúctil* atribuído ao direito foi criação do jurista italiano e atende satisfatoriamente à intenção de ligar ao direito atualmente praticado as ideias de relatividade, flexibilidade, adaptabilidade.

Tais características são, aliás, próprias de um modo de aplicar o direito que se caracteriza pela maleabilidade dos textos jurídicos, adaptáveis que são a situações concretas, de modo a dar a cada uma delas solução ou resultado justo⁹³.

92 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 14-15.

93 Não se ignore, porém, o risco que se corre ao supervalorizar a posição do intérprete, qual seja, o de se entregar a definição do direito ao subjetivismo, o que leva à total incerteza, situação absolutamente contraditória em relação aos fins da própria lei e do direito. Por tal razão, incumbe à doutrina e à jurisprudência um papel por demais relevante, o de traçar parâmetros minimamente objetivos e seguros para balizar o caminho a ser percorrido pelo intérprete. Há interessante passagem em que Bobbio aborda a polêmica existente entre dois textos clássicos, um de Aristóteles, outro de Platão, em que se dá o diálogo entre vantagens e desvantagens apontadas por cada um deles na análise da produção do direito por leis e das decisões jurídicas tomadas por órgãos de governo ou de justiça em casos concretos, particulares. Ou seja, retrata o autor o confronto que se dá entre as expressões “governo das leis” e “governo dos homens”. A leitura atenta de seu texto, porém, demonstra que, por vezes, o apontamento da absoluta ineficiência de um ou de outro modo de se fazer/aplicar o direito é tendencioso e dá valor apenas a falhas que se possam verificar na prática do exercício do poder: “Como se vê, quem sustenta a tese da superioridade do governo dos homens altera completamente a tese do adversário: o que constitui para este último o elemento positivo da lei, a sua ‘generalidade’, torna-se para o primeiro o elemento negativo, na medida em que, exatamente por sua generalidade, a lei não pode abarcar todos os casos possíveis e acaba, assim, por exigir a intervenção do sábio governante para que seja dado a cada um o que lhe é devido. O outro, porém, por sua vez, pode defender-se alegando o segundo caráter da lei: o fato de ser ‘sem paixões’. Com esta expressão, Aristóteles quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais. (...) Enquanto o primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante, o primado do homem o protege da aplicação indiscriminada da norma geral – desde que, entende-se, o governante seja justo. A primeira solução subtrai o indivíduo à singularidade da decisão, a segunda o subtrai à generalidade da prescrição. Além do mais, assim como esta segunda pressupõe o bom governante, a primeira pressupõe a boa lei. As duas soluções são postas uma diante da outra como se se tratasse de uma escolha em termos absolutos: *aut-aut*. Na realidade, porém, ambas pressupõem uma condição que acaba por torná-las, com a mudança da condição, intercambiáveis” (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 167-168. grifos do autor). O que de fato deve ser reconhecido é que as atividades de legiferação e de aplicação da lei ao caso concreto são interdependentes entre si e, quando se fala em *governo das leis* e *governo dos homens*, há que se ter em conta o sentido figurado dessas expressões, já que *as leis também são feitas e aplicadas por homens* e as atividades de que se cuida são eminentemente humanas (intrinsecamente) e sociais (nos seus efeitos).

Também a tendência de utilização de cláusulas gerais e/ou de conceitos indeterminados na legislação contribui para esse modo de aplicação do direito⁹⁴.

É, porém, no tema da aplicação dos princípios jurídicos que a ductilidade do direito e a valorização do intérprete atingem seu ápice, sendo evidente a postura mais ativa do intérprete em face de textos constitucionais e legais que lhe dão a prerrogativa (e a missão) de construir/desvendar a norma jurídica correta/justa. No atual estágio de evolução do direito, os princípios jurídicos apresentam papel de destaque, quer seja no campo da ciência, quer seja na atividade de aplicação do direito.

Note-se que, a despeito da relevância da discussão acerca do mais correto método de distinção entre princípios e regras jurídicas, permanece viva e relevante a ideia contida em definições clássicas sobre os princípios jurídicos, que realçam a amplitude e a fundamentalidade de tais normas no ordenamento jurídico:

94 No Brasil, há muito estão presentes no direito administrativo expressões legais abertas à interpretação do aplicador do direito, as quais se denominam na doutrina conceitos jurídicos indeterminados (*exempli gratia*, menciona-se a Lei nº 8.666/93: “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”; também a Lei nº 9.784/99: “Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”. No direito civil, o Código Civil Brasileiro de 2002 inaugurou forte tendência no mesmo sentido (“Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (...) Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz”), assim como as reformas implementadas no Código de Processo Civil nas últimas duas décadas se utilizam da técnica mencionada (“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (...) Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”) (grifos nossos).

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática⁹⁵.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁹⁶.

A par das noções de amplitude e fundamentalidade que caracterizam os princípios jurídicos, são as suas funções que de fato realçam sua importância no mundo jurídico, notadamente porque neles se nota uma função orientadora de todo o sistema jurídico. Assim vistos, os princípios são normas jurídicas que propiciam larga flexibilidade, adaptando-se às mais variadas situações concretas, permitindo que de seus amplos mandamentos se extraiam normas jurídicas outras, abstratas ou concretas, a depender da situação fática que se apresenta. Ademais, influenciam a atividade de interpretação/aplicação do direito, tanto no plano da orientação de soluções e aplicações de outras normas, quanto na solução imediata e concreta de situações conflituosas.

Não se olvide, contudo, que a própria definição dos princípios encontra certa controvérsia doutrinária. Aliás, o desenvolvimento de critérios seguros para distinção entre normas jurídicas qualificadas como princípios e normas jurídicas tidas como regras já ensejou enorme esforço doutrinário.

Entre nós, ganharam notoriedade os resultados do estudo desenvolvido por Ávila:

95 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 62. p. 300.

96 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 34-45.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁹⁷.

A distinção pretendida revela sérias dificuldades, havendo quem aponte deficiências em qualquer critério que se formule, porque sempre se encontram casos concretos que podem levar a falhas na aplicação do critério proposto. Foge, aliás, às pretensões deste trabalho, desvendar minuciosamente os aspectos da distinção entre regras e princípios jurídicos.

Não obstante, a contribuição de Ávila deve ser ressaltada, especialmente porque o jurista rio-grandense foi além, identificando determinadas normas jurídicas que não se qualificam como princípios nem como regras, denominando-as postulados. Diante da constatação de que os postulados são normas dirigidas ao próprio intérprete, reguladoras da atividade de interpretação e aplicação do direito, sua importância cresce exatamente num contexto histórico em que a atividade do intérprete se encontra valorizada, por vezes hipertrofiada.

5. CONCLUSÃO: A PERDA OU CONFUSÃO DAS REFERÊNCIAS TRADICIONAIS EM RELAÇÃO AOS PODERES DE ESTADO E SUAS FUNÇÕES PRECÍPUAS

Diante do que se apresenta, não é difícil concluir que as funções outrora atribuídas a cada um dos Poderes de Estado podem vir a se confundir, de modo a

97 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 193.

acarretar a perda das tradicionais referências que norteiam a atuação de cada um deles.

Os componentes estão aí lançados: um panorama em que direitos maciçamente atribuídos na Constituição não se cumprem na realidade concreta; uma frequente constatação de que o Poder Legislativo deixa de produzir leis que atendam ao interesse da coletividade ou as produz em desacordo com a Constituição; a corrente ideia de que o Poder Executivo gere mal os recursos de que dispõe; a crescente tendência de se observar o Poder Judiciário, natural intérprete do Direito vigente, como a última trincheira de guarda dos direitos que a Constituição outorgou.

Diante deste contexto, um número crescente de demandas são levadas ao Poder Judiciário, provocando-lhe uma atuação inevitavelmente política, adotada a expressão como característica daquilo que se decide de modo não propriamente técnico, com ampla discricionariedade e causando relevantes reflexos na vida social⁹⁸.

É certo que se espera dos órgãos judiciais uma postura ativa, de sério enfrentamento de suas competências. No entanto, espera-se também, com a mesma ênfase, a austeridade, a afinação própria de quem já bem sabe que o equilíbrio entre os Poderes é tão importante quanto o controle que se faça entre eles.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES

98 Também não é simples a definição da expressão política e ainda mais complexa parece a tarefa de se distinguir na atividade de um tribunal o que se revela a aplicação do direito e o que se mostra uma atividade política. O tema foi bem abordado por Louis Michael Seidman (*The secret life of the political questions doctrine*. The John Marshall Law Review, n° 37, 2004, pp. 441-480).

NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *The scientific study of judicial activism*. Minnesota Law Review, 2007, vol. 91, pp. 1752-1784.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade. *In DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: 2008.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KMIEC, Keenan D.. *The origin and current meanings of 'judicial activism'*. *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. Tomo I. Parte General.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine*. *The John Marshall Law Review*, nº 37, 2004, pp. 441-480.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.