

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL



VI
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

FERNANDO DE BRITO ALVES

JAIME DOMINGUES BRITO

ALINE REGINA DAS NEVES

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Fernando de Brito Alves, Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do VI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional / Fernando de Brito Alves,
Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves,
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016.
(Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica
do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-35-7

1. Hermenêutica Constitucional. Fernando de Brito Alves,
Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves.

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

A FORÇA DE FRIDA KALO: A LUTA DAS MULHERES PELA IGUALDADE NO SÉCULO XXI	5
Sergio Leandro Carmo DOBARRO Silvia Helena SCHIMIDT	
A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	25
Carolina Ottoboni BAGGIO Jaime Domingues BRITO	
A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF COMO FUNDAMENTO PARA UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA	47
Tatiana STROPPA José Luiz ANTIGA JÚNIOR	
A PRIMAZIA DO JULGAMENTO COM MÉRITO: POSTULADO NORMATIVO, PRINCÍPIO OU REGRA?	67
Rodrigo Magalhães GONÇALVES Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES	
A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E À DIGNIDADE HUMANA NAS GRANDES DESOCUPAÇÕES URBANAS: “CULPA” DA ATUAÇÃO JUDICIAL “HERMÉTICA” OU DO MEDO DA HERMENÊUTICA?	81
Claudia Karina Ladeia BATISTA	
AS INFLUÊNCIAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES E COMENTÁRIOS	105
Matheus Arcangelo FEDATO Vinícius José Corrêa GONÇALVES	
CLÁUSULAS PÉTREAS E A EXTENSÃO INTERPRETATIVA DE SEUS PRECEITOS IMPLÍCITOS	122
Gustavo Souza MANOEL Guilherme Prado Bohac de HARO	
DA SEPARAÇÃO À COOPERAÇÃO DOS PODERES E A ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA BRASILEIRA	145
Gisele Caversan Beltrami MARCATO	
DIREITO À MORADIA E AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE SOBRE A PENHORA DO IMÓVEL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO	164
Edgar Dener RODRIGUES	

Zulmar FACHIN

- ENSINO RELIGIOSO PÚBLICO SOB A ÓTICA A CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS** 180
Ana Carolina Greco PAES
Cerise de Castro CAMPOS
- ESTADO DE EXCEÇÃO: O ARQUÉTIPO BIOPOLÍTICO MODERNO, UMA REFLEXÃO À LUZ DA PENA E DA SOBERANIA** 196
Roberto da Freiria ESTEVÃO
Amanda Caroline de Azevedo Mendes SOARES
- SOBRE O PENSAMENTO MARXISTA E O CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA: BASES PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA** 210
Pietro ALARCÓN
- UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA FRENTE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL** 228
Murilo Aparecido Lorençoni LIMA
José Artur Teixeira GONÇALVES

A FORÇA DE FRIDA KALO: A LUTA DAS MULHERES PELA IGUALDADE NO SÉCULO XXI

Sergio Leandro Carmo DOBARRO¹

Silvia Helena SCHIMIDT²

RESUMO

Trata-se de um estudo reflexivo a respeito da discriminação de gênero e a proteção à mulher, frente a uma sociedade com conotações patriarcais. A busca pela igualdade vem sendo a razão de extensas lutas nos mais diferentes períodos. O presente artigo objetiva analisar o preconceito e a discriminação contra a mulher, tomando por base a vida e obra de Frida Kahlo, que ultrapassa contextos culturais e históricos, e de forma atemporal exprime, revela e suscita com sensibilidade e beleza a trajetória das mulheres, proporcionando a estas a lutar por novos objetivos, sobretudo afirmando-se como cidadã e sujeito de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Frida Kahlo; igualdade de gênero; discriminação; violência contra mulher; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This is a reflective study about discrimination and the protection of women, in a society with patriarchal connotations. The search for equality has been the result of extensive fighting in many different periods. This article aims to analyze the prejudice and discrimination against women, based on the life and work of Frida Kahlo, which goes beyond cultural and historical contexts, and form timeless expresses reveals and raises with sensitivity and beauty to career women, providing these new goals to strive for, especially asserting as a citizen and subject of law.

KEY-WORDS: Frida Kahlo; gender equality; discrimination; violence against women; dignity of human person

INTRODUÇÃO

Durante grande parte da história mulheres e homens desempenhavam papéis sociais

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, graduação em Administração pela Faculdade de Ciências Administrativas e Contábeis de Lins e Especialização em Administração de Marketing e Recursos Humanos. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Atualmente, é escriturário da Prefeitura Municipal de Promissão/SP. Possui experiência de 10 (dez) anos como professor e coordenador em cursos de Assistente Administrativo, Assistente Comercial, Auxiliar Financeiro, Auxiliar em Cobrança, Auxiliar em Compras e Estoque, Auxiliar em Recursos Humanos, Auxiliar em Departamento de Pessoal, Auxiliar de Escrita Fiscal, Auxiliar Contábil, Auxiliar de Custo. Idealizador e palestrante de Marketing Pessoal, Capacitação em Vendas, Telemarketing, Telefonista e Recepcionista. É pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais (DiFuSo) e Reflexões sobre Educação Jurídica Brasileira. Autor de publicações nacionais e internacionais.

2 Aprovada em Concurso Público para Outorga de Delegação de Serviços Notariais e Registrais do Estado do Maranhão - Edital 01/2011, empossada e investida na titularidade dos serviços Notariais e Registrais em 19 de Agosto de 2013. Aprovada em Concurso Público para Outorga de Delegação de Serviços Notariais e Registrais do Estado do Rio Grande do Norte - Edital 01/2012.

dísparos, e os motes de gênero sempre estiveram ligados às relações sociais e os papéis exercido numa sociedade, ponderando que as diferenças sexuais foram estimadas por vários povos e culturas ocasionando detrimento para a figura feminina. O corrente artigo ambiciona destacar o princípio da isonomia (igualdade) em face da dignidade da humana, positivado na Constituição da República, resguardando o direito à igualdade entre homens e mulheres, premissa fundamental a cooperar com a consolidação das tutelas jurídicas positivadas no próprio diploma constitucional e nas demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, analisar-se-á a discriminação e preconceito contra a mulher no Brasil, e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Neste deslinde, busca tal artigo, o convívio de todos sem qualquer distinção, isso, pressupõe oportunidades iguais para aptidões iguais, dentro de critérios e objetivos razoáveis.

Diante dos questionamentos a pesquisa teve como base a vida e obra da pintora mexicana Frida Kalo, uma das figuras mais importantes de todo o século XX. A história de Frida encontra relevância em muitos aspectos de sua vida. De gênio forte e personalidade irreverente, sua vida foi assinalada por um turbilhão de ocorrências, os quais ilustram suas pinturas e as tornaram representações fantásticas de suas experiências.

A perspectiva com as obras de Frida Kahlo partiu do pressuposto de que a utilização de abordagens variadas promoveria a articulação mais humanizada e sensível da apreciação da trajetória de seus momentos de vida e de suas atuações profissionais, enriquecendo a observação e a compreensão mais densa de seus efeitos na construção da igualdade de gêneros.

A pesquisa almeja mais que alistar ferramentas para se eliminar a danosa discriminação contra a mulher, mas retirar seu leitor da plausível condição de alheamento e alçá-lo à zona de consciência ante ao tema.

Indubitavelmente, a matéria é bem complexa. E não se pode negar que toda essa problemática traz motes muito sérios e envolvem temas alusivos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

QUEM FOI FRIDA KAHLO

Magdalena Carmem Frieda Kahlo Calderón nasceu em 06 de julho de 1907, na cidade de Coyacán, México. Contudo, a mesma persistia em dizer ter nascido em 1910, ano

do início da Revolução Mexicana, quando na realidade nascera em 1907. Este elemento é importante para os estudos sobre ela, pois mostra a sua necessidade em vincular-se a momento histórico tão significativo para o México e, portanto, para ela própria, pois proclama uma posição nacionalista como também reflete a precisão de inserir-se em uma conjuntura de glória, no qual o povo mexicano, através de um processo revolucionário procurou as modificações que deveriam tornar aquela sociedade mais igual e justa.

Neste deslinde Frida Kahlo usou desta abertura para mergulhar na problemática nacional e nela própria, retratando fêmeas que sofreram e sofrem, numa dupla visão da própria artista.

Já cedo, Frida Kahlo alimentava uma viva relação com a pintura, pois seu pai, que era fotógrafo, a levava em turismos campestres para pintar. (Frida, 2002).

Sua vida foi abalada por uma cadeia de problemas de saúde, que tem princípio no ano de 1913, quando a poliomielite, afetou-lhe a perna esquerda. Outro episódio mudou em decisivo a vida de Kahlo. O acidente passado num transporte coletivo em 1925 transformou completamente o seu destino, pois almejava cursar medicina, mas com o extenso tempo que passou no hospital em convalescença, apartou-se da ideação profissional e principiando a pintar compulsivamente, aproximou-se mais da produção artística, levando consigo a consternação do sofrimento passado. (Frida, 2002).

Algum tempo atrás, talvez uns dias, eu era uma moça caminhando por um mundo de cores, com formas claras e tangíveis. Tudo era misterioso e havia algo oculto; adivinhar-lhe a natureza era um jogo para mim. Se você soubesse como é terrível obter o conhecimento de repente – como um relâmpago iluminado a Terra! Agora, vivo num planeta dolorido, transparente como gelo. É como se houvesse aprendido tudo de uma vez, numa questão de segundos. Minhas amigas e colegas tornaram-se mulheres lentamente. Eu envelheci em instantes e agora tudo está embotado e plano. Sei que não há nada escondido; se houvesse, eu veria. (CASTAÑEDA, 1997, p. 27).

No começo, pintou retratos de familiares, e um auto-retrato, dentre tantos. O acidente causou-lhe marcas para toda a sua vida. (Frida, 2002).

No ano de 1928, agrupou-se a um ambiente de intelectuais. Reencontrou Diego Rivera, e casaram-se em 21 de agosto de 1929, Frida Kahlo começou a percorrer por outras partes da América, onde seu marido era convidado a pintar. Destas viagens vinham suas reflexões:

O México, como sempre, está desorganizado e confuso. A única coisa que lhe resta é a grande beleza da terra e dos índios. Todos os dias, a parte feia dos Estados Unidos rouba um pedaço; é uma lástima, mas as pessoas têm que comer e é inevitável que os peixes grandes devorem os pequenos. (CASTAÑEDA, 1997, p. 45).

A viagem por outros países rendeu-lhe material para a produção de obras que refletem sua relação e do México com o estrangeiro, em especial os Estados Unidos, neles as noções que apontam a presença mexicana se replicam ao industrialismo norte-americano, exibindo o ponto do dualismo desenvolvimento X subdesenvolvimento, como parte do processo de dominação imperialista. (Frida, 2002).

Teve um casamento foi conturbado, por conta das infidelidades do marido, a fragilidade de sua saúde levou-a a hospitalizar-se várias vezes para tratar de problemas isolados, como também para tratar-se de efeitos dos problemas físicos já existentes. Um aborto espontâneo pôs fim à expectativa de ter um filho, fato este que se tornou uma temática reiterada em sua obra. (Frida, 2002).

Frida Kahlo é um dos maiores intérpretes do sofrimento em um século que conheceu, talvez não o maior sofrimento de todos os tempos, mas certamente a mais injustificada, e portanto vergonhosa, cínica, pública, programada, irracional e deliberada forma de fazer sofrer mais do que nunca. (KAHLO, 1996, p.12).

Em 1953, sua perna direita foi decepada, abaixo do joelho. No ano subsequente foi também hospitalizada por dois meses, para recuperar-se de uma broncopneumonia, falecendo na madrugada do dia 13 de julho de 1954. (Frida, 2002).

Assim, diante ao real, ao impraticável, à impotência, à frustração, Kahlo fez uma “opção obrigada” como sujeito do inconsciente. Desta forma, então, passa a produzir uma esplendidíssima obra, cuja dor e cores são intensas e reportadas nas suas pinturas. Nas palavras de Peres: “Na pintura o encontro maior, de uma história não apenas de uma mulher, mas de um povo que se viu transpassado por muitas flechas”. (PERES, 2002, p.42).

A discriminação de gênero sob o olhar da obra de Frida Kahlo

A consternação da discriminação de gênero sob a visão da obra de Frida Kahlo. Na compreensão deste estudo, a obra “A Coluna Quebrada”, representa que a discriminação de gênero assenta as mulheres em desvantagem em relação ao homem em várias circunstâncias sociais. A desvantagem piora ainda mais quando o fator de gênero se conecta a discriminação étnico-racial. No mundo todo, o estado das mulheres é inquietante. Em países desprovidos, às condições de miséria e de exclusão social que abrangem homens e mulheres adicionam-se as discriminações de gênero, sexual, étnica e racial presentes nos abalizadas conjunturas socioeconômicas. Ressalta-se que em todas as classes sociais, as mulheres são vítimas de violência (física, psicológica, sexual e moral), afrontam problemas de ingresso ao trabalho e à

geração de renda, à escolarização e à participação na vida política. Em um país de tamanhos continentais como o Brasil, com enormes desigualdades sociais em virtude da distribuição de renda muito desigual, o quadro social torna-se extremamente complexo. As desigualdades de gênero e de raça/ etnia são causadas em meio a densas diversidades regionais e tradições culturais caracterizadas.

Entende-se, deste modo, que opor-se e afrontar podem ocasionar sofrimento. A pintura “A Coluna Quebrada” de Frida Kahlo é analisada por Burrus (2010, p. 83) da seguinte forma: “sobre um fundo de terra aberta em fendas por um terremoto, Frida coloca seu corpo em um vazio total. Ela olha diretamente para frente como se quisesse obrigar o espectador a enfrentar seus sofrimentos”.

A respeito da mesma obra expõe Kettermann: No ano de 1944 quando Frida Kahlo pintou este auto-retrato, a sua saúde agravava chegando a ter de utilizar um colete de aço com a finalidade de tomar o lugar da sua coluna fraturada. A rachadura de seu corpo e as fendas da paisagem desabrigada e gretada torna-se um símbolo da solidão e da dor da artista. (KETTERNMANN, 2010, p.68).

Em uma carta direcionada a Antonio Rodríguez em 1952, Frida Kahlo escreve sobre sua arte: “Quisera ser merecedora, junto com minha pintura, do povo que pertencço e das idéias que me dão força [...] Quisera que minha obra contribuísse para a luta do povo pela paz e pela liberdade.” (HERRERA, 1984, p.222).

Este recorte mostra que para Kahlo a pintura conectava pela via da sublimação arte e política

A pintura “A Moldura” de 1939 é um auto-retrato realizado em cima de uma folha de alumínio, mas a moldura do título o contorno com flores e dois pássaros, foi pintada em um vidro assentado sobre o metal. A citada pintura tornou-se da primeira obra do século XX, de um artista mexicano, a ser comprada pelo importante Museu do Louvre, de Paris. Na conjuntura desta pesquisa a associação com esta obra e o tópico abordado é simples e direta. A “A Moldura” importa um marco, uma vitória na vida de Frida. O auto-retrato é encaixilhado por flores como uma coroação. De tal modo, é o contexto retratado neste tópico. A condição de sucesso vivida por muitas mulheres na contemporaneidade é triunfo e conquista por suas trajetórias pessoais, já que, por pertencerem a grupos que são considerados discriminados têm em seus cotidianos permeados de ocorrências que distinguem preconceito e discriminação, explícitos ou não, gerando intenso sofrimento psíquico. Tal conjuntura intensifica a exigência

de esforço e cobranças pelo desempenho diferenciado.

No próximo tópico será estudada a citada discriminação quanto à mulher brasileira.

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA MULHER NO BRASIL

Discriminar é separar, apontar, diferenciar distinguir.

Nas palavras de Cruz (2005, p.15):

[...] toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

Não se une a discriminação com os princípios do Estado Democrático de Direito. Entretanto, em uma análise mais polida faz perceber que situações há em que, sem denegar tais princípios, manifestar-se imperativo a prática da discriminação.

Desta forma, nega-se a disposição da convivência em sociedade, denega-se a vida em Estado democrático, ferem completamente os princípios da isonomia, assegurado de forma fulgente o direito a igualdade na Constituição Federal (LGL\1988\3), de acordo com o enunciado no art. 3.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Independente do motivo, pretexto ou condição da origem, a discriminação, normalmente vem acompanhada com um argumento.

Segundo Barros (1995, p.39):

[...] a palavra discriminação é de origem anglo-americana; do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção. [...] De acordo com a doutrina italiana, ela traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, no caso, o sexo, lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem".

Contemporaneamente, os fatos que ocasionam a exclusão e discriminação das mulheres estão enraizados na essência da própria cultura de nossa sociedade.

Ainda que se tenham normas jurídicas apregoando a igualdade, correto é que a desigualdade entre os gêneros ainda não está dissipada. Desta forma, a mulher permanece sendo objeto da igualdade, já o homem é o sujeito e o protótipo deste pretendido sistema de igualdade.

Vislumbra-se que os citados fatos, são oriundos de uma cultura patriarcal, ou seja, patriarcalismo leva à edificação social do direito e da política estabelecendo duas circunstâncias: uma aparente, que é a denominada igualdade de todos diante a lei; outra,

invisível, que é a eficaz desigualdade.

A cultura patriarcal estabelece o reconhecimento de um conjugado de valores, de crenças e de atitudes, de tal modo que um certo grupo humano, no caso o homem, se avalia, pela simples natureza, superior à mulher.

Neste deslinde, o patriarcalismo compõe o alicerce da exclusão, isto é, o conjunto de estruturas que estão arraigados no esqueleto de uma sociedade, a partir dos quais certos indivíduos ou grupos são repulsados ou desfavorecidos de sua integral participação na cultura, na economia e na política da própria sociedade em que habitam. Salienta-se, desta forma, que desde o patriarcalismo, o homem sempre se determinou como um ser humano distinto, favorecido de certa coisa a mais, ignorada pelas mulheres.

Observa Robortella (2003, p. 2.):

Com diferentes graus de importância, conforme a sociedade em que vivia, a mulher ofereceu sua contribuição, a qual, via de regra, foi desvalorizada. Esse estado de coisas resultou do espírito marcadamente patriarcal que caracterizou a história da humanidade, expresso nesta passagem de XENOFONTE: 'Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os Deuses a puseram nos serviços caseiros, porque ela suporta menos bem o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que vagueiam pelas ruas são desonestas'.

A respeito do tema, a doutrina mais antiga mostra, a ideia da mulher como uma pessoa frágil, um ser rebaixado ao homem, que teria se volvido redondamente dependente do outro, carecendo, portanto, de um amparo especial, aferido pelo Estado. Destaca-se que no século XVIII, que por inúmeras razões oriundas da natureza das coisas, na família quem deve liderar é o pai. Desta forma, entre o pai e a mãe, o comando não deve ser análogo, mas é necessário que o governo seja singular e quando os ditames forem descompasses, será conciso que tenha uma voz principal que determine, porém quando o balanceamento é exato, satisfaz uma palha para fazer a balança pender para um dos lados. (ROUSSEAU, 1981, p. 149).

Tais apreciações mostram um arcabouço cultural enraizado em estereótipos sexistas, que conferem à mulher, o mito da fragilidade feminina e o preconceito do homem com relação às atividades domésticas e familiares. Ressalta-se que o sexo não poderá compor discernimento para imputações de incumbências à mulher e ao homem na família, na sociedade e no trabalho.

A revolução industrial foi um marco para o trabalho feminino, já que, até então, as atividades exercidas pelas mulheres eram apreciadas de menor relevo. Entretanto, com os novos fatores ensartados pela industrialização, a força de trabalho de ambos os sexos foi

comprometida. Assim, a mulher, antes avaliada mais fraca para os afazeres braçal, poderia utilizar aparelhos que perpetrariam a produção depender menos de força física. Neste deslinde, nota-se que até este período, o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi estimado um “não-lugar”. Evidencia-se que ocorria um completo paradoxo arraigado junto à sociedade, ou seja, a presença da mulher era, na verdade, a história de sua ausência, em virtude de sua subordinação ao marido, ao pai, sem direito de voz. (MAIOR, 2008, p. 354-355).

Incidem nas mulheres preconceitos de variadas ordens, se comparada com os homens, em razão de sua posição, situação e hierarquia que era subordinada aos processos de divisão social, divisão sexual e, até mesmo, divisão racial do trabalho.

Assim, todas as práticas discriminatórias contra a mulher compõem maneiras de violentá-la. Deste deslinde, no próximo tópico será abordada a violência contra a mulher no Brasil.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Salienta-se que na grande maioria das vezes o uso da força física masculina sobre o corpo da mulher ocorre através da íntima convivência com os homens agressores.

Mesmo de que a violência também seja também realizada por estranhos no processo de socialização feminina, as agressões em sua grande maioria, partem dos parentes, especialmente dos maridos e companheiros, a frequentemente chamada “violência doméstica”.

Neste deslinde vislumbra-se a falsa ideia de que a violência doméstica ocorre apenas entre as hierarquias inferiores da sociedade. Ela perpassa as classes sociais, as etnias, independente do grau de escolaridade das mulheres agredidas e dos agressores. Ressalta-se que tais agressões podem ser tipificadas como lesões corporais, assassinato ou estupro, bem como as formas psicológicas de abuso.

As violências, mesmo que indiretamente, tem relação com a força física masculina, como elemento intimidador, entretanto isto não é causa para alçá-la à condição de impulso e pretexto para as agressões.

Em virtude de visões preconceituosas, que fatalmente inferiorizam as mulheres, os homens acabam sendo situados como detentores do poder social. Tal premissa não proporciona motivo que a esclareça, trata-se em um conglomerado de pontos retroalimentados

e interligados.

Assim, a não aceitação da sociedade quanto à violência contra a mulher exibe um viés mais ideológico que prático.

A violência contra a mulher não é algo reservado a exclusivamente alguns países, tampouco uma ocorrência restrita da contemporaneidade.

Embora baseados em definições variadas do fenômeno estudado, 35 estudos de 24 países revelam que entre 20% (Colômbia, dados de uma amostra nacional) e 75% (Índia, 218 homens e mulheres num estudo local) das mulheres já foram vítimas de violência física ou sexual dos parceiros. Em estudos com amostras nacionais dos Estados Unidos e Canadá, 28% e 25% das mulheres, respectivamente, reportam que foram vítimas deste tipo de violência. Em cidades dos Estados Unidos, uma entre cada seis mulheres grávidas já foi vítima da violência dos parceiros durante a gestação. De 10% a 14% de todas as mulheres norte-americanas declararam que os maridos as forçam a fazer sexo contra a sua vontade (...) (BRANDÃO; GONÇALVES, 2004, p. 313).

No Brasil, de acordo com Brandão; Gonçalves (2004, p. 314):

A violência doméstica e o estupro seriam a sexta causa de anos de vida perdidos por morte ou incapacidade física em mulheres de 15 a 44 anos – mais do que todos os tipos de câncer, acidentes de trânsito e guerras.

Importante ressaltar, que a violência contra as mulheres não se restringe unicamente a atos de agressão contra o seu corpo, através do abuso sexual, tortura psicológica ou física, ou seja, a mulher sofre uma violência cotidiana, vinculada e enraizada no imaginário social coletivo da nossa sociedade, de homens, e mulheres, que validam a dependência do sujeito feminino a comando do poder masculino.

É claro no dia a dia, o entendimento de estereótipos que amoldam maneiras singulares de discriminação e preconceito por meio de personagens da vida diária, por exemplo, a dona de casa, a doméstica, professora, e outros tipos, cuja representação se transformou em um item tão vendível quanto qualquer outro artigo de consumo. Neste deslinde frisa-se também o corpo explorado por meio da mídia, além de convir às leis mandatárias do comércio e do turismo sexual.

No Brasil, militantes dos direitos humanos, cientistas políticos e sociais têm se comprometido constantemente na verificação, na denúncia e na divulgação dos elevados indicadores de violência cometida contra as mulheres pelos homens.

Neste diapasão, perante a esta conjuntura histórica é que, presentemente, se sugere a precisão de consolidar o fim da desigualdade de gêneros, entre homens e mulheres e a dignidade da pessoa humana. Tema do próximo tópico.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IMPORTÂNCIA DA IGUALDADE DE GÊNEROS

A Igualdade entre mulheres e homens é um ponto de direitos humanos e uma qualidade de justiça social fundamental, sendo igualmente uma condição essencial e imperativa à dignidade da pessoa humana, a igualdade, o desenvolvimento e a paz social, logo, direito fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana está arrolado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o que certifica em sua distinção em relação aos direitos fundamentais, já que foi disposto no texto constitucional como fundamento da República, tendo função de valor estruturante do ordenamento jurídico, a ser consubstanciado pelos direitos e garantias fundamentais.

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; (BRASIL, 2016a).

O citado princípio independe de qualquer ocasião sólida, em virtude de ser inerente a toda e qualquer pessoa humana, isto é, todos são iguais em dignidade enquanto reconhecidos como pessoas, mesmo que não cheguem a ter atitudes apropriadas com seus semelhantes ou consigo mesmos.]

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2009, p. 65).

Observa-se que a proteção constitucional à própria pessoa humana que vai além da previsão desta enquanto fundamento, já que com a afirmação dos direitos e garantias fundamentais, além da proteção, teve também o desígnio de consolidação da dignidade da pessoa humana; deste modo, não é a pessoa que existe em função do Estado, mas sim o oposto.

Frisa-se que mesmo os direitos fundamentais possuindo a dignidade da pessoa humana como fundamento justificante do próprio princípio, alcança-se a outros direitos

fundamentais autônomos, cominando caráter de norma de direito fundamental à dignidade da pessoa humana, a qual, em virtude da sua característica de elemento intrínseco do ser humano, não poderá ser disponibilizada apenas pelo ordenamento jurídico (SARLET, 2009, p. 70-77).

Desta forma, fica clara a conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, mesmo que este princípio tenha sido instituído pela Carta Constitucional na qualidade de princípio e valor fundamental estruturante de todo o ordenamento jurídico, tão-somente ocorrerá sua realização quando da garantia dos direitos fundamentais, já que o cerne de tal princípio fundamenta a instituição dessas garantias.

Conforme fundamenta Barcellos (2008, p. 121), “o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente”.

O conceito de dignidade, mostra-se ser polissêmico, já que detecta abalroamentos que partem da relação existente entre o ser humano, considerado em si mesmo, dotado de razão e a ideia de dignidade, bem como estudos que enfocam em ângulos correlativos à política, à filosofia, à cultura e à história.

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (SARLET, 2009, p. 35).

Destarte, na filosofia kantiana, a dignidade humana se poussa na natureza racional do ser humano, isto é, é uma característica, uma especialidade inerente, e não uma permissão estatal. Esta é a concepção de Sarlet (2009, p. 47):

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa.

Sendo elemento inerente à pessoa humana, a dignidade surge como arrolada ao elemento racional do ser humano. Prontamente, como a razão tem na pessoa a sua morada, são constituídos a partir dela limites morais, os quais corporificam o reconhecimento da dignidade inerente a todos os homens e a necessidade de respeito igualitário de direitos. Ressaltam-se as palavras de Vieira (2006, p. 67):

O papel fundamental da razão é habitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.

Entende-se assim, que a dignidade nasce com a pessoa, ou seja, é inerente à sua essência, sendo, incondicionada, disjunta de qualquer discernimento. Ao seu respeito como preceito, e a violação como exceção, tem-se como base o fundamento da ação humana, que é a razão, a qual imprime no íntimo da pessoa o reconhecimento de que todos os demais são seus iguais e tem direito ao mesmo tratamento correto.

Neste sentido, afirma Silva (2007, p. 146):

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano.

O entendimento de dignidade da pessoa humana agrupa uma cadeia de apreços de ordem política, cultural, histórica e filosófica. A finalidade hodierna é ligar, dentro do possível, todas estas concepções objetivando um sentido que dê vigor à dignidade.

Perante este cenário, costuma-se abalizar corretamente de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se averigua que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas (SARLET, 2009, p. 46).

Assim, o fundamento ínfimo para compreender a dignidade humana pode ser tirado do pensamento kantiano, que veda a coisificação e instrumentalização do ser humano, independentemente de suas particularidades.

O entendimento a qualquer consideração ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana engloba a conjuntura histórico-cultural na qual se insere a pessoa humana, isso não quer dizer que uma avaliação não possa ser entendida, porém é imperioso ter consciência que sempre será incompleta em virtude das ocorrências das quais o direito encontra todos os dias e cuja resposta para os problemas tenham que ser rápidas. Assim sendo fica claro que uma significação precisa do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. (SARLET, 2009, p. 100).

No intuito de uma compreensão mais abrangente de dignidade humana, é benéfico conectar as concepções jusnaturalista e historicista em torno da origem e desenvolvimento dos direitos humanos. Do historicismo, surge a análise de que o entendimento de ser humano é algo variável nas dimensões espaço-tempo; do jusnaturalismo, o alicerce do ser humano digno por natureza.

O mais adequado parece ser equilibrar tais entendimentos. Com efeito, não se toma nem o jusnaturalismo, tampouco o historicismo, como ideias absolutas, mas sim

harmonizáveis, sendo assim, é importante averiguar que o direito pisa para uma avaliação mínima do que venha a ser dignidade da pessoa humana, assim, a questão problemática não é de avaliação, mas sim de falha efetivação diante da flagrante violação a este princípio.

Neste diapasão, a efetiva dignidade humana compreende a igualdade, ou seja, estabelece que, em uma sociedade, homens e mulheres gozem das mesmas oportunidades, rentabilidades, obrigações e direitos em todos os campos.

Deste modo, mulheres e homens devem ter e efetivamente gozar dos mesmos direitos, já que a Constituição Federal do Brasil estabelece em seu artigo 5º, caput e inciso I.

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 2016a).

Na contemporaneidade a grande batalha é pela igualdade dos direitos entre homens e mulheres, das raças, dos estrangeiros e das classes sociais minoritárias. A Carta da ONU de 1948 declarou expressamente a igualdade de direitos entre todos os homens.

O cenário da igualdade está conexo à outra categoria de nosso tempo: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Aquela se constituiu com o aumento das cidades e com a significação do sentido do público e do privado e esta, é alicerce para todos os outros direitos inerentes ao homem, em latu sensu, mulheres e homens.

Retoma-se o texto legal anteriormente mencionado:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2016a).

Perante este contexto é que, presentemente, se indica a precisão de solidificar o término da desigualdade de gêneros. Não é suficiente somente promover o princípio da igualdade formal como algo a ser atingido, pois a igualdade puramente formal, na realidade, não traz a eficaz igualdade, no mundo sinóptico. De acordo com as palavras de Ferraz (2005, p.1199-1200).

Entre ambas, há uma enorme diferença. JOAQUIM B. BARBOSA GOMES observa que o conceito de igualdade material ou substancial recomenda 'que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade

das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas ou desfavorecidas.

Ressalta-se que o que se busca é a igualdade por meio das desigualdades. A desigualdade não é universal e homogênea, mas dinâmica e sucessiva. Também não se pode deixar de lado o caso de que a desigualdade é um grupo quantitativo, e não meramente qualitativo, uma vez que todas as mulheres não sofrem a mesma desigualdade.

De início, a desigualdade afeta, de forma homogênea, todas as áreas em que as mulheres operam como também sucedem sobre os díspares grupos coletivos de mulheres, já que a amplitude da opressão é alçada na exata magnitude em que amortece o enquadramento da mulher na pirâmide social da comunidade a que pertence.

Neste deslinde, o desenvolvimento da cidadania, ocorre, fundamentalmente, pela consideração do papel da mulher dentro da sociedade. A igualdade entre mulheres e homens nas sociedades contemporâneas deprecia, assim, uma dobrada intercessão: nas composições da própria sociedade e nas formas jurídico-políticas de desempenho. Deste modo, não podem as mulheres desempenhar os seus papéis, como legítimas titulares de direitos, sem que, antecipadamente, sejam retribuídas em sua autoridade e racionalidade.

Assim, se antigamente a igualdade simplesmente formal foi uma ferramenta ideológica que toou para camuflar a exclusão das mulheres da cidadania, na contemporaneidade, a igualdade material deve solidificar o princípio da igualdade de chances, por meio das políticas que passam da mera enunciação do princípio da igualdade ante as leis para o campo da efetiva igualdade entre homens e mulheres. Neste cenário, as políticas ampliadas pela União Europeia comportam asseverar que o princípio da igualdade de oportunidades tem como finalidade efetiva a eficaz inclusão das mulheres junto ao mercado de trabalho e, a harmonização entre a vida familiar e a vida laboral, para que as mulheres não cedam suas atividades laborativas em virtude da maternidade.

Vislumbra-se ser preciso, também, resguardar o mercado de trabalho da mulher. Maior (2008, p. 354-355) ilustra com suas palavras a atitude utilizada pelos detentores dos meios de produção, no sistema capitalista que principiava a abrolhar, após o começo da Revolução Industrial:

Voltando a paz, regressando ao lar os soldados de ontem, ocorreu um fenômeno grave e curioso. A mulher, pela sua debilidade física, foi considerada trabalhador de categoria secundária, por isso, mal remunerado. Pela má remuneração, ela se via obrigada a trabalhar além de suas forças para ganhar mais. E porque, impelida pelas inadiáveis e urgentes necessidades de sua família, se curvara às posições dessa

concorrência em busca de emprego, os empresários lhe ofereciam pouco salário. Criava-se um círculo vicioso ameaçador, que punha em risco a integridade física e a saúde em geral da mulher, mãe dos operários de amanhã. (MAIOR, 2008, p. 354-355).

Neste diapasão torna-se claro a necessidade da eliminação da cultura patriarcal na sociedade contemporânea. Deste modo o que se deve ter por objetivo é a concessão da total cidadania às mulheres, mudando a apreciação de representação política, por meio da democracia paritária, para que a apropriada política igualitária possa causar, de forma sólida, a igualdade entre os sexos.

O CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER

Ocorreu em abril de 1985, na cidade de Belo Horizonte o VII Encontro Nacional Feminista. Tal encontro, organizado por Ruth Escobar, nasceu os debates que auferiram extensões nacionais e formalizou-se a proposta de criação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher. Contudo, a proposta exposta foi repelida quanto à sua forma, pois a concepção deste Conselho seria através de um Decreto-lei e, quanto ao processo, foi compreendido por muitas feministas como anti-democrático.

Estamos conscientes de que o sistema, através dos órgãos oficiais do Estado, reconhecendo a importância e o alcance das idéias feministas e de nossa militância e não podendo mais ignorar-nos, vem por isso assumindo nosso discurso ideológico. [...] Sabemos, entretanto, que é uma utopia acreditar que as idéias feministas sejam assumidas pelas entidades oficiais do Estado. (“Carta de B.H” apud SCHUMACHER, 1993, p.354).

No ano de 1984, um grupo de mulheres, que apoiavam a candidatura de Tancredo Neves, na época governador de Minas Gerais - à Presidência da República requereram que, se este lograsse êxito e fosse eleito presidente nas eleições indiretas que seriam concretizadas em 1985, Tancredo Neves precisaria batalhar pela concepção de um órgão, a nível federal, que pudesse nortear o poder Executivo em relação às políticas públicas para as mulheres. Deste modo, Tancredo Neves empenhou-se formalmente a lutar pela concepção desse órgão e enviar para o Congresso Nacional um projeto de lei neste sentido.

Como lembra Campos (1988, p. 115):

Sensível ao imenso papel desempenhado pelas mulheres nas transformações que o país estava vivendo, Tancredo recebeu, em agosto de 1984, na Convenção Nacional do PMDB, que o indicou como candidato das oposições às eleições que seriam disputadas no Colégio Eleitoral, uma delegação das Federações de Mulheres. Naquela oportunidade, foi lido um manifesto por Terezinha Zerbini, onde as Federações reivindicavam a criação de um Ministério da Condição Feminina. Tancredo acolheu, de imediato, o pleito, se propondo a criar – se eleito – um

organismo que fosse o embrião do futuro ministério. Nascia a idéia do Conselho Nacional da Condição Feminina.

O Colégio Eleitoral, em janeiro de 1985, reuniu-se e, por através de eleições indiretas, Tancredo Neves foi eleito Presidente e José Sarney Vice-Presidente da República. Em razão da saúde debilitada, Tancredo Neves não pode ser empossado e José Sarney tomou a Presidência em 15 de março de 1985. Dias depois Tancredo Neves faleceu. Com o falecimento de Tancredo Neves, ocorreu a volta da pressão e das articulações de mulheres para que o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres voltasse a ser instituído. Por meio desta iniciativa, as mulheres organizadas renovaram os esforços para o prosseguimento deste projeto com particular apreensão para que, neste período de redemocratização, o Conselho fosse instituído pelo Congresso Nacional e não por um decreto presidencial.

Entregue à Presidência da República pelo Ministro da Justiça Fernando Lyra, em 18 de junho de 1985, o Congresso Nacional expôs o Projeto de Lei Nº. 5.778/85 que sugeria a concepção do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

Em 29 de agosto de 1985 foi criado em nosso país, depois de uma década de mobilizações dos movimentos feministas, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), através da Lei Nº. 7. 353116.

Importante observar que o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher é uma instância da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, sendo o órgão maior de representação da mulher no campo governamental, na supervisão das políticas públicas sugeridas pelas mulheres ou firmadas pelo Estado brasileiro. Isto com o Executivo, Legislativo e Judiciário. Além de ser uma instância de seguimento dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Deste modo, nota-se que as declarações citadas, proporcionam alicerces concretos para a preservação das conquistas já obtidas e para a aquisição de novos progressos a favor das mulheres, no interesse do aperfeiçoamento de nossas sociedades como um todo.

Neste deslinde, o impedimento de retrocesso social tem incontestável natureza principiológica, por expor um componente finalístico, interpretado na garantia do nível de efetivação dos direitos fundamentais sociais e a estável ordem constitucional de desenvolvimento dessa realização.

Assim, nega-se a sua caracterização como mera particularidade de efeito jurídico das normas que abrangem direitos fundamentais. A proibição não é simples particularidade é garantia constitucional, desta forma, os direitos da mulher não podem ser diminuídos.

Tendo em vista o que foi argumentado, utilizam-se todos estes direitos e garantias das mulheres e veda-se a discriminação dos direitos já conquistados com alicerce na segurança jurídica e o princípio do retrocesso de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reflexiona-se que o movimento feminista se instaurou mais propriamente entre as décadas de 30 e 40, contudo, mesmo não utilizando tal acepção “feminismo” é incontestável que muita coisa mudou.

Dentro da sociedade, a mulher sempre foi tida como um ser inferior, ou seja, os trabalhos diários domésticos, a reprodução e a criação dos filhos, eram tidos como as únicas funções ao papel feminino.

Salienta-se que somente no século passado, mais propriamente nas décadas de 30 e 40 as mulheres obtiveram o direito de ingressar nas escolas, o direito ao voto, trabalhar fora de casa. Deste modo, a partir deste momento as mulheres começaram a usufruir de outra liberdade, que até então lhes era negada.

Importante lembrar a importância da II Guerra Mundial, já que esta proporcionou a ampliação da relevância dada ao papel feminino no mundo do trabalho, já que com os homens indo para a guerra, ocorreu à precisão das mulheres entrarem no mercado de trabalho, visto a necessidade na época de buscar outros meios de sustento que completasse os buracos econômicos do momento.

Neste deslinde, a mulher assume deste modo, uma relevância imprescindível que até essa altura estava completamente camuflada.

Ao acabar a guerra, a desigualdade exacerbada de gêneros voltou, pois às mulheres novamente são conferidas as tarefas do lar, por forma que o homem possa voltar a ocupar seu papel no mercado de trabalho, assim, novamente, ocorre a desvalorização do papel laboral da mulher, e é colocado novamente em relevância o homem, ostentando o papel de sexo forte.

Observa-se diante o exposto a necessidade do homem se definir superior à mulher, em uma constante luta de forças. Entretanto, verifica-se que a partir da década de 60 o papel feminino voltou a marcar seu papel na sociedade, alcançando metas que há tempos havia almejado. Deste modo, a década de 60 foi muito importante, pois nela iniciou-se uma extensa reflexão do papel da mulher dentro da sociedade.

As batalhas femininas durante a história proporcionou um progresso para as

mulheres contemporâneas, a captação de seus direitos de sua cidadania, a abertura de novos caminhos, grandes lutas foram conquistadas. Por fim, toda essa ação fez com que as mulheres se afirmassem cada vez mais como cidadãs e sujeito de direito.

Torna-se imprescindível cursar um caminho diferente daquele adotado pela cultura patriarcal, na busca da absoluta cidadania às mulheres, transformando o significado de representação política, por meio da democracia paritária, para que a real política igualitária possa gerar, de forma sólida, a igualdade entre os sexos, compensando à discriminação histórica contra a mulher, colocando remate às vantagens direcionadas, unicamente, aos homens, fruto de uma compreensão patriarcal que ainda continua em múltiplas instituições privadas e públicas.

Relacionando as considerações finais junto à vida e obra de Frida Kalho, constata-se total simetria com a constante e atual luta das mulheres pela igualdade de gênero. Frida, extravagante, bissexual, intelectual e artista. A mexicana nunca se ocultou por trás de máscaras. Participou de manifestações e vários atos políticos. Viveu profundamente, mesmo com todos os problemas de saúde que permearam sua vida. Sua dor foi origem basilar de inspiração. Chegou a assumir que pintava a si mesma porque era sozinha e porque era o tema que conhecia melhor. Sua conduta única e sua superação perante tantos problemas a transformaram em um símbolo que vai além da arte. Ela é marca e nascente de inspiração para todos, mas especialmente para as mulheres, as quais podem localizar em sua história de vida e de luta razões para se superarem.

Uma mulher à frente de seu tempo, que se adornava de flores e se acobertava de tinta e política. Uma mulher que afrontou seus receios e medos e que teve, em sua desgraça, sua maior contemplação.

Conclui-se este trabalho com a seguinte afirmação: o amplo grito da contemporaneidade é o da igualdade. Igualdade dos direitos entre mulheres e homens, das classes sociais, do multiculturalismo, dos estrangeiros e das raças.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1995.

BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). Psicologia jurídica no Brasil, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016a.

BURRUS, C. Frida Kahlo: pinto minha realidade. São Paulo: Objetiva, 2010.

CAMPOS, Rosanita Monteiro. Mulheres brasileiras 20 anos. São Paulo: Editora do autor, 1988.

Carta a Alejandro Gómez Arias, 02.08.1927. ZAMORA, Martha (comp.). Cartas apaixonadas de Frida Kahlo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1997.

CASTAÑEDA, M. O Machismo Invisível. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

CASTAÑEDA, M. O Machismo Invisível. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

FERRAZ. Fernando Basto. Princípio constitucional da igualdade. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005.

FRIDA. Diretor: Julie Taymor. Roteirista: Betsy Giffen Nowrasteh, Cyrus Nowrasteh. Intérpretes: Salma Hayek, Alfred Molina, Geoffrey Rush, Ashley Judd. Estados Unidos; México: Miramax e Ventanarosa, 2002. 120 min.

HERRERA, Hayden. Frida: una biografía de Frida Kahlo. México: Editorial Diana, 1984.

KAHLO, Frida. O diário de Frida Kahlo: uma auto-retrato íntimo. Rio de Janeiro, José Olympio, 1996

KETTENMANN, Andrea. Frida Kahlo. 25th anniversary special editions. TASCHEN,2010. LAIDLAW, JILL. A. Frida Kahlo. São Paulo: Ática, 2004.

KETTENMANN, Andrea. Frida Kahlo. 25th anniversary special editions. TASCHEN,2010. LAIDLAW, JILL. A. Frida Kahlo. São Paulo: Ática, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego. São Paulo, LTR, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego. São Paulo, LTR, 2008.

PERES, Urânia Tourinho. Frida Kahlo: Arte e Dor – Quando a perda é no corpo. Trabalho apresentado no Colégio de Psicanálise da Bahia. 5/6 de abril de 2002.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Trabalho da Mulher. São Paulo, manuscrito, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo, Hemus, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHUMACHER, Maria Aparecida; VARGAS, Elizabeth. Lugar no governo: álibi ou conquista? In Revista Estudos Feministas. Florianópolis, n. 2, nov, 1993.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Carolina Ottoboni BAGGIO¹
Jaime Domingues BRITO

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de uma interpretação conforme as normas infraconstitucionais que regulamentam os adicionais de insalubridade e periculosidade para possibilitar a percepção cumulativa desses adicionais, efetivando, assim, os princípios da proteção à dignidade do trabalhador e os direitos sociais assegurados pela Carta Magna de 1988. Para tanto, se faz um breve histórico da evolução da saúde e segurança do trabalhador para explicar o contexto de surgimento dos adicionais em discussão, como forma de contraprestação à deterioração da saúde, no caso do adicional de insalubridade ou do risco de morte ou incapacidade, no caso do adicional de periculosidade. Após, analisa a origem, o embasamento jurídico e os destinatários de cada adicional, iniciando pelo de insalubridade e em seguida, o de periculosidade. Por fim, examina a legislação ordinária que regulamenta a matéria dos adicionais e faz uma interpretação conforme esses dispositivos, considerando as Convenções nº 148 e nº 155 sobre saúde e segurança, da Organização Internacional do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: adicional de insalubridade; adicional de periculosidade; interpretação constitucional; cumulação dos adicionais;

ABSTRACT

This article aims at demonstrating the need of a consistent interpretation of the infra-constitutional rules that govern the insalubrity premium and risk premium to enable the cumulative perception of these additional, effecting thus the principles of protection of workers's dignity and social rights guaranteed by the Magna Carta of 1988. Therefore, a brief history of the evolution of health and worker safety is made to explain the emergence of the premiums under discussion, as a form of compensation for health deterioration in the case of insalubrity premium or risk of death or disability, in the case of risk premium. Then, analyzes the origin, the legal basis and the recipients of each premium beginning by the insalubrity followed by risk. Finally, it examines the ordinary laws governing the matter further and makes an interpretation as these devices considering the International Labour Organization's Conventions nº 148 and nº 155 on health and safety.

KEY-WORDS: insalubrity premium; risk premium; constitucional interpretation; premiums cumulations's;

INTRODUÇÃO

A saúde e medicina do trabalho passaram por diversas fases. Na Roma Antiga, os

1 Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho. Advogada.

próprios trabalhadores improvisavam suas proteções visando amenizar os efeitos nefastos dos agentes nocivos à saúde presentes no ambiente laboral. O caminho foi longo e a compreensão do tema das doenças dos trabalhadores passou pelas etapas da medicina do trabalho, saúde ocupacional e finalmente saúde do trabalhador. Nessa última fase, sob o aspecto normativo, o bem-estar do empregado passou a ser a prioridade. Contudo, a impossibilidade de se ter um meio ambiente laboral plenamente saudável e livre de qualquer risco à saúde dos trabalhadores, fez com que os ordenamentos jurídicos criassem contraprestações pecuniárias pela deterioração da saúde como é o caso dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

No Brasil, o adicional de insalubridade foi instituído primeiro por intermédio da Lei 185 de 1936. Somente em 1955, foi estabelecido pela Lei 2.573 o direito ao adicional de periculosidade. No entanto, regulamentados os dois adicionais, o legislador estabeleceu no artigo 5º da Lei 2.573 que o trabalhador poderia optar pela quota de insalubridade que porventura lhe fosse devida. A Lei 6.514/77 revogou a supracitada norma e repetiu o dispositivo que determinava a necessidade de opção por um dos adicionais no parágrafo 2º, do artigo 193, da CLT. Em razão desses comandos legais, a doutrina e jurisprudência majoritária passaram a entender que os adicionais de insalubridade e periculosidade não são cumuláveis, ou seja, se o empregado laborar exposto a condições insalubres e perigosas terá que optar por um dos adicionais, não sendo possível a percepção de ambos.

No entanto, com o advento do artigo 7º e incisos, da Constituição Federal de 1988, que garantiu aos trabalhadores direitos sociais mínimos civilizatórios, os adicionais de insalubridade e periculosidade foram assegurados de forma irrestrita, sem qualquer óbice quanto à possibilidade de cumulação dos dois adicionais caso o obreiro preencha os pressupostos para adquirir o direito a cada um deles (Cf. inc. XXII do art. 7º da CF).

Dessa maneira, a problematização que o trabalho ora formula é: a percepção dos dois adicionais são cumulativos? Tem sido correto a decisão da Justiça do Trabalho em ainda manter o posicionamento de que os adicionais não poderiam cumular-se? Portanto, o presente artigo tem por objetivo demonstrar, através do debate sobre a recepção ou não do parágrafo 2º, do artigo 193 da CLT, bem como pela busca de uma interpretação conforme as normas ordinárias, no rumo de que os adicionais de insalubridade e periculosidade são cumuláveis, pois possuem destinatários e finalidades diversas. Para isso, o método de pesquisa a ser utilizado será a revisão bibliográfica, bem como a análise de casos concretos.

BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

Mesmo já tendo sido feito, na parte introdutória, o anúncio a respeito da proteção do trabalho, agora, neste subitem, para uma boa compreensão do objetivo do presente trabalho, faz-se imprescindível um breve histórico das transformações e evoluções ocorridas no campo da saúde e segurança do trabalhador.

Quando se investiga os primórdios da segurança e saúde do trabalho, como já dito, verifica-se que os romanos foram os primeiros a estabelecer a relação entre as ocupações e as enfermidades, observando as doenças que acometiam com mais frequência os escravos, os trabalhadores que tinham contato com o enxofre e os mineradores de ouro. Em que pese o pioneirismo na constatação das doenças, não havia nesta época qualquer forma de proteção à saúde dos empregados. No entanto, a necessidade de amenizar os efeitos causados pelas condições precárias de labor fez com que os trabalhadores desenvolvessem seus próprios meios de proteção. Assim, os mineradores utilizavam membranas de bexiga animal como máscaras para se protegerem da inalação da poeira e se cobriam com sacos e capas (ROSEN, 1994, p. 45 e 46).

Em 1567, Theophrastus Von Hohenheim publicou uma monografia que tratava especificamente da relação entre a saúde e trabalho dos mineiros. (OLIVEIRA, 1998, p. 53)

No ano de 1700, na cidade de Módena, Itália, o médico Bernardino Ramazzini lançou o livro “As doenças dos trabalhadores” (De Morbis Artificum Diatriba) que trouxe rol a respeito de toda a higiene e medicina do trabalho, cabíveis no século XVII, sendo imprescindível para que surgissem as primeiras noções da necessidade de proteção à saúde do trabalhador e servindo como base para a medicina preventiva até meados do século XIX (ROSEN, 1994, p.85).

Com a Revolução Industrial, novos problemas surgiram. Os antigos métodos artesanais deram lugar à produção em série, o que intensificou e estendeu as jornadas de trabalho, tornando as condições de saúde e segurança dos empregados cada vez mais precárias.

Foi nesse contexto que emergiu o conceito do pagamento dos adicionais aos trabalhadores pelo labor em condições nocivas à saúde, pois o surgimento de riscos até então desconhecidos e a introdução de agentes físicos, químicos e biológicos no cotidiano laboral resultou em agressões que comprometiam a saúde física e mental dos empregados. A solução compensatória para os trabalhadores foi o pagamento de um acréscimo salarial, que na época

foi chamado de “adicional de periculosidade” e que objetivava duas utilidades:

(...) de um lado, aumentaria o salário dos trabalhadores, permitindo-lhes uma alimentação melhor, da qual resultariam melhores condições de defesa do organismo contra os agravos do trabalho; por outro lado, constituiria em ônus a mais para o empregador que, para evitá-lo, procuraria melhorar as condições dos ambientes de trabalho. (NOGUEIRA, 1984a, p. 42)

Nessa época, as condições de trabalho eram tão alarmantes que, em 22 de junho de 1802, o Parlamento Britânico aprovou a primeira Lei dos Trabalhadores, a qual recebeu o nome de “A Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes”, que estabelecia um limite de 12 horas de trabalho por dia, proibia o trabalho noturno, obrigava os empregadores a lavar as paredes das fábricas duas vezes por ano e tornava obrigatória a ventilação destas. (NOGUEIRA apud OLIVEIRA, 1998, p. 56). Isso, para a época, evidentemente, se constituiu em avanço.

Ao longo dos anos, a preocupação com a saúde do empregado passou por três fases com características preponderantes distintas, porém complementares. São elas: medicina do trabalho, saúde ocupacional e saúde do trabalhador.

A fase da medicina do trabalho teve seu marco em 1830, ano em que Robert Dernham, proprietário de uma indústria têxtil, procurou o médico inglês Robert Baker para lhe fornecer orientações sobre as condições de saúde dos seus trabalhadores. A resposta do médico foi a seguinte:

Coloque no interior de sua fábrica o seu próprio médico, que servirá de intermediário entre você, os seus trabalhadores e o público. Deixe-o visitar a fábrica, sala por sala, sempre que existam pessoas trabalhando de maneira que ele possa verificar o efeito do trabalho sobre as pessoas. E se ele verificar que qualquer dos trabalhadores está sofrendo a influência de causas que possam ser prevenidas, a ele competirá fazer tal prevenção. Dessa forma você poderá dizer meu médico é minha defesa, pois a ele dei toda a minha autoridade no que diz respeito à proteção da saúde e das condições físicas dos meus operários; se algum deles vier a sofrer qualquer alteração da saúde, o médico unicamente é que deve ser responsabilizado. (MENDES; DIAS, 1991, online)

Pelo visto, a solução foi atribuir, a um discípulo de Hipócrates, o dever de cuidar da saúde dos trabalhadores. Mas, consoante se observa do relato acima, o objetivo da medicina do trabalho era eximir o empregador de qualquer culpa pelo adoecimento dos empregados sob o argumento de que havia um médico na empresa responsável pela higidez dos empregados e, caso aparecessem doenças, o médico deveria ser responsabilizado por não ter efetuado seu trabalho a contento.

Além disso, eventuais cuidados com a saúde dos empregados tinham por objetivo precípuo alcançar o máximo de produtividade possível nas atividades exercidas pelos trabalhadores e não protegê-los, como queriam fazer parecer os empregadores da época. Com

isso, a presença médica se limitava à seleção de candidatos que trouxessem o mínimo possível de problemas futuros, bem como o controle de doenças, faltas e licenças daqueles que já eram empregados. Esse controle interno possibilitava um retorno mais rápido da força de trabalho à produção, não havendo necessidade de utilizar-se das redes previdenciárias e estatais que eram demasiadamente lentas (MENDES; DIAS, 1991, online).

Observa-se nesta etapa, que o médico atendia o trabalhador-doente sem interferências nos fatores causais da enfermidade, não apresentando autonomia para intervir no processo produtivo e eliminar as fontes das agressões, até porque essas providências dependeriam da participação de profissionais de outros setores (OLIVEIRA, 1998, p. 60).

Nos anos que sucederam à Segunda Guerra Mundial, novas situações surgiram. As condições temerosas de labor dos empregados fizeram com que muitos adoecessem e, tendo em vista a necessidade de mão-de-obra produtiva por parte dos patrões, surge então uma maior preocupação no tocante à saúde de seus empregados (MENDES; DIAS, 1991, online).

Em 07 de abril de 1948, foi fundada a Organização Mundial de Saúde (OMS) que estabeleceu o conceito de saúde como:

(...) um completo bem-estar físico mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades e que o gozo do grau máximo de saúde que se pode alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social.

Diante das limitações da medicina do trabalho em cessar as causas das doenças provocadas pelos processos de produção, houve a ampliação da atuação médica, juntamente com profissionais de diversas áreas, sobre o ambiente. Isso possibilitou a melhora do meio laboral, uma vez que o tratamento do trabalhador doente se torna inócuo se o agente causador ainda continuar presente no ambiente.

O surgimento dessa nova etapa, qual seja, da saúde ocupacional, contou com a ajuda de engenheiros, visando reforçar a segurança dos processos produtivos. Desenvolveu-se ainda, a higiene ocupacional como forma de evitar as doenças causadas por agentes nocivos e a fixação dos limites de tolerância para a exposição a esses agentes, bem como a utilização dos equipamentos de proteção. Nesse passo, Oliveira (1998, p. 63) esclarece que o marco desta etapa ocorreu no ano de 1957, quando um Comitê Misto da Organização Internacional do Trabalho/Organização Mundial de Saúde estabeleceu como definição dos objetivos da saúde ocupacional a finalidade:

(...) de incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo o prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos

resultantes da presença de agentes nocivos à sua saúde; colocar e manter o trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, em resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho.

No Brasil, a Portaria 3.214/78 estabeleceu a obrigatoriedade da participação dos médicos, engenheiros, enfermeiros técnicos de segurança no trabalho e auxiliar de enfermagem no trabalho, nos serviços especializados em engenharia de segurança e medicina do trabalho (SESMT) consolidando dessa forma o conceito de saúde ocupacional (OLIVEIRA, 1998, p. 64).

Não obstante os avanços alcançados pela etapa da saúde ocupacional, a junção dos diversos profissionais em busca do objetivo comum da melhoria das condições de trabalho, não logrou o êxito esperado.

Surge então na Itália, na década de 1960, um movimento de trabalhadores objetivando alcançar resultados mais efetivos no campo da saúde e segurança do trabalho com as seguintes reivindicações:

Utilizando-se do lema “Saúde não se vende”, os trabalhadores não aceitam a monetização do risco, pelo recebimento de adicionais, e buscam o trabalho digno em ambiente seguro e saudável. “A exigência já não é mais que se paguem os efeitos destruidores do trabalho, mas que o trabalho se organize, para ser uma atividade criadora e não destruidora” (...). Com isso “ganham igual importância tanto os problemas como ritmos e cargas de trabalho, repetitividade e monotonia, turnos e horários, quanto os ruídos, substâncias químicas, vapores, iluminação etc” (OLIVEIRA apud LAURELL, 1998, P. 65)

Com esse movimento reivindicatório espalhado pela Europa e Estados Unidos, passa-se a fase chamada de saúde do trabalhador, com a participação ativas dos empregados e um enfoque holístico sobre o tema das condições e meio ambiente de trabalho.

Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 68) relata o início da fase da saúde do trabalhador no Brasil, nos seguintes termos:

A Comissão Intersindical de Saúde do Trabalhador adotou como bandeira de luta o mote “Saúde não se troca por dinheiro”, durante a realização da I e II semanas de saúde do trabalhador, no ano de 1979. Essa comissão foi transformada em 1980 no Departamento Intersindical de Estudos e Pesquisas de Saúde e dos Ambientes do Trabalho – DIESAT, que presta assessoria técnica ao movimento sindical, promovendo estudos, pesquisas, seminários, debates e publicações relacionadas com a saúde do trabalhador.

Todavia, esse período teve como marco a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu no artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e

recuperação”.

Ressaltando a importância desse dispositivo legal, Vólia Cassar (2015, p. 826) explica que as normas relacionadas à saúde ostentam caráter de ordem pública e, portanto, são inderrogáveis pela vontade das partes.

Por outro lado, apesar da evolução relatada acima no campo fático e jurídico da saúde do trabalhador, a impossibilidade de eliminação completa dos riscos presentes no meio ambiente laboral fez com que perdurasse o pagamento de um adicional salarial para os empregados expostos a circunstâncias prejudiciais pela presença de agentes insalubres ou de condições perigosas de trabalho. Esses adicionais de insalubridade e periculosidade têm embasamentos jurídicos e destinatários diversos conforme será adiante analisado.

DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Segundo a definição do dicionário Aurélio (1996, p. 367) insalubre significa “doentio, prejudicial à saúde, nocivo” e insalubridade tem o significado de “inadequação à vida, nocividade”. Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 154) define o trabalho insalubre da seguinte forma:

O trabalho insalubre é aquele que afeta ou causa danos à saúde, provoca doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável. Muitas enfermidades estão diretamente relacionadas e outras são agravadas pela profissão do trabalhador ou as condições em que o serviço é prestado, o que possibilita a constatação do nexo causal entre trabalho e doença.

Como forma de compensar o trabalho insalubre, o ordenamento jurídico estabeleceu um acréscimo pecuniário ao salário do trabalhador, o chamado de adicional de insalubridade.

A respeito da finalidade do adicional de insalubridade Raimundo Melo (2013, p. 224) explica:

O adicional de insalubridade tem por fim “indenizar” o trabalhador pelos males causados à sua saúde pelo contato continuado com os respectivos agentes agressivos ao organismo humano. Os agentes insalubres provocam doenças no ser humano, de menor ou maior gravidade, de acordo com o tempo de exposição e fragilidade do organismo de cada trabalhador.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar genericamente do assunto, no artigo 121, parágrafo 1.º, alínea “d” que estabeleceu a proibição do trabalho em indústrias insalubres para menores de 18 anos e para as mulheres. Esta previsão foi mantida pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967. No entanto, no caso da CF de 1937, o Decreto 10.358/42 que declarou o Estado de Guerra em todo o território nacional pelo então presidente Getúlio Vargas suspendeu os artigos 137 e 138 os quais versavam sobre legislação do trabalho

e associação profissional, incluída a mencionada proibição.

Após a mencionada CF de 1934, a Lei 185, de 14 de janeiro de 1936, instituiu o pagamento do adicional por trabalho em condições insalubres e estabeleceu o percentual em até 50% do salário mínimo. O Decreto-lei 399, de 30 de abril de 1938, regulamentou a Lei 185/36, dando às Comissões de Salário Mínimo o poder de fixar o adicional até aquele máximo de 50% da remuneração mínima e determinou no artigo 4.º que cabia ao Ministério do Trabalho elaborar o quadro das indústrias insalubres. (SAAD, 2007, p. 252)

O primeiro diploma legal a especificar os distintos acréscimos de percentuais do adicional foi o Decreto-lei 2.162, de 1.º de maio de 1940 que no artigo 6.º instituiu o adicional para compensar os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres e estabeleceu os acréscimos dos percentuais de 40% (máximo), 20% (médio) e 10% (mínimo) sobre a remuneração, conforme a insalubridade representada pela atividade.

Em 1943, foi criada a CLT e seu artigo 187 conceituava como insalubres as indústrias capazes, por sua própria natureza ou método de trabalho, de gerar doenças, infecções ou intoxicações, de acordo com o quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho. Esse conceito foi modificado em 1977, permanecendo a atual redação do artigo 189 da CLT:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

A Portaria 491, de 16 de setembro de 1965, manteve a incidência do adicional conforme os graus máximo, médio e mínimo.

O artigo 190 da CLT estabelece a competência para aprovar o quadro de atividades e operações insalubres e os critérios de caracterização conforme abaixo transcrito:

Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Em razão do artigo acima mencionado, foi elaborada pelo Ministério do Trabalho a Portaria 3.214/78 que aprovou as normas regulamentadoras – NRs relativas à segurança e medicina do trabalho e regulamentou as atividades e operações insalubres especificamente na NR-15.

Os destinatários desse adicional são os trabalhadores expostos a substâncias constantes nos anexos da NR-15 que são os seguintes: Anexo n.º 1 - Limites de Tolerância para Ruído Contínuo ou Intermitente; Anexo n.º 2 - Limites de Tolerância para Ruídos de

Impacto; Anexo n.º 3 - Limites de Tolerância para Exposição ao Calor; Anexo n.º 4 (Revogado); Anexo n.º 5 - Radiações Ionizantes; Anexo n.º 6 - Trabalho sob Condições Hiperbáricas; Anexo n.º 7 - Radiações Não-Ionizantes; Anexo n.º 8 – Vibrações; Anexo n.º 9 – Frio; Anexo n.º 10 – Umidade; Anexo n.º 11 - Agentes Químicos cuja Insalubridade é Caracterizada por Limite de Tolerância e Inspeção no Local de Trabalho; Anexo n.º 12 - Limites de Tolerância para Poeiras Minerais; Anexo n.º 13 - Agentes Químicos; Anexo n.º 13 - Anexo Nº 13 A – Benzeno; Anexo n.º 14 - Agentes Biológicos.

Conforme a doutrina e jurisprudência majoritárias, a NR-15 é taxativa, ou seja, para ter o direito à percepção do adicional de insalubridade é necessário que a substância nociva a que o empregado está exposto conste na citada norma, sob pena da atividade não ser considerada juridicamente insalubre.

O artigo 192 da CLT dispõe sobre os graus e a base de cálculo do adicional:

Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

No que tange a base de cálculo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 4, dispondo que o salário mínimo não pode ser utilizado como indexador de base de cálculo para vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Apesar disso, a Suprema Corte tem entendido pela manutenção da base de cálculo do artigo supracitado (salário mínimo) até que lei federal altere a CLT para definir outro parâmetro.

A respeito da possibilidade de redução dos riscos devido à exposição das substâncias nocivas, o artigo 191 da CLT dispõe que é possível a eliminação ou a neutralização da insalubridade pela adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância, bem como com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. Complementando o artigo citado, a Súmula 80 do TST estabelece que a eliminação da insalubridade através do fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

Portanto, o adicional de insalubridade tem cabimento nas situações em que o trabalhador é submetido a substâncias nocivas que ao longo dos anos podem deteriorar a sua saúde e provocar doenças variadas que dependerão do agente de contato. Exemplo disso é o

benzeno, substância contida no anexo 13-A, da NR-15 que enseja o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo e tem a sua exposição relacionada a leucemia e câncer de lábios, pulmões e brônquios, consoante estudo denominado “Câncer relacionado ao trabalho: uma revisão sistemática” (CHAGAS; GUIMARÃES; BOCCOLINI; 2013, p. 214).

É de se passar à análise do adicional de periculosidade.

DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Conforme o dicionário Aurélio (1996, p. 498), periculosidade significa “condição em que se coloca aquilo ou aquele que constitui ou oferece perigo perante as leis”. Para Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 159), trabalho perigoso é aquele no qual há: “(...) agentes que podem atuar instantaneamente, com efeitos danosos imediatos, denominados agentes perigosos ou perigosos”.

Segundo Raimundo Melo (2013, p. 224) o adicional de periculosidade tem cabimento:

(...) simplesmente pelo risco/perigo potencial de ocorrência de acidente de trabalho. O empregado pode trabalhar a vida inteira em contato com agente perigoso e não sofrer acidente algum: todavia, pode, no primeiro dia de trabalho, ter a vida ceifada, por exemplo, por uma explosão ou choque elétrico.

Ao contrário do que ocorreu com a insalubridade, as Constituições anteriores a de 1988 não trouxeram previsão de proibição de trabalho perigoso ou em condições perigosas.

Sendo assim, o adicional de periculosidade foi normatizado pela primeira vez através da Lei 2.573/1955 que institui salário adicional de 30% para os trabalhadores que prestavam serviços em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade e, a partir de 1973, a Lei 5.880 estendeu o adicional de periculosidade aos trabalhadores em contato permanente com explosivos.

Na CLT, a previsão do adicional de periculosidade e a base de cálculo estão reguladas no artigo 193, in verbis:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:
I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;
II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.
§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

...

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

As situações de perigo envolvendo áreas de riscos por explosivos, inflamáveis e radiações ionizantes ou substâncias radioativas que ensejam a caracterização do trabalho perigoso são regulamentadas pela NR-16, da Portaria 3.214/78, sendo esta uma norma taxativa, ou seja, é necessário que a situação perigosa seja prevista pela NR, caso contrário não estará caracterizada a periculosidade para fins jurídicos.

A mencionada NR-16 esta dividida em seis anexos, sendo um deles sem numeração e tem como destinatários as pessoas expostas a seguintes situações: Anexo nº 1 – Atividades e Operações Perigosas com Explosivos; Anexo nº 2 - Atividades e Operações Perigosas com Inflamáveis; Anexo nº 3 - Atividades e Operações Perigosas com Exposição a Roubos ou outras espécies de Violência Física nas atividades profissionais de Segurança Pessoal ou Patrimonial; Anexo nº 4 - Atividades e Operações Perigosas com Energia Elétrica; Anexo nº 5 - Atividades Perigosas em Motocicleta; Anexo - Atividades e Operações Perigosas com Radiações Ionizantes ou Substâncias Radioativas.

Desse modo, ao contrário do adicional de insalubridade que se destina a trabalhadores expostos a substâncias nocivas, que com o decorrer do tempo deterioram a saúde causando doenças, como já exemplificado com o benzeno no tópico que se analisou a insalubridade, o adicional de periculosidade têm como destinatários trabalhadores que por circunstâncias especiais da profissão têm suas vidas colocadas em risco como ocorre com os empregados que operam bombas de combustível, os vigilantes que protegem pessoas ou patrimônios e por isso podem sofrer violência física e aqueles que trabalham com motocicletas expostos aos riscos de acidentes de trânsito.

Outra diferenciação que pode ser feita entre os adicionais em estudo é que na exposição à insalubridade é possível a eliminação ou neutralização dos agentes nocivos através dos Equipamentos de Proteção Individuais (EPI), o que não ocorre com a periculosidade que não pode ser eliminada ou neutralizada, pois o risco faz parte da própria atividade exercida pelo empregado.

Portanto, o que se verifica com as diferenciações acima efetuadas é que os adicionais de insalubridade e periculosidade têm natureza, fato gerador e destinatários diversos e contemplam situações fáticas que não se confundem.

DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

A Lei 2.573/55 instituiu o salário adicional para os trabalhadores que prestassem serviços em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade e em seu artigo 5º, estabeleceu que os trabalhadores beneficiados pela lei poderiam optar pela quota de insalubridade que porventura lhes fosse devida. Em 1977, a citada lei foi revogada pela Lei 6.514 que alterou o capítulo V, título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho para inserir o parágrafo 2º, do artigo 193, abaixo transcrito:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

...

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

O item 16.2.1 da NR-16, da Portaria 3.214/78 trouxe redação idêntica à acima exposta no sentido de que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

Essas normas que estabelecem a opção do empregado pelo adicional de insalubridade ou periculosidade quando ambos são devidos, levaram a doutrina mais conservadora e a jurisprudência majoritária a interpretar os comandos legais acima de forma a incompatibilizar a cumulatividade dos adicionais. Ou seja, caso o trabalhador labore exposto a condições insalubres e perigosas, não terá direito a percepção dos dois adicionais e terá que fazer a opção por um deles.

Confirmando o entendimento de parte da doutrina trabalhista pela vedação a cumulação dos adicionais, Sergio Pinto Martins (2011, p. 212) afirma que: “A opção caberá ao empregado e não ao empregador. Podendo o primeiro escolher o adicional que quiser, na hipótese de serem devidos os dois, inclusive o pior. Não poderá, porém, haver o pagamento dos dois adicionais ao mesmo tempo”.

No mesmo sentido da vedação da cumulação, a jurisprudência majoritária representada pela 1ª turma do TST proferiu no julgamento do Recurso de Revista nº 281500-50.2009.5.12.0028, a seguinte ementa:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO INDEVIDA. 1. A jurisprudência majoritária dessa Corte é no sentido de ser indevida a cumulação de adicional de periculosidade e insalubridade,

cabendo a opção pelo empregado entre os dois adicionais, a teor do artigo 193, § 2º, da CLT. 2. Precedentes.

No entanto, consoante já dito anteriormente, esses adicionais tem natureza jurídica diversa e como observa Raimundo Simão de Melo (2013, p. 224): “Em Direito, duas ou mais verbas somente não se cumulam quando tiverem a mesma natureza jurídica. Absolutamente, não é o caso”.

Por conseguinte, complementa o autor: (...) se os dois adicionais têm causas e razões diferentes, logicamente devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador se ativas concomitantemente em atividade insalubre e perigosa (...) (MELO, 2013, p. 224).

Por sua vez, o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe nova perspectiva sobre o tema da saúde e segurança do trabalhador e dos acréscimos salariais, pois estabeleceu nos incisos XXII e XXIII do artigo 7º os seguintes dispositivos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

A inserção dos citados incisos no rol de direitos fundamentais sociais demonstra a importância do tema da proteção à saúde e segurança do trabalhador para o legislador constituinte, uma vez que, nas lições de Alexandre de Moraes (2013, p. 201) esses direitos são:

(...) direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Importante ressaltar que a Carta Magna não impôs qualquer restrição ou limitação à cumulação dos adicionais e apesar da norma constitucional referente aos adicionais ser de eficácia limitada com regulamentação delegada à legislação ordinária, a regra celetista e a Portaria 3.214/78 não podem fazê-lo em detrimento do limite constitucional da proteção à dignidade do trabalhador estabelecida no artigo 7º, caput e incisos da CF.

Além disso, os comandos legais infraconstitucionais devem ser interpretados conforme as normas constitucionais, assim abrangidos os princípios, valores e regras contidos na Constituição, sob pena de serem inconstitucionais.

No caso de normas infraconstitucionais anteriores a nova ordem jurídica estabelecida

pela CF de 1988, necessário o debate sobre a recepção ou não desses preceitos legais, consoante explica Pedro Lenza (2011, p. 186) nas linhas seguintes:

Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

O parágrafo 2º, do artigo 193 da CLT e o item 16.2.1 da NR-16, limitativos da cumulação dos adicionais são normas infraconstitucionais editadas em 1977 e 1978, respectivamente, ou seja, anos antes da promulgação da CF de 1988 que instaurou a nova ordem constitucional colocando no ápice do ordenamento jurídico, dentre outros valores, a dignidade do homem e os valores sociais do trabalho e sendo assim, diante do confronto de valores entre as normas infraconstitucionais que limitam o recebimento do adicional a apenas um, mesmo quando incidentes as duas hipóteses para o recebimento e a previsão constitucional de recebimento de ambos os adicionais de insalubridade e periculosidade sem óbice à cumulação, conclui-se que o dispositivo celetista e o regramento da NR-16 não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. Ao analisar as normas infraconstitucionais em exame, a 7ª turma do TST, em decisão inédita e contrária ao entendimento majoritário dessa Corte, também entendeu pela não recepção conforme se verifica no trecho do acórdão do Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384 abaixo citado:

A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos. Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988.

Ainda que o artigo em estudo seja considerado recepcionado pela CF de 1988, o termo “poderá”, contido no parágrafo 2º não deve ser interpretado como obstativo do direito ao trabalhador de perceber ambos os adicionais, caso esteja exposto a agentes insalubres e agentes perigosos, mas sim deve-se proceder a uma interpretação sistemática da CF que, nos ensinamentos de Vólia Cassar (2015, p. 126) significa que:

(...) o exegeta deve observar os comandos maiores explícitos ou demonstrados pela Carta ou pela lei, para submeter o restante ao ordenamento jurídico ou das regras a estes, pautando sua interpretação e análise em tais axiomas, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a proteção do menor e do hipossuficiente, etc.

O intérprete também deve considerar o *in dubio pro operario*, uma das formas de manifestação do princípio da proteção que, consoante explanação de Américo Plá Rodriguez (2015, p, 107) é: “(...) o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de

entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”. O autor informa ainda que há duas condições para que o *in dubio pro operario* seja aplicado, sendo eles: i) deve existir dúvida sobre o alcance da norma legal; ii) não deve estar em desacordo com a vontade do legislador. No que tange ao artigo 193, parágrafo 2º, os dois requisitos foram alcançados para a aplicação do *in dubio pro operario* ao caso, pois a dúvida sobre o alcance da norma existe na medida em que há uma divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de cumulação ou não dos acréscimos em debate. O segundo requisito é verificado quando se observa que a cumulação não está em desacordo com a vontade do legislador, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo e a interpretação de todas as regras devem ser conforme a Constituição Federal, o que faz com que a única interpretação cabível para a palavra “poderá” utilizada pelo artigo seja a de uma faculdade do trabalhador em escolher e não uma vedação ao direito do obreiro.

José Augusto Rodrigues Pinto, citado pela 7ª turma no acórdão mencionado nas linhas acima, criticou a interpretação do artigo 193 que estabelece a necessidade de “opção” pelo adicional como uma imposição ao trabalhador nos seguintes termos:

Com efeito, a insalubridade é insidiosa e lenta nos seus resultados. O risco provocado pela periculosidade é de impacto e instantâneo, quando se consuma. Daí um deles dirigir-se à saúde, o outro, à integridade física ou à própria vida da vítima de sua ação.

[...]

Os adicionais legais são cumuláveis, sob a única condição de que o trabalho seja prestado de acordo com os pressupostos de cada um deles.

O direito à cumulação é de uma lógica irrespondível: se a situação de desconforto pessoal tem correspondência numa indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais quantas sejam as circunstâncias causadoras do desconforto, que traz um dano efetivo ao trabalhador, ou do risco a que ele é exposto.

Por isso mesmo, causa profunda espécie que o artigo 193, §2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº. 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o dilema de ‘optar (?) pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’ quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa.

Não encontramos explicação jurídica para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. E recaída amargamente irônica, além de tudo, ao deixar ao empregado escolher a melhor entre duas desgraças: ficar doente ou morrer, simplesmente”.

(Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 425-427).

Além disso, em uma análise histórica do objetivo da norma, verifica-se que esses adicionais foram estabelecidos com dois propósitos. O primeiro, de ser uma compensação pela degradação da saúde ou exposição a perigos que representem risco de morte ou incapacidade e o segundo, de persuadir o empregador, que assume o ônus pecuniário do

pagamento dos adicionais, a eliminar ou neutralizar os riscos que acarretam o pagamento desses acréscimos objetivando assim, minimizar os danos à saúde e segurança dos trabalhadores. Atingidos esses dois objetivos, a norma terá cumprido sua finalidade.

Entretanto, ao incompatibilizar a cumulação dos adicionais quando ocorre a exposição a agentes nocivos a saúde e a situações de risco, fazendo com que o obreiro seja compelido a escolher qual adicional receberá, o interprete deixa de atingir a finalidade da norma, pois não concede a contraprestação devida ao empregado pela degradação da saúde ou risco de morte bem como, não induz o empregador a melhorar as condições de saúde e segurança do meio ambiente laboral, uma vez que, mesmo infringindo duas normas terá que arcar com o ônus de somente uma. Essa situação de benefício do empregador em detrimento do empregado, que tem sua vida lesada não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a própria CF no artigo 5º, inciso V, assegura indenização proporcional ao dano (MELO, 2013, p. 224).

Além do fundamento da Carta Magna para a cumulação dos adicionais em estudo, Raimundo Melo (2013, p. 224) traz mais dois dispositivos legais aptos a embasarem a somatória dos acréscimos, sendo eles os: (...) art. 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem a chamada cláusula geral de responsabilidade pela reparação de danos causados injustamente a outrem.”

Ademais, não só sob a ótica do ordenamento jurídico interno essa questão deve ser analisada, pois as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a saúde e segurança dos trabalhadores, ratificadas pelo Brasil, também servem de norte para a interpretação do parágrafo 2º, do artigo 193 da CLT.

A Convenção nº 148 dispõe sobre a Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações, ratificada pelo Brasil em 14/01/1982 e estabelece no item 3 do artigo 8º importante regra sobre a atualização e revisão dos limites de exposição, bem como sobre a exposição simultânea a fatores degradantes conforme redação abaixo transcrita:

Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. (grifo não original)

A Convenção nº 155 que dispõe sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, ratificada pelo Brasil em 18/5/1992, também demonstra a relevância do tema da exposição simultânea a fatores nocivos distintos no artigo 11, alínea “b”, in verbis:

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

...

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes

Apesar das Convenções tratarem de assuntos de direitos humanos e tratarem de temas importantes como a saúde e segurança do trabalhador, elas não foram aprovadas com o quórum especial exigido pelo parágrafo 3º, do artigo 5º, pois são anteriores a Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu esse parágrafo na Carta Magna. No entanto, os tratados ratificados pelo Brasil são hierarquicamente inferiores a CF, porém têm status de normas supralegais e quando mais favoráveis, devem se sobrepor a norma ordinária.

De tal sorte que, ao considerarem os agentes diversos e riscos simultâneos para a saúde do obreiro, as Convenções Internacionais indicam que devem ser adotadas pelas autoridades medidas de prevenção e erradicação dos fatores nocivos e sendo a escolha do legislador ordinário pela monetização do risco devido a impossibilidade de se ter um ambiente laboral plenamente saudável, o primeiro passo para o controle ou a eliminação é o reconhecimento de que, se há a presença de agentes químicos, físicos ou biológicos que deterioram a saúde do empregado e, ao mesmo tempo, o obreiro está exposto a situações perigosas que colocam em risco a sua vida, como o trabalho com explosivos, a cumulação de fato já existe e o pagamento desses adicionais também deve ser cumulativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Roma Antiga até a atualidade muito se avançou na melhoria das condições de trabalho dos empregados. A preocupação com o bem-estar físico e mental dos trabalhadores foi crescente e a evolução ocorreu passando pelas primeiras descobertas da relação entre trabalho e doença pelos romanos até a atualidade em que o Estado esta presente regulando direitos mínimos civilizatórios que objetivam a proteção à saúde e a segurança dos trabalhadores. A publicização dos direitos dos trabalhadores teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que normatizou dentre outros direitos –sufragados que foram como genuínos direitos fundamentais sociais–, o percebimento do adicional de insalubridade e

periculosidade. Esses adicionais foram estabelecidos com dois propósitos: o primeiro, de ser uma compensação pecuniária pelos danos à saúde ou pelos riscos a que o trabalhador está exposto; o segundo, de compelir o empregador a eliminar ou neutralizar os riscos existentes no ambiente laboral objetivando assim, diminuir os custos gerados pelo pagamento desses adicionais.

Todavia, devido à redação do parágrafo 2º, do artigo 193, inserido na CLT por uma lei de 1977, ou seja, muito antes do advento da CF de 1988, a doutrina e jurisprudência majoritárias passaram a interpretar o tema dos adicionais como se houvesse incompatibilidade de cumulação da insalubridade com a periculosidade. O que se teve aí, segundo os autores deste trabalho, foi exatamente a valorização do código econômico, que se mostrou protecionista à empresa, em prejuízo do trabalhador. Ocorre que, essa interpretação não mais se coaduna com o princípio da proteção à dignidade e a saúde do trabalhador e os valores sociais do trabalho trazidos pela Carta Magna.

Assim, necessário se mostra realizar uma interpretação dessa norma ordinária e perquirir se houve ou não a recepção pela nova ordem constitucional. O ordenamento jurídico visto de forma sistemática sinaliza pela não recepção do mencionado artigo, na medida em que a CF instituiu o adicional de insalubridade e periculosidade sem óbice à cumulação de ambos. Ademais, qualquer restrição às normas relativas à saúde e segurança, deve ser expressa por se tratar de limitação ao exercício de um direito de ordem pública e, portanto ainda que se entenda pela recepção do artigo em debate, a expressão “poderá optar” deve ser interpretada como uma faculdade do empregado e não uma obrigação em optar por um dos adicionais.

As Convenções da OIT nº 148 e 155, ratificadas pelo Brasil determinam a constante atualização legislativa das substâncias nocivas à saúde e a consideração da exposição simultânea à agentes insalubres e situações de risco no ambiente laboral, demonstrando assim sintonia com os princípios e valores da ordem constitucional de 1988.

Em que pese a doutrina mais conservadora e a maioria da jurisprudência defenderem a incompatibilidade dos adicionais, o julgamento por unanimidade do recurso de revista da 7ª turma do TST, já mencionado neste artigo, representou uma inovação no posicionamento da jurisprudência sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais. Porém, assunto ainda não foi encerrado, visto que, no caso ainda pende embargos, que foram interpostos à Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I), mediante alegação de divergência jurisprudencial com um

julgado da 8ª turma do mesmo tribunal, no qual em questão idêntica decidiu-se pela incompatibilidade do pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O processo está concluso para decisão dos embargos desde junho de 2015.

O entendimento da 7ª turma trouxe à tona o debate sobre essa questão, o que se comprova pelo fato do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu sítio eletrônico, ter escolhido como tema do mês de junho/julho de 2016, os adicionais de insalubridade e periculosidade. trazendo como sugestão a leitura de várias obras e artigos sobre o assunto, sinalizando, portanto, uma tendência à mudança de posicionamento no sentido de compatibilizar a cumulatividade do pagamento do adicional de insalubridade e periculosidade, dando assim interpretação conforme a dignidade humana e os valores sociais do trabalho.

Em suma, cabe concluir que o tema é atualíssimo, tendo os autores deste trabalho a aspiração de que o precedente da 7ª Turma do TST seja mantido e que a sua ratio decidendi ganhe expansão, pois, com isso, haverá, de fato, a concretização da Carta Maior que, ao invés de ser letra meramente simbólica, terá, em verdade, efetivo cumprimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Decreto-Lei 399/1938. Aprova o regulamento para execução da lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institue as Comissões de Salário Mínimo. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=12746>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Decreto-Lei 2162/1940. Institue o salário mínimo e dá outras providências. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37717>>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Lei 185/1936. Institue as comissões de salario mínimo. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=185&tipo_norma=LEI&data=19360114&link=s>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Lei 6514/77. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/saude/>>. Acesso em: 07 de maio de 2016

_____. Ministério do Trabalho. Normas Regulamentadoras. Disponível em: <http://www.mtps.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Organização Internacional do Trabalho. Convenção 148. Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/500>>. Acesso em 11 de maio de 2016.

_____. Organização Internacional do Trabalho. Convenção 155. Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em 11 de maio de 2016

_____. Portaria 3.214/1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

_____. Portaria 491/1965. Quadro das Atividades e Operações Insalubres. Autor: Pedro Vicente Bobbio. p. 392, Ano XXXIX. São Paulo: LEX LTDA Editores, 1965.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 281500-50.2009.5.12.0028, 1ª turma, Julgamento em 18 de maio de 2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 281500-50.2009.5.12.0028&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQc4AAI&dataPublicacao=20/05/2016&localPublicacao=DEJT&query=cumulatividade and insalubridade and periculosidade>>; Acesso em: 07 de junho de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1072-72.2011.5.02.0384, 8ª turma, Julgamento em 03 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>; Acesso em: 07 de junho de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Tema de mês: Adicional de Insalubridade e Periculosidade. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2016-junho-julho>>; Acesso em: 07 de junho de 2016.

BUCK, Regina Celia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 1 ed. São Paulo: LTr, 2001. ISBN 8536101407.

BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. ed. rer. e atual. por Helena Bonito C. Pereira, Rena Singer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CARRION, Valentin, 1931 – Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho 39. ed. atual. por Eduardo Carrion. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11ª ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CHAGAS, Carolina Costa; GUIMARÃES, Raphael Mendonça; BOCCOLINI, Patrícia Moraes Mello. Câncer relacionado ao trabalho: uma revisão sistemática. Caderno de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cadsc/v21n2/17.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-85-361-0929-9

DIAS, Elizabeth Costa. Evolução e aspectos atuais da saúde do trabalhador no Brasil. <Disponível em: <http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v115n3p202.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O Meio Ambiente de Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos. Revista do Ministério Público do Trabalho na Paraíba, Paraíba, n. 1, p. 15 – 27, fevereiro, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado– 15. ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Método, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Raimundo Simão. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5 ed – São Paulo: LTr, 2013

MELO, Sandro Nahmias. Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental. São Paulo: LTr, 2001

MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 5, v. 25, 1991. ISSN 0034-8910.

MINAYO-GOMEZ, Carlos; THEDIM-COSTA, Sonia Maria da Fonseca. A construção do campo da saúde do trabalhador: percurso e dilemas. Cad. Saúde Pública, v. 13 supl. 2 Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1997000600003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 de Maio 2016. Pré-publicação.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

NOGUEIRA, Diogo Pupo. A insalubridade na empresa e o médico do trabalho. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, São Paulo, n. 45, v. 12, p. 42 – 46, janeiro/março/1984a

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998. ISBN 85-7322-461-4.

PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. trad. de Wagner D. Giglio São Paulo: LTr, 2015

RAMAZZINI, Bernardino. As Doenças dos Trabalhadores Trad. Raimundo Estrêla. 2 ed. São Paulo: FUNDACENTRO, 1999.

ROSEN, George. Uma história da saúde pública. Trad. Marcos Fernando da Silva Moreira e José Rubem de Alcântara Bonfim, - São Paulo: Hucitec, Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro, 1994

A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF COMO FUNDAMENTO PARA UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA

Tatiana STROPPIA¹
José Luiz ANTIGA JÚNIOR²

RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma crítica hermenêutica aos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para justificar a alteração da interpretação dada ao princípio da presunção de inocência quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP. De forma a cumprir esse objetivo, em um primeiro momento, emprega-se uma pesquisa bibliográfica complementada com os posicionamentos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos de Humanos para firmar a interpretação constitucionalmente adequada da presunção de inocência. Em seguida, após a demonstração da fragilidade dos argumentos utilizados para flexibilizar uma garantia fundamental e permitir o cumprimento da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp), apresenta para o debate uma questão de fundo que precisa ser aprofundada: os perigos para a segurança jurídica e outras garantias fundamentais que uma aceitação de substituição ou superação do aspecto normativo do Direito pelo aspecto moral pode acarretar.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica; Pós-positivismo; Presunção de inocência.

ABSTRACT

This article aims to make a hermeneutical criticism of the grounds adopted by the Brazilian Supreme Court (STF) to justify changing the interpretation of the presumption of innocence principle made by the judgment of Habeas Corpus (HC) N. 126292 / SP. In order to fulfill this objective, in the first instance, employs a literature research supplemented by the positions of the Commission and the Inter-American Court of Human Rights to secure the constitutionally proper interpretation of the presumption of innocence. Then, after demonstrating the fragility of the arguments used to ease a fundamental guarantee and allow the execution of the sentence after the confirmation of the decision in the second degree of jurisdiction, although the extraordinary (RE) and special (Resp) appealings is waiting to be decided, provides a fundamental question that needs thorough in this discussion: the risks to legal security and other fundamental guarantees that a acceptance of replacement or overcoming of the normative aspect of law by the moral aspect can entail.

-
- 1 Possui graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Instituição Toledo de Ensino e mestrado em Pós-graduação stricto sensu - Instituição Toledo de Ensino. Atualmente é professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos temas que envolvem a liberdade de expressão e o direito de informação.
 - 2 Possui graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino e mestrado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Previdenciário, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito. É Professor de Direito Previdenciário, e Introdução ao Estudo do Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE) desde 2007. Advogado militante desde 2004.

KEY-WORDS: Juridical hermeneutics; Post-positivism theory; Presumption of innocence.

INTRODUÇÃO

O início da construção de um modelo constitucional-penal iluminado pelo princípio da presunção de inocência pareceria indicativo da formatação de um sistema afastado das bases inquisitoriais que exigia a prova da inocência ao invés da comprovação da culpa.

Logo, se é basilar o respeito à Constituição, no Brasil parece inequívoco que a presunção de inocência é uma garantia fundamental que protege o direito fundamental à liberdade e, portanto, cláusula pétrea. Para além de qualquer manifestação, há exigência constitucional de trânsito em julgado da decisão para o início do cumprimento da pena. Qualquer interpretação em sentido contrário afronta o âmbito de proteção demarcado pelo Constituinte Originário ao garantir a liberdade de locomoção.

O trabalho está dividido em dois tópicos centrais, a saber: em um primeiro momento, ocupa-se com a definição e a amplitude que a doutrina atribui ao princípio da presunção de inocência. Traz, também, o posicionamento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, apresenta uma síntese dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF para flexibilizar uma garantia fundamental e permitir o cumprimento da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp), no julgamento do HC nº 126.292/SP. No segundo momento, são trazidas as críticas que, sob o prisma hermenêutico, revelam a fragilidade dos argumentos apresentados e, por fim, chama-se a atenção para o risco que interpretações como a prolatada no julgamento do HC nº 126.292/SP ocasionam ao sistema constitucionalmente estabelecido: chega-se ao ponto em que a incorreta compreensão das teorias do pós-positivismo jurídico está permitindo a inclusão de elementos não jurídicos na interpretação de enunciados democraticamente estabelecidos pelo Poder Legislativo.

Logo, parece ser possível analisar o princípio da presunção de inocência, os argumentos utilizados pelo STF na recente decisão, e desse paralelo, apontar os equívocos de interpretação, e, ao final, demonstrar a importante questão de fundo que envolve a própria natureza do Direito.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONTORNOS GERAIS

O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade³, inserido dentre as garantias do devido processo legal, apenas foi efetivamente constitucionalizado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Apesar de não ser mencionado expressamente nas Constituições anteriores, encontrou albergue formal no sistema jurídico nacional com a adesão do Brasil⁴ à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabeleceu em seu art. 11.1:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22/11/1969, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678, de 06.11.1992, estabeleceu a presunção de inocência dentre as garantias judiciais: art. 8, item 2: “Toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente, até que sua culpabilidade não tenha sido legalmente estabelecida”.

O fato é que com a adesão do Brasil à referida Convenção é preciso observar como a Corte e a Comissão Interamericana reconhecem o princípio da presunção de inocência. Já no relatório n.º 66/01 (Caso 11.992-a contra o Estado do Equador), a Comissão Interamericana (CIDH) analisou a importância e as consequências da ofensa ao referido princípio. A Corte, então, firmou entendimento no sentido de que a Convenção Americana garante ao indivíduo o direito de ser considerado inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão transitada em julgado⁵. Nessa esteira, determinou que somente resta autorizada a prisão durante o processo (cautelar) quando estritamente necessário, nas hipóteses e nos prazos fixados no ordenamento jurídico interno, desde que razoáveis. Confira-se um trecho da decisão:

A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no

3 Como esclareceu Nereu José Giacomolli: “As fórmulas ‘presunção de inocência (formulação positiva) e ‘presunção de não culpabilidade’ (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do status libertatis, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais [...] (2014, p. 442).

4 O art. 144 da Constituição de 1946 determinava que: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

5 “A Corte considera que o processo termina quando é proferida sentença definitiva no assunto, com o que se esgota a jurisdição (cf. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, serie A n° 81, par. 29) e que, particularmente em matéria penal, este prazo deve compreender todo o procedimento, incluindo os recursos à instância superior que poderiam eventualmente ser apresentados.” (Caso Suárez Rosero Vs. Equador Sentença, 1997).

princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado. Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição (RELATÓRIO Nº 66/01, 2001).

Primando pela manutenção da liberdade do cidadão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu Informativo sobre o uso das prisões preventivas nas Américas, firmou que: as prisões preventivas devem ser adotadas de maneira excepcional, apenas quando não houver medidas não restritivas da liberdade aptas a conseguir a finalidade almejada e nas hipóteses fixadas no ordenamento jurídico interno, sempre em um prazo razoável.

Neste sentido, indica que:

En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente em virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 57).

Portanto, a Corte Interamericana entende que o reconhecimento da inocência impõe a limitação do encarceramento, relegando as prisões para o momento posterior à sentença condenatória com trânsito em julgado, ressalvadas as hipóteses excepcionais em que a prisão cautelar seja justificada. Há ainda que lembrar que “[..] o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente também viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana)” (BAHIA et. al., 2016).

Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência, em sentido amplo, sobre vários enfoques: a) como norma de tratamento; b) norma probatória; c) norma de juízo. (ARANTES FILHO, 2010, p. 26).

Como norma de tratamento a presunção de inocência orienta a persecução penal, tanto em sua fase investigativa como na processual, “indicando que investigados ou acusados

não devem ser equiparados a condenados” (ARANTES FILHO, 2010, p.27). Sob essa perspectiva tornam-se inadmissíveis punições antecipadas ou de medidas que se traduzam em prévio reconhecimento de culpabilidade como, por exemplo, a utilização de algemas em investigação, audiências e sessões de julgamento⁶.

Assim, “provimentos cautelares não podem significar antecipação de julgamento da responsabilidade penal do investigado ou do acusado. Por isso, antecipação de cumprimento de pena [...] e decreto de prisão cautelar como corolário da imputação são inadmissíveis (ARANTES FILHO, 2010, p. 28).

Como norma probatória, o princípio da presunção de inocência impõe ao acusador o ônus da prova e a dúvida beneficia o acusado, ou seja, não é o acusado quem tem que provar a sua inocência. Assim, o entendimento da presunção de inocência como norma probatória norteia a discussão sobre quem deve provar, o que deve ser provado e também qual o tipo de prova que pode ser utilizada (provas lícitas), numa demonstração da relação de complementaridade entre presunção de inocência, inadmissibilidade da prova ilícita e devido processo legal (DIAS TOFFOLI, 2016, p.11).

Enquanto norma de juízo, a presunção de inocência impõe ao magistrado que adote uma posição cautelosa, não proferindo “juízo condenatório antes do prévio exaurimento probatório da acusação, mediante o devido processo legal e constitucional, inclusive no seu aspecto formal, com uma necessária e acentuada nota ao pleno contraditório e à prova produzida pela acusação” (GIACOMOLLI, 2014, p. 444). Nesse ponto, a presunção de inocência cristaliza-se na norma *in dubio pro reo*.

O julgamento do HC n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal: síntese dos principais argumentos

Conforme informa Luís Roberto Barroso, desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu no STF o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp), em virtude do entendimento de que tais recursos não desfrutam de efeito suspensivo

6 Cf. Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>; Art. 474, § 3º do CPP.

nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 3-4).

Todavia, no emblemático julgamento do HC 84.078/MG, em 5.2.2009, o Pleno do STF, por maioria de votos, alterou o posicionamento anterior e decidiu pela inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Então, a partir deste julgamento havia sido consolidada a presunção de inocência, com a inadmissibilidade de qualquer imposição antecipada de pena antes do trânsito em julgado.

Segundo Marcio Geraldo Britto Arantes Filho, “incorreto o entendimento foi reparado: embora se admita que estes recursos não integrem a garantia do duplo grau de jurisdição, a condenação só pode ser cumprida quando se perfizer o trânsito em julgado da decisão. Do contrário, tem-se violação da presunção de inocência, por antecipação de cumprimento de pena [...]” (2010, p. 39).

Agora, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o HC nº 126.292/SP alterou o posicionamento anterior para permitir, novamente, a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Assim, por maioria de votos, o Tribunal afastou a exigência constitucional, consagrada no art. 5º, LVII da CF/88 (princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade), do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o cumprimento da pena de prisão. Mitigou, portanto, o referido princípio.

O Min. relator Teori Zavascki defendeu, em seu voto, que “[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.” (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 16).

Para tanto aduziu que a interpretação do princípio da presunção de inocência revela que tenha fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que os recursos especial e extraordinário, interpostos perante o STJ e o STF, não podem rediscutir matéria de prova e fatos, mas apenas verificar se houve ilegalidade ou inconstitucionalidade durante o processo. Nesse ponto, extrai-se de seu voto a seguinte afirmação:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento

de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 8)

Portanto, o Min. Rel. entendeu que uma vez esgotadas as instâncias ordinárias de julgamento, com a condenação do réu a uma pena privativa de liberdade, torna-se condizente com o princípio da presunção de inocência a determinação de cumprimento da pena, ainda que não haja trânsito em julgado.

Afirmou, ainda, que a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), em seu art. 1º, I, consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado, ou seja, já há, no sistema jurídico brasileiro, exemplo de produção de efeitos contra o acusado mesmo antes do trânsito em julgado. (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 8).

Trouxe também um rol de países do Ocidente (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina) que aceitam a possibilidade da execução provisória da decisão penal condenatória.

Cogitou, em continuidade, que o STF deve equilibrar a possibilidade ampla de recursos com a efetividade das decisões judiciais, evitando que recursos extraordinários, em sua maioria fadados ao insucesso, obstaculizem a efetividade de uma decisão condenatória com a ocorrência da prescrição. Em outras palavras:

[...] não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 13).

Por fim, pontuou que eventuais equívocos cometidos pelas instâncias ordinárias poderá ser vislumbrado caso a caso e, então, tanto o STF como o STJ atribuir efeito suspensivo aos recursos inibindo o cumprimento da pena, ou, ainda, analisar habeas corpus impetrados para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 15-16).

O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu em seu voto a existência de mutação constitucional, nos seguintes termos:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a

Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 9).

Alegou, também, três fundamentos pragmáticos para justificar a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 2).

A Ministra Rosa Weber, se posicionou pela manutenção do entendimento firmado no julgamento do HC 84.078-7/MG, por entender que o respeito ao princípio da segurança jurídica não permite a “revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal” (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 1).

Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanharam o relator, sendo que os dois últimos defenderam que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação” (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 2).

O Ministro Gilmar Mendes também acompanhou a Min. Relator e insistiu na distinção entre culpabilidade e a possibilidade de prisão, afirmando que:

[...] O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

[...]

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (Voto HC 126.292-SP, 2016, p.5).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio se posicionou pela manutenção do entendimento firmado no HC 84.078-7/MG sustentando que o significado do princípio da presunção de inocência não pode ser outro senão evitar que se execute, “invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva” (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 4).

O Min. Celso de Mello acompanhou, integralmente, na divergência, os Ministros Rosa Weber e Marco Aurélio reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente. Afirmou que:

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 7).

Por fim, o Min. Ricardo Lewandowski votou pela manutenção da exigência do trânsito em julgado para o cumprimento da pena, acrescentando a sua perplexidade com a alteração de posicionamento da Corte diante das decisões proferidas, na ADPF 347 e no RE 592.581, em que reconheceram que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, estando “num estado de coisas . Indagou: “Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea” (Voto HC 126.292-SP, 2016, p. 2).

O novo posicionamento adotado no julgamento do HC nº 126.292/SP, por ter sido proferido no julgamento de um caso concreto, é resultado do controle de constitucionalidade difuso e, assim, não tem efeito vinculante, ou seja, as demais Cortes do Judiciário não estão obrigadas a observar a decisão e, portanto, determinar o cumprimento da pena, com expedição de mandado de prisão, após julgamento da segunda instância. Todavia, a referida decisão certamente passará a impactar e a direcionar a orientação do Judiciário, gerando grave insegurança jurídica.

Contudo, no julgamento, não houve qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade, apenas uma nova interpretação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição (STRECK, 2016). Não houve a declaração de inconstitucionalidade do Art. 283 do CPP (com redação de 2011) que determina, in verbis:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Diante desse quadro, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

(CFOAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade, respectivamente ADC 43 e ADC 44, com pedido de liminar, visando a declaração de legitimidade constitucional da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) que, como acima transcrito, exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena de prisão.

Portanto, referidos legitimados esperam que o STF, ao analisar as referidas ações declaratórias de constitucionalidade, resolva o quadro dicotômico e que gera grande insegurança jurídica: um artigo do CPP, ainda válido e vigente, que entra em colisão com a decisão proferida por ele mesmo sentido oposto.

A FRAGILIDADE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO STF NO HC Nº 126.292/SP

O princípio da presunção de inocência não permite a interpretação atualmente realizada pelo STF e demonstrada acima. Os argumentos que levaram nossa Corte suprema a viabilizar a execução provisória da pena são frágeis.

Em primeiro lugar, quando se afirma que os recursos especial e extraordinário, interpostos perante o STJ e o STF, não podem rediscutir matéria de prova e fatos, mas se destinam a verificar se houve ilegalidade ou inconstitucionalidade durante o processo, está a se reafirmar a necessidade da proibição da execução provisória da pena. Ora, se não se pode, por exemplo, discutir se o que a testemunha “X” disse em seu depoimento leva à conclusão da culpa, mas se se pode discutir se o depoimento da testemunha “X” foi tomado sem respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como permitir que essa culpa seja executada? O depoimento seria nulo, a prova seria nula, e o processo teria que retornar à instância originária.

Os recursos especial e extraordinário revelam, então, pressuposto para a discussão da formação da culpa. É simples: só se pode discutir culpa, se o processo penal se desenvolveu de acordo com o que determinam a Constituição e a legislação. Logo, o argumento da impossibilidade da discussão da matéria de prova é frágil.

O Ministro Luís Roberto Barroso votou no sentido de que a presunção de inocência comporta a execução provisória da pena em razão da uma mutação constitucional baseada em uma alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Não obstante, o próprio STF havia entendido (criado) o chamado “estado de coisas

inconstitucional”⁷, na ADPF 347 e no RE 592.581, como lembrado pelo Ministro Lewandowski no julgamento do HC em questão.

Diante desse argumento, pergunta-se: quem estabelece a correta compreensão da realidade social? A posição do STF no sistema institucional brasileiro o permite alterar o significado do Direito? São questões de fundamento e que, portanto, reclamariam do Ministro Barroso respostas prévias ao sentido que atribuiu ao texto que trata da presunção de inocência. Parece que, ao furtar-se de tal mister, além de seu voto afrontar o disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, demonstrou elevado grau de subjetividade e argumentação vazia, pois permitiu que a sociedade ficasse em dúvida acerca de qual realidade estava a se falar: a dos presídios (estado de coisas inconstitucional) ou a ideia de que o encarceramento implica uma possível satisfação da pretensão punitiva do Estado?

Em segundo lugar, o direito comparado não se mostra como técnica viável de interpretação do Direito. Seria absolutamente necessário, para valer-se da comparação, comparar os textos das Constituições dos países mencionados no acórdão. Ocorre que, em nenhum dos países citados, a Constituição possui um texto tratando da presunção de inocência como a Constituição brasileira de 1988. Não há, então, base para a comparação.

O terceiro ponto que merece crítica é o da eficiência. O raciocínio é de que o processo penal seria mais eficiente se houvesse a execução provisória da pena. O argumento é frágil. Se eficiência for celeridade, a própria Constituição determina, em seu art. 5º, LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É evidente, entretanto, que não se pode trocar qualidade por celeridade. Julgamento conforme o direito posto é garantia de um Estado Democrático de Direito, tal qual o é a celeridade processual.

A instituição de um processo burocrático, dividido em etapas, com seletividade de provas aceitáveis, com profissionais treinados na mesma linguagem remonta ao direito canônico sistematizado no século XI (LOPES, 2008, p. 88 e ss.), e tinha como pressuposto exatamente a eficiência. A ideia da burocracia – não em sentido pejorativo – é avanço das sociedades que se estabeleceram mediante Estados, e permite aos cidadãos que, em face do possível Leviatã, só possam ter direitos tolhidos depois de respeitadas as etapas necessárias

7 Neste ponto, Camila Maria Rosa Casari e Gilberto Giacóia ao afirmar que “as condições dos presídios brasileiros são extremamente indignas e violadoras dos direitos fundamentais dos presos”, relatam que, “segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – Depen, no ano de 2014, a população carcerária no Brasil era de 607.731, e quantidade de vagas nos presídios era de 376.669, portanto, o déficit de vagas atingiu o patamar de 231.062” (2016, p. 268).

para se apurar as infrações. Trata-se, portanto, de algo basilar na civilização ocidental, que coloca o homem diante de um Estado que não interfira em seus direitos fundamentais senão quando respeitado o processo devidamente instituído e sistematizado em etapas.

Cabe, na questão da eficiência, mais uma crítica: por qual motivo o STJ ainda possui 33 Ministros? A Constituição Federal estabelece, em seu Art. 104., que “O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros”. Mínimo! Se há problemas de eficiência é porque há impossibilidade de um número tão exíguo de Ministros cuidar de tantos processos. A questão parece, então, ser de política pública de instituição de um Judiciário mais eficiente, e não tange à interpretação de garantias fundamentais, como a presunção de inocência.

A hermenêutica jurídica e o texto como condição de possibilidade da norma

Há que se ressaltar o avanço da hermenêutica jurídica pós-positivista em diferenciar enunciado (texto) de norma. A norma jurídica é o resultado de interpretação do enunciado linguístico. São, então, duas coisas distintas. A norma não é o texto contido no Código, na Constituição. A atividade do hermeneuta é fundamental: o comando só se revela após a análise do texto, mas não apenas do texto, senão que necessariamente dos fatos também (GRAU, 2006, p. 97).

Ocorre que, por isso mesmo, o enunciado linguístico é condição de possibilidade de ser da norma jurídica. A norma jurídica sem o texto estipulado pelo Legislador ou Constituinte é uma não-norma. É tudo, menos norma!

Logo, a interpretação jurídica que contraria os sentidos possíveis dos termos utilizados pelo legislador (ou Constituinte) não tem a possibilidade de resultar em uma norma jurídica adequada.

Em termos de doutrina, inúmeras teorias, cada qual à sua maneira, parte da ideia de que o texto é condição de ser da norma jurídica. Desde Friedrich Karl Von Savigny (2005, p. 24 e seguintes) até os autores do pós-positivismo jurídico a ideia de enunciado linguístico como ponto de partida do processo de interpretação não sofreu críticas, senão que apenas diferentes contornos.

Luís Roberto Barroso, em seu *Interpretação e aplicação da constituição*, afirma que:

Toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. Pela interpretação gramatical – também dita textual, literal, filológica, verbal, semântica – se cuida de atribuir significados aos enunciados

linguísticos do texto constitucional. Na formulação de Karl Larenz, ela consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação (2009, p. 131).

Salvo melhor leitura, parece que o Autor assume a ideia de que o texto da Constituição é condição de possibilidade da norma jurídica.

Muitos manuais de introdução ao estudo do direito, disciplina que integra a grade curricular das mais de mil faculdades de direito do Brasil, têm por objeto a análise basilar da hermenêutica jurídica. E neste ponto, também a doutrina parece consentir que o texto ou enunciado linguístico é condição de possibilidade de ser da norma jurídica.

Ao tratar da técnica gramatical, Maria Helena Diniz ensina, em seu *Compêndio de introdução à ciência do direito*:

Por essa técnica, que se funda sobre as regras da gramática e da linguística, examina o aplicador ou o intérprete cada termo do texto normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica etc. O cientista procura os sentidos literais possíveis do termo, ou seja, os significados que possa ter, marcando o limite da interpretação, e o aplicador opta ou decide por um dos diferentes sentidos admissíveis (2009, p. 439).

Como se percebe, desde o início do curso de direito o estudante é chamado à análise do texto. Evidente que, os autores que tratam do elemento gramatical o fazem com o cuidado de ressaltar que esse “método”, por si só, não resolve o problema da interpretação, como o faz, com a maestria que lhe é peculiar, Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Como interpretar juridicamente é produzir uma paráfrase, a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equívocas proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica (2013, p. 253).

Percebe-se, então, que ao tratar da interpretação do direito, a doutrina faz a hermenêutica se voltar para o enunciado linguístico como ponto de partida da interpretação. Mas se é ponto de partida, é condição de possibilidade. A doutrina faz a hermenêutica se voltar para o enunciado linguístico como análise semântico-limitadora, ou seja, não cabe ao intérprete atribuir significado impossível aos termos utilizados pelo legislador. Trata-se, portanto e claramente, de condição de possibilidade da norma.

Da mesma maneira, quando os manuais propedêuticos da ciência jurídica brasileira tratam, em termos de interpretação, do método sistemático, nada mais fazem que determinar ao hermenêuta que analisem os enunciados linguísticos que tratam do assunto dentro do sistema. É a proibição da interpretação do direito em tiras. Eros Roberto Grau discursa:

[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em

qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (2006, p. 46).

Como, então, compatibilizar o art. 283 do Código de Processo Penal com a interpretação conferida pelo STF ao art. 5º, LVII, no HC nº 126.292/SP? Impossível. A decisão proferida exigiria a discussão acerca da (in)constitucionalidade do art. 283 do diploma processual, o que não foi feito na decisão proferida no HC.

É crucial e elucidativa a teoria de Lenio Streck:

Daí que, sem o texto, não há sequer como se falar em interpretação: ele representa uma espécie de pressuposto hermenêutico para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade interpretativa. Da relação entre texto da norma e âmbito da norma (Fr. Müller), descreve-se um movimento circular que vai da concretude do caso para a dimensão mais abstrata do programa da norma (Gadamer), devolvendo sentido normativo para o âmbito da norma. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, sustentada na fenomenologia hermenêutica, não existe norma sem texto. O que equivale a dizer: não é possível, hermenêuticamente, admitir que a interpretação desconsidere o texto. Até porque, se ela, a interpretação, desconsiderar o texto, estará mediando o quê? Qual sentido? De algum modo, há um texto legal e/ou constitucional. Não há grau zero de sentido. Gadamer dizia que o texto é como a palavra do rei: sempre vem primeiro.

O texto, nessa medida, não é apenas um conjunto de palavras que possuem o sentido sintático-semântico guardados em um grande dicionário. Vale dizer, a mediação hermenêutica entre o texto e a atualidade do sentido não é uma atividade de disputa ou discordância acerca de termos equívocos que podem denotar diversos sentidos quando empregados em uma situação concreta. A atividade mediadora, aqui, tem um espectro muito mais amplo e está associada à tradição, à historicidade do texto e às controvérsias interpretativas precisam ser encaminhadas, não a partir de uma simples terapia conceitual (que poderia restringir a complexidade semântica de significados), mas, sim, por meio de um enfrentamento do sentido que compartilhamos enquanto comunidade política.

Em suma, fora do texto — entendido conforme o exposto linhas acima — não há como se falar em interpretação jurídica. Se o texto é importante, isso implica, ainda, que a sua interpretação — ou a atualização de seu sentido — não pode ser aquela mais conveniente ao desejo do intérprete. Deve haver um sentido melhor — ou mais adequado — que possa ser atribuído ao texto e que possa ser compartilhado por uma comunidade de sentido (2016).

Pois então, para quê servem os textos “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”? Repita-se, com STRECK: “fora do texto não há como se falar em interpretação jurídica”.

QUESTÃO DE FUNDO

É possível apontar uma questão de fundo que a discussão acerca do princípio da

presunção de inocência revelou: a desejada superação do positivismo pelo pós-positivismo terá efeitos colaterais graves se a doutrina não considerar o enunciado linguístico como a condição de possibilidade da norma jurídica, pois estabelecido democraticamente. E é ainda mais grave o fato de que essa desejada superação ocorra em razão da incompreensão tanto das teorias positivistas quanto do pós-positivismo jurídico.

O positivismo jurídico pode ser definido como um conjunto de teorias acerca do direito. Não se trata, apenas e tão somente, de uma teoria específica. Logo, há campos diversos da teoria geral do direito e da filosofia do direito que interessam ao positivismo jurídico, tais como a natureza do Direito, a relação entre Direito e moral, bem como suas diferenças, o papel do juiz no direito, os princípios jurídicos.

No que interessa para o resultado das críticas acima, chama à atenção o aspecto das teses que relacionam ou separam o Direito da moral. Valemo-nos da precisa explicação que Robert Alexy fez a respeito do tema em seu “La institucionalización de la justicia”. Para o jurista, há quatro teses acerca da relação entre Direito e moral: tese da separação, tese da separabilidade, tese da vinculação frágil e tese da vinculação forte.

A tese da separabilidade afirma que não existe nenhuma conexão necessária entre Direito e moral. Logo, a relação entre eles é meramente contingente, ou seja, não há uma conexão necessária entre o que manda o Direito e o que exigem a moral e a justiça, ou entre o Direito que é e o Direito que deve ser. Essa é a tese defendida por Hans Kelsen. Portanto, a tese da separabilidade é uma tese positivista.

Para Alexy (2005, p.18):

A tese da separabilidade define a versão mais frágil do positivismo jurídico. Diz simplesmente que é possível atribuir qualquer conteúdo ao direito, com independência de quaisquer exigências de justiça. Com isso não exclui a possibilidade de que o direito positivo de uma determinada comunidade contenha princípios morais que eventualmente transformem os direitos humanos em direitos positivos mediante disposições constitucionais. Desde o ponto de vista de um conceito de direito entendido da maneira positivista, o único que tal conceito de direito exige é que a inclusão de conteúdos morais no direito seja considerada uma questão de fato, enquanto tal meramente contingente, e de nenhum modo como algo necessário. (tradução livre)

Já a tese da separação pressupõe a tese da separabilidade, mas com um agravante: a relação entre Direito e moral é meramente contingente e absolutamente indesejada. É o que Alexy chama de versão mais forte do positivismo jurídico (2005, p.18).

O que seria, nesse ponto, o pós-positivismo? Seria a vinculação, necessária ou apenas desejável, do Direito à moral:

Se a inclusão de elementos morais se considera conceitualmente necessária, pode falar-se de uma “tese da vinculação forte”. (...) Se a inclusão se considera só desejável ou preferível, mas não conceitualmente necessária, pode falar-se em uma “tese da vinculação frágil”. A tese débil da vinculação não pretende uma vinculação conceitual senão só uma vinculação normativamente necessária. (ALEXY, 2005, p. 20) - tradução livre.

Independente de qual tese da vinculação se está a falar, o fato é que o pós-positivismo jurídico ganhou adeptos no Brasil pela ideia de (re)estabelecer a ligação entre Direito e moral que muitos pensaram estar completamente excluída pelos positivistas.

Ocorre que, quando autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Miguel Reale teorizam o Direito ressaltando a sua natureza ética, embora também normativa, jamais permitem a substituição ou superação do aspecto normativo do direito pelo aspecto moral. Em outras palavras, nenhum pós-positivista, ou até jusnaturalista renomado preleciona que o magistrado está autorizado a interpretar o direito de acordo com a moral, ainda que a interpretação leve-nos ao não-direito.

Dimitri Dimoulis sintetiza o que chama de “equívocos do pós-positivismo” da seguinte maneira:

Seria necessário um estudo detido da produção jurídica nacional para identificar as alternativas propostas pelos críticos do juspositivismo. Aqui podemos somente indicar que há duas tendências. A primeira é de cunho claramente idealista. Recebe influências pela visão jusnaturalista e insiste na necessidade de adaptar o direito a exigências decorrentes de imperativos superiores, tais como a justiça, o bem comum e a moralidade.

A segunda tendência é de cunho sociológico e estabelece como premissa a necessidade de adaptar normas vigentes a exigências decorrentes da evolução da sociedade. Esse posicionamento pressupõe o abandono do rigor na aplicação do direito, insistindo na compreensão ‘flexível’ dos imperativos legais e concedendo ao julgador margens de decisão além e contra a previsão legal, sempre no intuito de adaptar o direito a exigências concretas e mudanças históricas (2006, p. 47).

Eis o problema: quando o STF ou qualquer magistrado fundamenta a interpretação do Direito em dados estatísticos, ideologias de eficácia do direito, ou outros argumentos de moral, a decisão deve ser tida como tecnicamente frágil e, portanto, insustentável.

Nesse cenário, válidas, por pertinentes, as palavras de José Eduardo Faria:

Diante da ampliação das desigualdades sociais, setoriais e regionais dos bolsões de miséria e guetos quarto-mundializados nos centros urbanos, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos, acabam agora tendendo a assumir funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, a concepção de intervenção mínima e última do direito penal é alterada radicalmente (Adorno, 1996). Tal mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo para disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos. Por isso, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive hoje um período de reflexo e flexibilização, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: veloz e

intensa definição de novos tipos penais; crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com textura aberta (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções; encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual; inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência. (1997, p. 50).

Enfim, diante da decisão do STF discutida acima e do quadro criado, a sensação de instabilidade, de insegurança (jurídica) e de flexibilização de direitos e garantias fundamentais revela-se como o mais grave dos males.

CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência, além de paradigma indissociável do Estado Democrático Brasileiro, revela-se, em sentido amplo, como norma de tratamento; norma probatória e norma de juízo. Foi positivado de maneira ampla e sem qualquer limite no inciso LVII do art. 5º da CF/88 impondo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena. O sistema se completa com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal que, após redação dada por lei de 2.011, proíbe a execução provisória da pena, reforçando a garantia constitucional.

Defender o contrário é esvaziar a proteção delineada pela Constituição, é flexibilizar a proteção dada à liberdade de locomoção (direito fundamental) em prol de um suposto combate à impunidade e à criminalidade. Parece-nos que o núcleo essencial do referido princípio está justamente no impedimento da prisão antes do trânsito em julgado, não configurando uma proteção digna a possibilidade de indenização do condenado que ficar preso indevidamente. Entende-se, enfim, que a liberdade é um bem que não se compadece com uma eventual reparação monetária.

Ao mitigar a proibição da execução provisória da pena, o STF utilizou-se de argumentos frágeis que não encontram respaldo nem nas teorias hermenêuticas convencionais, como a de Savigny, nem sequer no modelo pós-positivista de concepção da natureza do Direito e da sua relação com a moral.

Como questão de fundo, se revela preocupante a crescente substituição da dogmática jurídica pela concepção moralista do Direito que, levada ao extremo pela crítica infundada ao positivismo jurídico e pela incompreensão do pós-positivismo, possibilita ao magistrado interpretar e construir a norma jurídica contrariando, ignorando ou distorcendo enunciados

linguísticos previamente estipulados pela atividade legiferante.

Os fins não podem justificar os meios em termos de interpretação jurídica, pois os meios adequados são, de antemão, prefixados e existentes no Direito, jamais no imaginário dos julgadores.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: 2005.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. Revista Liberdades, n. 4, maio-agosto de 2010, 24-43. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Revista-n-4-Maio-Agosto-de-2010.pdf>. Acesso em: 02 jun.2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/>. Acesso em: 06 jun.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, República Federativa do. DECRETO N.º. 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 jun.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292-SP. Inteiro teor de acórdão. Plenário. DOU de 17/05/2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_309493860%20(1).pdf.> Acesso em: 09 jun.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 84.078-7-MG. Inteiro teor de acórdão. Plenário. DJE de 26/02/2010. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 09 jun.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TOFFOLI, José Antonio Dias. Voto proferido no INQUÉRITO 3.983- DistritoFfederal. Rel. : Teori Zavascki. DOU de 03/03/2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/inq-3983.pdf>>. Acesso em: 09 jun.2016.

CASARI, Camila Maria Rosa; GIACÓIA, Gilberto. A violação dos direitos fundamentais no

sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, n.1 / 2016, p. 249-274. Disponível em:<[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20816-108451-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20816-108451-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 28 jun.2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 2013. Disponível em:<<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>>. Acesso em: 12 mai.2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RELATÓRIO N° 66/01

CASO 11.992- Dayra María Levoyer Jiménez (Equador- 14 de junho de 2001). Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992.htm>> Acesso em: 11 mai.2016.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB). Petição inicial da Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 43. Disponível em:<[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550426029#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25831/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550426029#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25831/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)> Acesso em: 20 jun. 2016

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997 (Mérito). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>> Acesso em: 11 mai.2016.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. Estudos avançados, São Paulo , v. 11, n. 30, p. 43-53, Aug. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0141997000200004&lng=en&nrm=iso>. Access em: 20 jun.2016.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentários ao art. 5, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et. al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 440-445.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006..

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 06 jun.2016.

PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL (PEN). Petição inicial da Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 44. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>>. Acesso em: 20 jun. 2016

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia juridical (trad. Heloisa Burati). São Paulo: Rideel, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!. Revista Consultor Jurídico, 29 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 13 jun.2016.

STRECK, Lenio Luiz. O canibalismo da lei e Constituição: quando Nebraska vira Caneca. Revista Consultor Jurídico, 10 de março de 2016. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-mar-10/senso-incomum-canibalismo-lei-constituicao-quando-nebraska-vira-caneca>>. Acesso em: 24 jun.2016.

A PRIMAZIA DO JULGAMENTO COM MÉRITO: POSTULADO NORMATIVO, PRINCÍPIO OU REGRA?

Rodrigo Magalhães GONÇALVES
Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES

RESUMO

Trata-se de trabalho em que se pretende emergir questionamento e, na medida do possível, concluir a respeito de sua natureza jurídica e a correta destinação terminológica do que se buscou chamar-se de primazia ou preferência do julgamento com análise do mérito. É que, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, a conduta que melhor define os escopos da processualística moderna está no sentido de promoção, na medida do possível, por parte dos magistrados, de um julgamento de mérito, fazendo-se a tutela efetiva, um dos maiores objetivos atuais. Desta forma, diante da importância alcançada por este tema, surge-se a necessidade de se estabelecer, até para contribuição na unicidade do sistema jurídico, em qual dos grupos normativos estaria alocada a citada primazia. Neste sentido, pretende-se o presente artigo, passar pela compreensão e interpretação da Teoria do Direito, para afirmar em qual espécie normativa se encaixa a nova regulamentação, qual seja, se seria um postulado, um princípio ou meramente uma regra comportamental apontada para os magistrados. O objeto do trabalho não está na verificação de, em até que ponto, poderia o Juiz da causa se valer dos obstáculos formais-processuais sob o aspecto de condicionamento da análise meritória – que é a polêmica de que mais se ocupa a doutrina –, mas somente no que diz respeito à natureza jurídica da primazia do julgamento com mérito. A metodologia escolhida foi a pesquisa bibliográfica que trata do assunto no sentido de favorecer o entendimento e desvendar os alcances desta cientificidade.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Natureza Jurídica. Primazia do Mérito.

ABSTRACT

That's an essay which intends to verify and conclude the legal nature of the so called preference of trial of the merits of the case. After the New Procedural Civil Code entered into force, the conduct that best define the objectives of modern processualistic is in order to promote, as far as possible, by the judges, a judgment on the merits, promoting an effective protection, one of the major recent objectives. In this way, considering the importance of this theme, there is a need to establish, even to contribute to unity of legal system, which of the normative groups would be allocated the mentioned preference. This present essay intends to analyse the interpretation of Law Theory in order to conclude in which normative category this new phenomena could be allocated: a framework, a principle or just a behavior rule pointed out by the judges. The purpose of this essay is not the verification on how far the judges can use processualistic formal obstacles to suppress the merits analyses, phenomena most studied by the doctrine, but only with regard to the legal nature of preference of trial of merits of the case. The methodology chosen was bibliographic research regarding the subject of this essay, in the sense to enlighten the understanding of this problematic.

KEY-WORDS: Law Theory. Legal Nature. Preference of Trial of Merits.

INTRODUÇÃO

A denominação “primazia do julgamento do mérito” é nova, não obstante resuma objetivo antigo da jurisdição, qual seja, ofertar uma justiça efetiva aos seus tutelados. A Constituição Federal, desde 1988, assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, embora se estude esta disposição como a inafastabilidade do poder judiciário diante dos casos em concreto, também se cabe interpretá-la no sentido compromisso de promoção, na medida do possível, de um “processo de resultados” , aliás, o que seria a primazia do mérito senão o compromisso de o juiz não se afastar da apreciação dos contornos de uma relação jurídica de direito material?

Não sendo objetivo novo do ordenamento jurídico, o estudo da primazia do julgamento do mérito se justifica no reforço que empregou o Novo Código de Processo Civil ao tema, já que, com a Lei 13.105/2015 vieram inúmeras disposições legais carregando o seu sentido, as quais servirão de aparelhamento àqueles que utilizam a legislação como instrumento de concretização dos anseios sociais.

Aparelhados, portanto, diante da grande quantidade de artigos que carregam um único fim, os aplicadores e interpretes do direito tendem aumentarem a utilização e concretização dos mesmos aos casos do dia-dia, sempre por meio de um processo de retirada da força e sentido desta norma. Nesse sentido, as possibilidades de emprego errôneo e desconhecimento da estrutura das normas para uma devida interpretação se evidenciam/ se potencializam. É neste jaez que a importância do estudo da Teoria do Direito se aflora.

Neste sentido, o estudo da teoria do direito tem justificativa na afirmada importância, uma vez que possibilita o encontro da configuração correta das normas jurídicas, a partir de individualização de características que a preenchem. Esta teoria fora recepcionada no Brasil, sobretudo por conta da influência da doutrinação alemã, cujos principais percussores são ESSER, LARENZ, CANARIS, DWORKIN e ALEXY.

Não se ocupará aqui da afirmativa de que regras, princípios e postulados normativos são, antes de qualquer coisa, normas jurídicas, pois, desta afirmativa já se posicionou a doutrina ; nem mesmo se debruçará neste artigo da força normativa dos princípios, por tudo já aceita. O esforço a ser empregado está em “determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação” das vontades legais.

Sobre a afirmativa de que regras e princípios são, acima de tudo, normas jurídicas, faz-se excelente função esclarecedora as palavras do Alemão Robert ALEXY (traduzidas por

Virgílio Afonso da Silva), donde se tem a explicação que de ambas podem ser retirados sentidos diversos, mas sempre com aptidão de delimitar condutas no ambiente social, característica reservada, portanto, às normas cujo efeito é de concretização do dever-ser.

Nesse diapasão, primeiro delimitaremos os contornos que envolvem a busca de uma classificação normativa para a primazia do mérito, passando-se, posteriormente, pela tentativa de enquadramento normativo da citada primazia diante da teoria do direito para, por fim, expor as consequências possíveis da classificação mais acertada, em termos científicos.

OS CONTORNOS QUE ENVOLVEM A BUSCA DE UMA CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA

Com a direção empregada pelo novo Código de Processo Civil ao comportamento dos atores processuais na busca por resultado efetivo e resolutório do que fora tido como controverso dentro do processo, logo debruçou-se, os processualistas, nos instrumentos de concretização desta ideologia, explicando o reforço que trouxe o Código ao objetivo primordial da construção ou formação de uma relação jurídica processual, qual seja, resolver o conflito de interesses e pacificar de vez o seio social, estabelecendo condições de todas as pessoas conviverem com tranquilidade. Ficou para trás a indagação sobre no que realmente se traduz o direcionamento legal trazido pelo Código. Percebe-se que ao tratarem do tema, alguns autores partem da certeza de que estão se referindo a um princípio processual, sem discutir sua natureza jurídica perante a teoria do direito. É exemplo desses autores o Professor Fredie Didier Júnior.

Há muita importância em se delimitar qual a espécie normativa que se configura a primazia do julgamento com análise do mérito, notadamente quando se identifica as consequências práticas da distinção entre normas-princípios, normas-regras e postulados normativos. Dentre essas consequências estão o grau de abrangência destas normas para com a interpretação dos casos concretos, bem como a possibilidade de serem suscetíveis ou não a conflitos normativos em busca de uma melhor aplicação do direito. Nem todas as normas se aplicam num mesmo grau e, por isso, é de extrema valia a individualização de cada uma delas, para que se possa traçar um caminho lógico de resolução de conflitos, a partir de devida interpretação. A citada individualização há de ser feita, sempre, em consonância com o estudo da Teoria do Direito.

O questionamento que se pretende fazer é: será a primazia do julgamento com análise do mérito realmente um princípio, ou seria um postulado normativo ou até mesmo uma regra de especificidade comportamental? Antecede-se o esclarecimento de tal natureza jurídica a qualquer outra cientificidade sobre a matéria, porém, ressalvas são importantes para o tratamento do tema.

Com efeito, não se deve buscar a definição e encaixe de uma norma dentro da classificação de princípios jurídicos como se esta categoria somente tivesse, ao longo do tempo, assumido uma única modelagem conceitual. Há várias maneiras de se definir princípios e há várias formas de distingui-los das regras, dependendo sempre do critério em função do qual tais distinções são construídas. Somente a partir da fixação do critério que se pretende utilizar é que será possível o correto encaixe, da norma em análise, ao grupo normativo ideal.

O critério distintivo, deste modo, assumido neste trabalho, para o encaixe da primazia do julgamento do mérito numa das classificações normativas é, e não poderia ser diferente, o da função na interpretação e aplicação do Direito que teria tal norma a partir do momento que a reconhecesse como integrante deste ou daquele grupo normativo. A finalidade, portanto, em estabelecer a natureza jurídica da citada norma, é aplicativa, com relevância prática, não se limitando apenas a uma finalidade meramente descritiva.

A partir desta finalidade, a construção teórica jurídica sobre o assunto exige-se que se entenda a diferença na estrutura das normas que estão hoje presentes na regulamentação dos casos em concretos, sob pena de conferir maior ou menor grau devido, de incidência normativa, a questões que venham a ser objeto de litígio perante a jurisdição, bem como assumir um descontrole na densidade de aplicação destas mesmas normas perante a existência do direito material querido.

No sentido de construção teórica, portanto, imprescindível se torna o reconhecimento de que o grau de abstração de uma norma, não é, em todos os casos, o elemento diferenciador dos princípios para com as regras. Em análise crítica aos conceitos empregados na teoria do direito, corretamente se lembra que há, principalmente no campo civil, regras cujos preceitos empregados são razoavelmente vagos e/ou indeterminados, donde não se consegue a implementação imediata do preceito normativo à situação concreta. Nesse sentido estão os ensinamentos de Humberto Ávila

[...] a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada” só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à

subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras, essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra.

Faz-se obrigatório, assim, a investigação teórica de qual elemento seria capaz, unicamente, de estabelecer um ponto diferenciador entre os citados grupos normativos; perseguição que será feita em outro tópico no presente trabalho.

Há que se reconhecer que não é relativamente simples o enquadramento da primazia do mérito à categoria de princípio jurídico. Neste jaez, outros diversos pontos de identificação dos contornos que envolvem a busca por uma classificação normativa devem ser citados. Se de um lado tem-se o reconhecimento de que até mesmo as regras, em alguns casos, dependem de complementação para incidirem na esfera jurídica das pessoas, também se tem a percepção que nem todos os princípios jurídicos são incapazes de trazer, isoladamente, consequências ao cotidiano das mesmas. Assevera, mais uma vez, Humberto Ávila que “a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso em concreto”.

É neste caminhar que diversos pontos de reflexão sobre a determinação da natureza das normas são estudados. O exemplo marcante em relação a isso está na ocupação que fez Ávila na afirmação de que “valores, meros estabelecimentos de fins, axiomas, postulados normativos ou critérios” não se confundem nem se assemelham com princípios.

Percebe-se, até aqui, que embora a afirmação do Autor se refira também aos postulados normativos, estes, com surpresa, são os que menos se assemelham aos princípios e regras, até mesmo porque fácil se torna a compreensão dos mesmos quando se tem a afirmação de que sempre deverão estar presentes, em qualquer julgamento de causa ou, que não são suscetíveis de conflitos com outras modalidades de normas.

Dado o contorno suficiente aos precipícios possíveis do estudo da matéria, passemos então à tentativa de enquadramento da primazia do julgamento de mérito à unicidade das estruturas normativas.

TENTATIVA DE ENCAIXE DA PRIMAZIA DO MÉRITO NOS GRUPOS DE NORMAS DO ORDENAMENTO

Escusa-se, neste momento, da obrigatoriedade do sucesso em se concluir que a primazia do mérito faz parte, sem dúvida alguma, de um ou outro grupo normativo já apresentado. Há diversas formas de se identificar uma determinada positivação legal para

atribuí-la força normativa correspondente e, o esforço a ser empregado nesta oportunidade, não passará de tentativa científica de trazer resposta à indagação principal do estudo.

A melhor maneira de debruçar-se sobre o tema é partir-se da criação científica já existente. Deste modo, poderemos citar novamente Humberto Ávila que, após tecer diversas críticas à obra de Robert Alexy, conceituou princípios como sendo

Normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade/ alcance dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

Percebe-se, portanto, inicialmente, que são princípios todas as normas impossíveis de se aplicarem imediatamente, quando somente tem-se como base a subsunção literal do texto legal com o caso em concreto. Dependem, assim, de complementação por parte de outras normas, as quais serviriam de instrumento de concretização dos ideais traçados por tais princípios. Oportuno fixar que os ideais da preferência pelo mérito, notadamente, são: efetividade e justiça das decisões (artigo 6º do NCPC).

Atentando-se somente a esse aspecto classificatório inicial, seria possível afirmar que a primazia do mérito é um princípio, pois estampa, de forma expressa, qual o ideal a ser buscado, sem muita exatidão do comportamento a ser seguido, atingindo grande quantidade de destinatários. Seria exemplo de expressa disposição destes ideais o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil, porém, não é somente (ou nem pode ser) no grau de abstração do mandamento legal ou na capacidade de alcance destas disposições para com os indivíduos suscetíveis de tutela jurisdicional que se esgota (te) a diferenciação entre princípios, postulados normativos e regras. Já fora ponderado no capítulo alhures que nem todos os princípios são incapazes, isoladamente, de trazer consequências à esfera individual das pessoas, fazendo-se do grau de abstração nem mesmo um critério diferenciador propriamente dito. Seria necessário, assim, o reconhecimento de alguma outra característica para ser possível identificar qual das três normas respaldaria a primazia da tutela meritória.

Deste modo, tendo-se por base, em primeiro lugar, a releitura das obras de ESSER (1990) apud ÁVILA a distinção primordial de regra e princípio estaria no fato de reconhecer o maior grau de qualidade destes princípios para com as regras, pois aqueles seriam o “elemento que contextualiza” ou a fundamentação para aplicação destes, fazendo-se que a percepção fática empregada pelo interprete à lide tenha aptidão para receber a valoração de um princípio e, seguir, conseqüentemente, o seu caminho ideal, por meio de uma regra, no sentido de

resolução do conflito.

Feliz foi a expressão empregada por ALEXYY, na qual qualificou normas princípios como “mandamentos de otimização” indo de encontro com a ideia de maior grau de qualidade destas normas. Já referendava o Autor, na mesma obra, que foram estabelecidos três caminhos de entendimentos para se compreender a diferença de princípios para com as regras, mas que o critério qualitativo seria a melhor tese, ou, a mais correta . Os outros dois caminhos estariam, portanto, superados: um asseverava a impossibilidade de distinção entre as citadas normas, pois, no final, sempre se permitiria que os critérios fossem, pelo interprete, “combinados da maneira que se desejar” e, outro, se baseava numa “diferenciação somente de grau”.

Resta-nos, agora, analisarmos no que se resume, realmente, a primazia do mérito. Trata-se de mandado de otimização? Ou seja, os juízes devem, na medida do possível, estabelecer condições de concretização de uma análise do direito material, de modo a se alocarem somente ao lado da efetividade e da justiça nas decisões? Ou devem ser cautelosos com as formalidades processuais necessárias para a busca correta de uma decisão de mérito, porque isso sim seria o resultado de um processo justo? A cautela formalista exclui a possibilidade de tentativa de otimização de uma tutela de mérito ou ambas podem ser coniventes? Parece-nos que a modelagem ideal da primazia de mérito seria mesmo a de norma princípio e, não fosse a percepção de grande quantidade de artigos, no novo Código de Processo Civil, que resumem esta primazia com grande grau de determinação jurídica, poderíamos afirmar sem receio algum, somente com base no artigo 6º do mesmo diploma legal, que é sim princípio jurídico “novo”.

Mas não é fácil, como já se sabe. Devemos nos ocupar também do conceito de postulados normativos e, posteriormente, do conceito de regras – para fins de comparação. Assim, em segundo plano, agora com respaldo em EISLER (1994) apud ÁVILA a diferença elementar entre postulados normativos e princípios seria o reconhecimento daqueles como condições processuais, procedimentais e humanas de se aplicar qualquer destes em função contextual das regras, não podendo, de forma alguma, tais condições estarem ausentes no momento de julgar o mérito. Reconhece a melhor doutrina que são postulados normativos: a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o dever de proporcionalidade das decisões.

A primazia do julgamento do mérito é condição de aplicação dos princípios e regras?

Entende-se por condição a situação sem a qual não é possível se promover um objetivo, dependendo-se dela para alcançar determinada finalidade . O objetivo e a finalidade, no caso, é - repita-se - o de aplicação dos princípios e das regras, não de julgamento da causa . Estaria ela imune a qualquer colisão que resultasse em exclusão e/ ou ponderação de sua aplicação? Parece-nos que a resposta é ‘não’ para todas as indagações. Ora, a primazia do mérito não está para a solução de um caso do mesmo modo que a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, ou o dever de proporcionalidade (verdadeiros postulados) estão para a solução deste mesmo litígio, pois não promove qualquer fertilização para aplicação de outra norma. Falta-lhe a qualidade de indispensável e incombatiável, pois, ainda que vise promoção do espaço social de justiça , se mostra suscetível a esbarrar em possível nulidade insanável do processo.

Com efeito, parece-nos que não se pode entender a primazia do mérito como postulado normativo, pois haverá situações e/ou hipóteses em que algum vício fatalmente maculará, de forma definitiva, o julgamento com capacidade de formar coisa julgada material. Por isso, não seria condição universal de qualquer julgamento que se tivesse a primazia do mérito como norma não colidente com qualquer outra, pois essa se esbarraria, em alguns casos, nas necessárias formalidades processuais que antecedem a exauriente cognição do magistrado. Nesse sentido, só seriam postulados normativos se trouxessem “condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica” de princípios e/ou regras para o caso em concreto.

Feito todos os recortes, a outra conclusão não se chega, a não ser àquela que reconhece que a primazia do julgamento do mérito se aproxima, de uma maneira mais exata, à natureza jurídica de norma-princípio ou de norma-regra, seja pelos fundamentos/características que a retira de qualquer outra classificação, seja pelo conceito reservado às respectivas normatividades, ou pelos exemplos existentes no texto infraconstitucional - processual. Ainda nos resta, entretanto, e sem prejuízo do que aqui já se expos, debruçarmos nas repercussões do conceito de normas regras. Ensina Ávila que as regras podem ser definidas como

Normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente de sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

O conceito de normas-regras pressupõe a existência de descrição normativa dos

comportamentos a serem seguidos pelos atores processuais, ou seja, maior grau de especificação da conduta querida pela lei, entendimento que é estabelecido sem prejuízo do reconhecimento, de que há em nosso ordenamento, regras com maior ou menor grau de vagueza ou conteúdo indeterminado . O conceito empregado pelo Autor é, nas palavras de ALEXY , a definição “prima facie” de regras e, por isso, insuficiente para uma completa distinção entre as citadas normas. Deste modo, da mesma forma em que se reconheceu a necessidade do encontro de um critério diferenciador único para os princípios em função das regras, também se reconhece aqui a necessidade de um ponto de distinção primordial das regras em função dos princípios.

Óbvio que, o mesmo critério que concede maior grau de qualidade aos princípios, pode ser interpretado a contrário sensu para ser estendido um menor grau às regras – o que não satisfaz a necessidade de buscarmos outro parâmetro. Neste sentido, WOLFFBACHOF e FORSTHOFF apud ÁVILA estabeleceram um critério de fundamento de validade, no qual asseveram que, enquanto os princípios seriam “dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da ideia de Direito ou do princípio da Justiça”, as regras, por outro lado, seriam abstraídas unicamente “de textos normativos”, ainda que contextualizadas no sentido que propõe os princípios.

Neste jaez, relativamente à primazia do mérito, indagações são reservadas: Seria a preferência do julgamento com análise do mérito dedutível somente de textos normativos? Não teria tal norma a qualidade suficiente para contextualizar uma decisão? Os inúmeros dispositivos legais presentes no Novo Código, com elevados grau de determinação jurídica, seriam a justificativa de não reconhecer a primazia do mérito como um princípio?

Nos parece que a natureza jurídica desta norma, se prende, mesmo, ao grupo normativo de princípios jurídicos – excluindo a conclusão de que seria meramente regra processual. Outra acepção não deve ser dada à primazia do mérito, a não ser aquela que empregue a ideia de direito ou de justiça, como inerentes à sua natureza.

O argumento de que os diversos dispositivos legais existentes obstarão o reconhecimento da primazia do mérito como “norma de contextualização” se faz extremamente raso, diante do grande aprofundamento que se fez o presente estudo. Vejamos, entretanto, que exemplos não faltam no ordenamento jurídico. São eles os artigos: 76, caput; 139, IX; 321 e parágrafo único; o artigo 352; 932, parágrafo único; 938, §1º; 1.007, §§§ 2º, 4º e 7º; o 1.017, §3º; 1.024, §§ 3º e 4º; o 1.029, §3º; o 1.032 e o 1.033. A única repercussão do

reconhecimento de tantos artigos específicos na delimitação da abrangência de um princípio é que: um princípio pode estar definido tanto em dispositivos genéricos como em dispositivos específicos, mas em todos eles, deve estar traduzido, forma direta, o seu fim, este sim, alicerce da delimitação de sua natureza jurídica.

Para concluir diante da análise feita, enfatizasse que, embora sejam diversos os critérios de identificação, pende-se a natureza jurídica da primazia do julgamento com análise do mérito, à natureza de norma princípio. Revela-se a necessidade de aprofundado estudo para que se tenha uma definição absoluta, porque a interpretação pessoal de cada pessoa oscila quando se decide (des) considerar um ou outro critério de individualização.

AS CONSEQUÊNCIAS EM SE ENXERGAR A PRIMAZIA DO MÉRITO COMO NORMA-PRINCÍPIO

Reconhecendo-se a primazia do julgamento com análise do mérito como norma princípio, há de se admitir a possibilidade de conflitos normativos dentro do campo de sua própria aplicação, ora, somente os postulados é que são insuscetíveis de tais conflitos. Não só isso, reconhecesse-se também que o conflito da primazia do mérito com outro princípio deve ser solucionado por meio de ponderação de valores, não de exclusão de uma norma em função de outra. E relativamente a este ponto, o sopesamento acontece somente quando sobrepõe o melhor de uma norma em contrapartida do melhor de outra, não importando se as configurações legais entre elas são distintas, idênticas ou semelhantes. Nesse sentido é a advertência de ÁVILA

[...] foi dito que a solução de um conflito entre princípios consiste em atribuir prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido. É dizer: a eliminação da inconsistência normativa procede sem a declaração de nulidade de uma das normas envolvidas. Essa característica dos princípios é verdadeira, mas somente na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes (grifo meu).

Reconhecer a primazia do mérito como princípio é atribuí-la qualidade superior às das outras normas, conferindo-lhe capacidade abstrata de contextualização na aplicação de regras jurídicas ao caso em concreto, sem, entretanto, necessariamente erigi-la ao status de direito fundamental, porque, no final das contas, nem sempre por se caracterizar um princípio ter-se-á caracterizado um direito fundamental, ainda que todos “os direitos fundamentais tenham natureza de princípio”. Salienta-se que enxergar a primazia do mérito como direito fundamental não é conclusão que se despreze, entretanto, para fins deste estudo, não nos ocuparemos desta hipótese.

Também, é afirmar que não será correta sua aplicação quando ausentes da objetivação da primazia às particularidades da relação jurídica de direito material os postulados normativos da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da proporcionalidade, porque são essas as condições de viabilidade de qualquer decisão de mérito. É afirmar que se trata sim de mandamento de otimização, devendo os aplicadores da lei, por meio de suas respectivas interpretações, se esforçarem para extrair a finalidade normativa empregada da melhor forma possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.

Reconhecê-la status de princípio é o mesmo que reconhecê-la caráter deontológico e negar a ela um caráter axiológico, porque estes últimos são exclusivos dos valores - como explica ÁVILA

[...] os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor.

Conforme estabelece a língua portuguesa, “a deontologia é um tratado dos deveres e da moral. É uma teoria sobre as escolhas dos indivíduos, o que é moralmente necessário e serve para nortear o que realmente deve ser feito”. Conceito diverso do que é empregado quando se refere ao caráter axiológico de determinada palavra, no qual “implica a noção de escolha do ser humano pelos valores morais, éticos, estéticos e espirituais”.

Nega-se à primazia do mérito, da mesma forma, o conceito de axioma, porque este “denota uma preposição cuja veracidade é aceita por todos” de modo que não seria “nem possível nem necessário prova-la, ao passo que, como princípio jurídico, poderia ela, invariavelmente, ser empregada em sentido que colidisse com os fins de outros princípios, devendo ambos ser ponderados, como já explicado.

Por fim, reconhecer que a primazia do julgamento com mérito é princípio, é autorizar que esta norma, quando presente no ordenamento jurídico, carregue com ela finalidades cuja busca deriva do estado de direito, o que não se confunde com a afirmativa de que ela se traduz em “mero estabelecimentos de fins”, porque, conforme ÁVILA

Os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, sem que seja estabelecido um dever ser. O estabelecimento de fins, quando motivados por meio de um dever ser passam a constituir um princípio [...].

Como assenta o Autor, é invariável a necessidade de conjugar o estabelecimento de fins com o dever ser, para somente a partir daí ter-se instituído o verdadeiro princípio jurídico.

Os desdobramentos do estabelecimento de uma definição e assunção de posição

quanto a natureza jurídica de uma norma, repercute sempre no modo que será recebido esta norma ao entendimento do interprete e aplicador da lei, bem como na maneira que este aplicador irá interpreta-la para emprega-la ao sentido correto da vontade legal diante do caso em concreto.

As consequências de se apontar entendimentos incorretos quanto a natureza jurídica de uma norma, podem ser devastadoras à justiça e efetividade nas decisões, empregando-se resultado não querido entre as partes e nem mesmo pelo magistrado, se antes de aplica-la tivesse ele se valido dos pressupostos de configuração normativa correta. O resultado da compreensão da natureza jurídica diversa da ideal, resulta a concessão de peso irregular ao mandamento jurídico, insanável senão por meio da impugnação correspondente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica que mais se aproxima à essência da primazia do julgamento com análise do mérito é, de fato, a de princípio jurídico. Isso porque os dispositivos que carregam os fins desta normatividade, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do novo Código de Processo Civil, militam no sentido aparelhamento do magistrado, para conferir a ele subsídios suficientes de contextualização e fundamentação no sentido de busca de resultado efetivo ao direito material da parte que tem razão.

Entendeu-se por meio deste artigo que o Código de Processo Civil conferiu verdadeiro “mandado de otimização” para o juiz e para as partes, obrigando-os a trabalharem sempre em prol do atingimento fim do processo. Que não poderia se caracterizar a citada norma como sendo postulado normativo, pois a ela não se vê a característica de condição de julgamento, nem mesmo o caráter incombátível, quando empregada, por exemplo, diante de vícios processuais. A ela, somente se entende a capacidade de superar alguns desses vícios, justamente porque assume-se a função de superamento destes.

Chegou-se à identificação de que, há no texto normativo processual, dispositivo que demonstra, de forma direta (e não de forma indireta), os fins da norma em estudo (é o caso do artigo 6º do NPCP) e, por isso, distancia-se da afirmativa de que estaríamos nos referindo meramente a uma regra comportamental, ainda que inúmeros os exemplos de outros dispositivos com alto grau de especificidade jurídica. Assim, é verdadeiro o reconhecimento da possibilidade de haver princípios jurídicos cuja especificidade é variável perante as normas legais.

Reconheceu-se a necessidade de cautela, por parte de quem faz referência à primazia do mérito, em se empregar a nomenclatura correta para se referir a tal normatividade, não porque a nomenclatura seria importante, mas porque somente a partir do correto direcionamento da palavra é que se daria ensejo ao entendimento da estrutura correta das normas, possibilitando-se, a partir daí a acertada interpretação na solução do caso em concreto. É o entendimento real de qual estrutura normativa se encaixa a primazia do mérito o fator mais importante no estudo, tudo porque tem-se relevância consequencial prática direta no exercício dos aplicadores da lei.

Talvez uma das perguntas mais importantes não realizadas no presente trabalho seja: a primazia do julgamento do mérito, em que pese estar alocada, no Código de Processo Civil, dentro do capítulo das normas fundamentais do processo, seria um direito fundamental das partes? A esta indagação se ocupará outro estudo. Porém, sem dúvida alguma, a partir do momento que se afirma ser direito fundamental, a conclusão que aqui se chegou em relação à natureza jurídica da primazia do mérito enquanto princípio jurídico estaria reforçada, pois é cediço o entendimento no sentido de reconhecer que todos “os direitos fundamentais tenham natureza de princípio”.

Desta feita, finaliza-se aqui o estudo da primazia do julgamento do mérito sob o aspecto da teoria do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais (5º ed. Editora Suhrkamp Verlag. 2006). Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. 4ª tiragem. Editora Malheiros. 2015.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. 3. Tiragem. Editora Malheiros: 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon. - São Paulo: EDIPRO, 2.ed. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. rev. atual. Editora Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Jus Podivm, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 56. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4º ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E À DIGNIDADE HUMANA NAS GRANDES DESOCUPAÇÕES URBANAS: “CULPA” DA ATUAÇÃO JUDICIAL “HERMÉTICA” OU DO MEDO DA HERMENÊUTICA?

Claudia Karina Ladeia BATISTA¹

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito analisar a atuação jurisdicional nos processos que versam sobre ações possessórias, sobretudo quanto ao cumprimento de mandados de desocupação forçada sem a observância do respeito ao mínimo existencial inerente à dignidade humana. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, e utilizando-se, na escrita, os métodos dedutivo e indutivo, buscou-se defender que a atuação judicial comprometida com a efetivação do direito à moradia encontra na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana e no exercício hermenêutico responsável o sustentáculo para que os ditames constitucionais suplantem as normas civis reguladoras da propriedade e da posse. A interpretação responsável pressupõe, entre outras coisas, o comprometimento do intérprete com a concretização dos direitos Constitucionais a fim de que os mandados de desocupação forçada, sobretudo nas chamadas “grandes desocupações”, não sejam cumpridos senão em um cenário que assegure o integral respeito aos direitos da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Desocupação forçada; direitos fundamentais; hermenêutica constitucional; moradia.

ABSTRACT

This study is meant to examine the jurisdictional action in proceedings related to possessory actions, particularly regarding compliance of eviction warrants enforced without compliance with respect to the minimum existential inherent to human dignity. Through bibliographical and documentary research, and using, in writing, the deductive and inductive methods, sought to argue that the judicial action committed to the realization of the right to housing is the densification of the principle of human dignity and hermeneutical exercise responsible for the mainstay for the constitutional principles outweigh regulatory civil standards of property and possession. The official interpretation assumes, among other things, the artist's commitment to the achievement of Constitutional rights to the eviction warrants forced, especially in so-called "big evictions", are not satisfied but in a setting that ensures full respect of rights of the individual.

KEY-WORDS: forced Disengagement; fundamental rights; constitutional hermeneutics; home

1 Doutora em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino - área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Mestre em Direito pela UNITOLEDO e bacharel em direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP. Docente efetiva nos cursos de graduação em Direito e especialização em Direitos Humanos da UEMS - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. Trabalha em regime de dedicação exclusiva. Leciona e desenvolve pesquisa na área de direito constitucional, direito ambiental e empresarial.

INTRODUÇÃO

Enquanto teóricos e práticos debatem as mazelas e vantagens do rompimento com o normativismo jurídico e a filiação ao novo paradigma decorrente do neoconstitucionalismo, a concretização do direito à moradia está cada vez mais distante do agir judicial nas grandes desocupações. Muitas são as decisões proferidas em ações de reintegração de posse de áreas urbanas irregularmente ocupadas cujo cumprimento representa verdadeira afronta aos ditames constitucionais consagradores do direito à moradia e à dignidade humana.

O déficit habitacional, compreendido como insuficiência de unidades habitacionais e a existência de moradias em condições inadequadas afeta a parcela mais pobre da população. A falta de condições financeiras fecha o leque de oportunidades de morar, de modo que ocupar irregularmente imóvel ou área urbana é uma das poucas alternativas, senão a única. Trata-se de um contingente populacional carente da ação Estatal preventiva e eficaz no desenvolvimento de políticas públicas.

Há que se considerar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, como tal, não pode ser ignorada. Sendo um direito universal importa a todo ser humano, embora afete com maior gravidade a população mais carente. Considerado em sua dimensão negativa, pressupõe a abstenção do Estado da prática de atos que importem em violação do referido direito.

Tomando o direito à moradia enquanto direito a prestações (sob a perspectiva positiva), deve o Estado, no âmbito do Poder Executivo, proporcionar moradia digna por meio de implementação de políticas públicas voltadas à satisfação de tal direito, políticas estas que devem ser norteadas pelas disposições constitucionais.

No aspecto legislativo, cumpre ao Estado contribuir para a proteção do direito em estudo a partir da edição de leis (em sentido amplo) que assegurem o acesso, bem como meios de proteção contra a violação. O arcabouço normativo há de refletir os objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, toda a produção legislativa e mesmo a atuação do Poder Judiciário devem espelhar o espírito constitucional de justiça, desenvolvimento nacional, inclusão social, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. Mas a atuação judicial no deferimento e cumprimento de mandados de reintegração de posse e remoção forçada de pessoas e coisas guarda consonância com as previsões constitucionais? A “neutralidade” enquanto comportamento asséptico e indiferente do magistrado, bem como a renúncia ao emprego da hermenêutica constitucional

pode conduzir aos malgrados “decisionismos” ou à manifesta violação do preceito constitucional consagrador do direito à moradia.

CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

A compreensão holística do sistema constitucional é essencial ao intérprete. Tal concepção lhe possibilita a consciência do processo histórico de formação do Estado, de suas deficiências sociais, das mazelas institucionais e, sobretudo, dos anseios sociais. É, pois, condição para que o hermenauta compreenda a dimensão e o alcance pretendidos pelo legislador originário quando da elaboração do texto constitucional.

A neutralidade não pode fazer do intérprete o habitante enclausurado de uma redoma que o separa da realidade, posto que somente pelo conhecimento desta realidade é que o direito exerce a função transformadora dada pela Constituição prospectiva – a efetivação dos propósitos constitucionais. Nesse sentido, Barroso considera a neutralidade conceito bem mais complexo que imparcialidade e impessoalidade – esses sim essenciais a um bom hermenauta. Pela imparcialidade tem-se a ausência de interesse imediato na questão e, por impessoalidade a ação em prol do bem comum e não para o favorecimento de alguém.²

Barroso sustenta que a neutralidade em sentido ideal pressupõe que o juiz seja educado para a compreensão e a tolerância. Que seja despido de preconceitos e que possa aceitar o “diferente, seja homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente deficiente”.³

O autor considera que a neutralidade “pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto de seu trabalho”. O autor não desconsidera, entretanto, “uma infundável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever”.⁴

Se a neutralidade “ideal” não é possível, é corriqueira, porém, a neutralidade enquanto “conceito asséptico de justiça”. Tal ideia de neutralidade torna o intérprete indiferente à sua responsabilidade enquanto ator social, bastando-lhe, para o reconhecimento da excelência de seu trabalho, a execução “mecânica” da tarefa que dele se espera – julgar.

A neutralidade nos termos postos é de tal forma nociva que é impossível não a

2 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 276.

3 *Ibidem*, p. 276-277.

4 *Ibidem*, p. 277.

comparar, guardadas as devidas distinções, ao comportamento de Adolf Eichmann, nazista julgado em Jerusalém sob a acusação de ser o responsável pela logística que culminou na morte de seis milhões de judeus. Hannah Arendt, na obra *Eichmann em Jerusalém* relata o acusado como um burocrata exímio cumpridor de ordens e incapaz de uma reflexão crítica de seus atos. Nas palavras da autora, “[...] seus atos eram de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu dever, como repetia insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia a ordens, ele também obedecia à lei”.⁵

A comparação é pertinente no sentido de demonstrar o quão nociva pode ser a atuação de um juiz “neutro”, indiferente à noção de justiça. Nesse sentido, por ser de uma clareza notável, transcreve-se as considerações de Barroso:

A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o status quo. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o status quo – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é o fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.⁶

Essa compreensão da realidade e do reconhecimento de ausência de neutralidade absoluta permite identificar a inadequação do procedimentalismo para concretização, no Brasil, das promessas da modernidade. Compreender a realidade implica admitir a imaturidade dos cidadãos para a importância de seu papel no cenário político. Permite certificar que a garantia de participação popular no processo democrático (essência do procedimentalismo), não basta em si. Tampouco o substancialismo, embora mais adequado, tem logrado absoluto êxito nesse sentido.

Somente pela adequada percepção da realidade é que se pode entender a crítica de Habermas ao substancialismo. O autor defende que a diversidade de democracias e a própria assimetria no poder econômico impedem a eleição de “valores comuns” de uma comunidade ética. Sustenta ainda que a declaração, pelo Tribunal Constitucional, de quais seriam esses valores comunitários compartilhados o transformaria em “instância autoritária”.⁷

Diante da insuficiente compreensão do indivíduo nos países de modernidade tardia acerca de seu papel social (crítica ao procedimentalismo) e da dificuldade de eleição de

5 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 154.

6 BARROSO, 1999, p. 279.

7 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321-322.

valores comuns em razão da diversidade socioeconômica-cultural (crítica ao substancialismo), entende-se ser menos perniciosa esta última. Sendo assim, a Constituição dirigente há de contar com a guarida do Poder Judiciário, a quem incumbe interpretar os ditos valores compartilhados pela comunidade ética e consagrados pela Constituição.

O reconhecimento da dimensão desses valores constitucionais é elemento de concretização dos direitos fundamentais-sociais por ela assegurados. Não se pode confundir, entretanto, substancialismo com “qualquer filiação à filosofia da consciência ou ativismos judiciais”. O estabelecimento dos ditos valores comuns não pode ser entendido como “decisionismos” ou “discricionariedades interpretativas”.⁸

O cumprimento das promessas da modernidade pressupõe, por parte do Estado (aí compreendido o Judiciário), uma postura protetora de efetivação e não mais de abstenção (ou neutralidade) como a do modelo liberal-individualista-normativista. A atuação jurisdicional efetiva ora defendida trafega sobre uma linha tênue, que constitui verdadeiro divisor de águas entre a interpretação servil e o autoritarismo judicial criticado por Canotilho.

Não se ignoram os riscos inerentes ao ativismo jurisdicional, entre os quais a judicialização das escolhas políticas e da própria política como um todo. Considera-se, entretanto, um risco necessário ao efetivo cumprimento dos princípios e direitos fundamentais-sociais sobre os quais repousam as pilastras do Estado Democrático de Direito.

Ademais, não se deve desconsiderar que o “constituente é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Tal fato dá relevo às potencialidades do direito constitucional e suas possibilidades interpretativas”.⁹ Defende-se, assim, que o intérprete não “segregue” a “prospecção constitucional”, interpretando-a segundo os “limites mais estreitos” da legislação ordinária. Que, em síntese, não ignore o potencial transformador da Constituição ou, nas sempre precisas palavras de Barroso:

Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente.¹⁰

É evidente que compreender esses aspectos prospectivos requer do intérprete uma

8 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87-89.

9 BARROSO, 1999, p. 289.

10 *Ibidem*, mesma página.

postura igualmente progressista, mais interessada em concretizar a Constituição (e enfrentar todos os problemas que tal atitude requer) que meramente atuar no quase sempre “confortável” limite da lei.

Não se trata de ignorar riscos do ativismo judicial. Salienta-se, entretanto, que o risco há de ser minimamente reduzido por meio de atuação séria e combativa do Judiciário pautada neste novo paradigma da pós-modernidade – a hermenêutica-jurídico-filosófica. Por seu emprego espera-se assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais sem incorrer nos típicos problemas relacionados à legitimidade das decisões judiciais, à ditadura da toga e à judicialização da política. É o que se verificará posteriormente no presente trabalho.

Antes, porém, cumpre analisar as críticas à atuação jurisdicional que, adequando-se ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, transpõe antiga (e por vezes confortável)¹¹ atribuição de “dizer o direito” como sinônimo de “dizer a lei”.

O (DES)CONFORTO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL PARA ALÉM DA LETRA DA LEI

Ao longo da história, o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem desempenhado a função de apaziguar os conflitos de interesses objetivando assegurar a manutenção da ordem e da paz social. Todavia, a mudança de paradigma de atuação jurisdicional ainda provoca desconforto no meio jurídico e fora dele quando, sob o argumento de concretizar direitos, a atuação jurisdicional impacta a do Poder Executivo.

Deixar a cargo do Judiciário a interpretação do conteúdo, limites e eficácia de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, ainda assusta. Esperar que o juiz do caso concreto determine o alcance de palavras carregadas de conteúdo valorativo (justiça, meios adequados, duração razoável, bem comum, entre outros) pressupõe considerar que esses profissionais possuam mais que o domínio da técnica. É preciso que sejam dotados de acurados conhecimentos de hermenêutica constitucional, de modo a interpretar a lei segundo critérios axiológicos e finalísticos que, nem sempre considerados, dão azo a decisionismos e outros problemas que impactam negativamente toda a construção de um Judiciário atuante.

11 O conforto a que se refere o texto reside no fato de o julgador não necessitar de construções argumentativas mais profundas para sustentar sua decisão, posto que os argumentos encontram-se no próprio texto de lei. Não raro a interpretação literal torna-se, entretanto, desconfortável, tendo em vista que o rigor do texto legal destoa por completo da ideia de justiça.

Ativismo Judicial

Judicialização e ativismo judicial “são primos”, nos dizeres de Barroso, mas não se permitem tomar um por outro.¹² Entende-se por judicialização a decisão de questões de repercussão política e social pelos órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias originalmente incumbidas de analisar tais questões, como o Poder Executivo e o Poder Legislativo no âmbito de sua atuação. Tal fenômeno implica em significativas mudanças na linguagem e argumentação e expressa uma tendência mundial.¹³

O autor aponta três grandes causas para a judicialização: a redemocratização do país que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e fortaleceu o Poder Judiciário; a constitucionalização abrangente, interiorizando no texto constitucional matérias antes relegadas à legislação ordinária e o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, possibilitando que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Porquanto pareçam semelhantes, judicialização decorre do modelo constitucional adotado, de modo que o Judiciário decide o que lhe cabe fazer, conhecendo uma pretensão objetiva ou subjetiva deduzida de uma norma constitucional. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu conteúdo e seu alcance.¹⁵

O ativismo judicial decorre de uma participação mais ampla e efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, a partir de uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, inclusive pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em especial quanto à matéria de políticas públicas.¹⁶

A aparente sutileza das diferenças esconde distinções que ora se evidencia: a judicialização decorre do exercício de atividade típica do Poder Judiciário, no âmbito de sua atuação prevista constitucionalmente e com o propósito de concretizar o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988. O ativismo vai além – e faz do Judiciário um novo “pivô” de concretização de direitos fundamentais.

12 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Thesis**, vol. 05, nº 01, p. 23-32. Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/-index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

13 *Idem*. Acesso em: 23 jun. 2014.

14 *Idem*. Acesso em: 23 jun. 2014.

15 *Idem*. Acesso em: 23 jun. 2014.

16 *Idem*. Acesso em: 23 jun. 2014.

Se o problema da concretização de direitos sociais, notadamente moradia, não se encontra na seara precípua de atuação do Judiciário (pelo menos não no aspecto prestacional), por qual razão se associa o ativismo judicial à implementação de tal direito?

Não se defende o ativismo judicial como ferramenta para a solução dos problemas de moradia, o que seria ingênuo. Sanar o problema do déficit habitacional está muito mais relacionado às questões de política econômica e social, dependentes de uma melhor distribuição de renda e desenvolvimento de políticas públicas sérias de moradia popular.¹⁷

As medidas destinadas a sanar ou pelo menos atenuar o problema devem partir do Executivo por meio de implantação de políticas públicas sérias e do Legislativo, ao qual incumbe legislar de modo a “democratizar” o acesso à moradia. Tais ações, contudo, pressupõem paciência para a colheita de resultados de longo prazo.

Em resposta a questão acima posta, admite-se que apenas pequena parcela das infrações ao direito à moradia chegará ao Poder Judiciário. Entende-se, porém, que cabe a este, nos casos postos à sua apreciação, cuidar para que o direito à moradia não seja violado com sua anuência ou, diretamente, por sua atuação.

Assim, quando se defende uma atuação judicial positiva e protetora do direito à moradia, não se está a defender a ingerência do Judiciário em política econômica e escolhas públicas, o que de fato acarretaria intromissão em desacordo com o princípio constitucional de separação de poderes, salvo casos excepcionais onde tais medidas se justifiquem in concreto.

Entende-se, entretanto, que o “direito de morar não espera” e que ao Poder Judiciário cabe concretizar o direito à moradia no aspecto de defesa. Que o juiz não pode mandar “porta afora” e jogar ao relento pessoas desprovidas de qualquer sorte de auxílio e que habitavam imóvel cuja função social não vinha sendo cumprida adequadamente. Defende-se que também não pode desalojar sob o argumento de que “a moradia é indigna” sem que uma opção menos indigna seja ofertada.

Ademais, as “políticas”¹⁸ para a concessão de moradia temporária, nem sempre são

17 Não se considerou a solução mais reacionária de Engels sobre a qual já se tratou, em virtude da completa inadequação com o capitalismo. O autor sustenta que a solução dos problemas de moradia estaria justamente no rompimento com o modelo capitalista e no acesso do operariado aos bens e meios de produção, o que não se considera neste estudo, por obviamente alheia à realidade jurídico-econômica-social brasileira.

18 Utilizou-se, propositalmente aspas para designar que não se tratam de verdadeiras políticas, mas ações isoladas de atendimento precário e, nem sempre presentes em todas as desocupações forçadas. São medidas que de modo algum solucionam o problema da falta de moradia. Constituem mero amparo por tempo exíguo em abrigo coletivo ou, quando muito, o pagamento de aluguel social por poucos meses. Caracterizam ações tópicas e pontuais e não políticas públicas destinadas à redução do déficit habitacional.

determinadas judicialmente e, quando o são, nem sempre são atendidas nas desocupações forçadas. São apenas um paliativo oferecido à necessidade de morar que tem pressa e não espera. Todavia, a dignidade humana não se concretiza com tais soluções emergenciais simplistas.

Não se defende, porém, que o Judiciário venha usurpar atribuições constitucionais do Executivo e implantar políticas públicas determinando o destino das verbas a serem administradas, no sentido de tornar obrigatória a construção de tantas unidades quantas forem necessárias para sanar o déficit habitacional. Tampouco poderia seriamente fazê-lo, sob pena de afronta à separação de poderes,¹⁹ a despeito de alguns autores sustentarem que a separação dos poderes hoje decorre mais de razões utilitárias que de temores de insurgência de um poder contra outro.²⁰

Não se pode olvidar que entre as críticas apresentadas ao ativismo judicial estão relacionadas à ausência de legitimidade democrática, tendo em vista não se tratar de órgão representativo das escolhas populares. Não sem parte de razão a ingerência do Judiciário nas escolhas públicas, doutrinariamente denominada “judicialização da política” ou ainda “politização do Judiciário”, é alvo de críticas.

Contudo a abstenção e o recolhimento do julgador aos limites passivos da letra fria da lei, numa tarefa de julgar conforme a cômoda interpretação gramatical, também o é, como aponta importante lição de Capelletti:

[...] mas esse imperativo [do ativismo judicial] pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (‘restraint’) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso, de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores.²¹

É preciso, pois, reconhecer que o ativismo judicial, embora não seja extreme de vícios, é importante em uma realidade jurídico-política na qual a concretização das diretrizes constitucionais ainda não é fato, e sim meta.

Todavia, se poucas são as efetivas contribuições para os direitos e garantias

19 STJ. EDiv em REsp nº 485.969/SP. 1ª Seção. J. 23/08/2006. Rel. Des. José Delgado, unânime; STF. AgReg no RE nº 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03/02/2006; STJ. REsp nº 303.605/SP: “[...] a Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério”.

20 CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araujo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

21 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92.

fundamentais advindas de um juiz que se limita a declarar a “verdade da lei”, o enfrentamento dos textos normativos pelo Judiciário de maneira crítica e não meramente subserviente pode levantar o temor da “ditadura do juiz”. Esse foi um termo cunhado para denominar o ativismo judicial visto de forma pejorativa, no qual a atuação jurisdicional incursiona indevidamente por outros poderes, usurpando atribuições dos órgãos democraticamente eleitos.

Se a “elasticidade” da norma constitucional defendida no ativismo judicial apresenta circunstâncias negativas, a autocontenção judicial não se mostra eficaz na concretização de direitos:

Pela autocontenção o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.²²

Pela autocontenção, o espaço de incidência da Constituição é reduzido ao Judiciário em favor das instâncias políticas, ao passo que o ativismo, em princípio, “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”.²³

Assim sendo, a despeito das críticas feitas ao ativismo judicial, a autocontenção judicial, representada pela importância reduzida dada pelo juiz aos princípios e fins constitucionais, não é compatível com um Estado Democrático de Direito comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Trazendo as digressões apresentadas para o plano fático, tem-se que, nas grandes desocupações de imóveis urbanos, a atuação do juiz segundo a autocontenção limitar-se-ia a avaliar a presença dos elementos legais autorizativos para a concessão da liminar de reintegração de posse, por exemplo. O juiz não precisa estabelecer maiores incursões pela hermenêutica constitucional. Reporta-se à solução plausível do positivismo clássico, unindo sua decisão aos ditames legais por meio de subsunção.

Fosse a mesma decisão comprometida com o ativismo judicial no sentido mais pernicioso da expressão, a atuação judicial com o propósito de concretizar ditames constitucionais poderia ultrapassar o contorno das atribuições do Judiciário e efetivamente

22 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Thesis**, vol. 05, nº 01, p. 23-32. Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

23 *Idem*. Acesso em: 23 jun. 2014.

criar despesas a serem custeadas pelo Executivo.

Em sentido diverso, porém, a recusa em conceder reintegrações de posse sem casos “extremos”, ou sua concessão condicionada à apresentação de meios para o exercício da moradia em outro local, ainda que temporário, configura somente a obediência ao direito fundamental à moradia em sua dimensão defensiva e, via reflexa, a concretização da dignidade da pessoa humana.

Por fim, como bem aponta Lênio Streck, “o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição”²⁴. Considera-se, entretanto, que decisões ativistas não devem ser habituais, e sim pontuais – em momentos históricos ou casos determinados que assim exigem, tendo em vista que uma democracia sólida pressupõe atividade política intensa e saudável, bem como um Congresso dotado de credibilidade.²⁵

Interferência na Separação de Poderes

Um dos principais óbices à exigência judicial dos direitos sociais prestacionais é a alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes. A atuação judicial pela qual o juiz requisita ao Estado meios alternativos de suprir o direito à moradia para aqueles que estão sujeitos à privação da mesma nas grandes desocupações urbanas acaba por ensejar a criação de despesas ao Estado.

Não se pode olvidar que o desenvolvimento de políticas públicas não se encontra na esfera das atribuições do Poder Judiciário e que a atuação deste nesse sentido configuraria usurpação de poderes. Entretanto, considera-se que o agir judicial nesses termos tem por finalidade a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, o que faz de forma pontual – não caracteriza desenvolvimento ou cumprimento de política pública.

Sob a pecha da carência de legitimidade democrática, sobretudo por se considerar o Judiciário um poder aristocrático, toda a atuação judicial que não se limita aos dizeres explícitos do que consiste na vontade do legislador tem recebido críticas quanto à ofensa ao princípio de separação de Poderes.

A evolução do constitucionalismo e a mudança do Estado Liberal abstenseísta ao

24 STRECK, 2006, p. 289.

25 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Thesis**, vol. 05, nº 01, p. 23-32. Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Estado Social e Democrático de Direito não se coaduna com um posicionamento indiferente do Judiciário diante da infração de direitos fundamentais cometida por vezes pelo próprio Estado.

Considerando tal conjuntura, defende-se que o mínimo existencial relacionado à moradia deve ser observado pelo Judiciário quando da remoção de pessoas e seus bens nas desocupações forçadas e que o estabelecimento de meios alternativos, embora configurem despesa ao Estado (e em geral toda e qualquer implementação de direitos, mesmo os de liberdade, implicam em custo), não caracteriza ingerência de um poder no outro nem ofende a separação.

Não parece razoável defender, nesse cenário constitucional, que por receio de ofensa à separação de poderes, permita-se que o direito à moradia seja tolhido. Não se pode ignorar que sua violação implica, por via oblíqua, violação ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à intimidade e própria dignidade humana, todos igualmente fundamentais. Assim sendo, sustenta-se que no Estado Democrático de Direito a judicialização²⁶ não seja de plano afastada sem que haja sequer um cotejamento dos bens jurídicos em conflito.

De fato, não compete ao juiz gerir o orçamento, determinando a realização de políticas públicas de moradias nos bairros “X” ou “Y”. A gestão orçamentária e o emprego dos recursos públicos integram a seara das decisões políticas sujeitas à conveniência e oportunidade do administrador público visando o bem comum. Este é o entendimento de Oliveira, com a ressalva a que se deu o devido destaque:

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.²⁷

Assim, a determinação de que seja garantido o direito fundamental à moradia antes de qualquer medida judicial voltada ao despejo forçado nada mais é que a obediência do julgador aos preceitos constitucionais. De igual modo a eventual recusa no deferimento de reintegração de posse no caso áreas urbanas descumpridoras da função social não há de ser vista como afronta ao direito de propriedade, mas de atendimento ao direito à moradia em

26 Utilizou-se propositalmente judicialização e não ativismo judicial por entender que a atuação judicial no sentido de dar efetividade à norma constitucional não configura ativismo no sentido pejorativo do termo, por não figurar usurpação de atribuições nem interferência indevida de um Poder em outro.

27 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405.

consonância com as disposições constitucionais que condicionam o exercício da propriedade ao cumprimento da função social.

Não são raros, contudo, os julgados em que os meios alternativos para que se promova a desocupação não podem ser exigidos, dado o entendimento de ingerência do Judiciário nas escolhas públicas.²⁸

Por outro lado, Ana Paula Barcellos defende que o mínimo existencial deve ser associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias e é capaz de conviver com a reserva do possível.²⁹

Os ditames constitucionais não podem ser tomados como mera promessa inconsequente. Não se pode, porém, desprezar a cláusula da reserva do possível e enaltecer sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de banalizar seu conteúdo – como se todas as “necessidades” humanas fossem essenciais à dignidade. De outra sorte, não se pode ignorar também, que a teoria da reserva do possível é invenção do direito germânico, cuja realidade, bastante diversa da nossa, não reclamava tantas ações estatais.

Sarlet sustenta que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice: a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade. Pondera o autor que a observância de tais fatores associada aos princípios constitucionais exigem um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, “na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”.³⁰

A reserva do possível não se trata de um princípio. Trata-se de um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também serve de garantia dos mesmos desde que observados “[...] os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de

28 STJ. EDiv em REsp nº 485.969/SP. 1ª Seção. J. 23/08/2006. Rel. Des. José Delgado, unânime; STF. AgReg no RE nº 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03/02/2006; STJ. REsp nº 303.605/SP: “[...] a Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério”.

29 BARCELLOS, 2002, p. 245.

30 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, nº 24. Porto Alegre, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/-ingo_mariana.html#16>. Acesso em: 26 out. 2014.

salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.³¹

Sarlet afirma ainda que a teoria da reserva do possível há de ser levada a sério, porém vista com algumas reservas. Considera falacioso seu uso indevido como “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”.³²

A satisfação das necessidades materiais mínimas está relacionada ao princípio da dignidade humana e não pode ser alijada pelo “mantra” da insuficiência de recursos, erigido levemente por alguns juristas à categoria “princípio”³³ da reserva do possível.

Defende-se, pois, que não se pode eximir o ente federativo de sua obrigação de efetivar ao menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Agindo sob o argumento de que não há recursos suficientes, o Executivo viola as disposições constitucionais fazendo-as promessas insequentes e inexecutáveis.³⁴ Acolhendo esse argumento de maneira generalista e diante da insatisfação do núcleo mínimo de direitos fundamentais pelo Executivo, o Judiciário afronta a Constituição, violando um dos

31 *Idem*. Acesso em: 26 out. 2014.

32 *Idem*. Acesso em: 26 out. 2014.

33 As divisões e subdivisões doutrinárias de aspecto retórico nas mais diversas áreas de direito flexibilizaram a ideia de princípio (que já não tem necessária vinculação com início, fundação ou essência de algo) e inflaram seu conteúdo, de modo que “tudo é princípio”. Tal crítica é bem fundamentada no debate estabelecido entre Luigi Ferrajoli e Lênio Streck sobre constitucionalismo no qual este último critica “pan-principiologismo” que desvirtua e enfraquece os verdadeiros princípios de ordem constitucional (STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. *In*: ROSA, Alexandre Morais de *et al.* (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-74).

34 Sobre controle judicial de políticas públicas para assegurar o mínimo existencial ver RE nº 436.996/SP (rel. Min. Celso de Melo) e ADPF nº 45/DF. Nesta última, o Ministro Celso de Melo em seu voto fez considerações que merecem ser citadas por elucidativas: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item nº 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ nº 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ [...]. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

fundamentos do Estado que é a promoção da dignidade humana.

Nesse sentido, é preciso considerar que o condicionante econômico que estabelece os limites do “financeiramente possível” não é a verdadeira causa da violação do mínimo existencial por parte do Estado. Para Alfonsín, “os ‘limites do possível’ para a satisfação das necessidades de alimentação e moradia serem atendidas com folga não se deve a nenhuma ‘falta de recursos’, mas sim, ao modo como esses são apropriados e geridos”.³⁵

Dessa forma, não se pode conceber, sob pena de desprezar a proteção constitucional consagrada aos direitos sociais, que o Estado utilize a chamada reserva do possível (que, no Brasil acabou sendo aplicada como reserva do financeiramente possível) para se esquivar de seu múnus público, sobretudo em razão das disposições do art. 5º, § 1º segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Não se pode, portanto, permitir que a teoria da reserva do possível “sirva para justificar o imobilismo político e jurídico, além de comprometer a efetividade dos direitos sociais no Brasil”.³⁶

No passado, o afastamento da justiciabilidade de direitos sociais tinha por fundamento a alegada afronta à independência entre os poderes e a programaticidade das normas. Hoje se tem a reserva do possível como argumento levado a efeito para obstar a concretização de tais direitos, sob a alegação de ausência de recursos suficientes.

Da (In)Suficiência de Parâmetros para a Decisão Judicial

Diante do contexto apresentado, mostra-se cada vez mais essencial a capacidade de interpretação do julgador, cuja atividade há de ser norteadada pelos ditames constitucionais.

Entretanto, tal tarefa não é fácil. Fugir do positivismo jurídico é enfrentar as mazelas de tentar compreender, nem sempre com sucesso, a nebulosa questão: “o que esperar do juiz?”.³⁷ Não raramente essa é a reflexão dos acadêmicos de direito nos primeiros anos de

35 ALFONSIN, 2003, p. 129.

36 LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98.

37 Certeza jurídica. É, em parte, a resposta encontrada por, Samantha Chantal Dobrowolski em vigoroso estudo de Aulis Aarnio quanto à justificação jurídica. Chama a atenção para que, instado a decidir, nem sempre o juiz tem diante de si uma resposta unívoca. Por tal razão o dilema é o receio de que quem decide lance mão de solução discricionária à semelhança “do seu ponto de vista”. Espera-se do julgador a certeza jurídica que se traduz, em sentido estrito, no acesso à Justiça e, em sentido amplo, na expectativa de que as decisões não constituam arbitrariedade (o acaso, a imprevisibilidade) e que estejam de acordo com a moralidade válida, amplamente aceita no meio social. Para a autora, “pode-se concluir, portanto, que o direito tem que ser tanto previsível quanto aceitável” (DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A Justificação do Direito e sua Adequação Social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 54).

estudo, a quem os limites inseridos pela letra da lei configuram “a fortaleza” contra o arbítrio judicial. De fato, o direito positivo representa limites e parâmetros à atuação jurisdicional, limites estes que já não se coadunam com o neoconstitucionalismo e com os ideais que permeiam o Estado Democrático de Direito. Mas se a “certeza jurídica” não provém da lei, do que decorre ela?

Para Samantha a certeza jurídica “é um fenômeno cultural [...] vinculado com as formas de pensar vigentes na sociedade e com o conceito de democracia desenvolvido ao longo da história no mundo ocidental”. Decorre daí a ideia de previsibilidade e aceitabilidade, que só podem ser avaliadas a partir da justificação das decisões judiciais, por meio das quais “o juiz constrói a credibilidade na qual se lastreia a confiança que os cidadãos têm nele”.³⁸

Nos bancos da graduação, falava-se na “vontade de legislador”, como se fosse esse um ser absoluto e extreme de vícios, conhecedor das vontades dos representados e dotado de valores norteadores da norma justa. Tempos depois, se descobre ser o legislador tão sujeito a falhas quanto qualquer outro ser humano. Descobre-se que cada membro da casa legislativa atua segundo suas convicções filosóficas, morais, religiosas e político-partidárias. E mais: que tais convicções, embora nem sempre coincidam com a vontade do representado, normalmente, influenciam a produção legislativa. Ainda assim, teme-se mais o “produto” da atuação judicial que da legislativa. Pergunta-se, pois: quem tem medo dos critérios de julgamento do juiz? Talvez o maior temor seja justamente a falta de critério, ou o estabelecimento de um critério oculto, não justificado na decisão. Em linguagem popular – “achismo”. Em bom português-jurídico – “decisionismo” ou “discricionariedade”.

O fato é que a velocidade com que o mundo tem mudado não é acompanhada a contento pelo ensino jurídico que ainda se vale, lamentavelmente, de questões individuais envolvendo “Caio, Tício e Melvio” quando, na verdade, é cada vez mais comum demandas envolvendo direitos transindividuais. Assim sendo, o aluno é capaz de compreender o esbulho praticado por Caio na posse de Tício que gera a este o direito pretender a concessão de uma liminar na reintegração em se tratando de “posse nova”. Fosse, entretanto, a posse de Tício objeto de esbulho coletivo, estaria o acadêmico preparado para solucionar o impasse para além da letra da lei, sopesando os direitos em conflito?

Teme-se que o estudo jurídico, há algum tempo, prepara técnicos na aplicação da lei, mas não consegue, por vezes, dar-lhes suficiente conhecimento histórico, sociológico e

38 *Ibidem*, p. 55.

filosófico para que, mais do que técnica, tenha o profissional do direito (notadamente o juiz) o conhecimento de sua realidade.

Outro problema que faz a decisão judicial temida envolve a legitimidade. Por pressupor o Legislativo regularmente constituído enquanto poder dotado de representação popular entende-se ser o legítimo porta-voz da vontade social. Talvez por isso, entre os leigos, toda lei é, em tese, justa e fruto do interesse comum. Falta a referida legitimidade ao Judiciário, no qual os juízes são investidos nos cargos mediante aprovação em concurso público e os membros do STF indicados pelo chefe do executivo federal. Talvez por essa aparente carência de representatividade tema-se mais a má atuação jurisdicional que a legislativa.

A legitimação do juiz não advém da representatividade popular e sim da publicidade da justificação da decisão. Assim sendo, “através da justificação aberta das decisões, legitima-se o poder exercido pelo juiz. A fundamentação (justificação) é um pré-requisito do controle das decisões nas sociedades democráticas”.³⁹

Correndo o risco da infame comparação, talvez seja o legislador “reconhecido” como “deus” por representar a “voz do povo”. Seria uma espécie de “materialização jurídica” do adágio popular: “a voz do povo é a voz de Deus”. Ocorre que o juiz não é representante do povo. A voz do juiz não é, portanto, a voz do povo. Sendo assim, não é a voz de Deus. Talvez por isso se tenha maior temor da má técnica de julgamento que da má técnica legislativa. Ou mais receio de um Poder Judiciário atuante (ativista, na melhor acepção do termo) que subserviente à lei.

Tem-se, assim, no meio não jurídico, e mesmo nele, a reconfortante e ingênua ideia de que a lei é produzida abstratamente, desinteressada dos valores e isenta de interesses. Tal pensamento constitui uma espécie de “autismo representativo” no qual os representados olham para si mesmos e ignoram a existência de fatores externos que justificam o agir dos representantes. Esse é, pois, um dos grandes problemas do procedimentalismo – ignorância dos representados acerca da importância de seu papel social e as fundadas dúvidas acerca da “representatividade”.⁴⁰

Ademais, considerando, pois, o caráter falho do legislador enquanto ser humano que é, não se pode pressupor que a produção legislativa seja extreme de vícios. Não sendo

³⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁰ Utilizou-se o termo entre aspas no sentido enfatizar a existência de dúvidas sobre o real desempenho da representatividade legislativa dos interesses do povo.

perfeita, suas lacunas ensejam a interpretação judicial, temida por representar, não raro, a vontade do julgador. Este, por sua vez, também profere decisões segundo seus valores, princípios morais e religiosos, convicções pessoais, entre outros.

Na ausência de disposição clara da lei, cuja aplicação do direito resultasse de mera subsunção, o juiz proferia o julgamento em relativa discricionariedade. Não sendo o sistema estanque, tal discricionariedade era utilizada com frequência. Assim se ideia de pureza do direito apregoada por Kelsen fazia do juiz um ser alheio à realidade e servo da lei, a influência de valores próprios o conduz, invariavelmente, a decisões maculadas por suas impressões pessoais ou adstritas à sua (do juiz) “visão do mundo”.

Por outro lado, o julgamento, segundo a aplicação dos princípios, sobretudo os princípios constitucionais, reduzem a margem de discricionariedade de forma que, “por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, ‘fecham’ a interpretação judicial (e não a ‘abrem’)”.⁴¹ Assim sendo, a densificação dos princípios constitucionais a fim de alcançar a máxima efetividade de suas normas e a concretização dos direitos fundamentais sociais não configura abertura para a discricionariedade ou arbítrio na atuação judicial. Ao contrário: estabelece verdadeiros parâmetros para o exercício hermenêutico onde antes, na ausência de clareza da lei, reinava a discricionariedade. Nesse sentido, é a lição de Sanchís ao comentar a obra *El Derecho Dúctil* de Zagrebelsky:

[...] los principios constitucionales limitan la discrecionalidad al menos por dos motivos entrelazados: primero, porque suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían – entonces sí – que ser creados por los jueces; y, segundo, porque requieren o se identifican con un género de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción, un razonamiento que se instala allí donde antes se suponía que reinaba la discrecionalidad [...]. Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido [...].⁴²

O rompimento com o positivismo jurídico fez cessar a ideia de que o direito basta em si mesmo, como fruto perfeito e acabado do Estado Liberal. Zagrebelsky já chamava a atenção para o fato de que, fosse o direito composto apenas de regras (desconsiderando-se os princípios), seria possível a mecanização de sua aplicação. Julgar seria o estrito exercício de subsunção do fato à letra da lei e sua interpretação estanque no tempo e desconexa com a

41 STRECK, 2006, p. 142.

42 SANCHÍS, Luis Prieto. **El Constitucionalismo de Principios, Entre el Positivism y el Jusnaturalismo?** 2011. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/-articulo/1423-71.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

realidade social e demais ciências. Por tais razões, o positivismo entrou em declínio, como bem aponta Sanchís:

A mi juicio, el gran mérito del antipositivismo es que ha sabido actuar como saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo legalista del Estado Liberal Decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral y política.⁴³

A mesma orientação já havia externado Robert Alexy, para quem toda norma encerra em seu bojo princípios e regras das quais se retira o conteúdo jurídico do ordenamento. A Constituição Federal representa, no ordenamento pátrio, esse conjunto de regras e princípios maiores, aos quais deve se ajustar toda a legislação.

Para Alexy, as escolhas não de ser norteadas pela proporcionalidade,⁴⁴ segundo a qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao intérprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes.

Segundo o autor acima referenciado, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Defende-se, assim, que os princípios constitucionais configuram verdadeiros limites e diretrizes à atuação jurisdicional, limitando sobremaneira o decidir e mais, constituindo verdadeiro guia de fundamentação da decisão.

Peter Haberle ensina que a interpretação da norma não pode se restringir ao método lógico-dedutivo próprio do positivismo. Isso porque a evolução da sociedade e, principalmente, do constitucionalismo, requer do intérprete conhecer e interpretar a norma em uma sociedade aberta: “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento de sociedade aberta [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos

43 *Idem*. Acesso em: 13 jul. 2014.

44 Walter Claudius Rothenburg e Luis Virgílio Afonso da Silva não consideram a proporcionalidade como princípio, mas como critério de interpretação. ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Tempero da Proporcionalidade no Caldo dos Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/-pdf/anima5-Seleta-Externa/Walter-Claudius-ROTHENBURG.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

quanto mais pluralista for a sociedade”.⁴⁵

Defende-se neste trabalho que a ponderação considere a densificação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de modo que o agir jurisdicional seja por ela permeado como condição para o respeito e atendimento da vontade constitucional.

Deve o juiz afastar-se tanto quanto possível das herméticas decisões de gabinete, sem que com isso se comprometa a isonomia que dele se espera. Enquanto ator social que é, deve estar ciente do contexto, realidade e tempo em que atua e atuar em consonância com essa realidade.

Direito e realidade são aspectos que não se podem divorciar. Considerar separadamente cada um deles significa despir de qualificação a norma jurídica e desprezar sua adequação social. Abstração da norma (aqui considerada “dever ser”) não deve implicar na ignorância do fato social (ora considerado como “ser”).

Tanto mais eficaz será a norma quanto maior a coesão entre ela e o meio por ela regulado. Direito e realidade, assim considerados de forma individualizada e estanque, soa aparente dicotomia. Pressupõe considerar indissolúvel a realidade social da produção normativa e sua aplicação. Tanto mais concreta será a lei, quanto mais ela representar identidade com o anseio social. Como bem salientou Walter Claudius Rothenburg, “direito é realidade”.

Contudo, essa realidade nem sempre se encontra estampada a olhos vistos na letra da lei, enquanto criação abstrata. Cabe ao intérprete compreender toda a estrutura na qual ela se encontra inserida para, só a partir de então, dizer seu conteúdo. É como se a lei, a princípio cinza, fosse “colorível” com as nuances do espaço e tempo onde é aplicada. Trata-se de tarefa árdua, nem sempre feita com esmero.

Em importante contribuição ao prefaciar o trabalho de Rodolfo Luiz Vigo, Luiz Carlos de Azevedo com maestria defende que: “Se o direito não acompanha as transformações ocorridas no substrato social e insiste em permanecer na estrutura formal do dispositivo, direito já sequer será e tornar-se-á inútil, afastado da realidade presente, contraditório até”.⁴⁶

Outro problema do direito “hermético” é considerar modelos alheios aos elementos factuais, axiológicos e normativos. Para o Reale a legitimidade de um modelo jurídico “[...] depende, na realidade, tanto da fonte de que resulta como do conteúdo ético-social de sua

45 HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

46 AZEVEDO, Luis Carlos de. *Prefácio*. In: VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 08.

interpretação e aplicação ao longo do tempo”.⁴⁷ Tal conteúdo há de ser valorado segundo a finalidade do modelo para o ordenamento como um todo. Somente pela compreensão global do ordenamento jurídico e dos valores por ele eleitos e seus propósitos é possível fazer com que o direito por ele produzido seja harmonizado “[...] com os valores que no seu todo compõem a intencionalidade do justo”.⁴⁸

Enfrentar o desafio de dizer o direito a partir do adequado emprego da hermenêutica constitucional é o que se espera dos membros do Judiciário. O equilíbrio sutil que deles se espera nem sempre se faz presente. Não raro a prática jurídica se depara ora com déspotas de toga, típicos representantes do ativismo judicial no pior sentido do termo, ora com escravos da lei, acorrentados ao normativismo jurídico. A concretização do direito à moradia tenta resistir entre esses dois extremos, conforme se analisa a seguir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do direito ocidental já experimentou diversas metodologias para a aplicação da lei. Entretanto, tais buscas não refletiam a adequação do direito à realidade histórico-social do Estado que o instituiu. Há muito que a atuação jurisdicional pauta-se mais na observância do conteúdo normativo aferido pela literalidade da lei que pelo exercício hermenêutico.

É preciso que a atuação judicial não seja nas desocupações forçadas mera reprodução da proteção legislativa de 1916 ao modelo de propriedade privada absoluta. Infelizmente tal postura ainda permeia a interpretação de magistrados imbuídos do ‘ranço’ do direito de propriedade absoluto, ilimitado e oponível erga omnes. Trata-se de um direito de propriedade arquitetado à luz do Código Civil de 1916 e ainda não permeado pelos ideais da Constituição Federal de 1988. A concepção desse direito de propriedade de caráter patrimonial e individualista o afasta do modelo considerado pelo Constituinte de 1988, pelo qual o exercício deve corresponder a um dever fundamental de que ela cumpra sua função social.

O conhecimento do contexto histórico-social brasileiro e o exercício hermenêutico permitem defender que o intérprete da Constituição (especialmente o juiz) não pode “reduzir” a proteção constitucional consagrada ao direito à moradia, de modo a adequá-la aos limites estabelecidos por normas infraconstitucionais, algumas delas, inclusive, anteriores à

47 REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. 3ª tirag. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

48 *Ibidem*, mesma página.

Constituição Federal de 1988.

É evidente que assim agindo, o juiz interpreta a Constituição de acordo com a lei, o que representa inversão da ordem hermenêutica em prejuízo da concretização dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Ademais, a atuação nesses moldes implica em pernicioso redução da “força normativa” da Constituição e configura manifesto “ativismo judicial negativo”, tendo em vista não demonstrar consideração quanto às normas constitucionais mais basilares e os direitos por elas assegurados.

Tem-se como tese defendida neste trabalho que, pela densificação da dignidade humana, pode o juiz ou tribunal deixar de conceder ordem de desocupação forçada (seja ela reintegração de posse ou outra medida), ainda que presentes os requisitos legais, quando por outros meios seja possível solucionar o impasse. Considera-se, pois, como argumentos, a força normativa da Constituição, a densificação da dignidade humana no que concerne à moradia e a necessária análise do direito de propriedade sob o enfoque constitucional.

Considera-se que a desocupação é medida excepcional e como tal deve ser tratada. Assim, quando o conflito não puder se resolver por meio menos gravoso e lesivo à dignidade humana, seja a desocupação deferida condicionalmente à prévia apresentação dos meios necessários para que os ocupantes do imóvel possam exercer o direito à moradia em outro local (mesmo que tais medidas impliquem em eventual ônus ao Estado ou ao particular).

Defendeu-se, por fim, que a atuação nesses moldes não configura afronta à separação de Poderes, mas mera ação pontual destinada a fazer com que o núcleo central do mínimo existencial à moradia não seja violado. Em última análise, evita-se que o Judiciário seja instrumento de violação da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de. A Efetividade da Defesa do Direito à Moradia em Juízo: estudo de casos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense. 2009. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/joao_mauricio.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. A Moradia Informal no Banco dos Réus: discurso normativo e prática judicial. In: Direito GV, vol. 07, nº 02, p. 391-415. Rio de Janeiro, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&-script=sci_arttext>. Acesso em: 09 abr. 2016.

ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

AZEVEDO, Luis Carlos de. Prefácio. In: VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 276.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: Thesis, vol. 05, nº 01, p. 23-32. Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/-index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araujo. A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A Justificação do Direito e sua Adequação Social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 54).

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321-322.

LEDUR, José Felipe. Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. 3ª tirag. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Tempero da Proporcionalidade no Caldo dos Direitos Fundamentais. 2012. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/-pdf/anima5-Seleto-Externa/Walter-Claudius-ROTHENBURG.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: ROSA,

Alexandre Morais de et al. (orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-74).

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87-89.

SANCHÍS, Luis Prieto. *El Constitucionalismo de Principios, Entre el Positivismo y el Jusnaturalismo?* 2011. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1423-71.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

STJ. EDiv em REsp nº 485.969/SP. 1ª Seção. J. 23/08/2006. Rel. Des. José Delgado, unânime; STF. AgReg no RE nº 410.715/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03/02/2006; STJ. REsp nº 303.605/SP: “[...] a Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério”.

AS INFLUÊNCIAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES E COMENTÁRIOS

Matheus Arcangelo FEDATO¹
Vinícius José Corrêa GONÇALVES²

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a fazer uma análise sobre as influências do Novo Código de Processo Civil no processo penal. Primeiramente, propõe-se um estudo acerca dos principais princípios envolvidos no Novo Código de Processo Civil, a fim de possibilitar uma compreensão da matéria, fazendo-se também um paralelo com o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. A problematização dá-se pela possibilidade de aplicação do novo diploma processual civil no processo penal e como esta ocorre. Após, busca-se a análise dos dispositivos legais em espécie, tanto do Novo Código de Processo Civil como do Código de Processo Penal. Desse modo, objetiva-se, por meio do presente trabalho, a análise das influências do Novo Código de Processo Civil no processo penal, buscando-se entender como e quando ocorrem, bem como sua amplitude e efeitos. Para atingir essa finalidade, o trabalho vale-se do método dedutivo, além de meios de pesquisa eletrônico e bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil; Princípios; Influências; Processo Penal.

ABSTRACT

This paper proposes to make an analysis of the influences of the New Code of Civil Procedure in criminal proceedings. First, it is proposed a study on the main principles involved in the New Code of Civil Procedure in order to allow an understanding of the matter, also making up a parallel with the neoconstitutionalism and neoprocessualism. The problematics is related with the possibility of applying new procedural law in criminal proceedings, as well as how it occurs. Then, seeks the analysis of legal provisions in kind, both the New Civil Procedure Code and the Criminal Procedure Code. Thus, the objective is, through this work, the analysis of the influences of the New Code of Civil Procedure in criminal proceedings, by seeking to how and when they occur, as well its scale and effects. To this end, the work makes use of the deductive method, and the electronic and bibliographic means.

KEY-WORDS: Code of Civil Procedure; Principles; Influences; Criminal proceedings.

-
- 1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atua nos Grupos de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil e Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.
 - 2 Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Área de Concentração: Função Social no Direito Constitucional; Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça nas Constituições). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito;). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, com formação para o magistério superior. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Direito Processual Civil na Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP (FAESO). Autor do livro "Tribunais Multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos". Principais áreas de atuação: Direito Processual (Civil e Penal), Direito Constitucional, Administração da Justiça e Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution [ADR's]).

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto tem como enfoque a análise acerca das influências trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no Processo Penal. O tema é extremamente importante e atual, posto que as inovações trazidas pelo NCPC são muitas, desde a principiologia até os dispositivos em espécie, que buscam cumprir as normas emanadas pela Constituição Federal.

O trabalho justifica-se pela necessidade de compreensão quanto a existência e a amplitude das influências que o Novo Código de Processo Civil traz para o Processo Penal, pois promulgado em uma época diferente, para uma sociedade diferente, com um pensamento diferente. Explorar o quanto o NCPC influencia o processo penal significa dar mais importância ainda ao novo diploma processual.

A problematização calca-se, primeiramente, nos contrastes marcante do novo código, que se dá pelo estudo de seus principais princípios, passando, então a análise da possibilidade ou não da utilização do NCPC no processo penal. Após, procura-se elencar as principais modificações trazidas pelo Novo Código que podem influir no processo penal, estudando-se dispositivo a dispositivo.

Nessa linha, são abordados temas como fundamentação das decisões judiciais, procedimentos de citação, contagem de prazos, identidade física do juiz, embargos infringentes e emendatio libelli. As reflexões são feitas pela comparação entre os dispositivos dos institutos, visando apontar como ocorre a influência de um em outro.

Como referencial teórico foi utilizada a análise principiológica do Novo Código de Processo Civil, demonstrando quais foram os princípios escolhidos como base de sua estruturação. A partir disso, possibilitou-se adentrar especificamente nos dispositivos em espécie dos Códigos, para que se pudesse refletir acerca do alcance de suas influências.

Para que se pudesse atingir a finalidade mencionada foi utilizado o método dedutivo, partindo-se das premissas elencadas pelo Novo Código de Processo Civil para que se pudesse chegar a uma conclusão acerca de suas influências. Como técnicas de pesquisa foram utilizadas a pesquisa documental, eletrônica e bibliográfica.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DO NOVO CPC

Para iniciar o presente trabalho, mister se faz a análise acerca da principiologia envolvida em torno do Novo Código de Processo Civil. Destarte, serão estudados, ainda que

brevemente, alguns de seus princípios fundamentais. Inicialmente, a palavra princípio indica, em sua essência, algo que pré-existe, que precede, a causa primária, o momento inicial, aquilo que dá início. Assim, depreende-se como princípio tudo aquilo que voltado à razão de existência da coisa, algo que deve necessariamente ser observado. Para Alexy (2012, p.90), princípios são mandamentos de otimização, os quais visam obter o máximo possível de eficácia da norma, assegurando, conseqüentemente, os direitos postos pela Constituição. Antes, porém, da análise dos princípios do Novo CPC, oportuno um estudo sobre o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo.

Análise sob a luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo

A Constituição de 1988 trouxe novos rumos para o Direito brasileiro, tendo sido o direito privado “superado” pelas normas constitucionais. Houve um abandono do velho Civilismo positivista, o qual deu espaço para o atual neoconstitucionalismo, que coloca a Carta Magna no ponto mais alto do ordenamento jurídico, dando-a, por assim dizer, força normativa. “A lei [...] perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais.” (CAMBI, p. 23-24,online).

Analisando-se o novo código, percebe-se a influência neoconstitucionalista e neoprocessualista, conforme em sua exposição de motivos:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2010, *online*)

Assim,

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental. (CAMBI, p. 2, *online*)

Dessa maneira, percebe-se a mudança de paradigma trazida após 1988, com a Constituição sendo o centro do ordenamento jurídico, alterando-se a hierarquia do sistema. É imprescindível que as demais legislações estejam em consonância com o disposto pela lei maior. Então, em sendo o Novo Código de Processo Civil tão inovador e direcionado aos

mandamentos constitucionais, espera-se que este influencie o processo penal, o qual foi baseado em uma sociedade totalmente diferente da que vivemos atualmente e que precisa urgentemente ser melhorado.

Princípio do devido processo legal

Princípio basilar para garantia de direitos, o devido processo legal deve sempre ser observado, não devendo sofrer restrições, posto que a partir dele são assegurados diversos outros princípios. A Constituição em seu artigo 5º, LIV, diz que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade quanto no âmbito de seu patrimônio, deve decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente precisão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais. (2014, p. 72)

Referido princípio é conhecido como *due process of law*, tal princípio promove a observância da legalidade dentro do processo, resguardando as premissas colocadas pela Constituição. Dessa forma, o princípio do devido processo legal determina que o processo deve ocorrer respeitando-se todos os princípios a ele inerentes, garantindo a observância do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo, dentre outros.

Princípios do Contraditório e da Ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa estabelecem fundamentos essenciais para a aplicação da justiça, e caracterizam o devido processo legal. Pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme leciona Fredie Didier Jr., “o processo é um procedimento estruturado em contraditório” (2013, p. 56), estando tal princípio atrelado ao fato de a parte contrária poder ter a oportunidade de tomar conhecimento do que ocorre dentro do processo e, a partir disso, conseguir manifestar-se, tendo voz, podendo contra-atacar ou defender-se, utilizando de todas as garantias constitucionais previstas.

Na lição de Delosmar Mendonça Jr., ampla defesa e contraditório

[...] são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório (2001, p. 55)

Tais princípios assumem uma dimensão gigantesca dentro do processo penal, posto que o que se está colocando em jogo é a liberdade de uma pessoa, e se essa não puder ter acesso à ampla defesa e ao contraditório, danos irreparáveis podem acontecer, como condenações injustas. Não se pode imaginar um indivíduo inocente ser preso porque a ele não foi dado o direito de resposta sobre aquilo que foi acusado, não sem ofender sua dignidade.

Nesse sentido,

Esse, princípio, guindado à condição de garantia constitucional, significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu) e demais sujeitos que participam do processo [...], e garantir a possível reação contra decisões. (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 72)

Nas palavras de Eugenio Pacelli,

O contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. (2014, p. 43)

Portanto, pode-se concluir que o princípio do contraditório e da ampla defesa são extremamente importantes no processo, sendo caracterizado o primeiro como um direito à informação e o segundo como um direito de resposta a pretensão deduzida. Nessa linha, preservando-se tais princípios, está se protegendo também a dignidade humana, valor tão importante expresso na Constituição.

Princípio da razoável duração do processo

Pelo princípio da razoável duração do processo, entende-se que a prestação jurisdicional se dará de uma forma suportável às partes, que não sofrerão com um longo andamento processual. Um réu não pode ficar anos a mercê de um julgamento para que seja inocentado ou condenado, bem como a sociedade não pode esperar excessivamente para ver realizada a pretensão punitiva.

Para que a resposta dada pelo Estado não se torne inútil, sem valor para aqueles que exerceram o direito de ação e buscaram, com isso, a satisfação de uma pretensão, ou para aqueles que aguardam um julgamento, o processo deve correr dentro de um prazo razoável, no qual não ocorram dilações excessivas e desnecessárias.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, abriga referido princípio em seu artigo 8º, 1, que diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (COSTA RICA, 1969, *online*)

A norma acima citada possui status de constitucional, haja vista ser o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica, devendo, portanto, proporcionar todos os meios necessários à promoção do princípio da razoável duração do processo. No pensamento de Fredie Didier Jr., “não existe um princípio de celeridade. O processo não tem que ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (2013, p. 69).

Dessa maneira, o princípio não exige que o processo deva ocorrer no mínimo tempo possível, em sua literalidade, mas sim que possa acontecer de forma adequada, onde todas as questões possam ser resolvidas em um tempo que não seja excessivo. O princípio diz “razoável duração”, não rápida duração, posto que se assim fosse, as partes também poderiam sair prejudicadas, não pela demora, mas pela sumariedade do procedimento.

Princípio da devida fundamentação das decisões judiciais

Há muito tempo se fala acerca da imperatividade da devida fundamentação das decisões judiciais, constituindo tal como pressuposto de uma decisão, sem o qual não se poder declarar sua validade. E não sem razão, posto que sentença genéricas ou indevidamente motivadas afrontam o princípio do devido processo legal.

Por trás de uma decisão sem a devida fundamentação pode-se esconder diversos tipos de posicionamentos do julgador, ou nenhum, ensejando um julgamento por opinião, o que é muito grave. O processo baseia-se em uma relação com um juiz inerte, o qual carreará os elementos do caso concreto e a ele aplicará o Direito, por meio de adequada fundamentação.

Assim, uma fundamentação deficiente é uma afronta não só à lei, mas também as partes, principalmente se estivermos falando de um réu em no processo penal, que pode vir a ser condenado ou preso injustamente por um juiz que desarrazoadamente decretou sua presunção de culpa. Ainda, uma fundamentação inadequada cala as partes, que não como recorrer corretamente, posto que seus argumentos limitam-se aqueles dados pelo julgador em

sua decisão.

A devida fundamentação se faz obrigatória a fim de evitar que o julgador lance mão de cartas surpresa no processo, de como decidir conforme a própria consciência ou conforme o posicionamento dos tribunais, sem aplicar tal posicionamento ao caso concreto. Tal princípio visa dar fim as decisões prontas e genéricas, que tanto assolam a sociedade a e a legislação.

Nesse sentido é a lição do professor Daniel Amorim Assumpção Neves,

Ressalto que não compartilho com a lição doutrinária que busca distinguir motivação de fundamentação, com a alegação de que na motivação bastaria ao juiz explicar o que pessoalmente acha sobre o Direito, enquanto na fundamentação caberá ao julgador porque razões aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do Direito estabelecida pelo cidadão. Motivar e fundamentar significam exteriorizar as razões do decidir, e nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o Direito, e não concretizar suas aspirações pessoais. (2015, p. 5)

Com a introdução do Novo Código de Processo Civil, como resposta ao anseio da sociedade, foram introduzidos dispositivos que visam coibir a falta de fundamentação das decisões. Um exemplo é o artigo 489, o qual estabelece os requisitos essenciais para uma sentença, delimitando todos os pontos necessários a serem observados para um provimento adequadamente fundamentado.

O §1º do referido artigo determina que

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.

Dessa maneira, entende-se que a decisão judicial, para ser considerada devidamente fundamentada, não pode se limitar a simples indicação de dispositivo legal sem explicar qual é a sua relação com a causa, bem como o uso de conceitos indeterminados sem demonstrar as sua incidência no caso concreto.

Ainda, proíbe-se a fundamentação genérica, qual seja aquela que prestaria a justificar

qualquer decisão. São várias prescrições trazidas pelo legislador que tem a finalidade de demonstrar como um decisão judicial não deve ser, ficando a cargo dos julgadores observarem a norma e fundamentarem adequadamente suas decisões.

ANÁLISE DAS INFLUÊNCIAS DO NOVO CPC NO PROCESSO PENAL

Nesta parte do trabalho, passa-se a discussão acerca das influências trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no Processo Penal. As alterações não são substanciais, posto que são diplomas que tratam de matérias diferentes, mas que não por isso deixam de ser importantes e dignas de nota. O novo codex é altamente calcado em mandamentos constitucionais, advindo numa era em que o centro do ordenamento deixou de ser o Código Civil e passou a ser a Constituição. Por isso, extremamente importante que as inovações positivas sejam trazidas ao processo penal, o qual foi concebido em uma época muito diferente, na qual o pensamento da sociedade era outro.

As influências do Novo Código de Processo Civil no Processo Penal podem ser supletivas, quando não houver, neste último, normas que regulem determinada matéria, ou podem ser subsidiárias, quando, embora exista previsão, esta não se mostra suficiente, tornando necessária a utilização do primeiro diploma.

O requisito essencial, ou pressuposto, para a utilização do Novo Código de Processo Civil no Processo Penal é a existência de uma lacuna involuntária. A partir daí pode-se falar na aplicação da analogia e conseqüente aplicação supletiva e subsidiária do NCPC.

Nos termos do artigo 15 do NCPC, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Nota-se, deveras, a não menção expressa quanto a regulação dos processos penais quando da ausência de normas reguladoras. Entretanto, deve ser entendida, por interpretação extensiva, a possibilidade de sua aplicação no processo penal, posto que não faria sentido extrair o diploma processual penal do rol de abrangência do NCPC.

Não obstante, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro emana em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, possibilitando, dessa maneira, a aplicação do novo diploma processual civil ao processo penal.

Indo além, o artigo 3º do Código de Processo Penal determina que “a lei processual

penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Portanto, não prospera a tese de inaplicabilidade do NCPC ao processo penal, posto que ambos os diplomas preveem formas de integração no caso de ausência de normas reguladoras.

Mas quando poderão ser as normas processuais civis aplicadas ao processo penal? Para que não exista uma interferência indevida de um código em outro, é necessário que exista uma omissão do diploma processual penal quanto a matéria. Assim, a fim de evitar intromissões indevidas, é preciso que haja uma lacuna onde a lei processual civil possa ser aplicada por haver falta de regulamentação processual penal. A omissão deve ser relevante, não podendo se admitir falhas ou imprecisões do Código de Processo Penal, posto que havendo menção expressa quanto a matéria, ainda que não seja a melhor, deve essa ser utilizada.

Quanto a aplicação subsidiária, conforme disposto acima, esta se encaixa quando, embora havendo previsão expressa pelo diploma Penal, esta não se mostrar suficiente. Desse modo, a lei processual civil vem de forma a complementar a lei penal em determinado ponto que seja necessária sua intervenção.

Como exemplo dessa aplicação subsidiária, pode-se citar a utilização do artigo 382 do NCPC, o qual diz que o requerente deverá apresentar que justificam a necessidade de antecipação de prova, mencionando com precisão os fatos sobre os quais a prova irá recair. Assim, cabe aquele que requerer em sua petição a antecipação de provas, esclarecer precisamente a urgência da medida e a sua amplitude.

Dentro do processo penal, quanto a matéria de Prova, pode observar-se o tratamento dispndido pelo artigo 155, que fala que o julgado formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório, “não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Ainda, os artigos 225 e 366 estabelecem balizas a adoção das provas antecipadas, sendo que o primeiro aborda o fato de a testemunha ter que se ausentar, ou por enfermidade ou velhice, criar receio de que a prova, ao tempo da instrução criminal, não mais exista, podendo as partes, a qualquer tempo requerer a antecipação de seu depoimento.

O segundo, artigo 366 do CPP, prevê que se o acusado citado por edital, no caso de não comparecer e de não constituir advogado, terá o processo e o curso do prazo prescricional

suspensos, podendo, contudo, determinar o juiz a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

Pode-se depreender, portanto, que, mesmo o Código de Processo Penal prevendo a maneira e algumas possibilidades de produção antecipada de provas, não estabelece como deverá se dar a petição que faz o seu requerimento. Nos moldes do citado artigo 382, aplicado subsidiariamente ao processo penal, tem-se que, para o requerimento de antecipação de provas, é necessário a devida fundamentação do pedido e a clara delimitação do fato objeto da prova.

Tal serve para evitar a generalização da produção antecipada de provas, pois isso constitui exceção no processo, algo anormal, visto que o juiz deverá produzir as provas durante a instrução criminal e em contraditório. Dessa forma, a correta fundamentação do pedido antecipatório completa o sistema processual penal e deve ser observado.

As primeiras influências em espécie que podem ser citadas são as referentes a citação por hora certa e que vem trazidas pelos artigos 252 e 254 do NCPC, assim, o primeiro diz que quando por duas vezes o oficial de justiça houver procurado o citando em seu endereço sem o encontrar, deverá, se houver suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou o vizinho de que voltará no dia útil imediatamente seguinte, realizar a citação. Ainda, dispõe o parágrafo único que no caso dos condomínios edilícios, a intimação de que se refere o caput valerá se feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Ocorrido tal procedimento, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, no prazo de 10 dias, contado da data de juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência, tudo conforme determina o artigo 254 do NCPC. “Não se estende esse raciocínio às hipóteses demandado de prisão, onde a urgência da ordem impõe seja elacumprida de imediato, quaisquer que sejam as circunstâncias”. (SILVARES; PINTO, 2016, p. 76)

Quanto a essa matéria, o Código de Processo Penal ordena em seu artigo 362 que verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, deverá o oficial de justiça certificar a ocorrência e proceder a citação por hora certa “na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”. Remete, portanto, o CPP a disposições do Código de Processo Civil de 1973, já revogado. “A partir da entrada em vigor do novo CPC, não mais tem aplicação a parte final do art. 362, que faz referência ao código

anterior”.(SILVARES; PINTO, 2016, p. 78)

Para regular a matéria, tem-se o artigo Art. 1.046, o qual dispõe que com a entrada em vigor do Novo Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, qual seja o velho Código de Processo Civil. Assim, não mais se faz necessário que o oficial de justiça, por três vezes, se direcione ao endereço do réu, mas sim apenas duas vezes, visando a simplificação da diligência, podendo inclusive receber a citação o funcionário de portaria nos casos de condomínios edifícios.

Remontando-se ao tópico trabalhado no primeiro capítulo, passa-se a tecer alguns comentários sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Nesse momento, busca-se estabelecer um paralelo com as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e sua influência no Processo Penal no que tange a devida fundamentação judicial.

Conforme já mencionado, o artigo 489 do NCPD trata da fundamentação das decisões judiciais, trazendo os principais elementos que devem conter em uma sentença, bem como o que não pode ser considerado como fundamentação. Nessa linha, importante fazer-se um paralelo com as prisões cautelares do processo penal.

Essas, que muitas vezes são objeto de arbítrio por parte dos julgadores, os quais, não raro, utilizam-se de argumentação genérica e sem relação com o caso concreto para fundamentar o cabimento de prisões cautelares, que constituem extremo constrangimento ilegal.

Na redação do artigo 310 do CPP, tem-se que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, converte-la em prisão preventiva ou converte-la em liberdade provisória. Desse modo, a prisão é medida excepcional que se impõe, só devendo ser decretada se presentes seus requisitos autorizadores e por decisão devidamente fundamentada.

A adoção da prisão é medida tão excepcional e imprescindível de fundamentação, que a Constituição, em seu artigo 5º, LXI, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Nas palavras de Aury Lopes Junior (2015, p. 625) para que o agente permaneça preso ou submetido a qualquer medida cautelar, é imprescindível uma decisão judicial fundamentada.

Dessa forma, não se pode admitir meras e vagas proposições ou conjecturas por parte do magistrado em uma decisão que determina a privação da liberdade de uma pessoa, quanto

mais antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, nos termos do artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Falando-se acerca da prisão preventiva, seus requisitos encontram-se nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. O primeiro trata sobre a necessidade da decretação da prisão, já o segundo sobre sua legalidade. Muitos problemas são enfrentados quanto as decisões que utilizam sua fundamentação voltada para o artigo 312.

Em sua redação, referido artigo traz como possibilidades de decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Tais requisitos são extremamente abstratos e para alguns inconstitucionais por violarem o princípio da presunção de inocência. O perigo reside quando referidos pressupostos são utilizados pelos julgadores como um “coringa” para justificar a decretação de uma prisão desnecessária. São empregados conceitos jurídicos indeterminados, como a garantia da ordem pública. Além disso, tal argumento muitas vezes não é suficientemente aplicado ao caso concreto.

Nos termos do artigo 489, § 1º, II do NCPC, não será considerado fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. A integração entre a norma processual civil e processual penal é clara pela leitura do artigo acima citado.

O julgador não poderá se valer de conceitos abstratos com o conveniência da instrução criminal sem que haja relação com o caso concreto. Assim, dizer que o réu é perigoso, que o crime é grave, que responde por vários processos, que sua conduta na é adequada, não serve como fundamentação para decretação de prisão preventiva.

Quanto a contagem de prazos, o Novo Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 219 que os prazos computar-se-ão somente em dias úteis. Altera-se a sistemática do velho código, que computava os prazos em dias corridos, sem fazer distinção entre dias úteis e não úteis. Porém, nada se altera em relação a matéria no processo penal.

Conforme o artigo 798 do CPP, “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. Como não existe omissão quanto a matéria de contagem de prazos no processo penal, deve-se entender pela não aplicação do disposto pelo NCPC, não se contando os prazos somente em dias úteis, mas de forma contínua e peremptória.

Outro ponto importante a ser considerado é o princípio da identidade física do juiz. Nos termos do artigo 399, § 2º do CPP, o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Nessa mesma linha, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que “o juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Ocorre que no NCPC, devido a grande aplicação do princípio da oralidade, tal dispositivo foi suprimido e não encontra correspondente. Entretanto, o artigo do velho código era usado de forma supletiva, posto que não existe previsão nos casos de impossibilidade de o juiz da instrução proferir a sentença.

O questionamento que resta é se, mesmo sendo revogado, o artigo 132 do antigo CPC ainda deve ser seguido de forma supletiva pelo Código de Processo Penal. Ainda não há posicionamento fixado em torno da questão. Algumas soluções apontam para a Ultratividade da lei processual civil, outra para a cessação de competência do julgador para continuar analisando a causa, de modo a ficar impossibilitado de julgar.

Na matéria relacionada aos embargos infringentes, tem-se importante alteração trazida pelo NCPC, o qual extingue referida modalidade de embargos, posto que não presentes no rol de recursos elencado pelo artigo 994 do Código. Entretanto, tal recurso está expressamente previsto pelo CPP em seu artigo 609.

Assim, não há que se falar em aplicação do NCPC, haja vista não ser o CPP omissivo quanto a matéria. Todavia, existia um dispositivo no Código de Processo Civil de 1973 que tratava dos prazos para outros recursos após interpostos os embargos infringentes, o qual era aplicado ao processo penal.

O dispositivo era o artigo 498 do velho CPC, o qual dizia que “interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos”. Dessa forma, com a revogação do antigo diploma, como ficaria a situação do processo penal?

A posição do STJ é de que o prazo deveria ser sobrestado, conforme o Resp

785.679/MG, de relatoria do Ministro Félix Fischer, e que diz “quando ocorrida a hipótese, na origem, de interposição simultânea de embargos infringentes e recurso especial, deve-se observar a regra inscrita no art. 498 do CPC.” (BRASIL, 2006)

Entretanto, a posição do STF é contrária, como pode se observar pelo AI nº 432.884 QO/RO, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual diz que deve-se impugnar cada recurso dentro de seu tempo. A primeira corrente privilegia o princípio da unirecorribilidade, optando por sobrestar o prazo para os recursos após a interposição de embargos infringentes. Contudo, prevalece a segunda corrente, seguida pelo Supremo Tribunal Federal.

No que se refere a possibilidade de dar nova capitulação ao fato criminoso, conhecido como *Emendatio Libelli*, é importante falar acerca da necessidade de oitiva das partes da decisão a determina. Segundo o artigo 383 do CPP, tem-se que “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”

Em referido artigo não existe previsão expressa da oitiva da parte contrária quanto a decisão do juiz que opta pela atribuição de definição jurídica diversa da contida na denúncia. Entretanto, o artigo 10 do NCPC emana que o juiz não pode decidir, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Cumprir dizer que é extremamente salutar que, mesmo sem existir previsão legal no Código de Processo Penal, se de as partes a oportunidade se manifestarem em relação a *emendatio libelli*. Tal se afirma nos princípios do contraditório e da ampla defesa, já estudados, posto que possibilitam a todos os agentes do processo intervir em sua formação.

É importante dizer que o Novo Código de Processo Civil teve algumas disposições alteradas antes mesmo de sua entrada vigor. A lei nº 13.256/2016 veio para disciplinar o julgamento dos recursos extraordinários e dos recursos especiais. Os artigos que sofreram modificação pela lei são: 12, 153, 521, 537, §3º, 966 § 5º e 6º, 988, III, IV e § 5º, 1.029, §2º e 5§, I e II, 1.030, 1.035, II e § 7º e 10º, 1.036, § 3º, 1.038, § 3º, 1.041, § 2º e 1.042, II e § 2º.

Todos os artigos do capítulo que tratava desses recursos na Lei 8.038/90 foram revogados. A previsão inicial de que o juízo de admissibilidade seria efetuado pelo próprio tribunal ad quem foi revogada pela Lei nº 13.256/2016, durante a *vacatio legis* do novo CPC. Há uma mudança bastante significativa nos recursos cabíveis em caso de inadmissibilidade do REsp ou RExt. Via de regra, o recurso da inadmissão será o agravo ao STJ ou ao STF (art. 1.042), porém, quando a decisão estiver fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, §2º), o recurso cabível será o **agravo interno**, do art. 1.021. (MASSI, 2016, *online*)

Entre as principais alterações no processo penal, como visto acima, pode-se citar a revogação da lei 8.038/90, a qual disciplinava como seriam processados e distribuídos os recursos especiais e extraordinários nos tribunais superiores e que era aplicada na seara penal. Com a revogação da referida lei, indaga-se como seria a regulação da matéria a partir de agora. Como a revogação foi promovida pelo novo diploma processual civil, a qual tomou o lugar da lei 8.038/90, resta claro que deverão ser observadas as regras daquele, mesmo em matéria penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, pode-se observar que o Novo Código de Processo Civil trouxe grandes mudanças no ordenamento brasileiro. Com ideais inovadores, o código se propôs a renovar antigos pensamentos que há muito já estavam superados pela sociedade, procurando dar a máxima efetividade a satisfação da pretensão do que ao processo em si.

Calcado em princípios importantes, o novo código busca concretizar as disposições emanadas pela Constituição. Dentre os principais princípios, pode-se citar o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da razoável duração do processo, da celeridade, da oralidade, da publicidade, entre outros.

Nessa sistemática, propusera-se a garantia dos direitos postos pela Constituição, visando satisfazer o direito da parte mais do que o processo em si. Assim, buscou-se contextualizar a temática do Novo Código de Processo Civil para o processo penal, tentando-se refletir sobre as consequências daquele nesse.

A possibilidade de interrelação entre os dois sistemas processuais é clara. Ambos os Códigos preveem a viabilidade de integração, seja na forma de analogia ou de interpretação extensiva. Além do mais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressamente prevê a possibilidade do uso da analogia.

Observou-se que, para que haja interferência de um ramo no outro é preciso a existência de omissão. Desse modo, não é toda e qualquer inovação que será imediatamente aplicada. Ainda assim, pode-se constatar que existem hipóteses de incidência do Novo Código de Processo Civil no Processo Penal.

Talvez a mais notável influência seja a da necessidade da devida fundamentação das decisões judiciais, a qual pode ser entendida até mesmo como um princípio. A aplicação mais

evidente no processo penal talvez seja com relação a motivação das prisões cautelares, que deverão seguir algumas disposições dadas pela lei processual civil.

Outro ponto importante constatado foi o privilégio dado pelo Novo Código de Processo Civil à utilização do contraditório e da ampla defesa, o qual deve ser utilizado no Processo Penal, principalmente nos casos de *Emendatio Libelli*, no qual o juiz pode alterar a tipificação do fato sem ouvir as partes.

Conclui-se que, dessa maneira, o Novo Código de Processo Civil trouxe grandes inovações, observando o disposto pela Constituição. Tais inovações podem e devem ser utilizadas no processo penal, quando este for omissivo. Assim, o Novo Código de Processo Civil influencia e muita o processo penal, merecendo, portanto, uma aplicação supletiva ou subsidiária neste.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.

_____. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

_____. STJ - *REsp*: 785679 MG 2005/0163191-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 22/08/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/09/2006 p. 340.

_____, Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. *Lei nº 13.105/2016* - Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

COSTA RICA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José. 1969. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Vol.1*. 16. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2013.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSI, Carlo Velho. *Influências do Novo CPC no Processo Penal*. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/influencias-do-novo-cpc-no-processo-penal/>> Acesso em: 30 jun. 2016.

MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. *Novo CPC e seus reflexos no âmbito do Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI; Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol.1. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014.

CLÁUSULAS PÉTREAS E A EXTENSÃO INTERPRETATIVA DE SEUS PRECEITOS IMPLÍCITOS

Gustavo Souza MANOEL
Guilherme Prado Bohac de HARO¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discutir determinado aspecto atinente às cláusulas pétreas e, para isso, faz-se necessário se realizar explanações gerais acerca de assuntos inerentes a elas, como análises de sua definição, origem, função, e suas espécies e extensões, encontrando aí a especificidade do objeto em debate. O estudo se calca na exclusiva intenção de demonstrar o erro em se realizar interpretações extensivas sobre o alcance dessas cláusulas, quando referidas a sua espécie implícita. Busca-se expor que, em consequência de uma má interpretação sobre seus preceitos implícitos, poderíamos ocasionar demasiados prejuízos, tal como o engessamento da ordem jurídica, que acarretaria, a longo prazo, levando em contas as evoluções naturais da sociedade, um abalo estatal, seja no âmbito jurídico e político, como também no social. O fato de se engessar um ordenamento jurídico constitucional implica em uma série de desconfortos, que seriam tecnicamente “irremediáveis” sob a égide da lógica jurídica vigente, pois, o que hoje é entendido como uma cláusula pétrea, só poderá deixar de ser, com uma nova Constituição, em se tratando de obediência às intenções dos Constituintes Originários de 1988. Adota-se, então, a fim de prevenir-se de eventuais frustrações, o uso de uma interpretação restritiva quanto ao alcance dos dispositivos pétreos, e não dos seus princípios por eles tutelados, para assim evitar que este instituto se estenda para além daquilo que fora previsto pelos seus idealizadores.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Pétreas. Preceitos Implícitos. Interpretações extensivas. Engessamento da ordem jurídica. Interpretação restritiva.

ABSTRACT

This work is scope to discuss certain aspect regards the entrenchment clauses and, therefore, it is necessary to hold general explanations about matters inherent to them, as analysis of its definition, origin, function, and their species and extensions, finding then the specificity of the subject under discussion. The study tramples the sole intention of demonstrating the error in carrying out a broad interpretation of the scope of such clauses, when referring to its implicit kind. We seek to expose that as a result of a misinterpretation of implicit precepts, could cause too much damage, as the inflexibility of the legal system, which would lead, in the long run, taking into account the natural evolution of society, state concussion, is the legal and political framework, as well as social. The fact that plastering a constitutional law implies a series of discomforts, which would be technically "irremediable" under the auspices of the current legal logic, because what is now understood as an entrenchment clause can only be, with a new constitution, in the case of obedience to the intentions of Constituents Originating 1988. It is adopted, then in order to prevent yourself from possible frustrations, the use of a restrictive interpretation of the scope of stony devices, not its principles they protected, so as to prevent this institute extends beyond what was envisaged by its founders.

1 Advogado e Professor; Graduado em Direito; Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário ambos pela Instituição de ensino Toledo Prudente; Mestre em Direito Negocial pela Uni.Est.Londrina

KEY-WORDS: Fundamental Clause. Implicit Precepts. Extensive Interpretations. Inflexibility of the Legal System. Strict Interpretation.

INTRODUÇÃO

Este artigo teve como fim tecer comentários acerca dos assuntos concernentes às chamadas “cláusulas pétreas” no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente sobre a extensão de seus preceitos implícitos.

Para tanto, fez-se necessário estudar seus aspectos gerais e, em seguida, definir este instituto, analisar seu vínculo com a rigidez constitucional, sua incidência primária no ordenamento jurídico estrangeiro e também nacional, que, após elencadas sua reiterada presença na série de constituições brasileiras, verificou-se a ampliação da constituinte de 1988, o que nos induziu ao estudo da expressão “tendente a abolir” presente em cada texto.

Além disso, buscou-se refletir sobre qual interpretação – restritiva ou extensiva - devemos nos debruçar ao apreciar os dispositivos que elencam as Cláusulas Pétreas, e as justificativas para isso.

O estudo da interpretação se faz necessário no Direito como um todo, sobre cada matéria e cada instituto jurídico, posto que assim que se extrai todo o conteúdo normativo das fontes do Direito. Desse modo, devemos observar as espécies de interpretações – gramatical; sistemática; histórica e teleológica – e a funcionalidade de cada uma, com o pretexto de aplicar a mais adequada interpretação ao objeto em análise.

Assim ocorre com as Cláusulas Pétreas, contudo, a única distinção que existe é que quando uma má interpretação é realizada sobre matérias comuns, ou seja, que não detém tamanho rigor e importância como tais cláusulas, v.g. leis ordinárias, facilmente pode-se mudar o entendimento sobre sua aplicação e até mesmo revoga-las da forma mais branda, mas a recíproca não é verdadeira; quando dispositivo constitucional se exige uma solenidade maior, entretanto, quando se tratar de Cláusula Pétreas nada poderá transcendê-la, o que for entendido como tal, assim será considerado e deterá toda rigidez inerente a elas.

Em face deste cenário, amparou-se na ideia de ser realizada uma interpretação relativamente restrita, sem o prejuízo dos princípios protegidos por essas cláusulas, para que o ordenamento jurídico seja capaz de acompanhar o desenvolvimento social, sem a necessidade de tentativas radicais fadadas ao fracasso, de alterar aquilo que não pode sequer ser objeto de

discussão.

O artigo fora realizado com base nos métodos dedutivo e indutivo, ambos amparados em pesquisas de obras nacionais e estrangeiras, em conjunto com jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que trouxeram a lume matéria pertinente ao assunto, pelo motivo de estarem os julgados do controle concentrado de constitucionalidade ligados intimamente com o objeto de apreciação acadêmica.

ASPECTOS GERAIS PERTINENTES ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS E À CONSTITUIÇÃO

Toma-se a Constituição, no ponto de vista do ideal, como documento regente e estruturador do Estado. Para Sergio Fernando Moro, “Constituição ou é a Lei Fundamental do País, estando os poderes públicos a ela vinculados e obrigados a torna-la realidade, ou não passa de um conjunto de belos conselhos e declaração de intenções²”.

As constituições são elaboradas com o intuito de se perpetuarem como documento regente do Estado e, com a dinamicidade da sociedade, torna-se insustentável a tese de serem inalteráveis, porém, insta expor que, “A pretensão à imutabilidade foi um sonho de alguns iluministas do século XVIII, que cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações³”.

Embora algumas manifestações ideológicas tendessem a esse aspecto de plena inalterabilidade, isso não se concretizou na prática, ao contrário, fez-se estabelecer nas constituições, uma prévia formalidade – quando rígida – a ser adotada para sua modificação.

Diante disso, a ideia⁴ era de que ao invés de perpetuar todo um ordenamento, buscasse apenas a preservação de valores essenciais e caracterizantes dados à Constituição pelo poder constituinte originário, dotando de plena rigidez estes pontos, enquanto a outros se deu relativa maleabilidade⁵.

A história nos mostra que o desenvolver de algumas constituições, estrangeiras e nacionais – v.g. a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), a Lei Fundamental da

2 MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, p. 22.

3 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 200.

4 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, p.129.

5 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, p.129.

República Federal da Alemanha (1949) e a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), dentre outras – trazem uma premissa semelhante, seja ela, a de assegurar uma prévia falta de liberdade a qual se dirige, ou seja, elas buscam (se dirigem no sentido de) assegurar que não haja mais a falta de direitos como foi em um passado recente, o que nos proporciona a constatação de que, as Cláusulas Pétreas, derivam juntamente com os direitos fundamentais, de toda uma realidade fática experimentada anteriormente à instituição de um novo documento Constitucional, em termos gerais, existem para que possa evitar dissabores como aconteceu no passado, haja vista seu caráter protetivo.

A função desse instituto é de assegurar a intangibilidade do texto que explicitamente elenca os princípios basilares da ordem constitucional, bem como tutelar todos os dispositivos que implicitamente são abrangidos por esses princípios.

Segundo entendimento doutrinário tem-se proteções explícitas, quando diante da primeira figura, e implícitas, na situação secundária.

Há, contudo, certa controvérsia quanto à especificidade prática do que sejam as Cláusulas Pétreas implícitas, pois estas, comumente, são demarcadas pelos administradores da justiça, os quais detém o poder de defini-las, através da interpretação do objeto de proteção explícita, levando em consideração os princípios ali condensados, como se faz nos casos de controle de constitucionalidade.

Entretanto, ao passo em que se interpreta o texto principal, objeto de proteção, deve-se atentar à possibilidade de se estender demasiadamente a proteção implícita, o que, sob determinado prisma seria prejudicial à Constituição, pois poderia ampliar de tal forma o entendimento sobre o que seriam as proteções implícitas que isso resultaria em tornar imutável uma grande parcela dos dispositivos constitucionais.

Como visto, considera-se que as cláusulas inalteráveis tenham sido concebidas com o intuito de garantirem máxima estabilidade ao texto constitucional, devido às inúmeras instabilidades anteriormente vividas, mas deve-se observar que, sendo sua interpretação livre e variável, seu alcance pode ser estendido demasiadamente, de tal modo a ser inegável a possibilidade de se gerar relativa insegurança da estabilidade do próprio texto, pois isso tornaria imutável mais do que aquilo pretendido pelo constituinte originário e, tal circunstancia pode não atender à vontade da sociedade moderna baseado em sua dinamicidade temporal.

O fato de não atender à vontade social, caracteriza situação propensa, senão

necessária, a de se romper a Constituição vigente, com o fim de obter-se a satisfação de alguns ideais, via alteração daquilo que antes não podia ser objeto de tal intenção.

Portanto, para que não se estenda o alcance demasiado da proteção das Cláusulas Pétreas, gerando a necessidade da ruptura da atual ordem jurídica, tão somente com o objetivo de alterar esses dispositivos conforme a necessidade social, deve haver o emprego de uma interpretação restrita ao analisa-las, tendo em vista que, quanto mais amplo o alcance dessa proteção, mais “engessado” se torna o documento constitucional.

Com base neste estudo, não se tem a intenção de alterar as Cláusulas Pétreas explícitas, mas apenas ponderar o que, de fato, tem o reflexo de sua proteção – leia-se Cláusulas Pétreas implícitas –, com o uso de uma interpretação restrita, objetivando resguardar da melhor forma as sociedades futuras em relação ao ordenamento jurídico, evitando, deste modo, que aquelas se frustrem com base em equívocos interpretativos motivados por paixões dos presentes contextos sociais, políticos e, quiçá, jurídicos.

DEFINIÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS

As cláusulas inalteráveis, comumente denominadas no ordenamento jurídico nacional como pétreas, são cláusulas que servem como óbice ao poder reformador.

São, na realidade, dispositivos que constituem um cerne intransponível pelo poder de reforma que, objetive ofender, através de alterações, quaisquer normas e princípios ali assegurados, sejam eles explícitos ou implícitos na ordem constitucional, pelo aclarado motivo de serem estes valores os responsáveis em conferir as características substanciais de determinado Estado de Direito.

Evidencia-se que a Constituição não é feita em um único e determinado momento, pois, embora se pretenda eterna, não se pretende imutável⁶, sendo assim, seu poder não se esgota pelo ato que a cria, devendo ela estar aberta a reformas – a propósito limitadas –, porque isso proporcionará a sua preservação e conservação, considerando o caráter dinâmico da sociedade e a harmonia que se deve ter entre esta e a Constituição⁷.

Inicialmente, a ideia de se alterar um diploma constitucional foi positivada na Constituição dos Estados Unidos da América (1787), em seu artigo V, em que prevê sua modificação através de emenda⁸.

6 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional p. 45.

7 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas, p. 137.

8 Constituição dos Estados Unidos da América (1787), Artigo V: Sempre que dois terços dos membros de

Em 1793 houve a criação da segunda carta de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, a qual, embora não tenha sido a mais significativa para a história da nação, trouxe no texto do artigo 28⁹, de forma genérica, o direito que o povo tem de rever, reformar e mudar a sua Constituição, tendo por base o entendimento de que uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.

Nesse ponto, é imprescindível destacar a relevância da distinção entre poder constituinte originário do poder reformador ou derivado, visto que, versar sobre os aspectos do último só se faz necessário em face de uma Constituição cuja classificação de flexibilidade seja a rígida.

Isso ocorre porque, quando nos referimos à Constituição flexível, teremos um só poder responsável por dar origem tanto às normas ordinárias quanto às constitucionais, pois, segundo suas características, não há procedimento diverso a se adotar entre elas, e neste caso o poder constituinte originário e o reformador se confundem, como um só.

Por oportuno, cabe ressaltar a diferença entre os institutos da mutação constitucional e a reforma constitucional. O primeiro consiste em ser um processo não formal de mudança das constituições consideradas rígidas, por determinadas formas, entre as quais, tem-se como principal e mais usual via a interpretação judicial, onde independente de seu exercício o texto constitucional permanecerá intacto. Enquanto o segundo traz a característica de ser o legítimo processo formal de mudança das constituições rígidas, estabelecido pelo constituinte originário, mediante o cumprimento de prévias formalidades dispostas na própria Constituição para o exercício da competência reformadora.

O poder derivado ou reformador é vinculado diretamente às normas constitucionais originárias – pelo princípio da supremacia constitucional – devendo observá-las como “parâmetro material intrínseco¹⁰” para o exercício de sua função, que estará sempre sujeita ao controle de constitucionalidade, principalmente quando estejam maculadas de vícios.

Carl Schmitt dispõe que:

Uma faculdade de ‘reformar a Constituição’, atribuída por uma norma legal-ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.

9 DDHC Artigo XXVIII: Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.

10 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 246.

constitucional, significa que uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas, mas apenas no pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição, considerada como um todo¹¹.

Isso porque a Constituição “corporifica a vontade do constituinte¹²” e, repisa-se, sendo um poder inicial, deve todo o respeito por aquele que o visa alterar.

Por conseguinte, a este poder é atribuído, dentre outros atributos, a característica de sê-lo limitado e condicionado.

É limitado por dever inexorável respeito àquilo descrito pelo legislador constituinte, no que tange à sua modificação; e condicionado por haver imperativa observância às formalidades previamente determinadas para alteração do texto constitucional (no caso do processo de emenda). Há, portanto, duas espécies de limitação ao poder reformador, sejam elas, a limitação formal e a limitação material. As limitações impostas pelo poder originário quando relativas à forma são limitações formais e, quanto ao conteúdo, como gênero, temos as limitações materiais, da qual são espécies: as limitações temporais, circunstanciais e materiais (cláusulas pétreas). O presente trabalho tem como objeto de análise questões pertinentes à limitação material.

A limitação material a que nos referimos, portanto, é atinente às cláusulas pétreas que, no entendimento de Canotilho são a “identidade da Constituição caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável¹³” e, por Rui Barbosa, seriam elas para a Constituição, um dique de rochas, a fortificação conferida a si mesma entre suas próprias disposições¹⁴. Elas caracterizam limites propriamente ditos, por trazerem a manifesta vontade do constituinte originário que, ao elaborar o texto constitucional quis preservar, com afinco, certos valores, excluindo do alcance do poder de reforma algumas matérias, por considerá-las substanciais e, portanto, imprescindíveis para permanência da integridade da Constituição, obstando, deste modo, que eventual reforma pudesse resultar em desfiguração do que obra originária (leia-se, texto original da Constituição) quis preservar. Nesse sentido, não se poderia transpor o limite referente aos princípios estruturantes da Constituição, sob pena de configurar golpe de Estado contra a ordem constitucional por não haver respeito aos seus mandamentos conforme o ensino de Paulo Bonavides¹⁵. Canotilho, ainda, leciona que, não sendo respeitadas suas imposições materiais “a Constituição deixa de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado

11 SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución, p. 246.

12 MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, p. 23.

13 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.216.

14 BARBOSA, Rui. Atos Inconstitucionais, Pág. 21/22.

15 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2014, p.206.

para se dissolver na dinâmica das forças políticas¹⁶”.

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

A princípio, cabe destacar que, “antigamente pretendia-se a constituição como um texto inalterável, ou ao menos que só se alterassem por um processo especial, distinto do modo ordinário do estabelecimento das regras jurídicas¹⁷”, bem por isso, “gozariam de uma estabilidade especial, seriam rígidas¹⁸”. Quanto à ocasião, assinala J.J. Gomes Canotilho que, “a opção por um ‘texto rígido’ (...) é hoje justificado pela necessidade de se garantir a identidade da Constituição sem impedir o desenvolvimento constitucional¹⁹”.

Como adverte Néelson Sampaio, quanto à preservação do texto, “cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança do regime sob que se vive²⁰”.

Esmein, citado por Carlos Maximiliano, escreveu: “Toda Constituição escrita é rígida, a menos que seja profundamente ilógica e soberanamente imprudente, deve organizar o processo pelo qual poderá ser oportunamente revista e modificada²¹”.

Comentou, a seguir, o jurista gaúcho:

Haja, entretanto, a maior cautela e garantia contra o exagero oposto, a ânsia de modificar tudo, a precipitação das reformas, principalmente entre os povos latinos, nervosos e insofridos. O código supremo é o alicerce das instituições: comprometeriam a solidez do edifício os que lhe alterassem continuamente as bases; devem ser estas o último objetivo, quase inacessível, da picareta dos demolidores. Em regra, os espíritos superficiais, em vez de estudarem a fundo, nas causas próximas e remotas e as soluções experimentais e complexas, agravam o mal com o excesso de regulamentação, tentam precipitar, a golpes de decretos e emendas constitucionais, uma reforma que só o tempo, a prática do regime e o estudo de especialistas lograriam tornar completa, definitiva e eficaz.²²

No prisma contemporâneo, trata-se de instituto que traz verdadeira importância jurídica, estando relacionado às limitações impostas ao poder reformador, mostrando-se útil e necessário para o equilíbrio do ordenamento pátrio em meio às eventuais mudanças ocasionadas por governos movidos por paixões efêmeras de vontade de se fincarem no poder.

Para justificar o valor do instituto, nos valem do exemplo que a história nos concede, em relação à Lei Fundamental de Weimar (1919).

Cita-se especialmente este documento estatal alemão, por ter sido ele elaborado pelos

16 GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 216.

17 FERREIRA FILHO Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 2012, p. 39/40.

18 *Op. Cit.*

19 GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 216.

20 SAMPAIO, Néelson de Sousa. O poder de reforma constitucional, p.66.

21 MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira, p. 801.

22 *Op. Cit.* p. 802.

ideais de flexibilidade, o que pela característica dessa espécie de Constituição, possibilita aos representantes do povo, alterarem-na pelo mesmo critério de elaboração ou modificação de leis ordinárias, sem qualquer solenidade e rigidez.

Por este motivo, ocasionou-se, através de alterações oriundas dos prazeres íntimos de seu líder de Estado, resultados irremediáveis, como a tentativa de disseminação do povo judeu, a utópica intenção de que estabelecimento de uma raça superior, dentre outros fatos aterrorizantes, em que fora de tamanha proporção que nos impede de qualquer outra comparação fenomênica cuja consequência tenha derivado de fato semelhante.

A rigidez é um instrumento que tem por escopo alcançar a cobiçada “estabilidade” do texto constitucional, para que, assim, evite-se que a Constituição não fique à mercê de modificações temerárias que visem sua aniquilação ou até mesmo a sua substituição por outra²³, sendo em síntese uma “garantia contra mudanças constantes, frequentes e imprevistas ao sabor das maiorias legislativas transitórias²⁴”.

Conforme Canotilho²⁵ “a rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior à de qualquer lei ordinária”, isso significa que a “constituição (normas constitucionais) só pode ser modificada através de um procedimento de revisão específico e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais)”.

É rígida, portanto, a Constituição que exige determinadas solenidades para sua alteração, é aquela que traz um procedimento específico e mais dificultoso em comparação com o procedimento destinado às leis infraconstitucionais.

Embora rígida, torna-se inviável ser a Constituição documento imutável, pela simples necessidade de, constantemente, ter de se adequar às situações advindas pela evolução da vida social. Neste sentido, aduz, em parcela de seu voto, o Min. Celso de Mello no julgado da ADI 829-3²⁶ que:

É importante assinalar (...) que a rigidez dos preceitos constitucionais não significa a **perpetuidade** das constituições, que são documentos jurídicos **essencialmente mutáveis**, em função, até mesmo, de **novas** exigências políticas, econômicas, culturais ou éticas, ditadas pela própria complexidade, conveniência ou necessidade da vida social. (grifos originais.)

A Constituição é idealizada para reger política e juridicamente uma sociedade e,

23 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas, p. 136.

24 *Op. Cit.* p.216.

25 *Op. Cit.* p.215.

26 ADI 829-3; Min. Rel. Moreira Alves. Voto do Min. Celso de Mello de p. 114.

portanto, para que haja a conservação e longevidade a que se espera alcançar, deve o texto estar em harmonia com a realidade social, mostrando-se necessário que a Constituição esteja sujeita a alterações conforme o passar dos tempos, a fim de sempre estar se atualizando e se adequando às dinamicidades da sociedade, “isso porque a Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente (...) e se a sociedade evolui também o Estado deve evoluir²⁷”.

Nesse sentido é viável expor o comentário de Canotilho, o qual afirma que, “a rigidez não é um entrave ao desenvolvimento constitucional, pois a Constituição deve poder ser revista sempre que a suacapacidade reflexiva para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente²⁸”.

Quanto aos dispositivos inalteráveis, Ribeiro Lopes leciona que “a fixação de cláusulas pétreas nada faz senão adjetivar a rigidez constitucional, conferindo-lhe uma técnica ideológica da qual não se desvincula durante toda a sua permanência na vida do Estado²⁹”. Como já dito acima, as cláusulas pétreas são concebidas para que se assegure com veemência a estabilidade pretendida pelo constituinte originário, de forma que elas excluem do alcance do poder derivado determinadas matérias consideradas substanciais para a estrutura do Estado.

Contudo, conforme disciplina Adriano Sant’Ana Pedra³⁰, quando essas limitações impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, estarão fazendo exatamente o papel contrário àquele do qual fora instituída para fazer, sendo, portanto, inevitável a ruptura do ordenamento vigente e, em decorrência disso, a eventual instabilidade social e jurídica a ser suportada pela substituição do texto constitucional, pois, esses limites, não têm força para impedir alterações do texto por meios revolucionários, mas, se realizado com desrespeito a essas cláusulas pétreas, ao menos se retira do procedimento “a máscara da legalidade³¹”.

Com a mesma inteligência, Gilmar Ferreira Mendes dispõe que “as cláusulas pétreas ou as garantias de eternidade não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou permanência de determinada ordem constitucional” tendo em vista que:

A aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do

27 *Op. Cit.* p. 136.

28 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.216.

29 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional*, p. 147.

30 PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva: poder constituinte permanente e Cláusulas Pétreas*.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 121.

regime da imutabilidade³².

Deste modo, tal entendimento corrobora esta empreitada científica, ao ponto de expressar de forma cristalina a intenção contida nas linhas e entrelinhas deste artigo, principalmente, no que tange à possibilidade de “antecipar” a ruptura do texto constitucional, pois, apenas assim o sistema seria capaz de se desenvolver: fora de “eventual camisa de força do regime da imutabilidade” do documento anterior.

A INCIDÊNCIA PRIMÁRIA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS NA CONSTITUIÇÃO NORTE AMERICANA E BRASILEIRA

É relevante o conhecimento sobre a incidência primária e os motivos dos quais se levou a utilização ou criação de um instituto, visto que assim pode-se extrair todas as intenções que contornam a sua finalidade, posto que sua conveniência prática justifica-se pela circunstâncias fáticas que realmente à motivaram.

No ordenamento Jurídico Norte-Americano

A primeira Constituição escrita, e considerada rígida, elaborada pela vontade de uma nação através de seus representantes, deu-se no século XVIII, nos Estados Unidos da América, no ano de 1787, na ocasião da reunião dos 13 delegados, realizada na convenção constitucional de Filadélfia.

É de se atentar ao fato de que a principal função dessa reunião não era esta (a de redigir o texto constitucional), pois, se tinha tão somente a intenção de realizar modificações com a finalidade de adequar a Constituição (carta do bom povo da Virgínia) já existente do governo federal às exigências da União³³, devido a uma série de fatores que não nos cabe o estudo, sob pena de desvirtuar nossa pretensão.

Na convenção, se deliberou sobre as representatividades legislativas e a forma como se daria tal representação. Os estados maiores defendiam que a representação deveria ser calcada no tamanho da população dos respectivos estados, enquanto os de proporção menor eram tendenciosos a atribuir a cada estado um número igual de delegados, visto a sua incapacidade de se sustentar num sistema defendido por aqueles.

Em junho de 1787³⁴ a convenção debatia uma proposta que sugeria um legislativo

32 MENDES, Gilmar Ferreira. Cláusulas Pétreas ou Garantias Constitucionais? p. 49/50.

33 COOLEY, Thomas M.. Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América, p. 26

34 *Op. Cit.*

bicameral, onde os representantes das duas câmaras deveriam ser escolhidos pela vontade popular e, em consequência disso os estados menores ameaçaram dissolver não só a convenção como também a própria união, haja vista a desvantagem que teriam pelo sistema.

Porquanto, tempos depois propuseram uma solução conciliatória, onde cada estado teria um voto no Senado, enquanto em relação à câmara ficaria a cargo da população determinar o número de representantes³⁵.

Ante o exposto, faz-se visto a importância que se deu em face da igualdade dos estados no senado.

Tal importância se reforça ainda mais pelo fato de que tal proposta fora perpetuada no documento constitucional norte-americano, em seu artigo 5º. Este dispositivo foi o primeiro a prever a possibilidade de alteração da Constituição via emenda, foi também o propulsor no assunto das limitações constitucionais materiais, seja no aspecto temporário, em que se proibiu fazer alterações sobre as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I até determinado ano, seja no aspecto permanente (Cláusulas Pétreas), em que vedou permanentemente qualquer alteração sobre a igualdade dos Estados de sufrágio no Senado.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro

A primeira Constituição brasileira escrita, promulgada com caráter de rigidez foi a de 1891, sendo também a primeira Constituição nacional a trazer em seu bojo, Cláusulas Pétreas, a qual apontava vedação expressa em face de deliberação de “projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos estados no Senado” (art. 90, parágrafo 4º). Tais cláusulas visavam impor limites ao poder de reforma por conta do momento histórico vivido sob a égide da Constituição de 1824 (que a propósito, não trazia Cláusulas Pétreas em seus artigos), cujas principais características eram o Estado unitário, que tinha o imperialismo como forma de governo e trazia como seu mais notável atributo, o poder moderador, o que por isso, muitos a caracterizam por ter sido uma Constituição “ditatorial”, justificado pelo fato de que, embora existissem os outros três poderes estatais (executivo, legislativo e judiciário), era o poder moderador quem detinha plena liberdade para interferir sobre qualquer decisão ou escolha tomada por eles.

As constituições seguintes, salvo a de 1937, trouxeram repetidamente as mesmas cláusulas impeditivas ao poder de reforma – a República e a Federação – contudo, a

35 *Op. Cit.*

Constituição de 1988 ampliou os valores contemplados pelas citadas cláusulas, expressamente impedindo que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir além da forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (art. 60 parágrafo 4º). Nota-se a ausência da República neste rol, cuja justificativa abordamos no capítulo seguinte.

A Ampliação da Constituição Federal de 1988

A presente Constituição abrangeu outros valores – além dos já previstos nas anteriores – como Cláusulas Pétreas, tudo em decorrência de uma série de fatores anteriores à ela, fatores estes em que deixaram toda uma população à mercê de manobras autoritárias do governo ali estabelecido desde o ano de 1964, em que, através dos Atos Institucionais passou-se a suspender direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição de 1946³⁶.

O governo autoritário, denominado como ditadura militar, buscou de todas as formas reprimir a sociedade, lesionando uma série de direitos daqueles que eram contra o arbítrio do Estado³⁷.

Assim, tornou-se evidente a necessidade do Estado pela promulgação do texto de 1988 e as intenções nele consubstanciadas, sejam elas a de assegurar tudo àquilo que em um passado próximo houvera sido tirado da população, como o sistema democrático, os direitos fundamentais e a separação dos poderes. A República deixou de ser uma Cláusula Pétreia na formulação do texto atual, pois fora sujeita a um plebiscito no ano de 1993, podendo o povo optar pela forma de governo republicana ou monárquica e pelo parlamentarismo ou presidencialismo. O resultado de tal feito teve por maioria esmagadora a escolha da República, legitimando-a de uma vez por todas, haja vista que a sua proclamação não havia contado com a participação popular³⁸. A propósito, José Afonso da Silva³⁹ considera a República como uma Cláusula Pétreia implícita, pois a forma Republicana constitui princípio constitucional que precisa ser assegurado (art. 34, VII, “a”) e, os fundamentos que justificam sua inclusão no rol intangível ainda estão presentes na Constituição, que só os afastou por um momento, a fim de que o povo decidisse a respeito.

A Constituição de 1988 trouxe pontos controversos no que tange às cláusulas

36 APOLINÁRIO, Maria Raquel. Projeto Araribá História p.211.

37 *Op. Cit.* p.211.

38 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional p. 68

39 *Op. Cit.* p. 69.

pétreas, pois se sabe que além dos dispositivos explicitamente definidos como pétreos, há a possibilidade de eventuais artigos se caracterizarem como tal, por implícita proteção constitucional derivada de interpretações sobre aqueles expressamente definidos no art. 60, § 4º, CF/88, ocasionado talvez pelo termo ora utilizado no texto, o qual seja, “tendente a abolir”.

Desta sorte, o poder reformador se encontra limitado a sequer deliberar sobre objetos que visem lesar os preceitos elencados explicitamente no corpo textual do Art. 60, § 4º, CF/88, mas, além disso, por força da expressão utilizada pelo constituinte, restará limitado também a tudo aquilo que esteja ligado indiretamente àqueles, tratando-se, portanto de proteção aos preceitos implícitos.

Explicações Gerais

Bonavides⁴⁰ discorrendo sobre o tema, nos proporciona da forma mais adequada as explicações gerais acerca da incidência das cláusulas imutáveis nas constituições de diversos outros países, iniciando sua análise pela Constituição Portuguesa de 1911, que excluía por igual do poder de reforma a sub-rogação da forma republicana, disposições essas – conforme ensinamento de Bonavides – inspiradas na Lei Constitucional Francesa de 1884.

No mesmo sentido, Bonavides ainda considera que:

Desde o século XVIII, Constituições diversas têm trazido restrições expressas ao poder de reforma constitucional. O art. 2º, II, da Constituição helvética de 1798 fazia intocável a democracia representativa e ainda no século XX já exemplos recentes de Constituições que se valem da mesma técnica restritiva de intangibilidade absoluta de uma parte do texto constitucional. Haja vista a esse respeito o art.79, III, da Lei Fundamental de Bonn que interdita a supressão da estrutura federal do país ou a abolição do Conselho Federal, equivalente ao nosso Senado ou a uma Câmara dos Estados⁴¹.

Tais análises, mesmo que superficiais, nos servem pra demonstrar a amplitude que se tem do instituto jurídico e, conseqüentemente sua importância, não só para um ou outro país, mas sim para diversos que se prestam em resguardar com maior segurança características que julgam serem as mínimas para sua realidade peculiar, fazendo com que se mantenha estável a organização política-jurídica interna.

A EXPRESSÃO "TENDENTE A ABOLIR" E AS CLÁUSULAS PÉTREAS IMPLÍCITAS

40 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 205.

41 *Op. Cit.*, p. 205.

O dispositivo constitucional que assegura com afinco a integridade daquilo que o constituinte originário quis resguardar e que proporcionou o que denominamos Cláusulas Pétreas tem o seguinte texto: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” (artigo 60, § 4º). Vejamos a consequência, portanto, da utilização do termo grifado.

“Tendente” pode significar⁴²: o que encaminha a determinado fim, alvo ou propósito, que tem inclinação, força que faz um corpo mover-se. “Abolir”, quer dizer⁴³: extinguir, suprimir, deixar de usar, largar. Desta feita, com base no texto do artigo 60, §4º, torna-se impossível ser objeto de deliberação a proposta de emenda que, de algum modo encaminhe à extinção algum dos preceitos elencados no texto ora citado, portanto, nem sequer será objeto de deliberação a emenda que vise restringir – mesmo que de modo ínfimo – algum dos dispositivos pétreos, tendo em vista a forma pela qual o fora protegidos.

Nesse sentido, Ribeiro Lopes⁴⁴, ainda, considera “que sequer se faz necessário para declaração de inconstitucionalidade que a proposta de emenda abula faticamente um dos valores permanentemente protegido” aduzindo que “basta, para tanto, que a proposta de emenda encaminhe ainda que remotamente, tenda para sua abolição”.

Com a consideração fixada acima é de fácil conclusão que com o emprego da expressão “tendente a abolir”, pretendeu o constituinte originário resguardar, de qualquer forma, as matérias elencadas no artigo 60, § 4º de eventuais reformas do poder derivado que tendesse abolir os valores consagrados e tidos como basilares à ordem constitucional, a qual ficou/fica a cargo do intérprete a tarefa de delimitar quais os princípios que conformariam a identidade material da Constituição, ao se estabelecer no artigo, um rol relativamente aberto de cláusulas de imutabilidade⁴⁵.

Por conseguinte, a doutrina – em especial a de José Afonso da Silva - distingue as limitações materiais referentes às cláusulas pétreas em limitações materiais explícitas (aquelas estipuladas no próprio § 4º) e limitações materiais implícitas (aquelas que derivam do dispositivo).

Assim se faz justamente com a intenção de expor quais os dispositivos constitucionais que não podem ser objeto de reforma, vale dizer, tendente a abolir, seja por proteção direta ou explícita das cláusulas pétreas como assim o é a forma federativa; o voto

42 FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Miniaurélio Século XXI escolar, p. 6.

43 FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Miniaurélio Século XXI escolar, p. 5.

44 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, p.183.

45 ADI 3685; Min. Rel. Ellen Gracie. Voto do Min. Gilmar Mendes p. 258.

direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e; os direitos e garantias individuais, e indireta ou implícita, quando através da hermenêutica depara-se com questões relacionadas aos princípios contidos nos incisos do § 4º, v.g. quando se veda se atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição houvera outorgado a outro, pois assim importaria tendência a abolir o princípio da Separação dos Poderes⁴⁶, outrossim, consideram-se implícitas “as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições⁴⁷ pois “não teria sentido emenda que suprimisse o disposto no § 4º do art. 60 da CF⁴⁸”.

Portanto, torna-se notável que a vedação não atinge apenas a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, mas também aquela que indiretamente busque restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou de qualquer outro direito e garantia individual⁴⁹.

“É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais acabam por lesa-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição⁵⁰”.

Em afirmativa, expressa Gilmar Mendes⁵¹ que:

(...) o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Haja vista o conteúdo exposto até então, faz-se nítida a ausência da fixação de um parâmetro para se estabelecer os contornos de uma interpretação ideal, a qual somente será analisada caso a caso, diante do controle de constitucionalidade. Embora não haja fixação, isso não significa que deva sê-la exercida de modo exacerbado, posto que isso poderia implicar severamente na estabilidade do texto Constitucional.

CONFLITO ATINENTE À INTERPRETAÇÃO E A EXTENSÃO DOS PRECEITOS IMPLÍCITOS

Pela reflexão aqui adotada, a saber, do Alemão Konrad Hesse, a “tarefa da

46 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional p. 69.

47 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 38.

48 *Op. Cit.* p. 38.

49 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional p. 69.

50 ADI 3685; Min. Rel. Ellen Gracie. Voto do Min. Gilmar Mendes p. 263.

51 ADPF 33-MC, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, DJ de 6-8-2004. p. 7/8.

interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlável e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade⁵²”.

Atentando-se ao uso da interpretação e seus diversos modos de exercício, é válido o esforço empregado em sintetizar suas espécies e a adequação ao caso estudado.

São usuais espécies de interpretação: 1. aquela que se busca averiguar a vontade (objetiva) da norma; ou 2. que visa identificar a vontade (subjativa) do legislador ao ela ter em conta o texto, o trabalho preparatório, a conexão sistemática da norma, a história da regulação e o sentido, e a finalidade⁵³, situações essas que se traduzem em: a) interpretação gramatical, que se restringe apenas à interpretação literal do texto jurídico; b) interpretação sistemática, que se relaciona à interpretação da conexão de sentido da norma; c) interpretação histórica, que tem por escopo o estudo de todo o acontecimento fático que tenha levado à positivação da norma; d) interpretação teleológica, calcada na finalidade da norma.

Hesse, ao esboçar seu entendimento sobre a doutrina em epígrafe, diz-se mostrar duvidoso seu conteúdo, alega, quanto a isso, que:

*O objetivo da interpretação pode só limitadamente estar na averiguação de uma "vontade" objetiva ou subjativa determinada na Constituição. Prescindindo totalmente da duvidosidade das bases dessa tese - ela assenta, ao fim e ao cabo, sobre o dogma da vontade no direito, formado nas Pandectas do século XIX e assumindo pela Ciência do Direito Estatal daquele tempo, que sozinho não possibilita uma compreensão apropriada da Constituição moderna - um tal ponto de partida significa nada mais que um encobrimento da situação de fato real.*⁵⁴

Prossegue, noutro parágrafo:

Também os "métodos" de interpretação individuais, considerados em si, não dão diretrizes suficientes. O texto frequentemente ainda não diz nada de unívoco sobre o significado das palavras e deixa nascer a questão segundo o que - por exemplo, pelo uso linguístico geral ou por um jurídico especial, pela respectiva função do conceito - esse significado se determina. "Interpretação sistemática" pode ser aplicada diferentemente, conforme, se determinado lugar da lei ou sua conexão material. "Interpretação teleológica" é quase não mais do que uma carta branca porque com a regra, que deve ser perguntado pelo sentido de um preceito jurídico, nada está ganho para a questão decisiva, como esse sentido deve ser averiguado. Pouco claro é, finalmente, a relação dos métodos individuais um para com o outro. É uma questão aberta qual deles, cada vez, deve ser seguido ou dada a preferência, de todo, quando eles conduzem a resultados diferentes.⁵⁵

Insta expor que, estando a doutrina em consonância com a atual realidade nacional, o constituinte originário não criou critérios unívocos para resolução sobre todos os casos na

52 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 55

53 *Op. Cit.* p. 56

54 *Op. Cit.* p. 57

55 *Op. Cit.* p. 58.

Carta Magna, deixando somente numerosos pontos de apoio mais ou menos incompletos para a interpretação, tornando-se insuscetível a ideia de se assimilar a averiguação da vontade objetiva da Constituição ou a vontade subjetiva do constituinte como objetivo de interpretação, pois não é possível se assimilar algo que não existe previamente e, querendo dessa forma, é como estivesse desacertando a problemática da interpretação constitucional já no início⁵⁶, por tal motivo, esclarece Hesse que "interpretação constitucional é concretização".

“Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da 'realidade' a ser ordenada”⁵⁷, e com base neste entendimento, salienta, por fim, a existência de condições da interpretação constitucional, resumidamente, da seguinte forma: a) O intérprete não poderá compreender o conteúdo da norma através de pontos situados fora de sua existência histórica, ou seja, nada além da situação histórica concreta a qual se encontra o texto, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo; b) esta condição tem liame direto com o "entendimento", onde o intérprete deve relacionar a norma, que ele quer entender, a esse problema, e se ele quer determinar seu conteúdo decisivo *hic et nunc*⁵⁸.

"Essa determinação e a 'aplicação' da norma ao caso concreto são um procedimento uniforme, não aplicação posterior a algo dado, geral, que em primeiro lugar é entendido em si, a um fato⁵⁹".

Vencida a questão interpretativa, é conveniente expor que quanto mais extenso o alcance das cláusulas pétreas, maior se faz o campo de dispositivos imutáveis. Nesse sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que, “aceitando-se a posição de alguns, o Direito Constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, ‘petrificado’ em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, § 4º, da Lei Magna vigente”⁶⁰.

Quanto à ocasião, Gilmar Mendes⁶¹, no posto de Ministro do STF, em voto à ADPF 33-MC, alerta que:

É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um ‘engessamento’ da ordem constitucional, obstando à introdução

56 *Op. Cit.* p. 57/58.

57 *Op. Cit.* p. 57/58.

58 *Op. Cit.* p. 57/58.

59 *Op. Cit.* p. 57/58.

60 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”, p.11.

61 ADPF 33-MC, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004. p. 6.

de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirma-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restrita. Essa afirmação simplista, ao invés de resolver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos. (Grifos nossos).

É notável a posição do Ministro nos trechos iniciais da citação, o qual considera que, embora correntemente se alegue a necessidade de se fazer uma interpretação de forma restrita como forma de resolver os problemas atinentes às extensões tomadas pelas cláusulas pétreas, essa ideia, quando analisada em estrito senso, mostra-se deficiente, visto que a sua aplicação descuidada poderia resultar não em uma interpretação restritiva das próprias cláusulas, mas sim dos princípios provenientes delas.

Gilmar Mendes, observando⁶² a possibilidade de enfraquecimento dos princípios constitucionais trazidos pelas “garantias de eternidade” através da afirmação simplista de interpretação restrita, entende que deve-se fazê-la tão só quando esta se referir diretamente à cláusula pétrea, mas de forma alguma aos princípios por ela resguardados.

No referido voto, o Ministro se utiliza das ponderações realizadas pelo Prof. Dr. Brun-Otto Bryde, quando se dedica a analisar as dificuldades existentes na ocasião de se empregar uma interpretação, cujo resultado não confira completa nulificação da força normativa do artigo e, nem ao menos, leve ao engessamento da ordem constitucional, assim o citando:

Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição⁶³.

Em síntese expõe o catedrático que, a dificuldade de se aplicar efetiva e válida interpretação restrita, não está somente ligada ao objeto principal em questão – sobre os princípios e os dispositivos que eles buscam tutelar – mas também nos dispositivos que, sem intenção direta, lhes são conferidos implícita concretização da proteção.

Gilmar Mendes ensina que “os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico”,

62 ADPF 33-MC, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004. p. 6.

63 ADPF 33-MC, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004. p. 7.

indagando o que significaria efetivamente, separação dos poderes ou forma federativa, o Estado de Direito democrático, a proteção da dignidade da pessoa humana, e nesse plano o magistrado conclui que “essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional”, pois “é o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio⁶⁴”.

O emprego de uma interpretação adstrita ao que é de imprescindível valor estatal é imperioso, pois, quanto maior o alcance das proteções conferidas pelas Cláusulas Pétreas, mais engessado se encontrará o ordenamento jurídico constitucional e isso, evidentemente, geraria uma consequência insuportável, pois não seria possível realizar qualquer alteração significativa sem se deparar com artigos intransponíveis, conforme proteção prestada a eles.

Devendo, com base em ideais radicais, em decorrência dessa hipótese, se romper com a atual ordem jurídica tão só com a intenção de modificar aquilo que outrora era impossível de se fazer, tendo em vista a proibição de se relativizar a rigidez dessas cláusulas, uma vez que sua incidência no ordenamento tem um propósito, o de assegurar os princípios e características basilares de determinado Estado, fazendo valer o que os constituintes consideraram como mínimo necessário para o regimento do país.

Ante todo exposto, é de se atentar ao fato de que a interpretação restrita tem lugar e aplicação tão só quando destinada às cláusulas pétreas e seu alcance normativo estrito, e nunca quanto aos princípios que às revestem e às norteiam.

Como ensina a doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Branco, “os limites, enfim, não devem ser interpretados de modo a ocasionar uma virtual impossibilidade de mudança da Constituição⁶⁵”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando que as constituições dão elaboradas com o intuito de se perpetuarem como documento regente do Estado, vimos que, com a dinamicidade da sociedade, é insustentável a tese de serem-nas plenamente inalteráveis. Tendo por base este raciocínio, buscou-se apenas a preservação de determinados princípios, aqueles considerados imprescindíveis à organização e estruturação do Estado, o que por consequência fixa as

64 **ADPF 33-MC**, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004. p. 7.

65 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 121.

características da ordem constitucional vigente, em determinado espaço e tempo.

Com a justificativa de serem estes princípios os norteadores do regimento estatal, são revestidos de plena rigidez.

A ferramenta que assegura com afinco a preservação desses axiomas é o que comumente chamamos de Cláusulas Pétreas, instituto de plena importância a um Estado que pretende manter certa estabilidade constitucional, posto que sua função seja a de criar óbices a reformas temerárias, calcadas em paixões efêmeras do governo atuante, visando evitar que isso contamine o documento estatal com vícios em vezes insanáveis.

Esse instituto jurídico é presente de forma explícita na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 60, § 4º. Contudo, este instrumento de proteção não se limita apenas ao texto do referido artigo, visto que, tal dispositivo traz valores que transcendem as suas linhas textuais e irradiam força a toda disciplina constitucional que verse sobre os assuntos tutelados explicitamente, fazendo, deste modo, existirem as proteções implícitas, doravante denominados de preceitos implícitos quando diante desta e, explícitos quando daquela.

Os preceitos implícitos são decorrentes dos explícitos e, como alhures mencionado, haverá aquele quando o dispositivo constitucional versar sobre os assuntos que tutelado por preceito explícito (art. 60, § 4º).

Entretanto, para se constatar o alcance das proteções implícitas aos artigos alheios ao artigo 60, § 4º, é necessário o uso da interpretação.

A interpretação é uma questão subjetiva, relativa ao próprio intérprete, contudo, no caso em discussão, deve-se observar qual a intenção do constituinte ao prever os preceitos explícitos, para então, se chegar aos implícitos, seguindo o mesmo raciocínio daquele, sob pena de desvirtuar as pretensões originárias, estendendo-se de tal modo o entendimento do que sejam as Cláusulas Pétreas implícitas, a ponto de pôr em risco a estabilidade do texto constitucional, pois engessaria de tal modo seus dispositivos que, impediria qualquer mudança de cunho significativo, o que poderia desagradar a sociedade, que a propósito, tem o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição.

Insta expor que mudar a Constituição se faz uma opção radical e insegura para a sociedade, além de ser ato suscetível à vícios e golpes políticos.

Destarte, conclui-se que a opção adequada seria a de reformá-la, e para isso, de modo a obedecer as Cláusulas Pétreas, estas devem ser interpretadas de forma restrita, a fim de proporcionar um maior número de matérias sujeitas à alteração sem a alegação de que tal feito

tenda a abolir algum de seus preceitos.

REFERÊNCIAS

APOLINÁRIO, Maria Raquel. Projeto Araribá História 9ºano, 3º ed. São Paulo: MODERNA, 2010.

BARBOSA, Rui. Atos Inconstitucionais, 1º ed. Campinas: RUSSEL, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 29º ed. São Paulo: MALHEIROS, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6º ed. Coimbra: ALMEDINA, 2002.

COOLEY, Thomas M.. Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América, 1º ed. Campinas: RUSSEL, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional, 18º ed. São Paulo: VERBATIM, 2013.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Miniaurélio Século XXI escolar, 4º ed. Rio de Janeiro: NOVA FRONTEIRA, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 38º ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.

_____. Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 202: 11-17, out./dez. 1995.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 20º ed. Porto Alegre: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira, Rio de Janeiro: FREITAS BASTOS, 1918.

MENDES, Gilmar Ferreira. Cláusulas Pétreas ou Garantias Constitucionais?, Revista CONSULEX – Ano I – nº12, dez. 1997.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 10º ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

MORO, Sergio Fernandes. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, São Paulo: MAX LIMONAD, 2001.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A Constituição Viva: poder constituinte permanente e Cláusulas Pétreas, Pelo Horizonte: MANDAMENTOS, 2005.

_____. Reflexões sobre a teoria das Cláusulas Pétreas, Brasília a.43 n. 172 out./dez. 2006.

RIBEIRO LOPES, Maurício. Poder Constituinte Reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1993.

SAMPAIO, Nélon de Sousa. O poder de reforma constitucional, Bahia: LIVR. PROGRESSO, 1954.

SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución, Madrid: ALIANZA, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 37º ed. São Paulo: MALHEIROS, 2014.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 24º ed. São Paulo: MALHEIROS, 2012.

STF – ADI: 829 DF, Relatos: Min. MOREIRA ALVES, Voto do Min. Celso de Melo de fls. 114, Data de Julgamento: 14/04/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-09-1994.

_____. – ADI: 3685 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Voto do Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 22/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-08-2006.

_____. – ADPF: 33-MC, Voto do Relatos Min, GILMAR MENDES, Data de Julgamento em 28-10-2003, Plenário, DJ de 6-8-2004.

DA SEPARAÇÃO À COOPERAÇÃO DOS PODERES E A ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA BRASILEIRA

Gisele Caversan Beltrami MARCATO

RESUMO

O presente artigo preocupa-se com a análise do princípio da separação de poderes, visto sob a ótica do Estado Liberal e do Estado Social. Cada um dos modelos de Estado apresentava objetivos específicos e em cada um o princípio da separação de Poderes pode ser analisado com certa especificidade. Com a mudança de Estado Liberal para Social houve a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado e o princípio da separação de Poderes passou a merecer nova leitura, onde a separação rígida dá lugar para cooperação entre os Poderes do Estado. Além disso, o trabalho se preocupou em analisar a discricionariedade conferida a cada poder, bem como o controle que um exerce sobre o outro. De maneira específica, analisou-se, também, a questão atinente à intervenção do Poder Judiciário no que se refere as implementação de direitos por meio das Políticas Públicas. Por fim, a pesquisa concentrou-se na análise da atual conjuntura política brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes. Cooperação. Estado Liberal. Estado Social. Discricionariedade. Controle. Intervenção. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article is concerned with the analysis of the principle of separation of powers, seen from the perspective of the liberal state and the welfare state. Each of the models had specific goals and state in each of the principle of separation of powers can be analyzed with some specificity. With the change of State for Social Liberal was dilatation of the purposes recognized by the state and the principle of separation of powers started to deserve another reading, where the rigid separation gives way to cooperation between the branches of government. Moreover, the work bothered to analyze the discretion conferred on each branch, as well as control of one over the other. Specifically, we analyzed also the issue concerning the intervention of the judiciary as regards the implementation of rights through Public Policy.

KEY-WORDS: Separation of Powers. Cooperation. Liberal State. Social State. Discretion. Control. Intervention. Public Politic.

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar a separação e a interdependência dos três poderes pilares de um Estado, a fim de estabelecer parâmetros de compreensão da relação entre os poderes, pautada ora na regra da separação, ora na regra da interdependência.

Na abordagem utilizada foi enfocada a questão da separação dos poderes partindo da análise terminológica, principalmente, no que se refere ao uso da palavra “Poder”. A terminologia recebe críticas de muitos doutrinadores. A crítica se funda na alegação de que o

“Poder” é uno, não comportando, portanto, divisões ou separações. Nesse sentido, o correto seria “Princípio da separação de funções” e não de poder, como é, tradicionalmente, usado.

Vista a questão terminológica a pesquisa adentrou na análise do princípio da separação de poderes, propriamente, dito. No entanto, em um primeiro momento a análise se limitou ao estudo do referido princípio no âmbito do modelo de Estado Liberal. Abordou-se o seu surgimento, a finalidade, a forma de divisão entre os três poderes. Modelo tripartido que ficou conhecido como a “divisão clássica dos poderes” elaborado por Montesquieu.

Com mudança de modelo de Estado Liberal para Social houve uma dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado e com isso a conseqüente decadência da divisão clássica dos três poderes. Nesse momento da pesquisa foi abordado a nova roupagem atribuída ao princípio da separação de poderes diante da nova realidade que disciplina. Na relação sociedade civil e Estado, segundo Bobbio, existe uma relação chamada “input x output”. Onde na sociedade civil nascem as demandas que são levadas ao Estado para que este as solucione de maneira qualitativa e quantitativa. A falta de solução leva a crise de governabilidade e a conseqüente deslegitimação e relegitimação do Estado.

Com a mudança de modelo estatal foi preciso uma nova abordagem ao princípio da separação de poderes, pois o Estado precisa dar conta de novas demandas trazidas pela sociedade civil. Passou-se a falar em interdependência entre os poderes de maneira mais acentuada.

Em um primeiro momento, ainda sob a égide do Estado Liberal, a demanda era a limitação do Estado como meio de evitar arbítrios e proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Já no modelo de Estado Social, os fins reconhecidos ao Estado se dilatou sobremaneira. Apenas conter-se e limitar-se para garantir a liberdade do cidadão não era mais o bastante. Era preciso efetivar direitos, principalmente, os direitos sociais. Para isso, a simples separação dos poderes não se mostrou eficaz. Por isso, uma relação harmônica e interdependente se fez necessário a fim de se efetivar direitos, principalmente, os direitos sociais.

Uma vez identificada essa necessidade foi preciso se debruçar na temática “discricionariedade e controle” dos poderes. Foi analisado conceitos, finalidades e funções.

Nesse diapasão, surgiram questões delicadas como: Em que medida o Poder Judiciário poderia intervir no planejamento e execução das políticas públicas sem, no entanto, invadir a esfera de competência do Poder Executivo?

Adverte-se que a presente pesquisa não pretendeu solucionar questionamentos tão delicados como a questão acima de forma definitiva. Procurou apontar possíveis entendimentos doutrinários que pudessem sustentar uma maneira de solucionar tal impasse.

A solução apontada foi sempre norteada pela seguinte finalidade: efetivação de direitos e sua não violação. Para tanto, resvalou-se no Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, não como forma de esmiuçá-lo, mas de forma a identifica-lo como uma possível resposta para indagações como a citada acima.

Foi utilizada na pesquisa como metodologia a revisão de literaturas clássicas e modernas, partindo-se de uma problemática a uma possível solução. Além do método dedutivo que partiu da análise da separação de poderes em democracias clássicas ao longo dos tempos com o fim de demonstrar que a cooperação e a interdependência dos Poderes se faz necessária para garantir o modelo de Estado

Democrático de Direito e o catálogo de direitos nele esculpido.

Diante disso, o objetivo da presente pesquisa inicia com a análise terminológica entre “função” e “poder”, optando pela primeira como mais adequada, visto que são as funções que são distribuídas e dívidas no Estado, permanecendo uno o poder. Passo seguinte concentra-se no objetivo de análise do modelo de Estado Liberal e Social e a divisão dos poderes nesse sentido, seguida pela análise da discricionariedade como margem de liberdade do administrador público para cumprimento da finalidade legal, finalizando com a análise da atual conjuntura política do Brasil e a atuação dos poderes nesse aspecto.

SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES: TERMINOLOGIA

O sistema de tripartição de poderes pensado por Montesquieu traz a formula ideal de poder, sintetizando essa concepção em sua obra “O espírito das Leis”. Esse pensamento político era o dominante em toda Grécia Antiga e se perpetuou em várias civilizações, gerando até o presente momento discussões acirradas acerca da interdependência entre os Poderes que formam os pilares de um Estado.

O Estado mudou, teve seus fins dilatados, tornando-se cada vez mais imprescindível a inter-relação e fiscalização mútua entre os poderes, por isso se faz necessária, também, uma nova leitura da tradicional concepção de Montesquieu.

Antes, de iniciar a explanação acerca do Princípio da Separação de Poderes no Estado Liberal e em seguida no modelo de Estado Social, é preciso destacar que alguns

doutrinadores criticam o uso da expressão “Poderes”, uma vez que, o “Poder” é uno, conforme preceitua o art. 1º, § único, da CF¹, que determina que “todo o Poder” emana do povo, traduzindo a ideia de unidade, traduzindo a ideia de que não suporta divisão, partilha, fracionamento.

Dessa forma, o correto seria a denominação “Princípio da Separação de Funções”.

Nesse sentido, como bem explica Santin (2013, p. 138):

(...) o mais adequado é a divisão de funções entre os órgãos públicos, para melhor desempenho das atividades estatais, sem que possa ser erigida a sistemática em exclusão de controle entre os órgãos, porque os controles recíprocos são próprios da atividade estatal. A separação e harmonia entre os poderes não são óbices para o acesso a justiça, especialmente porque há interdependência no exercício da função pública.

Dessa forma, comunga-se da explanação acima descrita que atribui adequada terminologia à concepção clássica da separação de poderes o denominando, mais adequadamente, de “divisão de funções” entre os órgãos públicos.

Referida terminologia leva em consideração, portanto, a distribuição de funções dentre de determinado Estado, onde o poder é uno, e emana única e exclusivamente de seu titular: o povo. Formando, dessa forma, a materialização da República em um modelo Democrático de Direito.

O Princípio da “Separação de Poderes” no Estado Liberal e no Estado Social

Após esse aparte referente à questão terminológica adentra-se a análise do referido princípio sob a égide do Estado Liberal.

Ressalta-se que, o modelo tradicional de separação de poderes surge no Estado Liberal, com a finalidade precípua de combater o arbítrio estatal, nas três esferas de poderes.

Cada um dos três poderes encontrava-se engessado pela sua função típica. Trata-se do modelo elabora por Montesquieu, que conforme Dallari (2007, p. 219) afirma que:

Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra “De L’Esprit des Lois”, aparecida em 1748, Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.

1 Art. 1º, Parágrafo único, CF - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Sendo assim, ao Poder Legislativo cabia a função de legislar, isto é, elaborar normas gerais e abstratas regulamentadoras da conduta individual, voltadas, portanto, para o futuro, uma vez que, era tarefa do Poder Legislativo antever possíveis conflitos e as soluções respectivas.

Nas palavras de Silva (2009, p. 108):

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse.

Já o Poder Executivo desenvolvia uma atividade sub legem, ao passo que administrava “aplicando a lei de ofício”, conforme preleciona Miguel Seabra Fagundes (1984, p. 3). Isso significa que gerenciava a coisa pública de acordo com o que encontrava previsto em lei. Desse modo, sua atividade é voltada ao presente. Frisa-se que sua atividade encontrasse vinculada de maneira indissociável ao interesse público primário, ou seja, ao interesse da coletividade.

Por fim, ao Poder Judiciário incumbe a função de atuar de acordo com a vontade concreta da lei, ou seja, aplicar a lei ao fato concreto. Trata-se de uma tarefa de subsunção do fato à norma.

Nesse modelo tradicional, desenvolvido e aplicado no Estado Liberal, os juízes deveriam pautar suas decisões na lei.

Os magistrados não poderiam, de forma alguma, criar novos direitos, pois esta era a função do Poder Legislativo.

A finalidade desse modelo tradicional de separação rígida de poderes é a de limitar o arbítrio estatal e garantir ao cidadão o exercício de seus direitos de maneira livre. Todo esse esquema de separação de poderes visa, então, eliminar os obstáculos impostos pelo Estado que impeça que cada cidadão exerça seus direitos livremente.

A busca pela liberdade individual é justificada pelo momento que precede ao Estado Liberal. Muitas foram às atrocidades impostas pelo Estado contra a liberdade individual de seus cidadãos. Antes de se limitar o Estado, as primeiras experiências, foram de violência contra a liberdade individual do cidadão.

Nesse sentido, indaga Canotilho (1999, p. 11): “Será isto uma fatalidade: primeiro a injustiça e o não direito e, só depois, no caos destas experiências, a gestação da justiça e do direito”?

Como se vê, a experiência anterior norteia o modelo político superveniente.

Em resposta a violação das liberdades individuais é que se buscou limitar os poderes (funções) do Estado, como meio de impedir que este cria-se obstáculos para o exercício livre dos direitos de seus cidadãos.

Daí a explicação desse modelo engessado de Poderes, onde a separação era rígida e controlada.

Nesse período de proteção das liberdades individuais a autonomia da vontade ganha destaque e a intervenção do Estado, principalmente, nas relações privadas era excepcional, só ocorrendo quando houve vícios de consentimento.

A ideia central era de direitos negativos, onde o estado deveria se abster e não invadir a esfera de liberdade de seus cidadãos.

A ideia de direitos positivos ou prestacionais que exigiam do Estado um agir positivo, no sentido de, efetivar direitos veio em seguida e está mais atrelada ao modelo de Estado Social, o que será abordado na sequência.

No Estado Liberal a promoção do bem-estar social e efetivação de direitos fugia do dever estatal e estava mais atrelada a deveres morais. Não se caracterizava como uma obrigação jurídica do Estado.

O modelo clássico da separação de poderes surgido e disseminado no Estado Liberal tornou-se decadente, principalmente, com o surgimento do modelo de Estado Social, devido à dilatação dos fins atribuídos à competência do Estado. Enfim, o Estado Social propõem-se bem mais do que apenas se abster e não invadir a esfera de liberdade de seus cidadãos. Pelo contrário, assume a tarefa de efetivar direito, complementando os direitos individuais com os direitos sociais.

Essa transposição do modelo liberal para o modelo social, principalmente, no que se refere à separação de poderes deflagra a Desneutralização dos Poderes, sobretudo, do Poder Judiciário, tecendo uma juridificação da justiça distributiva.

A ideia central de separação de poderes rígida começa a ruir. Surge à interdependência entre os poderes, que se fiscalizam mutuamente e dividem a tarefa de promover o bem-estar social.

Passa-se a preconizar os direitos e garantias fundamentais como “direitos subjetivos públicos”.

Nasce, portanto, a necessidade do Estado de promover políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos à saúde, educação, moradia, alimentação, emprego etc.

A igualdade meramente formal preconizada pelo modelo liberal é substituída pela igualdade material.

Conforme afirma Sundfeld (2004, p. 55):

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Inicia-se, então, a luta pelos chamados direitos de segunda dimensão, onde sua efetivação contribui para melhoria na qualidade de vida dos cidadãos.

Do Estado Liberal para o Estado Social o princípio da separação de poderes passou a ter uma nova leitura. A separação rígida ganha contornos flexíveis e a ideia de separação dá espaço para a ideia de cooperação entre os poderes.

Tudo atrelado à ideia de efetivação de direitos que antes não era tarefa do Estado. Com essa dilatação de fins tornou-se necessária uma flexibilização na separação dos poderes de maneira que um coopere com o outro na efetivação de direitos visando sempre o bem comum.

Como se vê, a mudança do modelo liberal para o modelo social de Estado dilatou os fins a serem concretizados pelo Estado, no que se refere a efetivação de direitos. Isso, por si só, culminou na necessidade de uma nova leitura da concepção clássica de Montesquieu no que se refere a separação rígida de poderes.

Mais do que nunca passou a ser imprescindível um diálogo cooperativo entre as três funções desempenhadas pelo Estado na busca do bem estar da sociedade. Esse bem estar depende da excelência na execução das políticas públicas, da elaboração de normas gerais e abstratas que além de regular a vida dos indivíduos lhes garanta direitos e garantias capazes de proporcionar uma vida digna e quando violando tais direitos há de estar presente um Poder Judiciário forte o bastante para garantir a fiel execução das leis.

Por esse motivo que se fala em cooperação entre os poderes e não mais em separação rígida.

Os valores foram alterados juntamente com a mudança de perfil do Estado em que estão inseridos.

Em um Estado Liberal, onde a grande preocupação gira em torno de limitar o arbítrio estatal, a separação rígida entre os poderes suficiente para o fim que se destina, ou seja, limitar o Estado para que este não invada a esfera de liberdade de seus cidadãos. Nesse caso, um poder limitar o outro para que nenhum ultrapasse sua função de maneira a não exceder-se ao ponto de invadir a esfera de individualidade de cada cidadão.

Sob esse pensamento é que se fortaleceu as liberdades clássicas como, por exemplo, a liberdade de pensamento, de crença, de expressão, de culto, de locomoção, de reunião, de associação. As inviolabilidades: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência, etc. E por fim, as chamadas novas liberdades, tendo como exemplo, o direito de greve e a liberdade sindical.

Ocorre que, não bastava apenas se abster, passou a ser necessário um agir prestacional por parte do Estado, no sentido de efetivação de direitos. Isso significa que o Estado deveria efetivar os chamados “direitos sociais”. Daí a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado.

Aquela concepção clássica e rígida de separação de poderes não responde a tais expectativas. Se a política pública não for de qualidade ou a for a mais adequada, se a elaboração de leis não corresponder com a vontade do povo ou for contrária com direitos já conquistados, etc. Estaremos diante da má execução das funções realizadas por cada poder. Isso configura nada mais, nada menos que um afastamento ao interesse público primário, ou seja, ao interesse da coletividade. Havendo, portanto, um desvio de finalidade (violação do que preceitua a lei) dando ensejo a apreciação por outro poder, que no caso, seria o Poder Judiciário.

Nesse sentido, é fundamental analisar a questão da interdependência entre os poderes, nos moldes atuais previstos na Constituição Federal, que em seu artigo 2º prevê que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A intenção do legislador constituinte no Art. 2º, CF foi a de criar um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, conhecido por sistema dos checks and balances (freios e contrapesos), para permitir uma convivência dos poderes, mediante fiscalização entre um e outro, para, que em todos os atos estatais vise resguardar a consecução do interesse público primário, ou seja, o interesse da coletividade.

Frisa-se, que o Estado está atrelado a um interesse público qualificado, isto é, não se

trata de qualquer interesse público, mas de um interesse público primário, que segundo Santin (2001, p. 192):

O “interesse público” a ser zelado pelo Ministério Público é o primário, interesse do bem geral, identificado como o interesse social (da sociedade ou da coletividade, designados como interesse coletivo e difuso). Não passível de confusão com o interesse público secundário, de interesse da administração.

Conforme dito alhures, trata-se de um interesse que recebe um plus, ou seja, não se está diante de qualquer interesse público, mas sim do interesse público primário, que se consubstancia no interesse público da própria coletividade, da sociedade em geral. Não podendo ser confundido com o interesse público da administração, chamado de interesse público secundário. Este visa o interesse patrimonial do Estado, e justifica a demora do pagamento de precários, onde o Estado age de acordo com seu interesse financeiro, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Santin (2001, p. 193), visando esclarecer o tema, afirma que:

Para diferenciar o interesse público da Administração e da Sociedade, este defendido pelo Ministério Público, poderia ser denominado “interesse comunitário” ou “interesse social” ou “interesse público-social” ou “interesse da sociedade” ou “interesse da coletividade”, nomenclaturas que melhor expressariam esse aspecto do interesse público.

São terminologias que traduzem a similitude da ideia central acerca do interesse público primário designando o interesse da coletividade.

O fechamento deste tópico deixa como ideia central a mudança de paradigma preconizada pela substituição do modelo liberal para o modelo social de Estado, que trouxe uma dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado e a consequente e imperiosa mudança da leitura do princípio da separação de poderes que dá espaço para a cooperação e interdependência entre os poderes.

Discrecionabilidade e controle dos Poderes

A concepção clássica preconizada por Montesquieu teve encaixe perfeito com o modelo de Estado Liberal, enquanto técnica de limitação do Poder Soberano, como foi explicitada no tópico anterior.

Nesse sentido, Alves (2013, p. 283):

A separação de poderes em Montesquieu e na tradição política clássica, com exceção do constitucionalismo (considerado como movimento específico), é tomada em sua dimensão negativa, para evitar que todas as magistraturas sejam reunidas em uma mesma pessoa.

O referido autor identifica de maneira clara a finalidade da separação de poderes, principalmente, no modelo de Estado Liberal, que é a de limitação, no sentido, do evitar o arbítrio estatal, ferindo, dessa forma, a esfera de individualidade e liberdade de cada cidadão.

Em trecho seguinte Alves (2013, p. 285) observa que:

A não concentração de poder em uma mesma magistratura, bem como o controle de um poder sobre o outro afiguram-se como condições de desenvolvimento dos direitos individuais, constituindo-se nas principais conquistas do liberalismo.

Dessa forma, é clara a noção de controle mútuo entre os poderes como forma de garantir a não violação de direitos individuais (concepção liberal) e, atualmente, se fala também na efetivação de direitos sociais (concepção social).

Principalmente, em um modelo social de Estado, mas também presente no modelo liberal, está a importância do princípio da legalidade busca acima de tudo o interesse público primário.

Qualquer que seja a função do Estado sob análise, está jamais poderá se afastar do interesse público primário, isto é, do interesse da coletividade.

Portanto, a atuação estatal sempre estar atrelada ao interesse da coletividade, e quando dela se afasta há a configuração de desvio de finalidade com a consequente ameaça de violação ou violação a direitos, passível, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Santin (2013, p. 138):

A harmonia entre os Poderes ou órgãos públicos não fica afetada pelo controle judicial, porque o Judiciário está em consonância com a primazia do direito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF) e cumprindo integralmente com a sua função jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso à Justiça.

Sendo assim, sempre que houver lesão ou ameaça a direito é legítima a intervenção do Poder Judiciário na função, mesmo que típica, dos demais poderes.

Desse modo, qualquer restrição à apreciação pelo Poder Judiciário de atos administrativos ou legislativos que se afastem do interesse público primário, é inconstitucional, pois afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nessa seara, cabe adentrar na temática da discricionariedade atribuída aos Poderes, principalmente, ao Poder Executivo no que tange ao gerenciamento de políticas públicas.

Da Discricionariedade

A lei, em determinados casos, permite que a atuação estatal seja discricionária, ou seja, haverá a avaliação do administrador público acerca da conveniência e oportunidade de se praticar ou não determinado ato administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (p. 48):

Discricionarieidade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Desse modo, quando da lei não se puder retirar uma solução única para determinado caso concreto, confere-se ao Poder Público certa margem de liberdade, para que, observando critérios de razoabilidade (conveniência e oportunidade) adote a solução mais adequada à satisfação do interesse da coletividade.

Portanto, a discricionarieidade encontra fundamento na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar. Justifica-se essa margem de liberdade conferida ao Poder Executivo, diante da impossibilidade do Poder Legislativo de prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concorrente.

Verifica-se que o Poder Legislativo, quando da sua atuação, encontra limitação cognitiva.

Não é possível prever todos os possíveis conflitos e suas respectivas soluções através das normas gerais e abstratas, ficando o Administrador Público, nesses casos, livre para decidir de acordo com a conveniência e oportunidade.

A finalidade da discricionarieidade, é portanto, proporcionar que o Poder Executivo tome a decisão que melhor se alinhe com o interesse público, já que a lei não aponta de maneira peremptória solução unívoca para determinado caso concreto, abrindo margem de liberdade para que o administrador público, escolha a que melhor se coaduna com o interesse da coletividade.

Como ensina Fiorini (1969, s.p):

É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades sociais de cada momento. Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada à um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de

atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.

Como se vê, pelas palavras de Fiorini, o administrador público mesmo tendo margem de liberdade há um vínculo imutável entre seu agir e o interesse da coletividade, não podendo, de modo algum dele se afastar, sob pena de se configurar ameaça ou lesão a direito passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Do controle

A realidade social e jurídica atual possibilita cada vez mais o controle de atos discricionários, tornando-a, até mesmo imprescindível para o bom funcionamento e concretização de direitos em um Estado Democrático de Direito.

O primeiro fundamento que possibilita o controle judicial de atos administrativos discricionários é o fundamento político, extraído, diretamente da nossa Carta Constitucional.

Trata-se do vínculo imutável do Estado com o interesse público primário, como visto anteriormente, e nos faz concluir que, quando o interesse público for desrespeitado esse fato será passível de correção por meio do Poder Judiciário.

No inciso XXXV, do artigo 5º, a Constituição Federal é categórica ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Referido artigo materializa o princípio da inafastabilidade do Judiciário, bem como a garantia fundamental de acesso à justiça.

Assim, a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não há, portanto, no Estado nacional qualquer lesão ou ameaça de direito imune ao controle judicial.

A situação torna-se mais delicada se estivermos diante de direitos fundamentais como vida, liberdade, segurança, saúde, educação, moradia. Não é possível afastar a apreciação judicial se houver violação a tais direitos, mesmo que o agressor seja o próprio Estado, por seu agente no uso do poder discricionário.

Assim afirma Santin (2013, p. 143):

Portanto, tudo está sob controle, sendo essencial para a legitimação do ato administrativo a conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de todos, de forma que todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção, incumbindo ao administrador a busca da melhor decisão, a escolha ótima, em consonância com as normas e princípios constitucionais, vinculantes de toda atuação administrativa.

Sendo assim, os atos administrativos sejam eles vinculados ou discricionários estão, imutavelmente, vinculados ao interesse público primário e aos princípios constitucionais, tais como: legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade, etc. E toda vez que destes se afastar ou ser contrário haverá desvio de finalidade sujeito a apreciação pelo Poder Judiciário.

Os princípios, na atual ordem social e jurídica, não apresentam mais a mera função de colmatar lacunas, pelo contrário, apresentam força normativas e como qualquer disposição constitucional deve ter aplicabilidade e eficácia garantidas. Por isso, sua inobservância deve ser equiparada a qualquer lesão ou ameaça de direitos, passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Ainda relação ao controle, Santin (2013, p. 145) descreve o caso específico das agências reguladoras:

O controle de excessos ou desvios normativos de agência reguladora pode ser feito pelo próprio Executivo, por sua vinculação institucional e para cumprimento da política pública do setor, pelo Legislativo, no exercício da competência exclusiva de sustação dos atos normativos exorbitantes do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, da Constituição Federal) e, pelo Judiciário, na prestação jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Trata-se de um fiel exemplo de controle de um Poder sobre o outro, o que demonstra a interdependência trabalhando em prol da efetivação de direitos e do bem-estar da sociedade.

Impossível, dentro dessa temática, se afastar da seguinte indagação: Em que medida o judiciário poderia intervir no planejamento e execução das políticas públicas sem, no entanto, invadir a esfera de competência do Poder Executivo?

O Poder Judiciário deve se ater a decidir acerca de direitos inseridos no sistema constitucional e não sobre como se promove o bem-estar geral, pois isso fica adstrito ao Poder Executivo no que tange ao gerenciamento das políticas públicas.

Nossa Constituição traça parâmetros para a concretização dos direitos fundamentais, predeterminando, portanto, a necessidade de políticas públicas para concretização desses direitos.

Cabe aos juízes apenas dar força normativa à Constituição, sem invadir a competência de natureza política referente às deliberações sobre as Políticas Públicas.

Nesse sentido, não se compara a função do juiz com a do legislador ou do administrador público.

Os magistrados visam, tão somente, concretizar a Constituição Federal, sem com isso utilizar de argumentos de política partidária, onde o objetivo é o alcance de votos para se eleger ou reeleger.

Do contrário, ou seja, negar essa legitimidade ao Poder Judiciário é o mesmo que ignorar os mandamentos da Constituição Federal.

Sem a permanente vigilância do Poder Judiciário em relação a efetivação e proteção de direitos não há que se falar em Estado Democrático de Direitos.

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário intervir no controle das políticas públicas, sempre que a decisão tomada pelo administrador público não se coadunar com o interesse público primário e ameaçar ou lesionar direitos inseridos na Constituição Federal.

Trata-se de mera aplicação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que preconiza o princípio da “Inafastabilidade da Jurisdição”. Assim sempre, que houver ameaça ou lesão a direito deve ser garantida a apreciação pelo Poder Judiciário.

Importante destacar que essa intervenção deve ser feita com ressalvas, não podendo ser irrestrita e irresponsável. Ocorrendo apenas quando houver direitos ameaçados ou lesionados.

É preciso, portanto, encontrar o “caminho do meio”. Nem tanto a inércia absoluta característica da separação rígida entre os Poderes, nem tanto ao excesso, intromissão exagerada de um Poder em outro.

É preciso, sim, a cooperação entre os Poderes no sentido de se concretizar direitos e garantir o bem-estar da sociedade, seja por meio da fiscalização mútua ou da intervenção em casos de ameaça ou lesão a direitos.

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA DO BRASIL

Como foi abordado anteriormente o filósofo Montesquieu elaborou a tese de que os Poderes componentes de um Estado deveriam ser independentes e harmônicos entre si, isso como forma de criar um sistema de freios e contrapesos, ou seja, um sistema onde os Poderes pudessem conviver fiscalizando e se complementando, a fim de que não houvesse arbitrariedades mas, sim uma atuação efetiva com o cumprimento de cada função respectivamente.

E esse pensamento foi transportado pela Constituição Federal no artigo 2º, quando trás a referida tripartição como princípio fundamental. O reforço é encontrado no artigo 37

que, por sua vez, preceitua que a administração pública “obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Ocorre que o Brasil vivencia atualmente, e na história mostra que, o modelo de Montesquieu não foi efetivamente implementado. Foi possível constatar com os últimos acontecimentos anti-corrupção que há ferrenha disputa de poderes e influências entre Planalto, Congresso e Supremo.

Veio constantemente a tona que os agentes públicos envolvidos nas práticas corruptoras, bem como os privados eram protagonistas de inúmeras tentativas de impedir o prosseguimento das investigações, de garantir que seus crimes ficariam impunes ou bastava a punição de um para dar uma resposta social e garantir que o jogo de corrupção se perpetuasse entre os demais.

O atual modelo de corrupção da Petrobrás envolveu o jogo de propinas milionárias aos partidos políticos dos mais diversos ideais. Foram vinte e três prisões temporárias e preventivas de executivos do alto escalão dentre as maiores construtoras do país. Líderes de partidos, agentes públicos da cúpula da política brasileira foram investigados e muitos presos. Apenas como forma de racionalizar a atual conjuntura política, oportuno salientar que a forma como a corrupção foi deflagrada mostra que esta encontra-se enraizada na história política e econômica brasileira e está longe de ser “invenção” de um ou outro partido. A generalização é latente e vem se perpetuando ao longo de muitos e muitos anos.

Entretanto, situações extremas as quais se vivenciam não podem ser fundamento para violações de todo um conjunto de garantias e direitos como legalidade, devido processo legal, presunção de inocência, separação dos poderes conquistados ao longo da história através da luta pelo direito.

A intervenção do Poder Judiciário é legítima quando atua nos limites ditados pela Constituição Federal e deve ser livre idealismos. Caso um dos Poderes atua para reduzir os outros evidencia-se o aumento de poderes e competências das mais variadas categorias de órgãos públicos, o que é verdadeira violação a sistema de poderes pensado por Montesquieu.

A grande questão passa ser a limitação do Poder Judiciário frente às violações cometidas pelos outros Poderes, sem que isso lhes retire poder e competência.

Um ato corrupto não é salvo-conduto para punição ilegal. Isso sobe pena de desabar toda estrutura democrática e de direito do Estado.

A investigação e a punição de qualquer que seja o crime praticado deve respeitar os limites da lei.

Nas palavras de Ran Hirschl (2009, s.p): “Tanto esquerdistas quanto conservadores, acusam juízes “ávidos por poder”...que “deixam de levar em consideração princípios fundamentais de separação de poderes e de governança democrática”. E continua o autor:

Qualquer teoria constitucional que se agarre a noção idealista de direito constitucional como uma virtude soberana sem qualquer ônus político ou que retrate sem reservas os tribunais constitucionais como “foros de princípios” representará a realidade de forma completamente equivocada.

A racionalidade deve prevalecer e juízos passionais apenas desvirtuaram a finalidade de toda ação investigativa e punitiva. A mudança paradigmática da política brasileira não depende apenas da atuação do Executivo e do Legislativo, mas também da cooperação e harmonia junto ao Judiciário e da sociedade como um todo. A garantia de direitos nunca poderá ser justificativa para a violação de direitos.

Assim como a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, sua intervenção na política deve se limitar ao interesse público e respeitar os limites previstos em leis e os princípios constitucionais. Como qualquer agente público ou privado sub-roga-se ao que prevê a Constituição Federal. É esse o sentido da cooperação e harmonia entre os Poderes.

CONCLUSÃO

É certo que na época em que Montesquieu formulou sua doutrina da separação dos poderes seria impensável que, a um poder “nulo”, sem qualquer expressão política como era o Poder Judiciário, fosse permitido adentrar em políticas públicas que são, originalmente, do raio de atuação do Executivo. Mas como já se disse, a teoria da divisão dos poderes de Montesquieu acompanhou a evolução do Estado e não obstante as dúvidas acerca do alcance e dos limites da “intromissão” do Poder Judiciário por sobre os atos (vinculados e discricionários) Administrador público é um fato que não se contesta.

O controle constitucional (jurisdicional e político) é, pois, a técnica da limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos à supremacia da Constituição, a qual visa assegurar, por meio de vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.

Em suma, a constatação da inviabilidade de um governo amparado sobre poderes

realmente separados e mais a certeza de que o poder sem controle tende fatalmente ao abuso, fez com que o pensamento jurídico evoluísse “da ideia de separação para a ideia de limitação”.

Essa foi a linha de pensamento utilizada pela presente pesquisa, que partindo da problemática que a separação rígida de poderes gera no modelo de Estado Social, uma vez que não dá respostas as demandas advindas da sociedade civil, no sentido de efetivar direitos, principalmente, os direitos sociais. Pugna-se pela limitação de um poder sobre o outro, no sentido de controle, e não de uma separação rígida que gera mais violação do que efetivação de direitos.

O Estado precisa dar conta das demandas da sociedade civil a qual regula, sob pena de sofrer uma crise de governabilidade e uma possível deslegitimação e, conseqüente, relegitimação.

A fim de evitar isso é preciso soltar as amarras de um passado onde a necessidade era tão somente frear o Estado, como meio de evitar atos de arbitrariedades e violação da liberdade individual.

O modelo de Montesquieu contribui sobremaneira com esse tipo de necessidade. Atualmente, as demandas são de outra natureza. Por isso, não merece respaldo a alegação de violação do princípio de separação dos poderes quando estivermos diante de uma situação onde o Poder Judiciário como forma de efetivar direitos e impedir certas violações age limitando o Poder Executivo, por exemplo.

Sempre que houver violação de direitos é lícito a intervenção de um Poder no outro, é o que se defende na presente pesquisa.

Já que no que se refere a atual conjuntura política do Brasil pugna-se pela racionalidade a fim de evitar juízos passionais que em nada contribuem para a justiça e paz social, mas, apenas desvirtuam a finalidade de toda ação investigativa e punitiva de crimes políticos.

A mudança paradigmática tão almejada na política brasileira não depende apenas da atuação do Executivo e do Legislativo, mas também da cooperação e harmonia junto ao Judiciário e da sociedade como um todo.

Frisa-se, mais uma vez, a garantia de direitos nunca poderá ser justificativa para a violação de direitos, sob pena de cair por terra toda luta de direitos ao longo da histórica que resultou em garantias como devido processo legal, separação de poderes, presunção de

inocência. A busca pela não impunidade tão almejada pela sociedade não pode ser as custas de violação dessas garantias, sob o risco de um dia a própria sociedade ser a vítima, como em regimes ditatoriais que se pautavam na busca pela punição e violava garantias.

Assim como a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, sua intervenção na política deve se limitar ao interesse público e respeitar os limites previstos em leis e os princípios constitucionais. Como qualquer agente público ou privado sub-roga-se ao que prevê a Constituição Federal. É esse o sentido da cooperação e harmonia entre os Poderes.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A separação de poderes do Estado. São Paulo, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. A democratização do poder judiciário. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COSTA, Ilton Garcia da (Org.). Agências reguladoras como fator de inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FIORINI, Bartolomé. La discricionalidad em la administración pública. Buenos Aires, 1969. Disponível em: www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1969;000120376. Acesso em 30 jun 2016.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 30 jun 2016

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. RDA 14/53.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 1996-1997. 2v. (Fundamentos ;62).

_____. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 8. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Crime econômico no comércio de combustível adulterado. São Paulo: Verbatim, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação Do Ato Administrativo Como Garantia Dos Administrados. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 75, p. 118-127

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DIREITO À MORADIA E AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE SOBRE A PENHORA DO IMÓVEL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Edgar Dener RODRIGUES¹

Zulmar FACHIN²

RESUMO

O artigo apresenta o direito à moradia, que foi incluído na Constituição Federal pela emenda 26/2000, e o instituto do bem de família, mecanismo jurídico que contribui para a efetivação daquele direito. Discorre sobre a propriedade privada reconhecida pelo Estado e inserida na proteção da ordem econômica como direito fundamental, a qual encontra limite no atendimento à função social. A par desses conceitos, aborda uma acalorada discussão surgida com a aprovação da emenda constitucional acima citada, que conferiu, num primeiro momento, uma antinomia com o artigo 3º da Lei 8.009/90, o qual permite a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Após muitas teorias, o Ministro Cezar Peluzo, em seu relatório no RE 407688/SP, trouxe um novo precedente sobre a questão, no qual considerou passível de penhora o bem de família do fiador na locação sustentando que o dispositivo não apenas é constitucional como contribui para concretização do direito à moradia. O texto traz também uma análise comparativa da controvérsia jurídica em discussão com a existência de outros dispositivos legais que relativizam o direito à moradia.

PALAVRAS-CHAVE: direito à moradia; autonomia privada; propriedade; penhora; fiança.

ABSTRACT

This article presents the right to housing, which was included in the Federal Constitution by amendment 26/2000, and the family property institute, a legal mechanism that contributes to the effectiveness of that right. This paper discusses private property recognized by the State and inserted in the protection of the economic order as a fundamental right, which finds its limit on social function. Aware of these concepts, it approaches a heated discussion aroused by the approval of the aforementioned constitutional amendment that gave, at first, an antinomy with article 3 of Law 8.009/90, which allows the attachment of the surety's family property held on lease agreement. After many theories, Minister Cezar Peluzo, in his report in the RE 407688/SP, brought a new precedent for the issue, which he considered liable to attachment of the surety's family property held on lease, sustaining that the device is not only constitutional but also contributes to the accomplishment of the right to housing. The text also

1 Mestrando em Ciência Jurídica (Unicesumar). Especialista em Direito Tributário e Direito Processual (Unisul). Graduado em Direito (Unipar) e Ciências (Fafipa).

2 Pós-Doutorando (Universidade de Coimbra, sob orientação de J. J. Gomes Canotilho). Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciências Sociais (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina, no Curso de Mestrado do UniCesumar e na Escola da Magistratura do Paraná (Londrina e Maringá). Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2010-2012). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalista. Membro do Centro Latinoamericano de Direito Constitucional (Lima, Peru). Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional (Bogotá, Colômbia) Presidente Executivo do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Tem catorze livros publicados, entre os quais "Curso de Direito Constitucional" (7ª edição, 2015) e "20 Anos da Constituição Cidadã". Procurador-Geral do Município de Londrina (2013-2014). Membro Eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Conferencista. Advogado.

includes a comparative analysis of the legal controversy under discussion with the existence of other legal apparatuses that make the right to housing relative.

KEY-WORDS: right to housing; private autonomy; property; attachment; bail.

INTRODUÇÃO

O surgimento do constitucionalismo moderno evidenciou o desejo da sociedade de impor seus valores e reconhecer normas e valores fundamentais da pessoa humana que deverão ser implementados pelo Estado e respeitados por todos. Nessa linha, inúmeros direitos sociais foram reconhecidos na Constituição Federal exigindo-se uma série de ações e abstenções para sua concretização.

Com efeito, foi incorporado ao ordenamento jurídico o sistema de instituição do bem de família como mecanismo para proteção da moradia do cidadão. Todavia, também foram previstas algumas exceções que relativizam tal proteção quando em contraposição com outros interesses sociais. No ano 2000, o direito à moradia foi introduzido por emenda no art. 6º na Constituição Federal, reaquecendo as críticas existentes às hipóteses que excluía a proteção do bem de família previstas na Lei nº 8.009/90 (lei que dispõem sobre a impenhorabilidade do bem de família).

Não obstante, percebe-se uma aparente contradição quando se observa no ordenamento jurídico uma norma constitucional que protege a moradia, o que sugete proteção integral à residência familiar, e disposições infraconstitucionais que permitem que o imóvel residencial da família possa ser expropriado contra sua vontade a fim de garantir o pagamento de dívidas feita por terceiros. O conteúdo normativo que permite a penhora do bem de família violaria, então, o direito fundamental à moradia, pois o proprietário do imóvel perderia sua residência.

Ante a aparente antinomia, a pesquisa buscou analisar a evolução histórica do instituto do bem de família ponderando a amplitude de incidência do direito à moradia a partir de uma análise comparativa com outras normas dispositivas que permitem uma relativização desse direito. Apresenta-se, ao final, uma proposta de interpretação jurídica sobre a possibilidade de penhora do imóvel do fiador em contrato de locação.

DIREITO À MORADIA E A PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade privada tem previsão constitucional, mas sua proteção exige que seja cumprida sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Nesse sentido, José Afonso da Silva (2008), considera que “não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda sua função social”. Não obstante, tal concepção equivale à interpretação de que a propriedade que não atinja o seu fim social não estará protegida.

Inicialmente o conceito de propriedade considerava a ideia de relação jurídica entre pessoa e a coisa. Posteriormente, reconheceu-se a impossibilidade desse tipo de relação, visto que tal expressão somente é cabível entre pessoas, pois coisa não manifesta vontade. Passou-se então a conceituar a propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, em que essa universalidade deveria respeitar e abster-se de violar o direito de propriedade daquele sujeito (SILVA, 2007).

A noção propriedade privada forma um dos institutos mais antigos criados pelo homem. Inicialmente existia para justificar sua subsistência, pois era a partir de seus bens que tirava seu sustento. Como exemplo, tem-se o agricultor que cultivava a terra e extraía o alimento ou o artesão que com suas ferramentas prestava os serviços necessários para obtenção de renda e comida.

A família na antiguidade era um núcleo social no qual não se identificava a propriedade privada, senão em relação às outras famílias, uma vez que naquela unidade todos os bens eram de todos. O crescimento da sociedade, porém, fez surgir a economia e a circulação de riquezas. Novas necessidades apareceram e justificaram a transformação de bens em mercadorias. Com isso, como ensinava Aristóteles, os bens, e a propriedade, por consequência, passaram a ter duas funções: uma principal e específica para qual o bem existia; outra para ser utilizado como mercadoria.

A Revolução Francesa, em 1789, marcou uma mudança de paradigma desse direito. A nobreza e o clero renunciaram a seus privilégios e o Estado assumiu uma posição absentéista, deixando a propriedade com uma feição individualista fundada na ideia de liberdade.

Todavia, após alguns anos, os fatos sociais gerados pela revolução industrial ocorrida no século XVIII alteraram as bases econômicas da sociedade, ampliando a distância entre as classes sociais, implementaram de forma mais marcante o sistema capitalista. Diante destes fatores surgiu a teoria marxista, que criticava o sistema capitalista e defendia a conversão de todos os meios de produção em bens do Estado, fazendo-se desaparecer o proletariado e a divisão de classes (BONAVIDES, 2008).

Posteriormente, influenciada por Léon Duguit, a proteção da propriedade passou a sofrer uma limitação especial, na qual somente existiria enquanto a coisa atendesse à finalidade social para a qual existia, concepção esta que foi recepcionada pela atual Constituição Federal brasileira.

Num conceito moderno pode-se compreender o direito de propriedade como o poder jurídico que a pessoa tem sobre determinada coisa, que lhe confere a faculdade usar, gozar, dispor e reaver livremente desse bem do melhor modo que lhe aprouver. Sempre teve como característica ser um poder absoluto, exclusivo e perpétuo, o qual, todavia, tem sofrido forte mitigação a partir do século XX em decorrência da submissão da propriedade à cumprimento da sua função social.

No tocante à moradia, houve expressamente o reconhecimento pelo Estado como direito fundamental a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou o artigo 6º, incluindo-a no rol dos direitos sociais. Não significa, contudo, que inexistia proteção jurídica antes da alteração constitucional, mas evidenciou-se a pretensão de se garantir a todos a manutenção de uma moradia digna e condizente com os valores da sociedade.

Ingo Salet (2008) destaca que o direito à moradia pertence ao “elenco dos assim designados direitos de subsistência” que consiste na expressão mínima do direito à vida. Decorre de uma “íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana” ligada às condições materiais mínimas necessária para uma existência digna. Desta feita, defende que o direito à moradia tem posição preferencial em relação ao direito de propriedade ou a outros direitos, o que justifica uma série de restrições ao direito de propriedade, a qual está limitada pela função social. O conteúdo do direito à moradia deve ser analisado de uma forma sistemática, visto que os parâmetros mínimos para uma vida saudável englobam um completo bem-estar físico, mental e social, e uma vida com dignidade não pode ser restrita à mera existência e sobrevivência física.

Nesse sentido, observa-se que a inserção da moradia dentre os direitos fundamentais

teve o condão de imprimir aos poderes estatais a obrigação de traçar uma política de densidade no trato da habitação popular, como forma de favorecer o direito de habitação quando em confronto com outros direitos (MARQUESI, 2010).

Todavia, a inclusão da moradia dentre os direitos sociais reconhecidos constitucionalmente gerou, numa análise primária, uma incompatibilidade com a norma jurídica prevista na legislação infraconstitucional: a possibilidade de penhora no único imóvel residencial do fiador em contrato de locação. Tratava-se da permissão prevista no artigo 3º da Lei 8.009/90, que excluía a impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação, tornando possível sua constrição e expropriação forçada.

Esse dispositivo, à primeira vista, parecia merecer tratamento como não recepcionado pela norma constitucional, pois feria diretamente o direito fundamental à moradia. Reascendeu a abordagem do tema à luz do princípio da isonomia, para o qual deveriam ser tratadas igualmente situações equivalentes e desigualmente as desiguais, na medida de suas desigualdades. Na prática, uma pessoa estaria protegida da expropriação forçada de seus bens quando a execução tivesse origem em dívidas pessoais, mas a mesma não haveria quando estivesse na qualidade de fiador.

A celeuma jurídica abrangia não apenas o princípio isonômico e o direito à moradia, como também a proteção constitucional dada ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, pois em muitos casos a fiança e até mesmo a penhora do bem haviam sido efetuados em momento anterior à alteração constitucional.

O BEM DE FAMÍLIA E SUA IMPENHORABILIDADE

O instituto do bem de família teve origem nos Estados Unidos, no início do século XIX, com o homestead (isenção da penhora em favor da pequena propriedade). No Estado do Texas, após uma crise que abalou o país, o governo, com o intuito de reaquecer a economia e encorajar os empresários e agricultores, criou uma lei que tornava impenhorável a pequena propriedade familiar do agricultor e os instrumentos de trabalho dela pertencentes.

O Código Civil de 1916, em seus artigos 70 a 73, permitia à pessoa estabelecer um imóvel do casal como sendo bem de família, para garantir proteção contra eventuais penhoras em processos de execução. O instituto era formalizado por de escritura pública com averbação matrícula do imóvel, sendo válido apenas contra as dívidas posteriores à sua instituição, não tendo eficácia, entretanto, em relação àquelas oriundas de impostos inerentes ao próprio

prédio.

O dispositivo não teve grande sucesso, uma vez que a grande massa da população desconhecia essa alternativa. As pessoas muitas vezes não instituíam expressamente o bem de família por falta de conhecimento sobre o procedimento. O benefício apenas protegia as pessoas com maior instrução ou mais abastadas financeiramente, pois tinham maior acesso a informações ou consultoria.

No final dos anos 80, a inflação disparada e a política econômica com juros altos dificultavam cada vez mais a quitação das dívidas. Não era raro um pai de família perder todo o seu patrimônio em razão de dívidas impagáveis, que levavam a leilão tudo aquilo que conseguira com grande dificuldade e trabalho.

Pensando na proteção dessas famílias o legislador editou a Medida Provisória 143/90, convertida posteriormente na Lei nº 8.009/90, instituindo por lei uma espécie de bem de família com proteção automática. A norma isentava o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, impedindo a responsabilização por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, sem qualquer necessidade de manifestação prévia ou escritura pública. Com isso, a residência da família tornou-se automaticamente impenhorável, abrangendo inclusive os móveis que guarnecem o imóvel, por simples definição legal.

Entretanto, essa lei gerou certa instabilidade no mercado imobiliário, seguida de uma retração dos negócios realizados, em razão da insegurança dos investidores, já que não mais dispunham de um dispositivo que lhes garantia o cumprimento dos negócios firmados. Não era mais possível o credor solicitar a penhora do imóvel residencial do fiador para que a dívida fosse coercitivamente satisfeita.

Para tornar mais seguros os negócios, a Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), em seu artigo 82, incluiu o inciso VII no artigo 3º da Lei 8.009/90, excluindo da impenhorabilidade o bem de família que pertencia ao fiador quando a dívida decorresse de contrato de locação. O fiador ficou sujeito à alienação de seus bens, inclusive de seu único imóvel residencial, para satisfação da obrigação contraída.

Com isso, o instituto do bem de família, que outrora fora criado como forma de proteção à moradia, sofreu certa relativização. O direito individual do fiador foi mitigado em prol da sociedade sob o argumento de proteção e aquecimento da economia, pois permitiria maior circulação da riqueza e a criação de novos postos de trabalho.

Em fevereiro do ano 2000 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 26 alterando o artigo 6º da Constituição Federal para incluir a moradia dentre os direitos sociais fundamentais. Com a alteração, passou-se a discutir se o referido art. 3º da Lei nº 8.009/90, que tornou possível a penhora e alienação do único bem imóvel pertencente ao fiador da locação, estaria em consonância com a Constituição Federal.

Com efeito, tratando-se de uma proteção de ordem constitucional, terá íntima ligação com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2009) defende que as garantias constitucionais configuram o elemento essencial do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Esse princípio “impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.

Vale ressaltar, contudo, que a evolução da sociedade como um todo, decorrente não só da mudança de hábitos, mas também da própria cultura e educação, impõe que a análise dos mecanismos protetores da pessoa humana observe os fatos que impulsionaram essa mudança e, com isso, justificaria uma nova moldura jurídica para o problema.

O direito à moradia é um direito fundamental de segunda dimensão, merecendo a proteção legal a todos conferida. Nessa linha, a doutrina define que os tais direitos “consistem no resultado das lutas travadas por uma pluralidade de atores sociais, em várias partes do mundo, contrapondo-se aos interesses da burguesia” (FACHIN, 2015). São conquistas decorrentes de protestos erigidos da sociedade em busca de melhor atendimento das necessidades dos menos favorecidos.

O bem de família, por sua vez, é uma forma de afetação do imóvel residencial a um destino especial, tornando-o o asilo da família e, assim, impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo quando provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio (GONÇALVES, 2003).

Estabelece o artigo 1.712 do Código Civil que o bem de família consistirá no prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos ao domicílio familiar. Poderá abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e sustento da unidade familiar. Com isso, identificam-se duas espécies de bem de família, ambas incidindo sobre bens imóveis:

- A. bem de família voluntário: decorrente da vontade dos cônjuges ou companheiros, que podem através de escritura pública ou testamento instituí-lo e afastar a possibilidade de constrição. Neste caso, quando a família possuir diversos imóveis nos quais resida

temporariamente em cada um, poderá estabelecer qual o de sua preferência que obterá a proteção. Caso não ocorra a anotação na matrícula do imóvel escolhido, a impenhorabilidade recairá sobre aquele que possuir menor valor, podendo todos os outros sofrerem alienação forçada.

- B. bem de família involuntário ou legal: resulta da previsão contida na Lei nº 8.009/90. É norma de ordem pública que torna impenhorável o único imóvel residencial do casal, ou aquele de menor valor.

O bem de família será isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas do condomínio (art. 1715, CC). A impenhorabilidade é oponível a tudo e a todos, salvo os casos definidos em lei, tal como definido no rol do artigo 3º da Lei 8.009/90.

Dá-se a extinção do bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela (art. 1.722, CC). A dissolução da sociedade conjugal não o extingue, podendo o cônjuge que permanecer residindo no imóvel usufruir de seu benefício.

A PENHORA DO BEM DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

O contrato de fiança é uma garantia assumida por um terceiro (fiador) da relação jurídica principal (credor-devedor), para satisfazer a obrigação assumida pelo devedor caso este não a cumpra. Constitui uma garantia pessoal na qual o fiador responderá com todo o seu patrimônio para o cumprimento da obrigação. Tem caráter acessório e subsidiário a um contrato principal, com sua execução subordinada à inexistência de bens de devedor principal.

Desta forma, o fiador em um contrato de locação responderá pela dívida depois de esgotados os recursos do devedor principal. A quitação da dívida implica a sub-rogação em todos os direitos do credor, ficando-lhe resguardado o direito de regresso contra o devedor pelo montante dispendido, acrescido de juros e correção monetária.

Na fiança locatícia, não tendo o locatário outros bens que possam ser penhorados, uma vez que os móveis também são considerados bem de família (artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.009/90), a execução passará a buscar os bens do fiador, ocasião em que poderá ter seu patrimônio alienado para o cumprimento da garantia assumida.

Assim, na situação hipotética de uma pessoa possuir apenas o imóvel onde reside, seu bem não pode sofrer execução por se enquadrar como bem de família (art. 1º, Lei nº

8.009/90). Porém, estando essa pessoa na qualidade de fiadora, o mesmo bem poderá sofrer penhora e alienação forçada, em função da norma prevista no artigo 3º, inciso VII, referida lei. Tal fato cria uma situação desproporcional ao fiador, vez que não lhe restará muitas opções em uma eventual ação regressiva contra o devedor.

Por outra ótica, tem-se que a pessoa executada por dívida em que é titular, estará na condição de devedor principal, podendo opor a impenhorabilidade para proteção de seu imóvel. Todavia, tratando-se de fiador em contrato de locação (devedor secundário), não poderá impor o instituto do bem de família para afastar a penhora em eventual execução.

Pelos princípios constitucionais, a norma jurídica deve buscar alcançar a igualdade material. Assim, os sujeitos em uma relação jurídica devem ser tratados de forma que terem reduzidas suas diferenças perante a lei para que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres.

Para que o tratamento seja exatamente igual entre os sujeitos da relação jurídica há que se avaliar a situação fática de cada um. Necessariamente, as pessoas do fiador e do locatário não se confundem na relação jurídica, pois possuem natureza jurídica diversa. Apesar do maior gravame recair na pessoa do fiador, tal fato, por si só, não representa ofensa ao princípio da isonomia, pois a fiança foi instituída livremente pelo fiador, com autonomia privada.

Com a constitucionalização do direito à moradia pela Emenda Constitucional nº 26/2000, as discussões sobre o tema ganharam maior complexidade. Por um lado, argumenta-se o fato de que o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 seria incompatível com artigo 6º da Constituição Federal pelo fenômeno da não recepção. Entretanto, a contrário sensu, compreende-se que a norma fundamental que prescreve o direito social à moradia não invalida a possibilidade da penhora do bem de família do fiador quando decorrente de fiança assumida de forma livre e consciente pelo fiador, pois este, detentor da liberdade e senhor de suas vontades, poderia assumir o risco patrimonial a partir da formalização da garantia. A nulidade somente existira se a manifestação da vontade fosse viciada, invalidando, assim, toda a parte acessória do negócio jurídico (ou seja, a fiança).

JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE CRÍTICA

Os juízes que entendiam pela constitucionalidade do inciso VII, artigo 3º, da Lei 8.009/90 votavam pela interpretação restrita da lei. Nas palavras do Ministro Francisco

Falcão, “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” (REsp 644733/SC; 2004/0028948-0; Relator Min. Francisco Falcão; T1 – Primeira Turma; 20/10/2005).

Defendendo a impenhorabilidade, alegava-se que a norma do art. 3º da Lei nº 8.009/90 deixou de ser recepcionada pela Constituição Federal em razão da EC nº 26, que incluiu o direito à moradia dentre os princípios sociais. Essa era a posição do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, consoante voto proferido no Recurso Extraordinário nº 352940/SP (2005). Para ele, deve-se seguir a “aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis, [...] onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”. O Ministro esclareceu que o direito à moradia estabelecido no art. 6º da Constituição Federal é um direito fundamental de segunda dimensão. A moradia do homem e sua família justifica sua impenhorabilidade, não havendo dúvida de que a ressalva trazida pela Lei 8.245/91 não havia sido recepcionada pela Constituição.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar o tema em um outro recurso extraordinário. Nessa ocasião, em conclusão diversa, considerou ser passível de penhora o bem de família do fiador da locação. O Ministro Cezar Peluzo considerou não haver violação alguma, pois a exceção que permite a penhora do imóvel “é modalidade de viabilização do direito à moradia – o qual não deve ser traduzido, necessariamente como direito à propriedade imobiliária ou direito a ser proprietário de imóvel” (RE 407688/AC, 2006).

Segundo Peluzo, são várias as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia, seja definindo o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, pois este não se confunde necessariamente com o direito à propriedade privada. Considera ainda que a expropriabilidade do bem do fiador tende a ser um direito social de moradia, protegendo o direito inerente à condição de locador. Com isso, viabiliza a locação de imóveis através de um dispositivo menos oneroso à sociedade e impulsiona o mercado imobiliário.

Ingo Sarlet (2008), em análise à decisão do Supremo, anota as observações contrárias ao voto vencedor, dentre as quais a ressalva de que poderiam ser oportunizadas outras formas de garantia ao credor, tais como a exigência de seguro fiança ou de fiador que tivesse outro imóvel além de sua residência. Ressalta ainda que a ordem jurídica deve impor limites

significativos à autonomia privada, notadamente quando se trata de renúncia à direitos fundamentais.

Trata-se de interpretação ampliativa da eficácia dos direitos fundamentais, que podem e devem ser aplicados de forma horizontal alcançando a relação entre particulares. Pensar dessa forma é impor a todos as pessoas o respeito ao direito à moradia, inclusive em seus contratos privados. Nessa esfera, os direitos sociais assim com os individuais representam os valores principais e mais importantes da sociedade, cujo conteúdo normativo terá eficácia e capacidade de aplicação imediata.

Com efeito, do conteúdo do direito à moradia é possível extrair efeitos positivos e negativos para os quais a análise jurídica poderá ser de forma diversa. No aspecto positivo, verifica-se uma obrigação mais direcionada aos poderes do Estado com o intuito de se impor medidas que efetivem a concretização do direito. É o que se verifica por exemplo nas políticas públicas de incentivo à aquisição ou construção de moradias populares, em que a população de baixa renda tem acesso a taxas de financiamento menores que facilitam a aquisição da casa própria.

No aspecto negativo, dentre outros, evidenciam-se aqueles que impõem um dever de abstenção do Estado com relação a medidas que prejudiquem o exercício da moradia. Esse ponto também se mostra extensível aos particulares em função da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2004), pois toda a coletividade também deverá se abster de criar empecilhos ou dificuldades para a concretização do direito fundamental à moradia.

Todavia, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, o direito à moradia também não o será. O critério de ponderação permite a sobreposição de uns sobre outros. Ressalte-se que o Estado reconhece a supressão da moradia para efetivação de outros direitos, tal como ocorre na possibilidade de alienação forçada do imóvel residencial para pagamento dos tributos nele incidentes ou quando é dado voluntariamente (frise-se esse ponto) pelo casal como garantia para execução de hipotecas (art. 3º, IV e V, da Lei n. 8.009/90). Sendo assim, considerando que a legislação permite a mitigação do direito à moradia em outras situações similares, deve-ser ponderar porque não seria possível relativizar também nas garantias pessoais dadas por fiança.

Ao analisar a legitimidade da expropriação do imóvel pelo não pagamento de tributos observa-se que a relativização do direito à moradia daquele devedor se dá em prol de toda a sociedade que estará sendo (supostamente) beneficiada com outras atividades e

serviços públicos prestados pelo Estado arrecadador. Nessa caso, não se verifica a manifestação de vontade do titular do imóvel senão quando o adquirente sabe de que deverá arcar com todos os tributos. Ainda sim, vindo a ser surpreendido por ausência de renda gerando acúmulo de dívidas e não pagamento dos impostos incidentes, poderá ser privado de seu único imóvel.

Noutra situação, permiti-se que a pessoa dê seu único imóvel residencial como garantia em hipoteca. Nesse ponto ocorre uma manifestação clara e direta do titular, fundada na autonomia da vontade, quando submete seu bem à possibilidade de alienação forçada, com detrimento de sua propriedade privada, renunciando (ainda que não expressamente) à impenhorabilidade do bem em troca do crédito financeiro. A legislação confere uma segunda possibilidade de mitigação do direito à moradia, porém essa decorrerá da manifestação expressa e direta do proprietário, ou seja, em função da autonomia privada de seu titular.

Outra hipótese ainda chama a atenção. Na desapropriação de imóveis para fins de necessidade e utilidade pública (art. 5º, XXIV, CF), o Estado, de forma coercitiva e para alcançar determinada finalidade social, extirpa o direito do cidadão retirando-lhe o único imóvel residencial que possui, ainda que se trate de bem de família. É o que ocorre, por exemplo, nas desapropriações para construção de usinas hidrelétricas ou outras obras públicas que exigem um local específico para sua construção. Nessa situação haverá indenização para suprir o prejuízo sofrido, porém não deixa de conferir uma supressão, ainda que momentânea, da moradia a que aquele cidadão fazia uso. Esse ato comissivo do Estado (a desapropriação) não deixa de ser uma violação ao direito à moradia, pois procede-se a uma ação que sacrifica o direito individual em benefício de toda uma sociedade.

Noutro norte, analisando-se o tema principal à luz das relações privadas, convém apreciar até que ponto deverá ser aplicada de forma absoluta a norma constitucional do direito à moradia em sacrifício da autonomia da vontade. Considera-se que essa autonomia somente deve sofrer limitação quando causar prejuízo à terceiros, mas não necessariamente quando a si próprio. Ora, não há norma jurídica que impeça a pessoa de alienar seu patrimônio para quitar suas dívidas, ainda que passe a morar em residências alugadas ou cedidas. Isso porque a liberdade de agir também é inerente à pessoa humana, abrangendo o modo como cada um destina sua vida. Logo, o direito à moradia, em que pese seu caráter fundamental, deve ser ponderado quando analisado à luz da autonomia privada. Deve ser conferido o devido ônus à decisão do titular em aceitar a obrigação de garantia no contrato de fiança.

Não se ignora, contudo, que o fiador não deseja dispor de seu bem quando submetido à penhora. Certamente prefere que isso não ocorra. Todavia, talvez esse seja o ponto crucial da análise. Deve-se ponderar que a atitude inicial que gerou a fiança foi praticada de forma consciente e voluntária pelo fiador, que assumiu todo risco patrimonial em benefício de terceiro. Inclusive, naquela ocasião não havia violação ao direito à moradia, portanto, o ato foi válido. Mutatis mutandis, a situação é muito semelhante ao oferecimento do imóvel residencial do casal em garantia de hipoteca, pois aos mesmos fatos jurídicos há de se impor a mesma razão de direito. Em ambos os casos há a manifestação de vontade válida e consciente.

Acrescente-se a isso que a penhora levada à efeito terá por consequência a extinção do direito de propriedade incidente no imóvel residencial, mas não a exclusão, em si, do direito à moradia. A alienação transfere o poder jurídico sobre o bem para outra pessoa, fulminando os direitos sobre aquela propriedade privada em específico. Não significa, contudo, que se extinguirá o direito à moradia, visto que o fiador prejudicado poderá exercê-lo em face de qualquer outro imóvel ou local que passar a residir. Para que fique claro, o direito à propriedade não se confunde com direito à moradia, ainda que na prática tenham uma linha próxima e muito tênue.

Portanto, considerando que o Estado e a sociedade reconhecem como válidas certas formas de expropriação de um imóvel considerado bem de família, como ocorre nas hipóteses de desapropriação por utilidade pública ou na cobrança de tributos decorrentes do imóvel, situações em que o morador prejudicado sequer anuiu voluntariamente para sua alienação forçada, também parece merecer reconhecimento a validade da penhora incidente sobre o bem de família do fiador da locação, pois decorrente da fiança dada de forma voluntária e consciente pelo prejudicado.

Ademais disso, na linha de entendimento do Ministro César Peluso, tem-se que a norma do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, como a fiança bancária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 8.009/90 foi criada para instituir o bem de família legal, protegendo as famílias com pouco acesso à informação que desconheciam a necessidade de se instituir expressamente a proteção contra execuções.

Para impulsionar o mercado imobiliário, afastando a retração sofrida com o advento da Lei 8.009/90, o legislador incluiu o inciso VII, no artigo 3º da Lei 8.009/90, tornando possível a penhora do imóvel do fiador de contrato locatício.

A Emenda Constitucional nº 26/2000, por sua vez, alterou a redação do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo o direito à moradia no rol dos direitos sociais, constituindo um direito fundamental de segunda dimensão.

A aparente antinomia das normas jurídicas gerou questionamentos diversos que se resumem em duas posições: de um lado, os que defendem a incompatibilidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90 afirmam que a lei não pode trazer exceção que permita a alienação do imóvel do fiador da locação em detrimento ao preceito constitucional de direito à moradia. Assim, a norma contrária não seria recepcionada pela Constituição Federal; de outro lado, considera-se possível a penhora do bem de família do fiador da locação, após esgotados os demais meios possíveis para satisfação do crédito, pois a previsão infraconstitucional é compatível com o direito constitucional à moradia.

Considera-se que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação não viola o preceito constitucional, mas com ele se coaduna, pois viabiliza a moradia ao facilitar o acesso à habitação arrendada. A fiança é uma garantia com pouca onerosidade, dada ao locador para garantir a satisfação de seu crédito. O indivíduo que assume a posição de fiador renúncia à impenhorabilidade de seu patrimônio para garantir a dívida de outrem. Consiste em clara liberdade da autonomia privada, dada pela pessoa em plena consciência de seus direitos.

Permanece respeitado o princípio isonômico uma vez que os vínculos gerados entre credor-devedor e credor-fiador configuram situações jurídicas diferentes. O devedor é titular da dívida e responderá com todo o seu patrimônio, se existente. O credor poderá gravar de penhora os bens do devedor ou do fiador para satisfação de seu crédito. O fiador, por sua vez, assume o risco do seu patrimônio em prol da dívida e do terceiro. Sua manifestação provém da autonomia privada, devendo prevalecer, nesse caso específico, sobre o direito à moradia.

Por fim, considerando que o direito à moradia sofre relativização em outras hipóteses que permitem a expropriação forçada do bem do morador para atendimento de interesses sociais, deve-se reconhecer que o dispositivo legal que permite a penhora do imóvel do fiador (art. 3º, VII, da Lei 8.009/90) merecer ser considerado válido e constitucional, pois eventual efetivação da alienação teve em sua origem a manifestação da vontade do próprio

prejudicado, que aceitou a responsabilidade patrimonial em prol da solvência das dívidas do devedor. Ademais, a exclusão dessa exceção imporá ao devedor maior ônus para contratação de outra garantias, o que tornaria mais onerosa, por outro lado, a efetivação de seu direito à moradia.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A Política. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] União. Brasília, DF, 05 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19.09.2015.

_____. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 21 dez. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245compilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Bem impenhorável. REsp 644.733/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 197. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=20040289480&dt_publicacao=28/11/2005>. Acesso em 14 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Fiador: bem de família: imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade. RE 352940, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgado em 25/04/2005, publicado em DJ 09/05/2005 PP-00106. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+352940%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a3c37x8>>. Acesso em 14 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Fiador. Locação. Ação de despejo. RE 407688, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28407688%2ENUME%2E+OU+407688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kexa3tu>>. Acesso em 14 dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Lei de locações de imóveis urbanos comentada. Lei 8.245, de 18 dez. 1991. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUESI, Roberto Wagner. Moradia: Um direito fundamental (A inconstitucionalidade do art. 3º., VII, da Lei 8.009/90). Revista Jurídica Cesumar. Maringá, vol. 10, n. 2, p. 457-472, jul/dez. 2010. Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção Judicial Efetiva dos Direitos Fundamentais. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. SALOMÃO, George L. SARLET, Ingo W. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, p. 372-400, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, 30ª ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLEY, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. In: 20 Anos da Constituição Cidadã. FACHIN, Zulmar (Coord.). Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, p. 41-66, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. 2ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

TUCCI, J. R. C. (coord); FORNACIARI Jr., C. ALBERTON, G. S; SICA, H. V. M.. A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ENSINO RELIGIOSO PÚBLICO SOB A ÓTICA A CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE DAS EXPRESSÕES CULTURAIS

Ana Carolina Greco PAES¹
Cerise de Castro CAMPOS²

RESUMO

Este artigo trata sobre a construção de currículo escolar para a disciplina do ensino religioso que contemple a educação em direitos humanos e possibilite o diálogo intercultural seguindo os ditames da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Utilizou-se para tanto a linha crítico-metodológica, aplicando o raciocínio da abordagem do fenômeno jurídico através da investigação jurídico-compreensiva para analisar os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Religioso (PCNER) de acordo com referencial teórico que trata sobre quem é o sujeito de direitos humanos, o multiculturalismo e a hermenêutica gadameriana.

PALAVRAS-CHAVE: Educação em Direitos Humanos. Diversidade Cultural e Religiosa. Ensino Religioso Público.

ABSTRACT

This article deals with the construction of school curriculum for the discipline of religious education that includes education in human rights and enable intercultural dialogue following the Convention dictates on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and the National Education Plan in Human rights. It was used for both the critical-methodological approach, applying the reasoning of the legal phenomenon approach through legal and comprehensive research to examine the National Curriculum Standards of Religious Education according to the theoretical framework that deals with who is the subject of human rights, multiculturalism and Gadamer's hermeneutics.

KEY-WORDS: Education in Human Rights. Cultural and Religious Diversity. Public

- 1 Aluna Regular do Programa de Pós Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (PPIDH) da Universidade de Goiás (UFG) em Agosto de 2015 (Bolsista UFG). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo (2013), onde foi membro do colegiado de cursos (2013). Obteve mérito na monografia de conclusão de curso, indicada para compor o acervo bibliotecário local. Membro Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Dedicar-se ao estudo das normas postas na Constituição destinadas à efetivação e tutela dos Direitos Humanos com ênfase na Liberdade de Consciência e seus desdobramentos no ensino religioso, tratando dessa forma de temas como educação que visa autonomia e o ensino em Direitos Humanos. Foi conciliadora do Juizado Especial Civil, estagiária na 5ª Vara da da Subseção Judiciária Federal e também na Procuradoria Seccional Federal (AGU/PF) nas áreas de Direitos Difusos e Coletivos. Pós Graduada em Direito Tributário, tem experiência profissional nas áreas de Direito Previdenciário e do Consumidor.
- 2 Possui graduação em Odontologia pela Universidade Federal de Goiás, Mestrado em Medicina Tropical pela Universidade Federal de Goiás e Doutorado em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília. Atualmente é Professora Associada da Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Odontopediatria e Odontologia para Pacientes com Necessidades Especiais, atuando principalmente nos seguintes temas: Síndrome de Down, Candida albicans, maus tratos infantis e manifestações bucais. É professora do Mestrado Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Vice-diretora e Coordenadora de Curso da Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Goiás.

Religious Education.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país marcado pela diversidade, sendo que na extensão de seu território é possível encontrar diversidade cultural: étnica, linguística e religiosa. Em relação às expressões culturais diversas do país, a diversidade cultural religiosa é vasta, pois coexistem no mesmo território inúmeras crenças, movimentos religiosos e tradições de origens diversas como a africana, indígena, semita e oriental.

A fim de preservar e fomentar a diversidade cultural do país, através do Decreto Legislativo 485/2006, o Brasil ratificou a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO. 2001), que expressa a importância da diversidade cultural para a efetivação e realização dos direitos humanos, além de estimular a tolerância, justiça social, democracia e o mútuo respeito entre as culturas e povos, conforme descrito no preâmbulo da referida convenção.

Para que a diversidade cultural seja real, é necessário lutar contra o preconceito, imposições históricas, discriminações, intolerâncias e possíveis violências. No caso específico da diversidade cultural religiosa, estes pontos devem ser observados para que diferentes credos coexistam de maneira pacífica e tolerante.

Tendo em vista que a escola pública possui uma disciplina ministrada no ensino fundamental, que trata especificamente do ensino religioso conforme mandamento do artigo 210 da Constituição Federal (CF), este artigo trata sobre o ensino religioso a luz da Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais, analisando a correspondência deste tratado com os Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Religioso (PCNER) produzido pelo Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER).

Conforme acima explanado o preâmbulo da referida Convenção (UNESCO, 2001) trata da necessidade de valorizar a diversidade cultural que "nutre capacidades e valores humanos, constituindo assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades [...]" além de propiciar o florescimento "de um ambiente de democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito entre povos e culturas", possibilitando a "plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem [...]."

Através do método hipotético dedutivo, aplicando a investigação jurídica-compreensiva que "utiliza-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis" (GUSTIN, 2013, p. 28), três aspectos no currículo da disciplina de ensino religioso que tratam de assuntos ligados aos direitos humanos que valorizam a diversidade serão ressaltados, sendo eles: o sujeito de direitos humanos, o multiculturalismo e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Para tanto o artigo foi dividido em quatro itens: o primeiro trata sobre o sujeito de direitos humanos e a forma como este sujeito pode ser inserido na linguagem dos direitos humanos e da sociedade. Como referencial teórico foi utilizado o texto de Jean-François Lyotard: *The Other's Rights*; o segundo item trata sobre o multiculturalismo e a necessidade de uma educação que seja sensível à incompletude das culturas e da possibilidade da coexistência de culturas diferentes.

Utilizou-se o texto de Boaventura Sousa Santos: por uma concepção multicultural de direitos humanos. O terceiro item trata sobre a hermenêutica de Gadamer e os direitos humanos de acordo com o "modo de ser" dos indivíduos e seus preconceitos na tentativa da construção de um currículo que privilegie o questionamento e a desconstrução de novas ideias. Utilizou-se o texto de Mariana Pimentel Fisher Pacheco - *Direito à memória como exigência ética: uma investigação a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Por fim, o último item trata de uma análise do PCNER à luz dos referenciais teóricos descritos e sua correspondência com a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais.

O SUJEITO DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal em seu artigo 210 assegura as disciplinas ministradas no ensino fundamental, afirmando que estas terão conteúdo mínimo fixado para a formação básica comum de todos os estudantes. O parágrafo primeiro do referido artigo trata sobre o ensino religioso que será de matrícula facultativa, constituindo uma disciplina nos horários normais da escola pública. Ocorre que esta determinação constitucional de fixar um conteúdo mínimo para a disciplina de ensino religioso deixou de ser cumprida por quase uma década.

Somente em 1997 com o debate sobre as Leis de Diretrizes Básicas da Educação (LDB) a questão sobre o conteúdo a ser ministrado na disciplina de ensino religioso foi debatida. Inicialmente, na "tarefa de conformação democrática e redução de complexidade, o

legislador infraconstitucional regulou a matéria por meio da lei nº 9.394, de 20/12/1996" (NETO, 2007, p. 253). O artigo 33 desta lei previu que o ensino religioso não poderia onerar os cofres públicos e deveria ser ofertado de duas formas: a) confessional, conforme opção religiosa do aluno ou responsável; b) interconfessional, mediante acordo das entidades religiosas.

Houve grande pressão política para que esta lei fosse alterada, devido às dificuldades na sua aplicação. Dessa forma, a lei nº 9475 de 23/07/1997, promoveu a primeira alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), alterando o artigo 33, assegurando respeito à diversidade e o pluralismo religioso, vedando toda forma de proselitismo (NETO, 2007, p. 254).

Em 1997 após a alteração da redção do artigo 33 da Lei 9.475/97 (LDBEN), houve a elaboração dos Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Religioso pelo Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso, o documento foi entregue ao Ministério da Educação (MEC).

O PCNER foi elaborado buscando atender as necessidades da sociedade brasileira, visando à plena formação do cidadão, no contexto no qual está inserido, que é de uma sociedade de grande diversidade cultural e religiosa, no qual todas as expressões religiosas, crenças e ausência de crença devem ser respeitadas. (PCNER, 2009, p.6)

Esses parâmetros valorizam o pluralismo e a diversidade cultural tendo como objetivos gerais: auxiliar o educando na formulação de seus questionamentos existenciais; analisar as tradições religiosas e suas contribuições na manutenção e estruturação das culturas; facilitar a compreensão de significados da fé e das verdades/postulados de diferentes tradições religiosas; esclarecer sobre o direito à diferença e à liberdade das estruturas religiosas. (PCNER, 2009, p. 47).

Tendo em vista os objetivos gerais do PCNER para o ensino religioso, ressalta-se a necessidade de auxiliar os educandos no questionamento sobre quem são os sujeitos de direitos humanos, tendo em vista que a liberdade de crença é um dos direitos humanos que deve ser tutelado.

Utiliza-se a liberdade de crença como referência tendo em vista a atribuição dada a este direito como background constitutional right para liberdade religiosa, de acordo com Jayme Weingartner Neto (2007, p. 79)

Hannah Arendt (1998, p. 352) afirma que o homem em si mesmo não representa um

sujeito de direitos, apenas um sistema legal que o enquadra como cidadão o torna um sujeito de direitos. A condição fundamental dos direitos humanos é ser outra coisa que não um ser humano, tornando-se dessa forma "outro humano". Lyotard, por sua vez, inverte a lógica e questiona: "What is this figure of the other in me, on which, it is said, my right to be treated as a human being rests?" (LYOTARD, 1993, p. 135) É este o assunto que o autor desenvolve em seu texto.

O homem se comunica através de sinais corporais que são arbitrários, porém quando inseridos em estruturas sintáticas possibilitam designar a um objeto quaisquer significados, e estes são endereçados criando a função pragmática da língua humana, que forma a figura do outro. As frases humanas, explicitamente ou implicitamente, possuem um destinatário e é esperado deste destinatário algum vínculo, reação ou resposta. Os pronomes pessoais e pessoas verbais marcam a polarização da linguagem humana. "I is the one who is speaking now; you is the one to whom this communication is currently addressed. You are silent when I speak, but you can speak, has spoken, and will speak" (LYOTARD, 1993, p. 135).

O homem é capaz de se comunicar através do discurso e no discurso as instâncias do eu e você são ocupadas. Quando se diz eu, há o você no passado ou futuro, e somente é possível ocupar a posição de você porque já se falou ou falará como eu. Os agrupamentos humanos são resultados da interlocução e do nós resultante desta interlocução. A figura do outro permanece claramente presente para cada um, na medida em que o outro é seu interlocutor possível. (LYOTARD, 1993, p. 136)

O outro na sociedade não é reconhecido pela sua capacidade de falar, mas sim por fazer parte do demos, que é definido pelo seu nascimento, língua e herança cultural, formando uma nação. Exemplifica-se esta afirmação com os gregos que inverteram a politeia e excluíram os bárbaros dela. O direito à interlocução não é concedido a todo ser humano. A figura do outro é aquela de uma ameaça vinda de fora à comunidade nacional, que não consegue evitar solapar sua integridade. (LYOTARD, 1993, p. 137)

O estabelecimento da diferença entre os povos não visava, portanto, no movimento de constituição da imagem que os gregos tinham de si mesmos, estabelecer o comércio entre povos, o respeito mútuo. Numa operação por excelência, de construção da identidade, o diferente não entra nesse processo senão para indicar o negativo, a alteridade a ser evitada e que ficou perdida num passado do qual não conseguem se desvencilhar. Nos termos de nosso problema, a idéia de tolerância não faz nem mesmo parte do vocabulário da Grécia antiga. Ao contrário, a diferença é fonte de afirmação de valores numa ponta e de distanciamento completo na outra. (BIGNOTTO, 2004, p. 69)

Lyotard (1993, p. 138) explicita que a capacidade de falar não gera legitimidade de

fala da mesma forma que a competência não gera permissão, mas no caso da interlocução é possível mesclar as duas competências, pois a capacidade de diálogo é compartilhada por todos e a interlocução em si gera a reciprocidade de fala. Se a capacidade de fala é retirada do homem, automaticamente, ele é separado da comunidade de interlocutores e dessa forma cessa a reciprocidade e ele já não é mais o outro para alguém e também ninguém é seu outro e o silenciamento gera a morte em vida do homem.

Tendo em vista a breve explanação sobre o texto de Lyotard, pode-se dizer que para que haja um currículo escolar que esteja de acordo com os pressupostos da Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais e conseqüentemente dos Direitos Humanos deve haver um ensino democrático que pressupõe a possibilidade de diálogo sobre todas as religiões, credos e inclusive a convicção da ausência de credo. Nenhuma religião ou escolha de consciência deve ser silenciada, da mesma forma que através da legitimidade da fala de todos os educandos, deve ficar claro que todos são sujeitos de direitos humanos.

Levando em conta principalmente a questão da tolerância como um fim a ser alcançado pela disciplina ministrada no ensino religioso, a lição de Newton Bignoto (2004, p. 77) aponta que a construção da tolerância possui também um caráter político e que aquele que é considerado bárbaro pela civilização deve ser nomeado, para que possa integrar as cenas da diferença e não apenas ser esquecido, aplicando-se a ele todas as formas de exclusão.

A prática da tolerância exige, assim, mais do que a passiva aceitação de conviver com a presença da multiplicidade humana, ela requer a contínua construção de uma identidade coletiva, que não pode jamais pretender ultrapassar a sua própria particularidade e por isso não pode pretender ser válida para todo sempre. O tolerante que apenas assume sua condição de inércia face do rosto do mundo em que vive se esquece da força inequívoca de todos os mecanismos de exclusão, eles mesmos produtores de sentido. A diferença, como indica Walzer, exige a tolerância, mas também que ela seja desenhada com todas as cores de nossa própria humanidade, para que não seja empurrada para o cinza indistinto da barbárie. (BIGNOTTO, 2004, p. 77)

O Ensino religioso pode auxiliar na interpretação e estudo do fenômeno religioso com base no convívio social dos alunos, praticando a contínua construção de uma identidade coletiva, contribuindo para resposta aos seus questionamentos, valorizando a diversidade religiosa e promovendo uma educação democrática onde todos tenham a legitimidade da fala, para que haja exposição de ideias e o diálogo das mesmas, rompendo desse modo com qualquer forma de silenciamento, valorizando a tolerância, fomentando a cultura de direitos humanos.

POR UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DO ENSINO RELIGIOSO

Boaventura de Sousa Santos em seu texto por uma concepção multicultural de direitos humanos publicado em 1997, tratou sobre a construção da identidade dos direitos humanos questionando principalmente o universalismo e o multiculturalismo.

O objetivo de seu texto é “identificar as condições em que os direitos humanos podem ser colocados ao serviço de uma política progressiva e emancipatória” (SANTOS, 1997, p. 11). Para isso, o autor trata da questão da globalização e ressalta que este fenômeno é complexo para ser definido, porém entende que a melhor definição é a utilização do termo globalizações como diferentes conjuntos de relações sociais que originam diferentes fenômenos de globalização. (SANTOS, 1997, p. 14)

Dessa definição extraem-se algumas implicações, tais como: “não existe globalização genuína; aquilo a que chamamos globalização é sempre a globalização bem sucedida de determinado localismo.” (SANTOS, 1997, p. 14), Dessa forma, globalização pressupõe localização e uma vez que ocorre o processo de globalização, tudo o que não se encontra no conceito particular dado a determinado aspecto que se tornou globalizado se torna periférico ou local, há “processos adjacentes de realocização com ele ocorrendo em simultâneo ou sequencialmente.” (SANTOS, 1997, p. 15)

Em relação as globalizações o autor afirma que existem quatro modos de produção de globalização: o localismo globalizado³; o globalismo localizado⁴; o cosmopolitismo⁵ e o patrimônio comum da humanidade⁶. Dessa forma o autor desenvolve em seu texto a questão da complexidade dos direitos humanos no que diz respeito a sua construção nesses modos de produção de globalizações. Uma das afirmações feitas pelo autor é que atualmente é possível identificar quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos, sendo eles: o europeu, o interamericano, o asiático e o africano. As culturas inseridas nestes sistemas têm valores máximos nos quais se apoiam, porém apenas a cultura ocidental tende a afirmar seus

3 Quando um fenômeno local é globalizado com sucesso para demais regiões. Exemplo *fast foods*.

4 Ocorre com a alteração de locais específicos por influência de práticas e imperativos transnacionais, a comunidade local é desestruturada e reestruturada de acordo com os imperativos transnacionais, exemplo: lugares ou cerimônias religiosas. (SANTOS, 1997, p.16)

5 refere-se a formas de dominação que não excluem os Estado-nação, classes, regiões, “na defesa de interesses percebidos como comuns e de usarem em seu benefício às possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial”. (SANTOS, 1997, p. 17). Exemplo são movimentos “mundialmente” aceitos, movimentos literários.

6 Diz respeito a assuntos que necessariamente são planetários, tais como exploração da camada de Ozônio etc. (SANTOS, 1997, p. 18)

valores como universais e que enquanto os direitos humanos buscarem a universalidade eles apenas serão direitos locais estendidos ao restante do mundo. (SANTOS, 1997, p. 19)

Diante dessa afirmação, o autor ressalta que para que haja um diálogo intercultural de direitos humanos são necessárias algumas premissas: I) a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural, pois as culturas aspiram valores universais, porém o universalismo cultural é incorreto como atitude filosófica. Contra o universalismo deve haver diálogos interculturais “sobre preocupações isomórficas”, já contra o relativismo devem-se desenvolver critérios políticos “para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação” (SANTOS, 1997, p. 21).

II) “[...] transformação cosmopolita dos direitos humanos é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos.” (SANTOS, 1997, p. 21)

III) “[...] todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga existiria uma só cultura.” (SANTOS, 1997, p. 22) D) “todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras.” (SANTOS, 1997, p. 22)

Ao buscar a conexão entre as diferentes concepções de direitos humanos, visando o diálogo intercultural o autor ressalta a necessidade de uma hermenêutica diatópica que “baseia-se na ideia de que otopoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto à própria cultura que pertencem” (SANTO, 1997, p. 23). Entende-se por topoi as premissas de argumentação cultural que não podem ser discutidas.

O autor afirma que o objetivo da hermenêutica diatópica é “ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o caráter dia-tópico.” (SANTOS, 1997, p. 23). Neste mesmo sentido Costa Douzinas (2009) transpõe este ensinamento para a questão dos direitos humanos, utilizando o mesmo raciocínio da hermenêutica diatópica, porém no contexto micro, ou seja, tomando o indivíduo como referência.

A essência não-essencial dos direitos humanos, o universal fugar envolvido em todas as reivindicações particulares de direitos poderia ser o reconhecimento da prioridade da outra pessoa cuja existência antes da minha torna eticamente limitado e abre para mim o domínio da linguagem, da intersubjetividade e do direito. Esse Outro não pode ser o “homem” universal do liberalismo nem o “sujeito” abstrato e formalista da lei. O outro é sempre uma pessoa única, singular, que tem lugar e tempo, gênero e

história, necessidade e desejos. Se existe algo verdadeiramente “universal” no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive à sua desconstrução, isto talvez seja o reconhecimento da absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la. (DOUZINAS, 2009, p.353/354)

Tendo como referencial teórico a hermenêutica diatópica e os desdobramentos que ela pode ter no âmbito individual, cogita-se um currículo escolar de ensino religioso que assuma o caráter diatópico das religiões promovendo desta forma o constante diálogo durante a disciplina, na busca da construção de um diálogo intercultural e inter-religioso que promova a tolerância, justiça social, democracia e o mútuo respeito que fomenta a pluralidade de ideias e concepções e conseqüentemente o multiculturalismo. É necessário permitir que todas as religiões sejam conhecidas, evitando desta forma qualquer tipo de estigma, reconhecendo o direito de cada um dos alunos a ter sua própria convicção, inclusive a ausência de convicção religiosa.

O GIRO HERMENÊUTICO NO CURRÍCULO ESCOLAR

Para que seja possível à educação preparar os alunos para a diversidade cultural religiosa, o direito à diferença, a tolerância e o respeito, é necessário problematizar e tratar em sala de aula sobre a necessidade de estar aberto ao outro que possui suas ideias e particularidades. Neste sentido Costa Douzinas (2009) também contribui para esta visão do reconhecimento do direito do outro que vem antes do meu próprio direito.

Se meu direito tem significado apenas em relação a outro direito, cuja ação ou prerrogativa estão pressupostos no reconhecimento ou exercício do meu direito, o direito do Outro sempre e já precede o meu. O (direito do) Outro vem primeiro; antes do meu direito e antes da minha identidade conforme organizada pelos direitos, vem minha obrigação, minha virada radical em direção à exigência de respeitar a integridade existencial do Outro. (DOUZINAS, 2009, p. 353)

A fim de auxiliar nesta tarefa, pode-se utilizar a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer que afirma que a emancipação se dá, sobretudo, através “da memória, e na nossa potencialidade de abertura ao que é outro em relação à consciência. Tal abertura exige sensibilidade e permissão para o que está aí, concretamente, possa me afetar.” (PACHECO, 2009, p. 253)

Mariana Pimental Fischer Pacheco (2009, p. 253) afirma que a hermenêutica gadameriana “dirige o questionamento para a concretude e aponta para o processo compreensivo como acontecimento”. O sujeito não pode ser considerado separado do objeto que analisa ou estuda e que aprende dele sem qualquer influência ou interferência. Não há,

por conseguinte, um ponto inicial atemporal e estável. A hermenêutica preocupa-se com o “modo de ser”, uma vez que o pensar sempre está inserido em um momento histórico e está sujeito a várias variáveis como, por exemplo, o humor daquele que pensa. (PACHECO, 2009, p. 254)

Desde sempre os indivíduos estão inseridos na linguagem que busca oferecer uma visão do todo, e é esta linguagem carregada de pré-conceitos que auxiliam na interpretação de “textos”, projetando-lhes um sentido. “Projetos devem ser modificados no processo de compreensão: o todo vai dar sentido à compreensão da parte e esta última recursivamente modifica o todo.” (PACHECO, 2009, p. 254)

A hermenêutica gadameriana questiona o “modo de ser”. Ocorre que este questionamento é dirigido a indivíduos que vivem em um tempo específico, possuem uma história, carga cultural que lhes foi transmitida desde o nascimento, dessa forma para reagir a qualquer tipo de “texto” que lhes confronta, faz com que estes indivíduos respondam a partir de pré-conceitos que adquiriram com o passar do tempo.

O giro hermenêutico é utilizado para explicar a estruturação da compreensão. A autora exemplifica a compreensão como um jogo cujos movimentos envolvem os jogadores. Interpretações subjetivas às dinâmicas do jogo têm resultados imprevisíveis. Na compreensão há dois polos, o intérprete que sofre os efeitos da história e de todos os pré-conceitos trazidos por ela e do outro, o objeto que possui a força de “falar por si”. Para que o intérprete possa ouvir o que o objeto fala é necessário que esteja sensível a esta dinâmica e as sutilezas do objeto. “A riqueza do processo está no seu desenrolar, sobretudo, no momento em que o intérprete se vê obrigado a perguntar sobre os próprios preconceitos.” (PACHECO, 2009, p. 254)

A autora cita Gadamer para falar sobre a história efetiva e a potência que esta tem de falar por si mesma, atuando sobre o intérprete, condicionando a compreensão. Ocorre que uma vez que a compreensão possui dois polos, sendo eles o intérprete e o objeto, o intérprete deve também criar novas convicções sobre aquilo que o objeto lhe informa. “O aprendizado que nos impulsiona a sair do ciclo de repetições [...] não vem da razão – em termos modernos e kantianos –, mas sim quando lembramos dos nossos condicionamentos e aprendemos a nos deixar afetar por Outro.” (PACHECO, 2009, p. 255)

A liberdade que a história efetiva pode causar busca no texto, para além do que o que o mesmo quis dizer, seu potencial para fundar novos mundos e sentidos, desse modo a

hermenêutica gadameriana é arcada pela mobilidade histórica e o vigor relacional. A hermenêutica pressupõe conversação oral fluída, onde há a disposição de ambas as partes e de estar efetivamente com o outro para ouvi-lo. Gadamer afirma que todas as vezes que algo “ganha voz” é estabelecido diálogo, sendo assim “texto” passa a ter sentido amplo podendo se materializar através de textos escritos, obras, esculturas, imagens e até mesmo processos naturais. (PACHECO, 2009, p. 265)

No processo compreensivo cada conteúdo novamente apreendido ou experiência incorporada modifica o todo. Constitui-se, então, uma nova pré-compreensão que determinará a próxima compreensão. A relação entre pré-compreensão e compreensão é circular e dinâmica, um elemento pressupõe o outro e impulsiona a progressão. Emirich Coreth propõe que a imagem de uma espiral é mais adequada do que a de um círculo, pois evidencia o movimento do processo. Não há como fugir da “pré-compreensão”. Entretanto, a compreensão pode abrir-se à coisa, submeter-se a sua alteridade; para tanto, é necessário entrar no espiral de maneira adequada, com consciência da força que a história exerce. (PACHECO, 2009, p.257).

Para que se fuja do círculo rompendo com um ciclo vicioso que pode tornar a visão condicionada por estagnar a compreensão estabelecida pela história, a autora ressalta que ter apenas um ponto de vista da história sem que se tenha em mente que existem outras histórias que não foram mencionadas, suprime outras formas que os textos podem adquirir violentando assim sua alteridade. “Quando possibilidades ficam ocultas, não podemos escolhê-las, não podemos nos movimentar. Por isso não há liberdade.” (PACHECO, 2009, p.258)

Tendo em vista uma formação baseada na hermenêutica gadameriana que estimula uma formação questionadora dos pré-conceitos enraizados, é um desafio na elaboração do currículo escolar do ensino religioso, promover momentos que estimulem os educandos questionar suas convicções em relação as outras crenças. Deve haver conexão dos temas tratados pela disciplina com o sentido ético dos direitos humanos que buscarão alicerçar a alteridade e o reconhecimento do outro, lembrando que toda história é formada por várias outras histórias que não foram contadas. Deve haver o estímulo do diálogo permanente, para que todos se sintam livres e legítimos para contar suas histórias.

Ressalta-se neste ponto que a intenção de estimular a formação questionadora não deve ser a de doutrinar, tão pouco deve buscar fazer com que os alunos abram mão das convicções que já possuem. A intenção é somente promover o diálogo entre os diferentes credos para que seja possível o reconhecimento do outro.

Formar alunos que questionam suas pré-compreensões, conheçam e estão sensíveis a outras histórias que não somente aquelas que lhes são contadas em suas casas, instituições religiosas e outros locais que frequentam é um desafio proposto pelo giro hermenêutico, que

pode ser alcançado através de aulas que promovam uma formação humanista que valorize a pluralidade e demonstre a importância de cada “texto” apresentado, seja ele de forma escrita, vivida ou contada pelos alunos.

ANÁLISE DOS PCNER

Tendo em vista o referencial teórico mencionado, faz-se a análise do PCNER frente a educação em direitos humanos que valoriza a diversidade cultural, fomentando desta forma a tolerância, justiça social, democracia e o mútuo respeito. Ressalta-se que conforme Vera Candau (2013), a educação em direitos humanos deve influenciar também as políticas públicas para que os valores que balizam a diversidade cultural e outros que dizem respeito aos direitos humanos sejam consolidados.

A educação em direitos humanos promove uma visão crítica sobre a realidade em que vivemos o compromisso com sua transformação, tendo por base a construção de uma sociedade mais igualitária e equitativa e a construção de uma cultura dos direitos humanos que penetre todos os âmbitos sociais. (CANDAU, 2013, p. 313)

Ao tratar sobre o sujeito de direitos humanos e seu pertencimento a esta cultura de direitos, observa-se que o PCNER cuidou de criar um espaço que fomente o diálogo permitindo desta forma que haja não só a possibilidade de fala como também a legitimidade da mesma.

Nos tratamentos didáticos do conteúdo, item 2.3 do PCNER, este considera no processo de aprendizagem a “bagagem cultural e religiosa do educando [...]”; “a complexidade dos assuntos religiosos principalmente devido à pluralidade” e a “possibilidade de aprofundamento.” (PCNER, 2009, p. 58)

Para tanto, prevê no tratamento didático do conteúdo a organização social das atividades a fim de promover o diálogo entre os educandos e o/os educador/es; busca situar o educando no tempo e espaço que vive, tendo a perspectiva do passado e do futuro também para auxiliar nas questões relacionadas ao transcendente e, por fim, prevê a colaboração de cada educando na indicação e fornecimento dos símbolos, ritos, mitos, origem histórica da tradição religiosa a que pertencem. (PCNER, 2009, p. 60/61). Estes itens apontam para a preocupação de criar um ambiente que promova a legitimidade de fala de cada educando, para que estes possam contar e construir suas próprias histórias aprendendo a reconhecer as histórias do outro.

Em relação à preocupação com uma educação voltada para os direitos humanos que

privilegie o multiculturalismo, enfatizando inclusive a hermenêutica diatópica que reconhece a incompletude das culturas, o PCNER ao tratar sobre o ensino religioso e participação social, no item 1.2, explana a respeito da tradição religiosa e a construção da paz (item 1.2.2). Afirma que um erro persistente trágico do ser humano é o conceito de que “[...] as ideias são mutuamente exclusivas. Esse engano fatal em todos os tempos frustra o ideal da fraternidade universal. Em cada cultura existe algo que é relevante para os demais, por mais diferentes que sejam entre si.” (PCNER, 2009, p. 32/33)

Tendo em vista a crítica feita ao que tem sido senso comum, o PCNER sugere que o ensino religioso seja uma reflexão crítica da práxis que auxilia na construção de significados, possibilitando desta forma a hermenêutica diatópica, uma vez que estabelece o diálogo entre as religiões e busca desmistificar a ideia de que existem religiões únicas ou melhores do que as outras.

Por fim, há a preocupação do PCNER em relação ao “modo de ser” dos educandos, e assim como a hermenêutica gadameriana, os parâmetros buscam auxiliar os educandos a formularem e tentarem responder respostas em relação a seus questionamentos que envolvam as concepções de mundo.

De acordo com o item 1.3.2 que trata sobre a produção do conhecimento religioso, ao auxiliar o educando nas respostas a respeito de suas concepções de mundo (item 1.3.2.2.1) a escola facilita a busca na compreensão de mundo do educando, o que não significa que este deva abdicar de seus “fundamentos estruturantes, como no caso da tradição religiosa e cultura. Ao contrário, a própria tradição religiosa, a cultura e a ideologia necessitam da reflexão para se purificarem de suas contradições.” (PCNER, 2009, p, 38)

O PCNER busca auxiliar o educando no giro hermenêutico, quando este terá a possibilidade de questionar seus pré-conceitos e criar novos conceitos partindo dos “textos” com os quais irá se deparar na disciplina. Estes textos podem ser relatos dos alunos quando há diálogo sobre suas crenças, ou atividades que promovam a possibilidade de que sejam demonstradas e percebidas as diferenças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2007) tem como base da educação em direitos humanos na educação básica, uma educação que desenvolva a cultura de direitos humanos coerente com os valores e princípios da educação

em direitos humanos que deve ocorrer em espaços de entendimento mútuo, responsabilidade, respeito, havendo a garantia da cidadania, da equidade cultural, religiosa e outra.

O PNEDH (BRASIL, 2007) da mesma forma que a Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO, 2001) privilegia ações que desenvolvam o diálogo intercultural fomentando espaços plurais onde possa haver diálogo e principalmente o respeito entre as opiniões divergentes, sendo que estes são princípios do ensino de acordo com a lei 9.394/96 que estabelece as diretrizes da educação nacional.

Foram mencionados alguns aspectos a serem considerados na elaboração do currículo escolar para disciplina de ensino religioso, buscando efetivar as diretrizes dos documentos retro mencionados, na busca de propiciar nas escolas o diálogo intercultural e o fomento a tolerância, justiça social, democracia e o mútuo respeito. Houve desta forma a análise do PCNER em relação ao sujeito de direitos humanos, o multiculturalismo e a hermenêutica diatópica e por fim os direitos humanos e a hermenêutica gadameriana que trata sobre o “modo de ser” do indivíduo.

A análise do PCNER frente aos referenciais teóricos citados explicita a preocupação deste com uma educação de direitos humanos que promova o diálogo inter-religioso e o fomento a tolerância, justiça social, democracia e o mútuo respeito, princípios celebrados na Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO, 2001).

Ocorre que o PCNER foi elaborado pensando apenas na liberdade religiosa, o que pressupõe que os educandos que optam pela disciplina tenham uma confissão religiosa, uma vez que este foi estruturado para auxiliar na compreensão do transcendente. Não há o fomento a liberdade de consciência, pois no PCNER não é considerada a questão da ausência de crença.

Ainda que os parâmetros sejam para a disciplina de ensino religioso, uma vez que esta é uma disciplina ministrada nas redes públicas de maneira facultativa, sendo o Brasil um estado laico, deve haver previsão do ensino que contemple a ausência de crença. Ressalta-se que para que haja de fato o fomento a pluralidade de ideias, todas as concepções devem ser discutidas.

O ensino religioso deve fomentar a cultura da alteridade, conscientizando os alunos que todos eles são sujeitos de direitos humanos e que possuem legitimidade de fala sobre suas crenças e opiniões evitando assim qualquer tipo de silenciamento, principalmente das

minorias que possam existir nas salas de aula. Deve haver espaço para o debate, inclusive para exposição de violências que eventualmente são cometidas em relação aos alunos por conta de suas crenças ou ausência delas, na busca de sensibilizar a cada um para a alteridade e o respeito com o outro.

Conforme exposto no conceito de hermenêutica diatópica de Boaventura Sousa Santos (1997), fomentar o diálogo a respeito das diversas culturas religiosas existentes pode auxiliar na compreensão do educando da incompletude de suas crenças, mostrando a diferença e fomentando desta forma o respeito, para que não haja qualquer tipo de imposição de uma crença em relação à outra, sensibilizando novamente os alunos para as diferenças existentes que podem se completar ou não.

Por fim, para auxiliar na compreensão destas diferenças, a hermenêutica gadameriana pode facilitar este exercício promovendo as questões sobre o “modo de ser” dos educandos, o que lhes auxiliará a questionar os pré-conceitos que carregam desde o nascimento, evitando desta forma que seja construída uma cultura de intolerância em relação ao diferente.

Ao perceberem que o aprendizado em relação à crença ou posição pessoal em relação à fé, é contínuo, pois as crenças nunca são completas e se bastam (conforme a hermenêutica diatópica afirma em relação às culturas). Os educandos poderão criar uma consciência de respeito e tolerância, viabilizando o diálogo intercultural, pois estarão abertos a ouvir e dar legitimidade ao que o outro tem a dizer. Dessa forma, uma cultura de direitos humanos poderá ser estabelecida no ensino religioso.

REFERENCIAS

ARENDR, Hannah. As perplexidades dos Direitos do Homem. In: IDEM. Origens do totalitarismo. Trad. Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 324-336.

BIGNOTTO, Newton. Tolerância e Diferença, in: NOVAES. Adauto (org). Civilização e Barbárie. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 1996

_____, Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997. Dá nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 23 jul. 1997.

_____. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Unesco, 2007.

CANDAU, Vera Maria. Professore/as: multiplicadores/as de educação em direitos humanos in: Revista Sociedade e Cultura, Goiânia, v.16, n.2, jul./dez. 2013, p. 309-313

DOUZINAS, Costas, 1951. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo- RS: UNISINOS, 2009.

FONAPER – Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso. Parâmetros curriculares nacionais: ensino religioso. 2ª ed, Ave Maria, São Paulo, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)pensando a pesquisa jurídica - teoria e prática 4. ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2013

LIONÇO, Tatiana; CARRIAO, Vanessa; DINIZ, Debora. Laicidade e ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco, 2010.

LYOTARD, Jean-François. The Other's Rights. In: SHUTE, Stephen; HUERLEY, Susan (Org.). On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993. New York: BasicBooks, 1993, p. 135-147.

PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. Direito à memória como exigência ética: uma investigação a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 250-269 (n.1, jan.-jun/2009)

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, jun/1997, p. 11-32.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura. Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais. 33. Sessão da Conferência Geral. Paris, 2001.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

ESTADO DE EXCEÇÃO: O ARQUÉTIPO BIOPOLÍTICO MODERNO, UMA REFLEXÃO À LUZ DA PENA E DA SOBERANIA

Roberto da Freiria ESTEVÃO¹

Amanda Caroline de Azevedo Mendes SOARES²

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a reflexão jusfilosófica acerca do biopoder como mecanismo sustentáculo de captura da vida pelo poder soberano, por meio do exercício da penalização e da biopolítica, igualmente abordadas como formas de dominação desenvolvidas ao longo da história da humanidade e modernamente empregadas pelos Estados. Diante disso, a pesquisa tem por intento tornar perceptível a existência do estado de exceção durante a história, o qual vitimou e até mesmo dizimou povos considerados inferiores em todo tipo de sociedade, para assim externar como tal problemática se faz eminentemente presente no atual Estado de Direito e, com o uso da filosofia crítica, elucidar a problemática abordada pelos filósofos Carl Schmitt e Giorgio Agamben a respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Exceção. Biopoder. Direitos Humanos. Biopolítica

ABSTRACT

A Present research is scope of a jusphilosophical Reflection About biopower As sustainer engine capture life At Sovereign Power Through His penalty Exercise and biopolitics also addressed As domination forms developed Along the history of mankind and modernly the For her maids States. Therefore, the have search in intent making apparent the exception of state existence During the history, the qua killed and even decimated considered Peoples Inferior in all kinds of society, paragraph externalize so As such problematic if makes eminently there Present Current State Law and using the Critical philosophy, paragraph elucidate the problematic addressed Philosophers by Carl Schmitt and Giorgio Agamben one respect.

KEY-WORDS: State of Exception. Biopower. Human rights. Biopolitics

INTRODUÇÃO

Biopoder é uma terminologia desenvolvida pelo filósofo francês Michel Foucault

- 1 É graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã Sp, especialista em Processo Penal pela PUC-SP, mestre em direito pelo UNIVEM/FUNDAÇÃO e integrante do grupo de pesquisa "Direito e Cotidiano". Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/Fundação, de Marília, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, parecerista junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal e História do Direito. Tem como principais atuações e temas: processo penal, direitos fundamentais, retórica e direito; procedimento do júri, história do Direito e pareceres criminais,. Ministra palestras e cursos sobre Retórica e Direito, temas de Direito Processual Penal, Direito Processual Penal Constitucional, Direito Penal, Direito Penal Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais e História do Direito
- 2 Graduanda pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, bolsista PIBIC pelo CNPq, membro do grupo de pesquisa Novos Direitos, Controle Social e Criminologia (NODICO), Estagiária no Tribunal de Justiça de SP.

para externar o controle social e a subjugação do indivíduo diante da soberania do Estado. O termo possui ligação com a vida, expressada pelos gregos como ZOÉ e BIOS. Zoé traduz o fato de viver e, pois, é aplicável a todos os seres vivos, como os homens e os animais, referindo-se à vida natural. Bios exprime a forma de vida própria do indivíduo ou do grupo a que pertence, vale dizer, corresponde à vida com qualidade, por exemplo, a vida política que se desenvolve mediante o exercício da cidadania, sendo esta forma (bios) bastante valorizada pelos gregos, como se pode ver em Aristóteles ao sustentar que o homem é um animal político.

Todavia, no decorrer da história, o poder estatal volta-se para a zoé. Dá-se a concepção do biopoder, das biopolíticas, da maneira que hoje os conhecemos, com empreendimento de políticas públicas que visam à capacitação dos corpos para torná-los mais úteis, dóceis e produtivos. O Estado “ADESTRA” as pessoas, fazendo tudo o possível para aumentar o rendimento dos corpos, o que interessa ao capitalismo (mecanismo de produção - trabalho e rendimento) e para capacitar os seres humanos a uma vida em sociedade. O adestramento ocorre no exército, nas fábricas, nas escolas, nos hospitais, asilos, prisões, etc.

Assim, ao se abordar o biopoder tem-se que, no nascimento da Idade Moderna, a vida natural passa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder estatal. Em decorrência dessa nova postura do poder estatal, a política se transforma em biopolítica e o poder em biopoder.

Na história do biopoder, o seu principal meio de execução foi a normalização pelo controle, caracterizada pela luta e pela submissão, em que se concebeu a repressão como sendo um projeto de emancipação da própria soberania, na qual diversos mecanismos foram e são usados como propedêuticos para a aplicação e concretização do biopoder, dentre eles o próprio Direito, que passou de apenas um “Sistema de Normas” que regulava as condutas morais na sociedade, para um “Sistema Normalizador” que coercitivamente se constrói, não apenas regulando uma determinada conduta, mas sim determinando um padrão legal a ser seguido.

Assim, foi aclarada a intenção política moderna, que se caracteriza por intermédio de seu viés de domesticação dos corpos dos indivíduos, em que o cunho principal era mantê-los domesticados de forma que o Estado exercesse sua soberania de maneira universal, vez que, domesticados, os indivíduos seriam dóceis, garantindo a não oposição à coerção em demasia. Essa domesticação não haveria de ser diretamente exercida pelo Direito enquanto elemento

normativo, mas sim enquanto elemento normalizador utilizado unicamente pelo Estado.

Assim, sujeito à soberania, à coerção e aos regramentos de conduta, o indivíduo é moldado aos parâmetros do Estado, é domesticado, tornado dócil de maneira que não confronte as bases políticas de um estado de exceção, que está alicerçado na paradigmática conceituada por Foucault, de que o Estado contemporâneo realiza o “fazer viver e deixar morrer”, dessa maneira o controle sobre a morte de alguns garante a vida de outros.

Portanto, o Estado não somente oprime o indivíduo para se adequar à forma jurídica, delimitada pelo Direito enquanto normalizador, como também o reprime com respectiva sanção jurídica – esta também contida na forma jurídica – o comportamento que foge aos parâmetros por ele instituídos de maneira isonômica; logo garante seu domínio biológico e orgânico sobre os corpos, ou seja, tanto do indivíduo enquanto ser individual, como também enquanto ser coletivo, para que, diante disso, os relegados e inferiorizados sejam parte do estado de exceção, enquanto a classe ou raça dominante, aquela que se propaga como útil ao Estado, se sobressaia, concebendo a ideia de que "a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura." (Foucault, 1999, p. 305).

CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

De acordo com o pensamento difundido pelo Filósofo Michel Foucault, as formas de dominação dos corpos, com o tempo passariam a ser disseminadas no corpo social, de maneira que todos, de uma forma ou de outra, a elas se submeteriam, de maneira a se tornarem concomitantemente dóceis e úteis para o sistema biopolítico-moderno (FOUCAULT, 1999, p. 32).

Vale dizer, tem-se a transformação da política em biopolítica e do poder em biopoder.

Esta situação foi bem identificada por Michel Foucault, como se vê na “História da sexualidade I: a vontade de saber”. Nessa obra, o filósofo francês trabalha a ideia de que o início do biopoder tem como marco a captura dos corpos pelo poder estatal, que passa a administrá-los com mecanismos de disciplina e de regulamentos nos quais são empregadas diferentes e numerosas técnicas para se obter a sujeição dos corpos e o controle das populações.

Sobre o desenvolvimento desse biopoder, ele observa:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em

duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, **dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações**. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, **centrou-se no corpo como máquina**: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos - **tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano**. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, **centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos**: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; **tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população**. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida (FOUCAULT, 2003, p. 131 - negritos nossos).

Assim, ao contrário dos procedimentos de disciplina, nos mecanismos regulamentadores, o biopoder “se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo; no limite, se vocês quiserem, ao homem-espécie”, à “multiplicidade dos homens”; ele “não é individualizante mas que é massificante (FOUCAULT, 2002, p. 289). Em outras palavras, o biopoder passa a regular a vida biológica, como se vê na implementação da medicina social.

O biopoder, por meio das biopolíticas, vai introduzir não somente “instituições de assistência (que existem faz muito tempo), mas mecanismos muito mais sutis, economicamente muito mais racionais do que a grande assistência, a um só tempo maciça e lacunar, que era essencialmente vinculada à Igreja.” Assim, aduz ele, “vamos ter mecanismos mais sutis, mais racionais, de seguros, de poupança individual e coletiva, de seguridade, etc” (ibidem, p. 291).

Isto leva à alguns interessantes fatos, anotados por Foucault na mesma obra (pp. 292-293), dentre os quais dois são aqui enfatizados. Quanto ao primeiro, ele enfatiza:

É o aparecimento de um elemento - eu ia dizer de uma personagem - novo, que no fundo nem a teoria do direito nem a prática disciplinar conhecem. **A teoria do direito, no fundo, só conhecia o indivíduo e a sociedade: o indivíduo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário ou implícito dos indivíduos**. [...] Não é exatamente com a sociedade que se lida nessa nova tecnologia de poder (ou, enfim, com o corpo social tal como o definem os juristas); não é tampouco com o indivíduo-corpo. **É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável. É a noção de ‘população’**. A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder, acho que aparece nesse momento (FOUCAULT, 2002, p. 204 - negritos nossos).

Em relação ao segundo, ele obtempera:

Essa nova tecnologia de poder, essa biopolítica, vai implantar mecanismos que têm

um certo número de funções muito diferentes das funções que eram as dos mecanismos disciplinares. [...] **Vai ser preciso modificar, baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade.** São mecanismos destinados em suma a maximizar forças e a extraí-las, [...] aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio, que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a ‘população’ enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de ‘fazer viver’. **A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer.** (idem - negritos não constantes do original).

Isto significa que o exercício do poder “é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no ‘como’ da vida”, para aumentar sua duração, com o controle dos acidentes, das eventualidades, das deficiências, de forma que a vida seja mais eficaz e produtiva por maior tempo (ibidem, p. 295).

Assim, houve uma primeira acomodação, a dos mecanismos de poder sobre o corpo individual, efetivados por meio de vigilância e treinamento, envolvendo instituições como a escola, o hospital, o quartel, etc (mecanismos de disciplina). Essa acomodação, mais fácil, ocorreu mais cedo, a partir do final do Séc. XVII, início do Séc. XVIII. A segunda acomodação aconteceu mais tarde, no final do Séc. XVIII, e teve em vista fenômenos de população, envolvendo processos biológicos e biosociológicos das massas humanas (mecanismo regulamentar).

Diante disso, a dominação teria como principal consequência a emancipação do poder que se difundiria em uma dimensão global, atingindo os Estados fortes de toda e qualquer sociedade; todavia, a soberania ainda seria existente, porém as formas de subjacência a ela seriam equivalentes. Logo, todos os indivíduos abaixo da soberania e no interior do corpo social exerceriam mutuamente o poder, uns sobre os outros e o Estado sobre todos:

E, com dominação, não quero dizer o fato maciço de “uma” dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer no interior da sociedade: não, portanto, o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorrem e funcionam no interior do corpo social. (FOUCAULT, 1999, p. 32).

Nesse viés é que se concebe o estado de exceção, o qual parte da figura de um pater ou seja, do próprio soberano, que dita o Direito e conseqüentemente aplica a forma jurídica, esta última sendo estritamente uma forma de racionalização do próprio Direito e utilizada

como mecanismo fundamental no controle e domesticação dos corpos.

Assim, para o filósofo Giorgio Agamben, o estado de Exceção tem fundamento no Direito Público romano e surge como sendo uma maneira de combater a uma indispensabilidade, de minimizar uma necessidade, ou seja, aparentemente amparado na lei constitui-se uma maneira de lidar com uma peculiaridade social. Como esta maneira também é peculiar, sua constituição então se daria em concordância com o Direito posto, aplicado acerca da racionalidade jurídica que, viabilizada pelas ciências humanas, seria a propedêutica de inserção do estado de exceção, ou seja, da relegação social de tudo aquilo que não esteja em conformidade com a referida racionalidade jurídica, e “pode-se, portanto, fixar o lugar das ciências do homem nas vizinhanças, nas fronteiras imediatas e em toda a extensão dessas ciências em que se trata da vida, do trabalho e da linguagem” (FOUCAULT, 1999, p. 486). Logo, a racionalidade é constituída conforme os elementos que caracterizam o meio de inserção do indivíduo, sua interação com a sociedade e os mecanismos de aplicabilidade das normas que definem o seu comportamento.

[...] A forma como os indivíduos manifestam a sua vida reflete muito Exatamente aquilo que são, O que são coincide portanto com a sua produção, isto é, tanto com aquilo que produzem como com a forma cotizo produzem. Aquilo que os indivíduos são depende portanto das condições materiais da sua produção. Esta produção só aparece com o aumento da população e pressupõe a existência de relações entre os indivíduos (MARX, ENGELS, 1998, p.11).

Diante disso, pode-se afirmar existente a ligação entre a racionalidade jurídica, que quando metódica e aplicável, se faz para propagação do Direito posto literalmente, sem ideologias e axiomas culturais como influência a essa propagação, e a violência, aplicável a tudo e todos que saiam da delimitação comportamental instituída pela forma jurídica. Destarte, tudo que é correto segundo a racionalidade permanece útil e tudo que se apresenta como um risco a aplicabilidade desta no campo fático é submetido a relegação e passa a constituir o estado de exceção, a fim de que seja tornado dócil.

Neste diapasão, o estado de exceção transcende a descendência do Direito Público romano com ideal de Democracia, passando a ser obscuramente absolutista e pauta-se em tal ideal, fazendo-o mediante a transformação do exercício do Direito enquanto valor normativo, para um valor propriamente normalizador.

Assim, o estado de exceção não é apenas uma ideologia de poder, mas sim um paradigma de exercê-lo, concebido pelo normativismo e pela forma jurídica, tornado politicamente dominante entre as formas de exercício do poder político, uma vez que é

concebido de maneira conjunta ao próprio Direito e deste sendo inseparável na conjuntura política moderna. Logo, se apresenta como paradigma referencial político, arquétipo de exercício do poder na atualidade, representação exterior da Soberania (AGAMBEN, 2004, p.132).

SOBERANIA - FOMENTO AO ESTADO DE EXCEÇÃO

As posições acima expostas, de Foucault - e também algumas de Carl Schmitt -, foram posteriormente trabalhadas pelo pensador italiano Giorgio Agamben, tanto na obra “Homo sacer - o poder soberano e a vida nua I” como em outro livro de publicação mais recente, o “estado de exceção”, com estudos preciosos e atuais, além de ousadas defesas de posições plenamente constatáveis no mundo em que vivemos. Ele assevera que o biopoder é exercido por quem detém a soberania (AGAMBEN, 2002, pp. 90-91).

O jusfilósofo alemão Carl Schmitt sempre enfatizou que “soberano é quem decide no estado de exceção” (1972, p. 33 - negritos não constantes do original). E o estado de exceção é uma das formas de efetivação do biopoder, tido como um mecanismo de configuração e constituição dele mesmo, e tem como viés a própria forma jurídica e o normativismo em seu caráter normalizador.

Ora, o soberano exerce o biopoder numa zona de indeterminação em relação à norma (anomia), declarando-se fora da lei e, ao mesmo tempo, estipulando que ninguém pode ser colocado fora do ordenamento. Deste modo, captura a vida humana, transformando o ser humano em “homo sacer”: “Não se poderia dizer de modo mais claro que o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 96).

Assim sendo, o conceito de Soberania sofre adaptações conforme os avanços obtidos pela sociedade e passa de ser como era considerada por Hobbes - necessário para o convívio harmônico na vida em sociedade - para então realizar o controle extremado e a imposição da forma jurídica, a fim de realizar, diferentemente do conceito antigo – fazer morrer e deixar viver –, um controle biológico diverso, difundido a partir do nascimento do biopoder.

Desse modo, o surgimento do biopoder e da biopolítica leva a uma rediscussão do papel do poder soberano. A antiga postura representada pelo “fazer morrer e deixar viver” é substituída por outra, a de “fazer viver e deixar morrer”. Em outras palavras, o poder soberano “seqüestra” ou “captura” os corpos através de suas estruturas, sistemas e instituições, visando

torná-los conforme os seus interesses, ou seja, transformá-los em corpos adestrados.

Isso fica bem claro nas políticas públicas relacionadas à educação, à saúde da população, à proteção dos indivíduos exercidas nas escolas, nos hospitais, nas prisões, nos asilos; já que garantem a subsistência destes realizando o fazer viver, mas concomitantemente se omite de proporcioná-las com qualidade e de forma isonômica, sendo assim, permite que a sociedade pereça e nesse viés é exercido o deixar morrer.

Para Agamben, “exceção é a estrutura da soberania” e, após anotar o que não é soberania, acrescenta: “ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão” (AGAMBEN, 2002, p. 35). Vale dizer, a soberania é a lei viva e refere-se à vida, incluindo-a por meio da exceção na qual o ordenamento jurídico deixa de ser observado, porém é de acordo com ele que a mesma se efetiva e se propaga.

EXCEÇÃO E PUNIÇÃO

Tendo em vista tal conceito de soberania, surge o paradoxo da retribuição aos indivíduos que atingem direta ou indiretamente os valores apreçados pela mesma.

Transmitidos por meio do Direito e propagados por intermédio da forma jurídica os regramentos de conduta, delimitam um padrão a ser seguido, sendo, então, um agir criminoso tudo o que seja contrário ao Direito posto.

Nesse sentido, a sociedade moderna passou da retribuição por meio suplício corpóreo para a restrição da liberdade, efetivada a partir de instituições integradas e organizadas a fim de cumprir objetivos de domesticação dos infratores, identifica-se portanto, em tais instituições o exercício único do estado de exceção, sendo o ponto culminante de sua aplicabilidade na conjuntura fática.

Nesse viés, faz-se necessário estabelecer a diferenciação existente entre o conceito da pena e sua função. A pena é um castigo imposto, a um indivíduo que foge aos parâmetros instituídos na sociedade, é ainda uma forma de retribuir com o mal, todo o mal que um indivíduo pratica contra a ordem jurídica, ademais está socialmente embasada em preceitos axiológicos valorados pela sociedade e instituídos legalmente pelo Estado.

Desse modo, a função da pena, em contraste a seu conceito, seria retribuir a um indivíduo o mal que o mesmo causou a sociedade, com a finalidade de restituir a integridade da ordem jurídico social, vez que, segundo Kant, a consciência humana é dotada de natural legitimidade axiologicamente constituída para retribuir moralmente um fato culpável, ou seja,

aplicar a um desvio moral de conduta, uma respectiva sanção moral. (KANT, 2009, p. 193).

Entretanto, somente a sanção moral aplicável a um fato culpável apenas restituiria a ordem social, prevalecendo, portanto, quebrada a ordem jurídica.

Destarte, necessário se fez a constituição de uma forma superior e coercitiva para ser capaz de restituir integralmente a ordem jurídica. Deu-se, assim, a legitimidade punitiva do Estado, que quando amparado pelas leis, é legal e concomitantemente legítimo:

A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula (BONAVIDES, 2000, p. 116).

Logo, o Estado surge para contemplar o papel de instituição punitiva legalmente constituída, e por ser legal, segundo Lapierre, nas ideias de Weber, o mesmo é legítimo. (LAPIERRE, 1953, p. 30), caracterizando assim, o poder institucional e o legitimado controle social através deste.

Entretanto há outras maneiras de efetivar o controle social, tendo em vista a concepção de poder institucional legítimo auferido ao Estado, que, na condição de soberano, intervém institucionalmente, por intermédio de sistemáticas jurisdicionais, que tem como principal função garantir o exacerbado controle e a domesticação dos corpos infratores; assim ataca diretamente os atos individuais comportamentais de um indivíduo que fere ou quebra a ordem jurídica através de um ato ilícito, a fim de domesticá-lo e torna-lo um ser passível de sua coerção.

Nesse diapasão, o crime é uma forma de ferir diretamente o Estado enquanto soberano. Portanto, ao ser atacado, ele retribui com a devida sanção jurídica: A intervenção do soberano não é, portanto, uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu (FOUCAUT, 1999, p. 41).

Tendo em vista o exercício do poder institucional, entende-se o estado de exceção como sendo um método utilitário, no qual o soberano relega um indivíduo a fim de tornar o ser “delinquente” em um ser “social”, partindo disso, preponderantemente, das propriedades intrínsecas do Estado punitivo, para se obter novamente um cidadão padrão e sobre esse exercer controle.

Nesse sentido, o funcionalismo interno do estado de exceção, gira em torno de uma paradigmática institucional, onde são compreendidas instituições de livre exercício do poder

do soberano sobre a vida BIOS. Enquanto agente para a domesticação dos apenados, o estado de exceção é estritamente ligado ao capitalismo, pois, prepara o relegado para o mercado de trabalho em si, justificando dessa maneira a imposição de violência para a efetivação da disciplina e subjacência do apenado. Desse modo, torna-se um sujeito domesticado e útil para o sistema opressor burguês, não diretamente no aspecto econômico, mas sim no produtivo.

A presente manifestação de violência para se manter a ordem é vista, por exemplo, no extremo descaso dos direitos sociais que são recursos mínimos básicos garantidos em lei ao apenado, ignorados e até mesmo utilizados como base a exceção, constituem um paradigma fragmentado em bases violentas que visam inutilmente coibir e oprimir os detentos, utilizando-se de formas excessivas de castigos degradantes como punição a um ato infrator ou um delito social que fuja dos padrões do sistema, sendo este o ponto cerne desse tal encarceramento traumático.

Vê-se, destarte, que o estado de exceção tem apoio nas instituições e normas em vigência, mas nelas não está contido. Uma Carta Magna pode indicar quem deve agir em determinada situação específica; o detentor desse poder é o soberano que decide a respeito do fato gerador do estado de exceção, bem como sobre as medidas que devem ser tomadas para superar a situação de emergência.

Apoiando-se nas instituições e normas, diz-se que o soberano - que decide no estado de exceção - está inserido no ordenamento jurídico. Todavia, como lhe compete decidir se a Constituição pode ser suspensa, ao mesmo tempo ele está fora do ordenamento jurídico vigente, numa zona topológica de indistinção, livre e juridicamente vazia.

Assim, “o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela” (AGAMBEN, 2002, p. 32), ou seja, a norma é aplicada à exceção desta se retirando, numa verdadeira exclusão inclusiva. Afirma-se, pois, que “aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção” (idem).

Retomando o pensamento de Giorgio Agamben, em sua obra “Estado de exceção” ele assinala:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (AGAMBEN, 2004-a, p. 13 - negritos não constantes do original).

Nesse viés, o estado de exceção se faz como arquétipo atual, se faz como paradigma aos Estados que se utilizam do mesmo, para coisificar o homem, para manter na zona de controle biológico todo indivíduo que se apresente como risco aos Estados fortes de uma dada sociedade de acordo com o normativismo que lhe é instituído. As penas transcendem seu caráter normativo e se adequam a normalização, são tidas não como mecanismos de recuperação, mas estritamente de punição e de retribuição, exercidos dentro de uma delimitação que vitimiza e que se fundamenta exclusivamente em uma maneira peculiar na qual o Estado lida com as peculiaridades existentes no corpo social.

CONCLUSÃO

De fato, observa-se que na moderna política ao ser humano é imposta, cada vez mais, a conformação de homo sacer, que é insacrificável e impunemente matável. Daí a impressionante afirmação de Agamben: “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera” (2002, p. 91), precisamente o homo sacer, que tem como paradigma o campo.

A sacralidade é a forma política de imposição do vínculo soberano, que se dá por meio do biopoder e das biopolíticas. A esse respeito Agamben escreve:

Se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proporção inaudita, então a vida nua do homo sacer nos diz respeito de modo particular. A sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea, que, como tal, desloca-se em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras, até coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos. Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente homines sacri. (2002, p. 121).

Na atualidade, a estrutura do campo está presente de forma muito mais intensa do que no campo de extermínio. Isto se vê nos vários seguimentos sociais e nas mais diversas instituições, em especial nas denominadas garantias fundamentais, de maneira que estado de exceção é não somente um artifício peculiar de utilização estatal; ele agora é tido como regra, como precedente ao controle sob os corpos dos indivíduos.

Assim, lamentavelmente, nota-se que, nos dias em que vivemos, o biopoder está cada vez mais atuante, transformando em regra situações configuradoras da exceção e capturando a vida por meio da forma jurídica. Ademais, desenvolve biopolíticas que intensificam exercício

do poder sobre as pessoas, o que significa verdadeira captura da vida, inclusive mediante o próprio ordenamento jurídico. Vê-se, destarte, que o estado de exceção tem apoio nas instituições e normas em vigência, mas nelas não está contido. Uma Carta Magna pode indicar quem deve agir em determinada situação específica; o detentor desse poder é o soberano que decide a respeito do fato gerador do estado de exceção, bem como sobre as medidas que devem ser tomadas para superar a situação de emergência.

Apoiando-se nas instituições e normas, diz-se que o soberano - que decide no estado de exceção - está inserido no ordenamento jurídico. Todavia, como lhe compete decidir se a Constituição pode ser suspensa, ao mesmo tempo ele está fora do ordenamento jurídico vigente, numa zona topológica de indistinção, livre e juridicamente vazia.

Destarte, nas palavras de Agamben, “o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela” (2002, p. 32), ou seja, a norma é aplicada à exceção, desta se retirando, numa verdadeira exclusão inclusiva. Afirma-se, pois, que “aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção” (idem).

Resumindo, eis o lamentável quadro que se vê na atualidade: no exercício do biopoder pelo soberano dá-se a contínua captura da vida e o estado de exceção vem se tornando regra. Assim, somos levados a olhar o campo muito além do fato histórico passado, entendendo-o como paradigma de uma estrutura jurídico-política, o nomos do espaço político em que vivemos.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 6ª ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.

ARISTOTELES. Política. Tradução de Terezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão, in “Os pensadores”, pp. 141-251. São Paulo: Nova Cultural, 2000

BENJAMIN, Walter. Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos. tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza et al., São Paulo: Cultrix/Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BERGALLI, R. (1980), "La ideologia del control social tradicional", in Doctrina Penal - Teoria y Prática de las Ciencias Penales, ano 3, edições Depalma, Buenos Aires, 805818; em italiano: "L'ideologia del controllo sociale tradizionale", em: Sociologia del diritto, VIII, 3, Franco Angeli editore, Milano, 1981, 57-69.

BONAVIDES, Paulo, Ciência Política. São Paulo: 2000, 10ª Edição, 8ª Tiragem, Malheiros Editores. P.116

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

_____. A ordem do discurso. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999-b.

_____. Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. - 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. A verdade e as formas jurídicas. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. História da sexualidade I: a vontade de saber. 15ª ed., São Paulo: ed. Graal, 2003.

_____. Microfísica do poder. São Paulo: Graal, 2013

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 36ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GIACÓIA JR, Oswaldo. Violência e Racionalidade Jurídica: sobre a potência dos meios. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 108, p. 243-291, jan/jun. 2014.

_____. Sobre Jurgen Habermas e Michel Foucault. Trans/Form/Ação, Marília, v. 36, p. 19-32, 2013.

_____. Foucault. In: Revista Em Tempo. Revista da área do Direito do UNIVEM. Marília: Letras Jurídicas, 2004.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade; tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito; tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Vozes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado: revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAPIERRE, Jean William. *Le Pouvoir Politique*. Paris: 1953, Presses Universitaires de France, p. 30

LÉVY, Carlos. *Filósofos da Antiguidade, vol 2: Filo de Alexandria*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

Macedo Jr, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. Rio de Janeiro: editora Max Limonad, 2001.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia alemã*. Tradução: Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASUKANIS, Evgeny Bronislavovic. *A teoria geral do direito e o marxismo*.Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Direito e esfera pública: uma leitura a partir de Habermas*. In *A nova Interpretação do Direito*; Luiz Henrique Martins Herrera e Lucas Seixas Baio (org.), 1ed, Birigui: Boreal, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHMITT, Carl. *Le categorie del politico*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1972.

SOBRE O PENSAMENTO MARXISTA E O CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA: BASES PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA

Pietro ALARCÓN¹

RESUMO

O presente artigo sustenta que é possível deduzir uma interpretação marxista no campo da teoria do direito e da dogmática constitucional que revela utilidade para identificar os elementos característicos do constitucionalismo contemporâneo da América Latina e para a concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Marxismo; Constitucionalismo; Dogmática Constitucional; América Latina

ABSTRACT

El presente artículo sustenta que es posible deducir una interpretación marxista en el campo de la teoría del derecho y de la dogmática constitucional que revela utilidad para identificar los elementos que caracterizan el constitucionalismo contemporáneo de América Latina y para la concretización de los derechos fundamentales.

KEY-WORDS: Marxismo; Constitucionalismo; Dogmática Constitucional; América Latina

INTRODUÇÃO

Três são as premissas da nossa exposição: em primeiro lugar a incontestável existência de uma crise do modelo jurídico técnico positivo- legalista que não conseguiu mais satisfazer as expectativas de justiça das sociedades a partir especialmente do final do século passado. O Direito procura se reinventar potencializando novas formas de compreensão das

1 Formado pela Universidad Libre de Colombia, obteve a homologação do seu título em 1996 pela Universidade de São Paulo - USP -. É Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e realizou estudos pós-doutorais na Universidad Carlos III de Madrid (Espanha) e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Especializado em Ciência Política na Escola J.A. Mella de Havana-Cuba; Assessor para Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário do Convênio Cáritas-ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). Membro da Comissão de Efetivação dos Trabalhos da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da PUC/SP. Atualmente é professor Assistente Doutor nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito na PUC/SP; Vice-chefe do Departamento de Direito Público e Coordenador da Área de Direito Constitucional da Faculdade. de Direito da PUC/SP. Professor titular do Curso de Graduação em Direito e dos Curso de Pós-graduação strito sensu do Centro Universitário de Bauru - CEUB/ITE. É Professor convidado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso ; Professor da Escola Superior de Direito Constitucional -ESDC-, da Escola Paulista de Direito -EPD - e do Curso de Pós-graduação lato sensu do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC-.. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Constitucional -RBDC- da Revista da Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - RESPGE-, da Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru/SP - RIPE - e da Revista de Ciência Política Taller de Bogotá (Colômbia).

diversas experiências jurídicas, particularmente daquelas que se projetam ao cenário dos textos normativos constitucionais.

Em segundo lugar, o fato de que ao longo da história da América Latina o regime político democrático, a forma de governo republicana, a separação de funções, o presidencialismo de coalizão e, em geral, as formas institucionais que deveriam alicerçar um instrumental para a satisfação das necessidades humanas, ficaram subordinadas a uma lógica sistêmica cultivada para a acumulação de riqueza, marginalizando segmentos da população que, até os nossos dias, é impedida de conhecer, sentir, interpretar e concretizar direitos.

Finalmente, a evidencia de recentes processos constituintes no cenário subcontinental, cujos resultados são textos normativos constitucionais que avançam não sem tropeços e por sobre os quais é preciso tecer considerações com recursos frequentes à teoria geral do direito e à dogmática.

Perante esse quadro e ingressando no campo hermenêutico, levam-se regularmente em conta métodos como o subsuntivo-gramatical ou, numa visão talvez mais otimista, o finalístico-valorativo. O certo é que não haverá como o intérprete se desvencilhar do desenho traçado de princípios, como tampouco da visão com relação aos problemas que pretendem ser superados, onde não há espaços para dogmatismos interpretativos sob o risco de avaliar de maneira descontextualizada a realidade continental.

Por outras palavras, as premissas postas sugerem que o intérprete da Constituição na quadra histórica atual da América Latina é obrigado a um repensar teórico fundado na sua experiência. Poderá, eventualmente, se auxiliar de pensadores clássicos na esteira jurídica, particularmente aqueles cujas formulações apresentam traços de universalidade, mas não poderá utilizar suas fórmulas como materiais jurídicos infalíveis, senão pautados pela contextualização dos afazeres e urgências do momento e das expectativas dos atores das sociedades nas quais desenvolve seu raciocínio.

Logicamente, nos terrenos do Direito Constitucional, que cientificamente se ocupa da análise de categorias próprias – constitucionalismo, norma constitucional, eficácia, efetividade, dentre tantas outras – a reflexão sobre o modo e a forma como as mesmas são focadas no contexto permitem avançar no pensamento de autores como Marx, cuja compreensão da realidade deixa uma mensagem forte em termos de recursos para bem interpretar e concretizar direitos.

Por essa via, o método de análise proposto por Marx que, como se verá adiante, tem

como intuito detectar as forças em confronto na sociedade, mostrasse especialmente útil para a dogmática constitucional se do que se trata é de observar qual delas se apresenta em tempo e espaço definido como determinante para a concretização dos desideratos constitucionais e a transformação social.

Daí que na presente contribuição subjaz a ideia de que a partir do materialismo histórico e dialético, as intenções constitucionais talvez não fiquem reféns de um esquema antidialógico, no qual os argumentos racionais e públicos se perdem diante da força dos paradigmas históricos de exclusão. E que, por derradeiro, a interpretação constitucional deve levar em conta, particularmente na análise e concretização dos direitos sociais, que estes são passíveis de eliminação pelas inconsistências do sistema, o que conduz a um perene assistencialismo e não a uma transformação real da vida coletiva.

Essa visão explica o recurso a uma metodologia explicativa das bases do pensamento marxista, que tem como preâmbulo o debate sobre as possibilidades de falar de uma teoria marxista do direito. Finalmente, nos remetemos a dois nódulos problemáticos, o do sujeito constituinte com acento no chamado novo constitucionalismo e à crítica a uma visão ligeira das consequências da interpretação constitucional.

É POSSÍVEL FALAR DE UMA TEORIA MARXISTA DO DIREITO?

Ciência jurídica e marxismo: o problema da fragmentação do pensamento jurídico marxista

Ao falarmos de ciência jurídica nos termos clássicos parte-se de dois momentos importantes da experiência jurídica, a teoria geral do direito e a dogmática. No primeiro deles, como observa G. Lumia, estudam-se as normas conforme sua estrutura, nos seus aspectos formais; a dogmática jurídica, por sua vez, afirma-se na interpretação do conteúdo, executando tarefas de sistematização e interpretação do significado das normas, elucidando princípios gerais e específicos nos ordenamentos jurídicos.² É o momento exegético, a serviço de certas finalidades e valores em cada situação a ser decidida, uma sorte de maneiras de argumentar soluções jurídicas para casos, simples ou complexos.

Para quem pretende, com tais ferramentas, tratar da influência do marxismo como forma ou método de interpretação no campo jurídico, a questão torna-se de extrema

2 G. Lumia. Elementos de teoria e ideologia do direito. Pp. 5-7.

dificuldade. Na verdade, não existe um conjunto sistematizado de pensamentos oriundos de Marx sobre as experiências de regulação normativa das realidades. Isso não foi uma preocupação central de Marx, que optou por tratar do tema inserido numa concepção materialista da história e da evolução dos fenômenos da natureza e do pensamento.

Esse reconhecimento é feito por Engels e Kautsky, que na sua época afirmaram que simplesmente a análise do direito jurídico ocupa uma posição muito secundária nas pesquisas teóricas de Marx. Ao contrário, aparecem em primeiro plano a legitimidade histórica, os modos de apropriação, as classes sociais e determinadas épocas, cujo exame interessa fundamentalmente aos que veem na história um desenvolvimento contínuo, apesar de muitas vezes contraditório, e não simples caos (*wust*).³

Isso não significa, no entanto, que não houvesse entendimento marxista do Direito ou que o pensar marxista possa ser vulgarmente reduzido. O que acontece é que a fragmentação dos olhares de Marx dificulta a sistematização da sua concepção o que conduz a críticas por autores com variadas e diversificadas percepções do direito. A questão mais frequente a ser discutida e não raro colocada em pauta em debates intensos consiste em identificar se há ou não a possibilidade de deduzir uma teoria marxista do direito.

Como se essa dificuldade não fosse suficiente, existe uma heterogeneidade de interpretações da obra de Marx, além de atualizações e releituras levando em conta mutações de contexto – de natureza econômica e política e, logicamente, em geral toda sorte de manifestações de cultura- bem como modificações nos mais variados campos do conhecimento.

Tomemos como referência nesta estratégia expositiva um dos jusfilósofos mais conhecidos e lidos do século XX, Norberto Bobbio, por exemplo, cuja visão do direito é exposta em obras como *O positivismo jurídico*, na qual, diga-se de passagem, reconhece a análise de um positivismo ético, e por tanto uma visão ideológica do direito porque inserida na valoração e não na sua cognoscibilidade. Como se vê, positivismo pode ser também ideologia, algo do qual o marxismo é “acusado” com frequência para desvirtuar seu conteúdo filosófico. Mas, voltando a Bobbio, esse positivismo transcende entre as críticas do extremismo e da moderação e em sua base se encontra a obediência à lei.⁴

Bobbio conclui, em vários escritos, que não há teoria marxista do direito, mas não desdenha do pensamento marxista nesse âmbito, senão que coloca o marxismo muito mais

3 Engels & Kautsky. *O Socialismo jurídico*. P. 34.

4 Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. de M. Pugliesi, Edson Bini e C. Rodrigues. Pp. 225-229.

próximo de uma teoria da justiça.⁵ Isso porque a teoria do direito relacionasse, na perspectiva de Bobbio, ao sistema normativo, isto é à origem, estrutura e função dos elementos essenciais desse sistema, que desde sua visão, são as normas, sua validade e eficácia, e sobre estes temas Marx e o marxismo não oferecem e nem pretendem oferecer uma explicação. Para o autor italiano, na ausência de uma explicação específica sobre o

Direito, a parte da teoria do direito à qual se dirigem os pensadores marxistas refere-se à localização do Direito como subsistema dentro do sistema geral social.⁶

Não sendo fácil o impulso a um exame do marxismo, consideramos que vale a pena o apoio oferecido por E. Kamenka, que identifica três momentos de caracterização do Direito na evolução do pensamento de Marx: o primeiro, na sua juventude, quando como hegeliano (1842-1843) adota a posição de que o “verdadeiro” Direito é a sistematização da liberdade, das regras internas das atividades humanas, coerentes e universais e portanto nunca poderia confrontar aos seres humanos como uma força coercitiva para determinar comportamentos; logo, o Marx que tece a crítica da sociedade baseada na propriedade privada (1844-1847) na qual entende o Direito como uma forma de alienação que abstrai o sujeito jurídico e os deveres e direitos legais dos seres humanos concretos e das realidades sociais, proclamando uma igualdade jurídica e política meramente formal que ao final divorcia o homem como sujeito jurídico e o homem como sujeito político do homem como sujeito econômico; finalmente, logo de 1845, quando após a elaboração do sua concepção materialista da história desenvolve a tese do direito como epifenomenal, parte da superestrutura, um reflexo das necessidades e dos interesses de uma classe dominante, produzida pelo desenvolvimento das forças produtivas e da relações de produção.⁷

Deslocando-nos novamente a Bobbio - que como talvez seja o melhor jusfilósofo liberal do século XX resulta insuspeito na nossa análise, o que justifica a nossa insistência em conversar com sua forma de compreender a memória do marxismo –, importante resulta sua visão sobre a forma como o marxismo se posiciona perante o Direito, ressaltando que estas poderiam ser consideradas teses ou interpretações que se encontram ainda a ser desenvolvida e que por isso não pretende estabelecer nenhuma prioridade de uma sobre a outra:

“(…) a) uma teoria do direito como instrumento de dominação de classe, com a qual se reconhecem todos os marxistas b) uma teoria do direito que analisa o direito como ideologia e mais que isso como crítica ao direito burguês; c) a teoria marxista

5 Bobbio, Norberto. Marx y la teoría del derecho In Teoría del Derecho y Sociología del Derecho en Marx. P. 10.

6 Ibid. p. 10

7 Kamenka, Eugene. Vocabulo direitoi no Dicionário do Pensamento Marxista. T. Bottomore (Ed.). p. 109.

do direito como teoria emancipatória, que se inspira através de Habermas na Escola de Frankfurt; d) a teoria do direito como teoria do melhor direito, na perspectiva de Block; e) a teoria do direito como teoria legitimadora do direito praticado nos Estados.⁸

Não é nosso propósito deduzir uma relação entre o pensamento de Bobbio ou sobre o realce que introduz nos itens mencionados. O que nos interessa realmente é a maneira como o Bobbio detecta que primeiro, não houve uma visão sistemática de Marx sobre elementos que corriqueiramente fazem parte da chamada teoria do direito, no seu modelo digamos clássico, mas que isso não pode ser considerado uma falha sistêmica no conjunto de contribuições do marxismo. Marx não tinha essa contribuição em mente, não era sua aspiração e, destarte, corresponde aos leitores, intérpretes ou continuadores da obra de Marx a descoberta e sustentação de uma visão jurídica com fundamento na sua cosmovisão.

Segundo, a forma como Bobbio alerta para a aproximação entre a teoria da justiça e a teoria do direito e, veja-se com calma, direito e justiça, a partir da concepção positivista, podem estar em divórcio – e de fato estão as mais das vezes -, para além do fato de que as premissas para uma teoria da justiça nem sempre correspondem às premissas para a construção de uma teoria do direito, posto que ambas são construções culturais que podem evoluir a ritmos e compassos diferentes, muito embora seja desejável que o valor acompanhe a cada experiência jurídica.

Finalmente, que o marxismo, a partir de uma visão que muito interessa aquele que combina teoria crítica do direito e prática consequente, fornece um saber colocado a seu serviço, em sentido emancipatório das formas de dominação que se tornam evidentes na sociedade contemporânea, de desigualdades e retrocessos de direitos sociais.

Essa constatação da fragmentação do pensamento de Marx sobre o Direito, mas também da praticamente imprescindibilidade das pesquisas sobre sua obra, acompanha a elaboração da nossa exposição, a procura de um conhecimento crítico no campo da ciência social e jurídica.

As bases do pensamento jurídico marxista

Muito embora aprofundar no pensamento marxista permita campos bastante amplos de conhecimento, na maior parte das leituras realizadas sobre a relação entre o direito e o marxismo se percebe uma visão estereotipada. Abundam enfoques resultados de uma visão

8 N. Bobbio. P. 11.

rústica que afirma que Marx desdenhou o Direito ou, pelo menos, não o levou em conta para a formulação de sua teoria econômico-política. Quando muito se expõe que o Direito era para Marx um fenômeno superestrutural, um mero reflexo da infraestrutura social na qual se concentra a contradição de classes em função do modelo de produção adotado. Daí que se fale numa profunda hostilidade do marxismo ao Direito, pois este último protegeria a propriedade, a desigualdade social e a dominação de classe e, portanto, deveria desaparecer.

Contra este fundo, V. I. Lenin construía a começos do século XX reconfirmações importantes do marxismo, formulando que o sistema de ideias de Marx compreende o conjunto das suas análises em torno a três grandes aspectos do conhecimento, a filosofia, a economia e a política. Nesse sentido, o pensamento marxista desenvolve suas teses a partir da releitura e continuidade crítica da filosofia clássica alemã, da economia política inglesa e do socialismo utópico francês.⁹

A partir de uma nova compreensão das teses de Feuerbach – sustentada em que o ser humano é um sujeito atuante e participante de todas as relações concretamente determinadas pela história, em lugar de apenas uma abstração– e de Hegel – a dialética – Marx constrói sua compreensão materialista da história.

Nesse nível de análise sua preocupação é demonstrar que os fatos históricos se sucedem continuamente, como condições de possibilidade encadeadas, num processo inesgotável, mas regido por leis que permitem explicar o porquê das condições de vida da população operária e as possibilidades reais de modificação destas condições. Para Marx, as aspirações contraditórias nascem da diferença de situações e condições de vida das classes sociais nas quais se decompõe qualquer sociedade.

A começos do século passado Lenin expus com clareza a teses marxista sobre classe sociais:

“Grandes grupos de homens que se diferenciam entre si pelo lugar que ocupam em um sistema de produção social historicamente determinado, pelas relações em que se encontram com respeito aos meios de produção (relações que as leis referendam e formulam na sua maior parte), pelo papel que desempenham na organização social do trabalho, e, conseqüentemente, pelo modo e a proporção em que percebem a parte da riqueza social de que dispõem”.¹⁰

Marx não cria classes sociais, pois elas não são algo abstrato, mas coloca claramente que nas sociedades divididas em classes, a luta entre elas configura a gênese dos acontecimentos da história e serve de mecanismo para a interpretação dos fatos que

9 Lenin. As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo. P. 11.

10 Lenin. Una gran iniciativa. Tradução livre. Pp. 118.

desencadeiam a sua sequência ininterrupta. Essa luta está indissolúvelmente ligada ao Estado, posto que este se apresenta como o mecanismo construído para gerar o movimento de domínio de uma classe por sobre a outra. O Estado age, desde essa perspectiva, em função de objetivos de classe.

E precisamente com esse referencial Althusser considera funções estatais de repressão e funções ideológicas. Nesse sentido, os aparelhos ideológicos de Estado são um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas, como as diferentes igrejas, o sistema escolar público e privado, a imprensa e as belas artes.¹¹

Sem embargo, Althusser paradoxalmente coloca o Direito como pertencente, ao mesmo tempo, ao Aparelho repressivo e ao aparelho ideológico, defendendo que pouco importa se o Direito é público ou privado - distinção que se torna paradigmática nos cursos de introdução e formação desta disciplina - posto que o que realmente interessa é sua função como entidade ao serviço de um modelo de Estado que serve aos interesses de uma classe.

No Brasil, um dos autores mais conhecidos é E. Pachukanis, quem oferece duas questões que desde nosso ponto de vista são fundamentais para iniciar um raciocínio marxista sobre o fenômeno jurídico. Diz Pachukanis:

“Conclui-se, então que, para analisar as definições fundamentais do direito, não seja preciso partir do conceito de lei e utilizá-lo como fio condutor já que o próprio conceito de lei, enquanto decreto do poder político, pertence a um estágio de desenvolvimento onde a divisão da sociedade em esferas civil e política já está concluída e consolidada e onde, por conseguinte, já estão realizados os momentos fundamentais da forma jurídica”.¹²

Esse elemento é relevante porque nos liberta da visão legalista, tão criticada na contemporaneidade pelo alcance curto da sua expressão como mecanismo de análise da fenomenologia jurídica.

A segunda questão, que complementa a anterior e lhe possibilita rebater a crítica de que o Direito é ideologia pura, consiste numa visão registrada na obra de Pachukanis de outro autor soviético, P. Stucka: “o direito, considerado como forma, não existe somente na cabeça das pessoas ou nas teorias dos juristas especializados; ele tem uma história real, paralela, que tem seu desenvolvimento não como um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações”.¹³

11 Althusser, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Pp. 68-70.

12 Pachukanis, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução. Silvio Chagas. P.

13 Pachukanis. *Idem*. Mesma página.

A concepção da sociedade, não como mera somatória de seres humanos, mas como um sistema relacional, na qual o ser humano reconhece ao “outro” como seu semelhante e que se encontra na raiz do pensar de autores tão relevantes como Habermas, e que ao final terá uma repercussão concreta nos princípios constitucionais da tolerância e da solidariedade comprovam a originalidade das teses básicas do pensamento de Marx, justificando-se plenamente sua leitura.

Outros impactos do pensamento marxista no campo do Direito

Ratificando o que no início afirmamos, a publicação de obras como a de Pachukanis não teve como evidencia o exame jurídico das possibilidades que oferece o marxismo no campo da hermenêutica. Bem por isso a crítica de Bilharinho Neves é bastante procedente quando afirma que se instalou uma representação vulgar que apresenta o direito como um

“(…) instrumento de classe”, privilegiando o conteúdo normativo em vez de atender à exigência metodológica de Marx e dar conta das razões porque uma certa relação social adquire, sob determinadas condições – e não outras – precisamente uma forma jurídica.¹⁴

Retomamos essa ideia porque a visão reducionista deturpa sua formulação originária par escamotear questões de singular importância para a história jurídica. Por exemplo, a maneira como se compreende a passagem da época na qual economia, moral, direito e Estado se fundem numa concepção jurídica do mundo que o liberalismo apresentou de forma separada. A intenção liberal sempre foi estudar cada uma dessas categorias à maneira de nichos, uma isolada da outra.

Essa metodologia falaciosa tinha a vantagem para a burguesias inglesas e francesas de passar, como diz Contreras Peláez a parte como se fosse o todo, o que no terreno da liberdade humana significou em pretender que a liberdade negativa, ou seja, a proteção perante a arbitrariedade indesejada do Estado fosse toda a liberdade e não apenas uma das suas dimensões.¹⁵

Tendo em vista que se trata de uma das questões mais problemáticas no campo da historicidade dos direitos fundamentais, veja-se como Engels e Kautsky, caracterizam o período de trânsito aos direitos individuais e colocam ao descoberto a origem de fórmulas jurídicas e compreensões em alguns casos lamentavelmente sustentadas até hoje, num

14 Bilharinho Naves. *Marxismo e direito*. P. 20.

15 Diz Contreras Peláez, que desde essa perspectiva, os mineiros de Manchester, sujeitos a jornadas de 16 horas, eram perfeitamente “livres”. *Derechos Sociales. Teoria e Ideología*. P. 16.

anacronismo impeditivo de hermenêuticas ousadas.

“(…) o dogma e o direito divino foram substituídos pelo direito humano e a igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão de incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado -, imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos formais do Estado. Além disso, uma vez que a concorrência, forma fundamental das relações entre livres produtores de mercadorias, é a grande niveladora, a igualdade jurídica tornou-se o principal brado de guerra da burguesia. Contribuiu para consolidar a concepção jurídica de mundo o fato de que a luta da nova classe em ascensão contra os senhores feudais e a monarquia absoluta, aliada destes, era uma luta política, a exemplo de toda luta de classes, luta pela posse do Estado, que deveria ser conduzida por meio de reivindicações jurídicas”.¹⁶

A continuidade dos fatos históricos permite observar como a ilusão jurídica tramada pela burguesia prontamente caiu por terra em virtude das nefastas condições de exploração a que foi submetido o povo trabalhador. As revoluções mexicana, espanhola, a própria Revolução Russa e as contradições que originaram a Constituição de Weimar, configuram não somente o marco de origem dos contemporâneos direitos sociais, mas o triunfo de uma concepção de direitos que supera o individualismo liberal. Trata-se da noção de homem que vive e convive, retomando, sob as condições de uma reivindicação de direitos, a noção de sujeito coletivo, caríssima ao sentido marxista de massa que se organiza para transformar a história.

Inegável então que o enfoque marxista produz importantes consequências na maneira como se explica o Direito e alguns fenômenos que na contemporaneidade apresentam uma problemática latente.

Em outro sentido, analisemos a contribuição de um autor polêmico, Karl Renner, que trabalha a partir de considerações do marxismo, ao sustentar a maneira como as definições jurídicas adquirem continuidade ainda que em tempos diferentes, ou seja, em sociedades com modos diferentes de produção. Renner toma como referência o instituto da propriedade para afirmar que, se de certa forma ela é necessária para indicar quem será responsável pelo que, ou seja, se trata de uma norma em princípio neutra, essas normas são conduzidas ao cenário da institucionalização jurídica e a partir desse momento tem-se uma função social que se atrela ao modo de produção.¹⁷

16 Engels, F.& Kautsky, Karl. O Socialismo Jurídico. Pp. 18-19.

17 Kamenka. Op. Cit. P. 110.

Renner também é lembrado por seu entendimento sobre o tema das autonomias nacionais e a autodeterminação. Fundamenta Renner que a nação não pode ficar subordinada ao Estado e que a livre adesão das pessoas à nação da qual se considerem membros são as bases para a construção do reconhecimento de Estados plurinacionais, posto que no momento em que as minorias são submetidas pela maioria, mesmo que as primeiras participem da elaboração da Constituição, já há uma quebra do direito.¹⁸

Veja-se o impacto que essas questões oferecem para uma hermenêutica crítica no campo do Direito Constitucional. Sobre o primeiro tema enfocado por Renner, vale lembrar que existem palavras construídas em determinada época que refletem uma certa forma de organização social, mas cujo conteúdo se estende e persiste na história, naquela modalidade que Canotilho denomina de palavras viajantes, que peregrinam ao longo dos tempos, ainda que incrementando seu significado para se moldar à evolução social. É o caso, por exemplo, de vocábulos como democracia ou república.

Tomemos como exemplo esses dois conceitos e seus conteúdos jurídicos. O primeiro designa a participação popular nos negócios do Estado. Contudo, à luz do materialismo histórico, o que seja participação popular e o que sejam os negócios do Estado podem ser completamente diferentes. Isso porque as classes sociais e as contradições de classe são diferentes também em cada etapa histórico-social.

Sob esse ponto de vista o pensar de Aristóteles sobre a democracia não merece revisão, mas aprofundamento e atualização aos tempos atuais, caracterizados socialmente como a sociedade de risco, para apenas mencionar a opção de Ulrich Beck, dentre tantas outras possibilidades.¹⁹ O pensamento aristotélico ou até, em outro ponto da história, a expressão poder popular ou poder do povo, mantem-se como designação clara de um regime político que não admite formulações dúbias quanto a quem deve ser a referência em termos de condução dos destinos das pólis, sejam elas focalizadas na antiguidade ou na contemporaneidade.

Igual acontece com a expressão república, que implica o reconhecimento da responsabilidade na condução da gestão dos recursos do Estado.

18 Consulte-se a obra de K. Renner Estado y Nación. El derecho de las naciones a la autodeterminación. Trad. José Borja y Álvarez. Madrid: Tecnos. 2015, assim como os comentários de Roca Monet no artigo La cuestión nacional: Rosa Versus Lenin In Revista Laberinto, Año 2000. Número 2. especialmente as PP. 7-9. Obtenível em file:///C:/Users/pietro/Downloads/Dialnet-LaCuestionNacional-2020460%20(1).pdf. Acesso em 27 de junho de 2016.

19 Referimo-nos à obra de Beck intitulada assim Sociedade de Risco e publicada no Brasil pela Editora 34 no ano 2010.

Quanto ao segundo tema abordado por Renner, sua atualidade é indiscutível tanto no contexto da União Europeia, hoje estremecida pela decisão inglesa no chamado Brexit ou British Exit através de consulta plebiscitária, quanto no contexto da reconfiguração constitucional das repúblicas da América Latina. Veja-se, por exemplo, o caso das mais recentes constituições de Bolívia e Equador.

Com efeito, diz a Constituição boliviana, referendada no ano 2009:

Artigo 1º - Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador

Por sua vez a Constituição Equatoriana de 1998 postula:

Artigo 1º: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA SOB A ÓTICA DO MARXISMO.

A necessidade de uma revisitação ao pensamento de Marx nas condições de desenvolvimento do constitucionalismo na América Latina suscita planos teóricos que não aspiramos sejam esgotados nesta curta exposição, tamanha a quantidade de elementos que deveriam ser trazidos à baila nos planos em que este se projeta.

Se nos pautamos pelos três segmentos teóricos anunciados anteriormente, deveríamos iniciar um percurso pela relação entre a filosofia do ser e a compreensão de Direito e Constituição que há no cenário escolhido como pano de fundo – as sociedades latino-americanas. A seguir, pode-se utilizar o método de pesquisa científica que sustenta a evolução histórica dessas sociedades e dos Estados construídos no seu interior a partir da síntese das contradições de classe. Logo, a visão política e ética de compromisso com as classes excluídas na evolução do processo civilizatório, na perspectiva da superação das desigualdades e da marginalidade.

A consequência, por essa via, poderia se traduzir numa visão elaborada não só para chegar a um enfoque teórico, senão que poderia ter o efeito de retirar certa paralisia ou, pelo menos, evidentes resistências de setores do meio jurídico com relação às reais possibilidades de uma teoria crítica do direito e de uma hermenêutica transformadora. O marxismo pode ser, sob esse olhar, ferramenta de mobilização e não uma moldura, como alguns poderiam

inicialmente sugerir, para engessar a criação de soluções a dilemas jurídicos contemporâneos.

Com estas opções, a nosso juízo, os problemas que revelam uma contradição entre o marxismo e as formas de reconhecimento do Direito, particularmente quando se adota um enfoque liberal, concentram-se nos seguintes temas:

- A. O desafio marxista à legalidade, em cujo cerne se esconde a pergunta: pode haver compatibilidade entre o princípio da supremacia da lei e a doutrina que promove uma mudança social a partir do desconhecimento das leis?
- B. A contestação aos modelos de justiça que tradicionalmente são reproduzidos no contexto liberal e neoliberal. Justiça distributiva, Justiça comutativa, Justiça Social e participativa, com as suas nuances, variações e derivações.

E depois, dentre as questões que no terreno jurídico podem ser afinadas com o marxismo, destacam-se:

- A. O tema do poder constituinte, como força popular capaz de reconstruir a ordem a partir de valores e fins.
- B. O tema dos direitos sociais e sua aplicabilidade imediata como condição para a exigência de responsabilidade e autêntica liberdade.

Tendo em vista essas perspectivas de análises optaremos na nossa exposição por assumir estas duas últimas, de maneira a tentar demonstrar que a releitura da concepção filosófica, econômica e política de Marx podem servir de suporte à visão inspiradora de uma dogmática para a transformação, que não pode ficar desvinculada da experiência constitucional mais recente na América Latina.

Como temos afirmado, o enfoque materialista e dialético da história convida a um exame crítico das dinâmicas constitucionais e em particular do exercício constituinte de forma contínua, a pesar de este muitas vezes postular-se de forma contraditória. A história não é um simples caos, expunham Engels e Kautsky e registrávamos linhas atrás.²⁰

Com esses pressupostos fica mais singelo detectar que na gênese do chamado novo constitucionalismo se aprecia a incapacidade dos governos da década de 80 na América Latina, no marco da crise sistêmica acelerada pelas consequências inglórias do neoliberalismo e sua tendência à concentração monopolizadora da riqueza social, de gerar consensos com vistas a suportar as contradições e as pressões de segmentos amplos da população, bem como de atender as demandas de novos atores sociais.

20 Engels & Kautsky. Ob. Cit. P. 34.

Configurou-se um cenário propício não só para triunfos eleitorais de governos, mas para a conformação de um sujeito constituinte. Nesse passo e diante dessa realidade, a dialética da história e a visão estrutural da sociedade são fundamentais para sustentar a necessidade constitucional de fundar uma democracia participativa direta como método e conteúdo para a construção do poder, transportando para a sociedade organizada a responsabilidade de transitar, embora sob o determinante da luta de classes, de uma democracia precária a uma forma de ação democrática que torna a efetividade dos direitos o centro do debate.

Para ilustrar a forma como essa leitura pode ser adequada na análise deste período de constitucionalismo subcontinental, veja-se como a Constituição do Equador, por exemplo, consagra no artigo 207 a figura do Conselho de Participação Cidadã e Controle Social que promoverá e incentivará o exercício dos direitos relativos à participação cidadã e impulsionará e estabelecerá os mecanismos de controle social nos assuntos de interesse público.

Logo depois, no artigo 208, I, se consigna que compete ao Conselho

I - Promover a participação cidadã, estimular processos de deliberação pública e propiciar a formação em cidadania, valores, transparência e luta contra a corrupção.

O objetivo, percebe-se, é criar novos espaços de diálogo e deliberação, na qual o sujeito social passa a decidir sobre as questões que diretamente lhe atingem. Também, nesse campo, uma constatação que entrecruza o novo momento do constitucionalismo com o marxismo como modelo teórico é a de que o contexto social e econômico de recessão do capitalismo favorece uma interpretação crítica - ainda que não necessariamente marxista - para a superação da mesma.

Dizemos que há um entrelaçamento porque uma orientação finalística do Direito Constitucional, da sua dogmática e, especialmente, dos recursos de interpretação que ela fornece para lidar com os mandamentos constitucionais e a realidade, deve-se dirigir inelutavelmente a concretizar as esperanças do poder constituinte. Por isso H.P. Schneider, e na América latina o mexicano Miguel Carbonell, lembram do conceito de Habermas de utopia concreta para designar o fenômeno de que as constituições projetem modelos de vida para a comunidade política á maneira de promessas.²¹ Desde logo, os métodos de interpretação são ferramentas para a conquista da utopia.

E precisamente, pela distância que possa haver entre os textos normativos

21 Veja-se o prólogo de Miguel Carbonell à obra de Zagrebelsky *História y Constitución*. P. 10.

constitucionais de Estados como o brasileiro – Constituição promulgada em 1988 -, da República de Colômbia, promulgada em 1991; da Venezuela, promulgada em 1999; do Equador, promulgada no ano 2008 e do Estado plurinacional de Bolívia, de 2009 – para só mencionar as mais recentes – e a realidade continental, a hermenêutica constitucional guia-se por uma certa teleologia e uma axiologia claramente definida.

Nessa trilha, os objetivos da interpretação constitucional não são muitos distantes de uma compreensão marxista da história que desemboca na necessidade de transformações substanciais em matéria de estrutura social: (...) a realização de uma humanidade real na convivência social, o respeito à dignidade humana, a conquista da justiça social sobre a base da solidariedade e no marco da igualdade e da liberdade, a criação de condições sociais e econômicas par a libre auto-realização e emancipação humana, assim como o desenvolvimento de uma consciência política geral de responsabilidade democrática.²²

Também nesse passo, se abordamos um dos temas mais atuais para definir o constitucionalismo de nossos dias diríamos que o grande peso radica na interpretação desses direitos e, já nesse campo, dos direitos fundamentais sociais, tão caros aos movimentos que tiveram como referência o pensamento de Marx.

Daí que um dos maiores impactos do marxismo se verifique no campo da interpretação da historicidade dos direitos fundamentais, clarificando-se que a fundamentação da dignidade humana somente é possível no terreno da praxis coletiva que conduz a uma objetiva tessitura normativa. E, com isso, os direitos fundamentais se desprendem de uma matriz exclusivamente liberal-burguesa e se projetam como conquistas que promovem interesses éticos nos quais o ser humano se assume como sujeito social.

Nesse sentido, no que repercutirá na interpretação constitucional, para o marxismo o Direito como disciplina não pode ser reduzido a fórmulas jurídicas ocas, a constantes reedições dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, sem que eles tenham uma consequência prática. Não podem ser, por isso, meras palavras de ordem.²³ O método marxista de compreensão da história nos obriga a estabelecer uma relação permanente entre a leitura do ordenamento e a correlação de forças histórica no plano econômico, isto é, o marco geral da luta entre as classes, detectando-se a contradição fundamental a ser superada para, destarte, construir uma perspectiva diferente em matéria de concretização de direitos.

Nesse sentido, a interpretação dos direitos sociais é regida pelo princípio da máxima

22 Schneider, Hans Peter. Democracia e Constitución. P. 49.

23 Engels & Kautsky. O Socialismo jurídico. P. 28.

efetividade que ordena a potencialização da vocação transformadora de cada um deles, com pertinência a fins atrelados à superação da desigualdade social e na ideia do prestígio do conteúdo objetivo da dignidade humana.

Contudo, a listagem dos direitos não se exaure – não exauribilidade dos direitos fundamentais – porque aumentam as demandas sociais. Como diz Caruso Azcárate, numa sociedade realmente democrática, - que leve a democracia a sério – o direito à participação permite garantir direitos e categorizá-los em graus e hierarquias.²⁴ Isso pode ter um impacto na interpretação ponderativa, na qual direitos ou valores jurídicos se confrontam.

Contudo, a hierarquização caso a caso, em virtude da ponderação, ainda sendo considerada a legitimidade que olhe outorga a participação, desde a ótica marxista é relativa. A causa é que, como expõe Hinkelammert, está baseada “ (...) nas relações de produção, a forma de acesso à produção e a distribuição dos bens, que definem essa priorização”.²⁵

Veja-se que nessa trilha, a dignidade humana em sentido Kantiano, como pressuposto jusfilosófico de interpretação, não é necessariamente negada, mas complementada pela ótica marxista. Afirmamos isso porque no terreno dos postulados de Kant a dignidade se atrela ao reconhecimento do outro, estipulando um status de liberdade que orienta as escolhas humanas. O ser é digno porque dotado de razão e por tanto distingue entre a várias opções possíveis aquela que melhor se direciona à conquista de interesses valorados por ele e pela coletividade como adequados para uma reprodução do tecido social sadio.

No campo marxista, a dignidade humana quando pautada exclusivamente por esse critério pode nos conduzir a liberdades fictícias e não a liberdades reais. Isso porque as liberdades reais aparecem tão só quando o ser humano se liberta das ataduras da opressão e da exploração características das sociedades divididas em classes. Essa liberação é a que permite a autêntica realização e emancipação humana, na ideia do objetivo constitucional anunciado.

Destarte, o marxismo obriga a uma leitura sistemática das constituições, nas quais direitos como o direito ao salário mínimo, o direito de greve, o direito à jornada de oito horas, estampados na Constituição brasileira, promulgada em 1988, por exemplo, são conectados ao direito de liberdade humana. O intérprete necessariamente deverá concluir que para o constituinte de 1988 a liberdade como valor jurídico é somente atingível na medida em que direitos como os acima expostos sejam conquistados na prática, outorgando um suporte ao plano existencial do ser, satisfazendo as necessidades humanas.

24 Caruso Azcárate. En los 150 años de El Capital (...). P. 103.

25 Hinkelammert, Franz. Democracia e Totalitarismo. P. 139.

Assim, a importância do marxismo no tema da interpretação dos direitos fundamentais torna-se imprescindível. Os sujeitos agem conforme sua consciência, mas também os sujeitos se constroem no mesmo processo intersubjetivo que resulta da participação e deliberação em ações, bem como da reflexão sobre as suas vivências e a projeção dessas mesmas ações na transformação da realidade concreta.²⁶

Esse sujeito ativo, protagonista da sua história, é capaz de reformular o Estado quantas vezes o considere necessário, e é o único que pode tornar reais direitos que até agora são forma avançando na continuidade da história entre a reforma e a transformação social estrutural.

CONCLUSÕES

O marxismo pode contribuir decisivamente à compreensão das experiências jurídicas outorgando-lhes um sentido universal. Isso porque fornece um instrumental teórico para entender a natureza da normatividade e do próprio Estado ancorada na visão sistêmica da sociedade com fundamento nos conceitos de modo de produção, relações de produção, classes sociais e luta de classes.

Essa visão marxista contribui em dois sentidos a uma teoria geral do direito: em primeiro lugar foge de uma compreensão mecânica que simplifica a análise jurídica ao exame da norma pela norma, como algo pronto e acabado, isenta de um conteúdo valorativo e de uma razão de ser sustentada nas contradições sociais; em segundo lugar, porque identifica de que maneira o direito passa a justificar um papel dominante de forças que já dominam econômica e politicamente, ajudando a uma crítica sobre as possibilidades de um direito como instrumento emancipatório.

No terreno da interpretação, o marxismo contribui para uma teleologia e uma axiologia constitucional, que incluso pode ser de extrema importância para definir os limites fáticos de interpretações fundadas em métodos muito usados, dentre eles o da ponderação, como registrado no presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALTUHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. Trad. de W. Evangelista e M. L. Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal. 1985.

26 Caruso Azcárate. En los 150 años de El Capital (...) P. 102.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. Trad: Sebastião Nascimento. São Paulo. Editora 34. 2010.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Trad. de M. Pugliesi, Edson Bini e C. Rodrigues. São Paulo: ICONA. 2006.

BOBBIO, Norberto – TREVES, Renato. Teoría del Derecho y Sociología del Derecho en Marx. Trad. Jean Hennequin. Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas. UAP: 1987. Obtenível em www.juridicas.unam.mx.

CARUSO AZCÁRATE, Enrique Marcelo. En los 150 años de El Capital, recuperar la democracia participativa directa como estrategia central de la transformación social In El Pensamiento de Marx en el Siglo XXI. Magda Rivera Monsalve Editora. Bogotá. 2014.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. Derechos Sociales: Teoría e Ideología. Madrid: TECNOS. 1994.

ENGELS, F. & KAUTSKY, K. O Socialismo jurídico. Tradução de Livia cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo; Boitempo. 2012.

HINKELAMMERT, Franz. Democracia y Totalitarismo. San José: DEI. 1990.

KAMENKA, Eugene. Direito In Dicionário do Pensamento Marxista. Tom Bottomore (Ed). Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1988.

LENIN, V. I. Obras Escogidas. Moscú: Progreso. 1961.

_____. As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo. São Paulo: Global. 1980.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de teoria e ideologia do direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

NAVES, BILHARINHO, Márcio. Marxismo e direito. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo. 2008.

PACHUKANIS, E. B. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução. Silvio Chagas. São Paulo: Acadêmica. 1988.

ROCA MONET, M. La cuestión nacional: Rosa versus Lenin In Revista Laberinto. Año 2000. Número 2. Obtenível em [file:///C:/Users/pietro/Downloads/Dialnet-LaCuestionNacional-2020460%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pietro/Downloads/Dialnet-LaCuestionNacional-2020460%20(1).pdf). Acesso em 27 de junho de 2016.

SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia e Constitución. Trad: K. Albiez y M. Saavedra López. Madrid: CEC. 1991.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA FRENTE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Murilo Aparecido Lorençoni LIMA¹
José Artur Teixeira GONÇALVES²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar uma análise crítica acerca do conceito de família, levando em conta, para tanto, algumas teorias de justiça. É do escopo deste trabalho traçar uma hermenêutica constitucional dos artigos que versam sobre o tema na atual Carta Constitucional. É também de preocupação desta pesquisa, analisar a formulação do conceito de família, bem como analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que deu o status de família para a união estável homoafetiva. Tal instituto vai sendo analisado sob diferentes ângulos da Filosofia Jurídica, dialogando-se com Aristóteles, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Immanuel Kant e John Rawls.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Utilitarismo. Jeremy Bentham. John Rawls. Estatuto da Família. John Stuart Mill. Direitos Humanos. Conceito de Família. Aristóteles.

ABSTRACT

This study aims to present a critical analysis of the concept of family, taking into account, therefore, some theories of justice. It is the scope of this paper to draw a constitutional hermeneutics of articles that deal with the topic in the current Constitutional Charter. It is also of concern of this research was to analyze the development of the concept of family as well as analyzing the decision of the Supreme Court which gave the family status for stable homosexual union. This institute will be analyzed from different angles of Legal Philosophy, dialoguing with Aristoteles, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Immanuel Kant and John Rawls.

KEY-WORDS: Family. Utilitarianism. Jeremy Bentham. John Rawls. John Stuart Mill. Human Rights. Family Concept. Aristoteles.

INTRODUÇÃO

A família tem sido apontada, desde os primórdios da humanidade, como uma instituição fundamental da sociedade. O homem, já dizia Aristóteles em *A Política* (2002), é um ser gregário. Diante desse caráter indissociável do ser humano, entender e conceituar a estrutura da família é mister para poder compreender essa natureza associativa do ser humano.

Diante disso, de suma relevância se fez o estudo de algumas teorias de justiça, delimitando

1 Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, já trabalhou como estagiário em órgãos como Procuradoria Geral de São Paulo e Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

2 Possui graduação em História, mestrado em História e doutorado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Atualmente é professor, coordenador de Extensão e Assuntos Comunitários e coordenador de Pesquisa Institucional das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Coordena institucionalmente o PIBIC/CNPq e o programa Ciência sem Fronteiras.

suas peculiaridades na visão de alguns filósofos, afinal, dependendo do conceito adotado, bem como dependendo da teoria aplicada para analisar referido conceito, os reflexos no mundo factual são diferentes.

As abordagens utilitárias de Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill foram preocupação desse estudo, isso devido à maneira como eles definiram o justo e o injusto, levando em conta para tanto a valoração do bem comum. Tais pressupostos exerceram, e ainda exercem, poderosa influência nos legisladores, e até mesmo nos cidadãos ordinários, restando, portanto, justificada a opção pelos referidos filósofos.

A explicação para a escolha do tema pautou-se na maneira como o mesmo encontra-se entranhado na sociedade e no âmago humano, e sendo a família elemento vital da sociedade, esboçar o seu conceito mostra-se essencial. Essa mesma linha de raciocínio, quando comparada com as concepções de John Rawls acerca das estruturas básicas da sociedade, justifica o porquê o autor foi estudado neste trabalho.

A maneira como uma lei pode repercutir na vida daqueles que a ela são subordinados é tremenda, motivo pelo qual é necessária uma análise cautelosa sobre seus ditames, sendo essa lei fruto do texto constitucional ou ainda um Projeto de Lei. Resta então justificada a preocupação de analisar o art. 2º do Projeto de Lei nº 6583/2013, que cria o Estatuto da Família bem como traçar uma hermenêutica constitucional dos artigos que versam sobre família na Carta Magna.

A fim de aperfeiçoar a produção de conteúdo, de buscar a melhor adequação entre o conceito abstrato e o mundo dos fatos, de debater ideias e formar opiniões, de possibilitar à análise histórica e de comparar diversas obras, empregaram-se, respectivamente, os métodos: dedutivo, dialético, histórico e as pesquisas bibliográficas.

Referida explanação acerca do conceito de família sistematizou-se em quatro partes. A primeira etapa foi a Introdução do tema. A segunda parte foi intitulada: O Panorama Constitucional, englobando em seu conteúdo o subitem denominado: Das Modalidades de Família; na terceira etapa, intitulada como O Telos da Família e a Decisão do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa contou com a explanação do conteúdo da referida decisão. A quarta etapa, deu sequência à linha de raciocínio proposta por esta pesquisa e adentrou a questão propriamente dita esboçando uma análise crítica do conceito de família; a quinta e última parte tratou das conclusões.

O PANORAMA CONSTITUCIONAL

Uma sociedade cada vez mais heterogênea tem figurado como palco para a apresentação de vários arranjos familiares. Há de se falar em famílias compostas apenas pelo esposo, outras apenas pela mãe e seus filhos biológicos, ou ainda, o viúvo (a) com os filhos biológicos do cônjuge falecido. Há inúmeras possibilidades na vida prática.

Embora o texto constitucional³ cubra a família com o véu protetivo do Estado, essa proteção apenas se estende a três categorias distintas de famílias, sendo elas as previstas taxativamente no art. 226, § 1º e § 2º da Lei Maior e nos arts. 1.511 e seguintes do Código Civil; também há previsão no § 3º do dispositivo constitucional supracitado para a família formada através da união estável, modalidade esta que também é disciplinada pela legislação esparsa e pelo Código Civil, e por último, a família monoparental, consagrada no § 4º do art. 226 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 trouxe plasmado em seu texto grandes reflexos das alterações vivenciadas no mundo dos fatos, isto porque reconheceu como entendida familiar a união estável entre homem e mulher, bem como dispôs sobre a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e seus descendentes.

Aos olhos da Lei brasileira, essas são as hipóteses de família. Muito embora o ordenamento não possa, de maneira alguma, deixar de socorrer as demais concepções que existem na sociedade factual, até porque a família, no cenário atual, é não somente o berço da cidadania, mas é também a propagadora dos princípios escolhidos por uma sociedade, ou ao menos, por aquele grupo singular.

A família matrimonial, ou ainda, a família tradicional, tem por base de sua gênese um homem e uma mulher unidos por vínculos de casamento, civil ou religioso e existe independente da concepção de filhos ou não, pois os filhos, nada mais são senão consequência lógica do casamento como um ato formal.

Em derradeiro a isso, a Carta Magna não deixa à margem da lei a família informal,

3 Nesse sentido, leia-se as palavras de Carlos Roberto Gonçalves: “as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente a guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito e alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos para a manutenção dos filhos etc” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35).

qual seja, aquela formada através da união estável entre homem e mulher, a nomenclatura justifica-se pois não há o ato formal do casamento.

A explicação para o reconhecimento da união estável em âmbito constitucional pauta-se no fato de que o casamento nunca existiu isoladamente na conjuntura social brasileira, essa afirmação, bem como as origens das uniões estáveis, remonta a época das chamadas famílias ilegítimas. Madaleno (2011, p. 1017) leciona que “o casamento jamais reinou isolado na sociedade brasileira como única espécie de família, porque sempre esteve secundado pela chamada família ilegítima”

Das Modalidades de Família

Posto este pano de fundo, entende-se como união estável, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28-29) aquela pautada em uma “[...] relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúlterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil”.

Noutro giro, anteriormente já fora mencionada a família monoparental, a qual também é tutelada pela Constituição Federal. Nessa senda, entende-se por família monoparental aquela formada por qualquer um dos pais, desde que acompanhada dos filhos, ou de um deles, e que possuam a prerrogativa de uma entendida familiar (RENDWANSKI, 2012, p.61).

Outra figura que estampa o quadro brasileiro é a chamada pela doutrina de Família Mosaico, ou seja, aquela que é formada tendo como ponto de partida relações anteriores, mas são refeitas, ou seja, reconstruídas, através de nova união estável ou ainda novo matrimônio.

Sobre as famílias mosaicos leciona Madaleno (2011, p.11):

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de família reconstituída, mosaica ou pluriparental.

A família anaparental, pela construção doutrinária, tão família quanto qualquer outra modalidade, tem como alicerce o elo afetivo, isso é latente pela inexistência da figura paterna ou ainda materna, mas, é mais pulsante ainda pela existência do vínculo de solidariedade, decorrente do grau de parentesco ou até mesmo dos não parentes, que vivem em um

aglomerado com fins de ajuda mútua e sem conotação sexual entre os membros dessa estrutura com unidade de propósitos.

Ainda pairando no campo das muitas modalidades de família que recheiam a sociedade brasileira, muito pertinente e corriqueira é a figura da família eudemonista, a qual, nas palavras de Paulo Lobô (2008, p. 138) “identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

Nesse diapasão, eudemonista é considerada a família unida por laços de afeto, como por exemplo os conviventes de uma república, que possuem o status de irmãos, embora sejam meros conviventes (RENDWANSKI, 2012, p.32-33).

O afeto como base dessas famílias não tradicionais, mas que ainda assim orbitam em torno do conceito de família, aponta como a base para a concretização de um direito previsto na Carta Política de 1988, qual seja a felicidade.

De encontro a esse entendimento de afeto como pilar da instituição familiar, bem como de via para a perseguição da felicidade e da concretização da dignidade da pessoa humana, sobreveio em 2011, uma decisão polêmica e inovadora da Corte Suprema do Brasil, a qual equiparou a união homoafetiva à união estável, conseqüentemente, dando-lhe a roupagem de família.

Por união homoafetiva deve-se entender aquela formada por parceiros do mesmo sexo, ou seja, dois homens ou duas mulheres, os quais convivem juntos como se casados fossem.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, a Suprema Corte brasileira celebrou a isonomia entre as uniões estáveis e as uniões homoafetivas.

Da análise do conceito de família em seu núcleo rígido, percebe-se que a formação de uma família é bem mais do que a celebração de uma festa social, ou de um rito matrimonial religioso, uma família é a mais pura e simples exteriorização das qualidades básicas do ser humano, ou seja, da mútua ajuda, da solidariedade do afeto e do amor, podendo advir de toda aglomeração socioafetiva que celebre esses vetores. Por fim, referido reconhecimento efetivou os direitos constitucionais que deveriam ser garantidos a todos e deu um passo ao encontro da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade de Direitos, bem como da Liberdade, festejando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

O TELOS DA FAMÍLIA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2011 os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dada ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceram, por unanimidade, em um julgamento histórico, a união estável para casais do mesmo sexo.

O grande pano de fundo que circundava a questão era devido à interpretação do art. 226 da Carta Magna Federal, isso porque, tal dispositivo consagra a proteção estatal para as junções afetivas provenientes de união estável, equiparando tais sociedades à entidade familiar.

Com efeito, era no cerne dos relacionamentos homoafetivos que repousava a grande problemática. Tal divergência apresentava-se devido a redação do art. 1723 do Código Civil Brasileiro, o qual, in verbis, dispõe que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Deste modo, restava claro que o requisito de uma união estável era a diversidade de sexos entre os conviventes.

Tal assunto pairava em um campo delicado, pois sobre ele recaia a névoa dos preceitos morais e dos ditames religiosos. Superada essa questão, a Suprema Corte do Brasil, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como união estável, celebrando uma hermenêutica sistemática da Constituição Federal, ponderando vetores como o Estado Laico, Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade, Igualdade dentre outros. Dessa maneira, é pertinente analisar o voto do Ministro Relator da decisão, bem como os seus argumentos.

Em seu voto, o ministro Ayres Britto sustentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 proíbe qualquer diferenciação em decorrência de sexo, raça, cor e que, sendo assim, nenhum cidadão pode ser diminuído ou ainda tratado de forma diferente em decorrência de sua opção sexual. Nas palavras de Ayres Brito (2011, p. 10) "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica". Dos dizeres do Ministro deduz-se que qualquer discriminação, incluindo o não reconhecimento da união estável homoafetiva, toma um caminho totalmente oposto ao ditado pelo inciso IV do artigo 3º da CF.

Ainda no que à linha de interpretação desenvolvida no voto do Ministro, após afastar o forte caráter moral e religioso que circunda o assunto, o mesmo invoca a cobertura da dignidade da pessoa humana e da Liberdade.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p.18):

Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte.

Em um exercício interpretativo, entende-se que o Ministro não defende o valor moral ou religioso da escolha, mas sim a liberdade de fazê-la, aproximando-se das concepções libertárias de justiça. Entretanto, sustentar o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas tão somente no direito à liberdade que é garantido a todos os cidadãos, ou ainda na autonomia da vontade, seria demasiado fraco para justificar tal reconhecimento, isso porque, conformando-se com a conotação neutra ao que tange à discussão moral ou religiosa, tal voto teria que reconhecer não tão somente a união entre pessoas do mesmo sexo, isso porque, se esse fosse o argumento decisivo e definitivo usado de base para o veredito, o Estado não teria nenhum argumento para denegar reconhecimento à uniões formadas por mais de duas pessoas, ou ainda não poderia se esquivar de reconhecer à poligamia consentida, isso porque, todas elas também derivariam da autonomia da vontade e do direito à liberdade.

Isto posto, para além da questão da liberdade, o Ministro Ayres Britto usou como fundamento para o seu voto a noção de telos apresentada por Aristóteles, ou seja, ele não tão somente reconheceu a liberdade do ser humano para se agregar com quem bem entender, ele estabeleceu o objetivo dessa agregação, e o fez da seguinte maneira:

A parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico) (BRITO, 2011, p. 30, grifamos)

Extrai-se dessa argumentação que a união entre as pessoas na sociedade contemporânea é mais do que um simples contrato de convivência, as pessoas que se condicionam a essa situação esperam mais do que um mútuo respeito, esperam que esse respeito seja reconhecido pela sociedade, e dessa maneira, esperam reafirmar que essa união coaduna-se com o propósito da união estável ou do casamento. Como analisado no voto do Ministro Relator, os propósitos da união estável entre as pessoas, ou seja, o seu telos é a própria união de desígnios entre seus membros, é a família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não exclusivamente como fato biológico)

Nesse cenário, a união estável seria mais do que a união livre entre duas pessoas,

seria, no corolário do pensamento do Ministro Relator, uma relação tríplice entre os dois sujeitos e o Estado.

Iluminando tal pensamento, Ayres Britto (2011, p. 31):

Vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Concomitante a esse entendimento, qual seria, então, o telos do casamento, ou ainda, da União Estável, que se apresenta como uma modalidade informal do mesmo?

Maria Berenice Dias (2015, p. 34) esboça comentários, no sentido de determinar os interesses pelos quais as pessoas juntam-se em unidades familiares:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a despersonalização das relações familiares na busca pelo atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

Como mencionado pela autora supracitada, a família vem apresentando mais do que um simples propósito genético, ou um vínculo pré-estabelecido por um contrato ou rito religioso, a família tem afincando seus alicerces no afeto, solidariedade, confiança, lealdade, amor, e tanto outros sentimentos que são, de certa maneira, uma exteriorização da virtude do ser humano.

Muitos dos opositores do reconhecimento do casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, advogariam ferrenhamente no sentido de que o telos do casamento ou da união estável seria a reprodução, em outras palavras, a procriação da espécie. Coadunasse a esse raciocínio o entendimento de que, por não poderem procriar, pessoas do mesmo sexo não poderiam casar-se ou se unir estavelmente aos olhos da lei.

Essa vertente de pensamento tem em seu cerne uma carga religiosa inegável. E para contrapor-se a isso, Margaret Marshell, presidente da Suprema Corte de Massachusetts durante o julgamento do caso *Hillary Goodridge Vs Department Of Public Health*, ocorrido em 2003, confronta diretamente esse ponto de vista, trazendo para sustentar a sua linha de raciocínio o propósito (telos) do casamento. Neste sentido, nas palavras da excelentíssima Margaret Marshell (2003, p. 309)⁴:

4 We are mindful that our decision marks a change in the history of our marriage law. Many people hold deep-seated religious, moral, and ethical convictions that marriage should be limited to the union of one man and one woman, and that homosexual conduct is immoral. Many hold equally strong religious, moral, and ethical convictions that same-sex couples are entitled to be married, and that homosexual persons should be treated no differently than their heterosexual neighbors. Neither view answers the question before us. Our concern is with the Massachusetts Constitution as a charter of governance for every person properly within its reach. "Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code." *Lawrence v.*

Nós estamos cientes de que nossa decisão marca uma mudança na história das nossas leis de casamento. Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo tem o direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. **Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral (grifo nosso).**

Marshel não nega a complexidade da questão em tela, ela apenas concede uma interpretação diferente para o objetivo do casamento. No decorrer da decisão da Juíza Presidente a essência que marca o vínculo do casamento não é a procriação, muito para além disso, é um comprometimento de amor entre dois sujeitos.

Celebrando essa vertente de pensamento, o Ministro Ayres Britto (2011, p. 33) elenca que:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada.

O Ministro ainda continua traçando as linhas que enquadram o seu pensamento sobre o que consistiria e qual seria o telos de família. Para tanto se vale do ambiente construído por uma atmosfera afetiva que envolve a família, a qual é berço para florescer muitas das concepções de ética e caráter de um ser humano.

Tal relação baseada nos pilares da reciprocidade e liberdade de escolha é acolhida pelos mais nobres sentimentos da raça humana, como o senso de parceira e empatia.

Dessa maneira, salienta o Ministro que:

Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão em parceriadamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. (BRITO, 2011, p. 32).

Da decisão do Ministro Ayres Brito, bem como da Presidente da Suprema Corte Margaret Marshel pode-se entender que o telos do casamento ou da união estável não pode ser concebido unicamente como a procriação, isso porque, o ordenamento não exige esse animus como elemento para garantir a proteção jurídica a esse instituto. Se assim fosse, casais que são estéreis, ou que decidem não ter filhos, ou ainda aqueles que optaram pela adoção, não poderiam, de maneira alguma, celebrar o casamento, isso porque não se enquadrariam nesse

Texas, 123 S. Ct. 2472, 2480 (2003) (Lawrence), quoting Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 850 (1992).

suposto telos. O fato da ausência de previsão legal, bem como o Estado Laico afastam a reprodução como motivação única do casamento ou união estável, isso porque, como bem afirmado, a fertilidade não é uma condição sine qua non do casamento civil ou da união estável.

Embora o repúdio aos argumentos que defendem o propósito de reprodução do casamento afaste a roupagem religiosa que recaía sobre a questão, ambas as decisões se pautaram em ditames morais para solucionar o caso. Isso mostra, que em determinados casos, a noção de Direito está, de certa forma, relacionada à noção de Vida Boa, ou seja, às vezes, a justiça preocupa-se em cultivar determinadas virtudes como forma de alcançar sua primazia.

No caso em testilha, pode-se elencar como virtudes defendidas pela decisão a própria dignidade da pessoa humana, que deve ser cultivada e entranhada na sociedade de modo a criar um cenário onde seja possível coabitar as diferenças em suas mais abrangentes acepções, bem como o respeito mútuo e a liberdade.

No cerne dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe sobre a faculdade de contrair matrimônio e fundar família, bem como sobre os iguais direitos entre homens e mulheres na hora dessa escolha. Tais ideias estão plasmadas no art. XVI de referido diploma:

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

A própria declaração, em sua redação, tomou o cuidado de usar o vocábulo nubentes. Deixando a margem da interpretação a quem cabe ser nubente.

Seguindo a lógica da própria Declaração, que em seu artigo I estabelece que todos são iguais em Dignidade e Direitos, seria de bom tom, entender que nubentes podem ser todos os sujeitos de direitos, quais sejam os cidadãos livres e aptos a se autodeterminarem.

Reconhecer isso implica em aceitar que todos possuem paridade de direitos, e mais, que não podem ser privados de tais direitos. Sob pena de receberem um tratamento diferente dos demais, e, configurando uma segunda classe de família, que não está no patamar da primeira (ora dita tradicional) e exatamente por figurar nesse polo, não possui igualdade material com os demais membros da sociedade, configurando nítido descompasso das ideias de igualdade e dignidade, o que é, indubitavelmente vedado por todos os ordenamentos que

celebram os Direitos Humanos.

Esse entendimento coaduna-se com o que afirma o Ministro Ayres Britto (2011, p.44): ‘Pois inexiste essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família “mais ou menos”’.

Os caminhos utilizados pelos nobres julgadores citados na busca da coisa certa a se fazer mostram que, a família é o berço dos Direitos Humanos, pois nela se celebra a maioria das garantias da Carta Universal de Direitos do Homem, na família edificam-se os alicerces do caráter e molda-se o ser. Resumidamente, ambas decisões celebraram a ideia de Michael J. Sandel (2009, p. 323) de que: “Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”.

Conclui-se, diante de todo o exposto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal celebrou a igualdade em suas mais diversas acepções, e ratificou que o conceito de família está mais ligado à quantidade de amor que envolve tal instituição do que a quantidade de pais ou de mães nela presentes.

DA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA FRENTE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Carta Magna Nacional contempla em seu art. 5º, o Direito de Igualdade entre as pessoas, o qual é seriamente afrontado com a atual redação do art. 2º do Estatuto da Família (o qual será objeto de estudos posteriormente).

Nesse diapasão, a Constituição Federal atribui alguns direitos e deveres para determinados entes, sendo a família um deles, essas entidades podem cobrar os direitos plasmados no âmbito constitucional, bem como podem ser compelidas a realizarem suas obrigações.

Oportuno, nesse transcorrer lógico, a leitura do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (grifo nosso).

O Direito à Educação, o qual é uma incumbência do Estado em parceria com a Família proporcionar ao menor, poderia sofrer mitigações quando em vivências práticas, a título de elucidação, se membros de arranjos familiares que não se coadunam com os ditames

do referido art. 2º deixam de matricular as crianças que eventualmente estariam sob sua guarda na escola regular, ou ainda administram mal a educação dessas crianças, caberia ao Estado, mediante o Ministério Público, em vista da defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente cobrar de quem para resolver essa situação? Uma vez que, de acordo com a atual redação do projeto de lei, esse aglomerado de pessoas não seria considerado como entidade familiar, logo, tecnicamente, não teria a obrigação de submeter-se ao art. 225 da Carta Magna.

Nesse mesmo corolário, pode-se citar as disposições do art. 227 da já mencionada Carta Magna:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Isto posto, é claro e evidente que a Constituição Federal não faz nenhuma diferenciação entre a família formalmente constituída através do casamento e enquadrada nos preceitos tradicionais do termo e aquela constituída a luz da realidade fática, que embora seja um fruto do dinamismo social, não deixa de ser, tão família quanto a anterior.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p.36): “nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”

Diante de todo o exposto, e levando em conta uma hermenêutica do texto Constitucional, é inevitável a conclusão de que o vocábulo família deve, sob pena de infringir toda a complexidade do ordenamento Constitucional, bem como a Declaração Universal de Direitos do Homem, ser interpretado, como fez, acertadamente o Supremo Tribunal Federal na ocasião analisada nesse estudo, em um sentido amplo, para fins de se buscar o verdadeiro telos da instituição familiar.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Ayres Britto (2011, p. 38):

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso.

Sendo assim, o telos atual da família brasileira se coaduna com a própria evolução e estado em que se encontra seus indivíduos bem como deve ser visto através de uma interpretação constitucional sistemática, e não meramente linguística e restrita.

Da Análise Crítica do Conceito de Família

Superada toda a fase de apresentação do panorama geral no que tange à lacuna constitucional em conceituar família, mostra-se oportuno, através de um exercício de hermenêutica, esboçar algumas considerações críticas para tentar-se chegar à um conceito justo sobre o que seria família.

Diante deste cenário, as palavras de Daniela Rodrigues (2011, p. 15-16) trazem um panorama sobre a estruturação do conceito de família, abordando acepções amplas e restritas acerca do instituto:

O primeiro conceito de família se faz em sentido amplíssimo, considerando-se família a reunião de pessoas ligadas em razão de uma relação de dependência, ainda que não haja vínculo de parentesco entre todas elas. Em segunda acepção, a família é composta apenas por aqueles que guardam entre si vínculos de parentesco, seja consanguíneo, civil ou afim. Em terceira acepção, restrita, a família se compõe das pessoas ligadas entre si em razão do casamento e pela filiação, ou seja, cônjuges e filhos.

Há de se constar, que muito embora a Carta Magna brasileira disponha que a família tem especial proteção do Estado, não foi de preocupação do constituinte conceituar o que seria família. Nesse cenário, em 2013 foi posto em foco o tão comentado Projeto de Lei 6583/2013, o Estatuto da Família.

O plano, em seu art. 2º, apresenta a seguinte redação sobre o conceito de família:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O projeto está em fase de deliberações, e, concomitante a isso, foi aberto uma enquete para saber a reflexão social de tal conceituação. A Enquete viabilizava o posicionamento contrário ao conceito, ou a favor do mesmo.

Segundo dados do website da câmara, em outubro de 2014, cerca de 423 mil pessoas deram sua opinião na enquete. Os resultados obtidos foram: 51% dos brasileiros são a favor da redação do artigo, contra 48% que são contra.

Já em setembro de 2015, quase um ano depois, a mesma enquete foi finalizada, contabilizando mais de 10 milhões de acessos e figurando como uma das enquetes recorde de participação popular. O panorama final da enquete mostra-se oposto ao da sua criação, sendo, de acordo com o site da Câmara dos Deputados 51,62% dos participantes contra o conceito apresentado pelo Projeto de Lei ao passo que 48,09% eram favoráveis e 0,29% não possuíam

opinião formada. Em 2016, devido ao encerramento da enquete, os números permanecem os mesmos do ano de 2015

Interessante analisar tal recorte social através do viés utilitário, traçando um paralelo com as ideias defendidas pelo filósofo Jeremy Bentham⁵.

Com efeito, o projeto no ano de 2014, quando os resultados das enquetes mostravam que embora uma minoria da população (48%) seria afetada com a aprovação do Projeto de Lei, a maioria, estaria satisfeita, e dessa maneira, a felicidade geral seria maximizada. Dessa maneira, o conceito de família apresentado por tal Projeto De Lei seria uma medida que repousa aos olhos da justiça

Visando sanar os desejos dos senhores soberanos da dor e do prazer, os utilitários facilmente cederiam a ideia de apoiar a aprovação do projeto. Referida fonte de prazer e de dor seria catalogada como uma sanção⁶ política, uma vez que advém do poder do Estado de administrar a vida das pessoas. Ou ainda, utilizando a hermenêutica de outra maneira, poderia até mesmo ser considerada uma sanção religiosa, uma vez que o projeto possui grandes alicerces no campo da religião, o que faria que, caso aprovado, aumentasse o prazer (felicidade) daqueles que gozam de fortes concepções religiosas e tradicionais de família ao passo que geraria à dor aos que não partilham das mesmas filosofias.

Primeiramente, a filosofia utilitária levaria a questão para o campo da valoração, para o escopo de determinar se o ato, qual seja aprovar ou não o referido estatuto, seria gerador de prazer ou de dor, em outras palavras, se seria iria aumentar ou diminuir a utilidade⁷.

No que tange a intensidade do referido estatuto, pode-se sustentar que é deveras forte, uma vez que reflete na estrutura básica da família e de uma peça fundamental da

5 Na ótica utilitária, o ser humano está fadado a ser condicionado a dor e ao prazer. Nas palavras de Jeremy Bentham: “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer”. Portanto, será, de forma incessante, observado esses vetores durante a valoração da justiça no conceito utilitarista. (BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 3).

6 Bentham discorre sobre o que cada tipo de sanção pode gerar: Assim, por exemplo, um sofrimento que atinge uma pessoa no curso natural e espontâneo dos acontecimentos e das coisas denominar-se-á uma calamidade; neste caso, se supostamente a calamidade se deve a uma imprudência da pessoa, falamos de um castigo derivante da sanção física. Ao contrário, se este mesmo sofrimento for imposto em virtude de uma lei, teremos o que se denomina comumente uma punição; se o sofrimento for decorrente de alguma recusa de ajuda amigável [...] da pessoa atingida – estaremos diante de uma sanção moral; se o sofrimento acontecer pela interposição direta de uma providência particular, temos uma punição derivante de sanção religiosa. (ibidem, p. 14).

7 Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade das pessoas cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer a referida felicidade. “Digo qualquer ação, com o que tenciono a dizer que sito vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida do governo”. (ibidem, p. 4)

sociedade, a duração seria longa, o conceito trazido em tal projeto de lei, uma vez aprovado, demoraria até ser novamente alterado. A proximidade no tempo, seria, relativa, uma vez que o projeto se iniciou em 2013 e se arrasta até 2016. Já a certeza sobre o assunto, é controvertida, porque embora o Estatuto celebre vários direitos e várias conquistas no campo do Direito da Família, a própria enquete no website da câmara mostra quão controvertida é a questão de conceituar-se família.

Se para tanto fosse analisado o valor de cada prazer distinto produzido pelo ato na primeira instância⁸, qual seja, votação da enquete, o que se teria seria um cenário onde 51% da população estaria com sua utilidade maximizada. Em segundo lugar, ao analisar-se o prazer que se manifesta como gerado pelo ato após o primeiro prazer (enquete) teríamos a impressão que ele só teria a aumentar, uma vez que além de concordar com a redação do artigo 2º, os 51% da população também estariam mais felizes, isso porque estariam beneficiando-se da proteção do dispositivo normativo bem como das demais garantias do estatuto, isso seria, legitimar a fecundidade⁹ do primeiro prazer, dando, portanto, um caráter bom ao ato.

Superada essa primeira análise acerca do caráter bom ou mau do referido instituto, seria necessária uma abordagem da extensão da dor e do prazer causados pela redação do art. 2º do Projeto de Lei em tela.

Ainda tendo como pano de fundo o ano de 2014, considerando a porcentagem apresentado pelos dados da enquete, a aprovação conduziria a uma maximização da utilidade na hora de proceder-se ao balanço proposto por Bentham, uma vez que é a vontade e a opinião da maioria, e nesse diapasão, é sabido que o utilitarismo calcula a dor e o prazer em perspectivas numéricas.

Permanecendo no campo utilitário, de outra banda, John Stuart Mill, elencaria que, embora minoria, a opinião dos 48% dos brasileiros não deveria ser descartada, para a felicidade dos 51%. Isso porque, a longo prazo, essa atitude geraria uma diminuição da utilidade geral. Com o decorrer do tempo, a sociedade poderia perceber que é importante lidar

8 Feito esse procedimento elencado por Bentham, o filósofo propõe que sejam somados todos os valores obtidos a títulos de dores e prazeres, e em seguida, faça-se um balanço. Se o resultado do mesmo for favorável ao prazer, tem-se que o ato tende ao bem, noutro giro, se tender para o lado da dor, indicará o caráter mal da ação. Caso ainda no ato estejam envolvidas mais pessoas, o mesmo processo deve ser repetido para cada um dos agentes, e, em seguida, fazer-se um balanço geral entre os números que exprimem a tendência boa e os números que demonstram a tendência má entre cada um deles. Do resultado deste último balanço, tem-se a valorização propensa a gerar o prazer ou não do ato. (ibidem, p. 17)

9 Por fecundidade tem-se a “probabilidade que prazer ou a dor têm de serem seguidos por sanções da mesma espécie, isto é, de prazer, quando se tratar de um prazer, e de dor, em se tratando de uma dor” (ibidem, p. 16).

com a opinião das minorias, e até mesmo respeitá-las e garantir seus direitos, mas não com o foco nos cidadãos, e sim, almejando a felicidade coletiva, onde uma sociedade que respeita e convive com a diferença, é deveras, mais estruturada e estabilizada, sendo assim, com uma utilidade maior.

Tal pensamento é confirmado quando se analisa a enquete em seu termo final, ou seja, em 2015, uma vez que o panorama inverte-se, e o resultado final mostra que, embora há um ano atrás, a sociedade fosse majoritariamente a favor da aprovação do projeto de lei, com o passar do tempo, ela pode ter percebido que dar espaço as diferenças é um caminho a aumentar a sua própria felicidade, respeito e união, colaborando para a ideia de Mill de tentar conciliar as lógicas utilitárias com os direitos humanos e individuais.

Noutro giro, partindo de uma visão aristotélica para conceber o conceito de família, a questão a ser levantada seria no que tange ao telos do instituto da família.

Nessa esteira, qual o propósito (telos) de se conceituar família, seja em âmbito constitucional ou não? Como resposta, o argumento mais latente seria a proteção da própria família. Conseqüentemente, seria necessário na hora da formulação do conceito de família tomar-se o cuidado necessário para que referido conceito não se caracterize como um mecanismo que exclui concepções de famílias latentes no bojo social, reconhecidas inclusive pela Corte Suprema do Brasil e dos Estados Unidos.

Aparentemente, ao adotar-se essa teoria de justiça, a redação do art. 2º do referido projeto de lei que cria o Estatuto da Família não pode ser considerado um ato de justiça.

Partindo da própria análise do vocábulo *dikaion*¹⁰ (que se refere tanto ao conceito de igual quanto ao de legal), chega-se que a justiça em Aristóteles repousa em dois pilares, sendo um a lei, e o outro a igualdade.

Dessa maneira, uma hermenêutica dos artigos constitucionais que tecem considerações sobre a família, os quais devem ser o veículo que conduz à igualdade¹¹, nos levam a crer em uma amplitude no conceito de família. Amplitude essa que já foi reconhecida

10 Dessa maneira, Aristóteles em seu pensamento parte da premissa do senso comum da época: “A Justiça (*dikaioyne*) é a virtude que nos leva [...] a desejar o que é justo (*dikaion*)”. É sabido que na linguagem corrente daquele tempo, o vocábulo *dikaion* era usado para referir-se tanto ao conceito de legal como ao conceito de igual. (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret 2007, 1, 1129a).

11 “No primeiro caso, tem-se a justiça geral, no qual diz-se que é um ato justo aquele que se exerce em conformidade com a lei. Ora, o objeto da lei são os deveres, em relação à comunidade, isto é, a lei estabelece como devidas aquelas ações necessárias para que a comunidade alcance seu bem, o bem comum: “As leis se referem a todas as coisas, visando o interesse comum (...). Assim, neste primeiro sentido, chamamos justo (*dikaion*) aquilo que produz e conserva a vida boa (*eudaimonia*) (...) para a comunidade política” (ibidem, V, I 1129b).

pela Suprema Corte brasileira ao reconhecer a união estável como entidade familiar.

Analisando a teoria de Immanuel Kant, tenderíamos a sustentar que o ser humano é um fim em si mesmo¹², conseqüentemente, não deve ser usado como meio para garantir a felicidade dos outros. Nessa órbita, totalmente afastada estaria a teoria utilitária de Bentham, e também, muito embora as ideias de Mill poderiam, eventualmente, sustentar uma opinião diversa da de seu predecessor no que tange ao Estatuto, para a filosofia de Kant, também não haveria espaço para alicerçar sua opinião, uma vez que a faz pelo motivo errado, ou seja, ao visar o bem comum, Mill não deixa de utilizar uma parte, ainda que minoritária, da sociedade como meio para atingir determinado fim, qual seja, a felicidade da maioria.

Como já sustentado, para Kant, a coisa justa a se fazer é justa por sua própria natureza, e não pelas conseqüências que dela decorrem, é certa porque está revestida sobre o manto do dever, e não sobre os motivos de inclinação¹³.

Sendo assim, se o conceito de família visa a proteção efetiva dessa instituição, sem fins discriminatórios, ele deve estar revestido pelo caráter do dever de se fazer a coisa certa. Porém, se fundando em preceitos religiosos que buscam a supremacia de determinadas filosofias em detrimento a outras, ele está fundado em motivos de inclinação de algumas partes envolvidas no processo, perdendo, portanto, sua afinidade com a justiça.

Tornando essa situação mais clara, este estudo toma como exemplo a análise do conceito de família proposto pelo supracitado Projeto de Lei que cria o Estatuto da Família. Para tanto, pertinente é a análise das justificativas da Deputada Catarinense Geovana de Sá (2015, p. 01), que é favorável ao conceito apresentado pelo Estatuto da Família. Em uma

12 Kant, em sua obra *Groundwork of the Metaphysics of Moals*, prega o respeito ao ser humano pela simples condição humana do ser, ou seja, o fato de ser um fim em sim mesmo, isso pode ser entendimento como um elo intimamente ligado com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nessa ótica, Kant repudia ações que usam as pessoas como meios para conseguir proveitos próprios, pois isso, estaria indo contra a concepção de fim em si mesmo, pelo contrário, estaria usando o ser como um meio para se obter um fim, ou seja, como uma instrumentalização (KANT, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Moals* (1785) New York, Harper Torchbooks, 1964, p. 428).

13 Os requisitos que Kant traz à baila para vestir o ato com a roupagem da moralidade são: 1) para uma ação ter seu caráter moral, deve, necessariamente, ocorrer pelo simples respeito ao dever, e não por motivos de inclinação; 2) uma ação praticada pelo dever é fundada no simples agir, e não no que se espera obter desse agir; e finalmente 3) o dever é encarado como uma simples necessidade de agir, um simples respeito à lei. Caso esses três requisitos não figurem como integrantes do ato praticado, a vestimenta da moralidade é rasgada e deixada de lado, restando à ação tão somente o caráter de legalidade, pois ela somente obedeceu a lei, não a obedeceu, porém, pelos motivos certos. Com tal característica, fica clara a diferenciação kantiana, pois para a moralidade o caráter subjetivo é de suma importância, ao passo que para a legalidade, o alicerce está do lado externo (heteronomia), desde que este esteja nos conformes da lei. Kant diz que: “A conformidade ou não conformidade pura e simples de uma ação com a lei, sem ter em conta os seus motivos, chama-se legalidade ou ilegalidade. Porém essa conformidade, na qual a ideia de dever deduzida da lei é ao mesmo tempo um móvel de ação, é a moralidade da ação” (KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p.31).

entrevista, referida deputada defendeu os motivos pelo qual o Estatuto da Família seria uma medida de justiça:

Como eu disse, a família para mim é constituída por princípios bíblicos. Quanto a questão de adotar, eu não sou contra. Se a lei permitir a que haja homens e mulheres que criem sozinhos os seus filhos, desde que deem boa educação, eu não sou nada contra. Minha defesa é baseada em princípios cristãos.

Essa motivação, é um exemplo evidente e latente, de ação que não é dotada de valor moral algum na concepção de Kant, isso porque, a Deputada não votou pelo motivo do dever de fazer a coisa certa, e sim, cercada por motivos de inclinação, qual seja, os preceitos religiosos que a ela toma como base para sua vida, por ter se inclinado a motivos de benefício próprio, sua ação não pode ser revestida com uma roupagem de justiça.

Ainda na concepção Kantiana, ao tratar o assunto sob o prisma do Princípio Universal do Direito¹⁴, ou seja, aquele princípio que determina que a ação será justa quando ela em si não constitua um obstáculo à adequação da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada ser individual, poderíamos encontrar problemas¹⁵.

Ora, caso o conceito de família possua uma formulação ampla, abrangendo vários arranjos familiares, as famílias ditas tradicionais não teriam a sua liberdade individual restringida, isso porque continuariam a existir e a serem beneficiadas com toda as garantias e deveres constitucionais. Nesse diapasão, as famílias formadas através de uniões homoafetivas, famílias mosaicos, a família anaparental e todas as diversas concepções de famílias também não seriam prejudicadas, isso porque, não seriam marginalizadas à sombra de um texto de lei, e dessa maneira, a ampliação do conceito de família não seria óbice para a liberdade de cada um (ou seja as concepções minoritárias de família) e nem seria um obstáculo para a liberdade de todos (ou seja, as concepções tradicionais de família) coadunando-se assim com os preceitos de justiça.

Ainda na argumentação kantiana, as leis devem ser revestidas de um caráter universal, ou seja, elas devem possuir capacidade de serem aplicadas a todos os seres racionais indistintamente, de forma que não privem a liberdade, não é, todavia, o que se verificaria caso este estudo adotasse uma concepção restrita do conceito de família.

14 Na acepção kantiana do referido princípio: “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (ibidem, 40).

15 Para a filosofia de Kant, injusta é aquela ação que é revestida de um teor restritivo da liberdade de outrem. Injusto é tudo aquilo que não está em conformidade com a liberdade alheia, contrariando, assim, as supracitadas leis universais de liberdade. Nas palavras do próprio Kant “o que se conforma com às leis externas chama-se justo, o contrário se chama injusto” (ibidem, p. 38).

Para arrebatá-la a lógica Kantiana, o assunto ainda deve ser analisado no cerne do imperativo hipotético e categórico¹⁶.

Nesse ínterim, tomando-se como imperativo hipotético¹⁷ a noção de causa e efeito, ou seja, a ação fática será boa não por si, mas sim, apenas para alcançar um bem ou uma coisa, nesse caso, um conceito restritivo de família como o proposto pelo Estatuto da Família ou por qualquer outra conceituação restritiva de família estaria adequado a essa noção, pois ele em si não é justo, pois exclui deliberadamente, mas, ele como meio de atingir os interesses de quem o elaborou, torna-se uma ação eficaz.

Noutro giro, se analisado sob a sombra do imperativo categórico¹⁸, o qual deve ser entendido como uma fonte necessária de justiça, o referido projeto (que defende um conceito restritivo) dificilmente encontraria apoio. Isso porque, o imperativo categórico defende que os seres humanos devem agir como se o produto de sua ação fosse fruto de uma lei universal, tomando como ponto de partida essa primeira aceção do imperativo em testilha, o Estatuto da família, ou ainda uma concepção de família que não seja ampla, como já analisado, não seria capaz de sustentar-se como lei universal.

Diante de todo exposto, dificilmente a teoria Kantiana conseguiria atribuir um valor moral para justificar a aprovação de um conceito restritivo de família.

Analisando a questão em um panorama diferente, a teoria de John Rawls suscitaria a

16 Kant estrutura as suas concepções de moralidade e de legalidade nas noções imperativas. Por noções imperativas temos duas categorias, sendo elas na visão do autor o Imperativo Categórico e o Imperativo Hipotético: “Ora, todos os imperativos ordenam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer [...] O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 124-125 (Os Pensadores).

17 O Imperativo Hipotético pauta-se na noção instrumental de causa e efeito, caso seu desejo seja um, aja de determinada maneira para consegui-lo. Afirmar isso é a mesma coisa que sustentar que caso a ação fática seja boa apenas para fins de se alcançar um determinado bem ou coisa, nesse sentido, o imperativo será hipotético. Kant (1980, p.125) dispõe da seguinte maneira acerca disso: Como toda lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético. (idem).

18 A primeira aceção kantiana acerca do imperativo categórico é sintetizada pela ideia da universalização da máxima, ou seja, agir como se sua ação fosse reflexo de uma lei universal. Nas palavras de Kant “Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal”. Nesse corolário, Kant entende que o agente social só pode agir se sua ação puder ser uma lei, aplicada de forma integral a todos, e que possa alcançar a justiça sem entrar em contradições. Num outro sentido, pode-se inverter a situação, e afirmar que uma pessoa deve agir como se sua ação fosse uma lei universal, e que, caso outrem agisse da mesma forma com essa pessoa, ela deveria considerar o ato justo, caso ela considerasse injusto, a máxima não é universal, e ela não deveria nem ter praticado o ato em primeiro lugar. (KANT, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Moals* (1785) New York, Harper Torchbooks, 1964, p.421).

situação inicial de equidade¹⁹, onde o legislador, ao definir o conceito de família como amplo ou restritivo, estaria coberto pelo véu da ignorância, não conhecendo assim, a sua própria situação na sociedade, sem saber se seria de fato o lobo ou a ovelha.

John Rawls tende a entender que o conceito de justiça está intimamente entranhado no cerne social²⁰. Para melhor entender a interpretação que deveria ser dada ao conceito de família na concepção desta teoria, é mister entender a relação que essa instituição (família) teria com as estruturas básicas da sociedade²¹.

Para Rawls, a família seria uma das estruturas basilares da sociedade²², sendo ainda responsável pela própria manutenção da sociedade. Nesse prisma, Rawls entende que os princípios de justiça devem aplicar-se às estruturas bases da sociedade, mas não devem interferir de forma eloquente no plano interno dessas estruturas, sendo a família uma delas²³.

Por serem objeto primeiro da justiça, as estruturas sociais possuem efeito diretamente ligados com a sociedade, e, caso o a conceituação de família vestisse uma roupagem restritiva, uma injustiça estaria nascendo no próprio seio de uma das estruturas bases fundamentais da coletividade.

Além do mais, a sociedade para além de apresentar estruturas básicas justas, deveria ser bem ordenada, e para isso deveria respeitar alguns requisitos propostos pelo autor²⁴.

19 Segundo John Rawls: Afirmei que a posição original é o status quo inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Esses fatos delimitam o conceito de “justiça como equidade” Está claro, portanto, que eu quero afirmar que uma concepção da justiça é mais razoável do que outra, ou mais justificável no que diz respeito à “justiça como equidade”, quando pessoas racionais na situação inicial escolhem seus princípios para o papel da justiça preferindo-os aos de outra concepção. (RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 1. ed. Lisboa: Martins Fontes, 2000, p. 19).

20 No que tange ao fato da família ser ou não ser monogâmica para poder figurar como base da sociedade, Rawls afirma que: Contudo nenhuma forma particular da família (Monogamia, heterossexual, ou de outro tipo) é exigida por uma concepção política de justiça contanto que a família seja ordenada de maneira que cumpra essas tarefas com eficácia e não contrarie outros valores políticos. Note que estas observações estabelecem a maneira como a justiça como equidade lida com a questão dos direitos e deveres dos homossexuais e como eles afetam a família. Se esses direitos e deveres são compatíveis com a vida familiar ordenada e a educação dos filhos. (RAWLS, John. O Direito dos povos. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 207).

21 “Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. Assim, a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica constituem exemplos das instituições sociais mais importantes” (RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 8).

22 Em sua obra O Direito dos Povos o autor afirma que: “A família é parte da estrutura básica, visto que um dos seus papéis principais é ser a base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura de uma geração para a outra”. (RAWLS, John. O Direito dos povos. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 206).

23 Para John Rawls: “O primeiro objetivo dos princípios da justiça é a estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação” (RAWLS, John. Uma teoria de justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 57).

24 Sobre essa reflexão John Rawls afirma que: Dizer que uma sociedade é bem ordenada significa três coisas: a primeira (e isso está implícito em uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de

Seguindo esses critérios, uma concepção restritiva de família esbarra na primeira disposição de sociedade bem ordenada, uma vez que a própria divergência da enquete em seus vários momentos desde que foi aberta, deixa nítido que a sociedade não aceita os mesmos preceitos de justiça, há uma nítida diferenciação entre aqueles que consideram certa e aqueles que consideram errada a redação do art. 2º do Estatuto da Família.

Nessa lógica, outro empecilho seria o segundo requisito de sociedade bem ordenada, isso porque, os preceitos de justiça elencados em uma concepção restritiva de família estariam indo no sentido diverso das estruturas basilares da sociedade, mais especificamente, indo contra a própria família.

E por fim, obviamente o terceiro requisito estaria nitidamente agredido, uma vez que a sociedade bem ordenada é aquela que seus membros possuem um senso de justiça necessário para coabitar com o pluralismo razoável. Nesse sentido, adotar uma concepção restritiva de família é ceifar qualquer possibilidade de pluralismo razoável, pelo contrário, é instaurar uma visão unilateral de família.

A teoria de Rawls conduz à análise do caso a situação inicial de equidade. Dessa maneira, caso o conceito de família fosse criado sob o véu da ignorância ele certamente encontraria algumas dificuldades para se estruturar em uma visão que não seja a ampla. Isso porque, qualquer pessoa temeria aprovar um conceito restrito estando sob a situação inicial de equidade, isso porque, quando saísse dela, poderia ser parte de uma família que estaria marginalizada.

Em suma, para respeitar-se a igualdade, a liberdade, e para poder ser coberto pelo véu da equidade, este trabalho tenta esboçar uma redação mais inclusiva para o conceito de família, pautada em uma visão ampla. Desse modo, em uma tentativa conceitual, definiríamos a entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre seres humanos, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer vínculo sanguíneo ou socioafetivo.

Adotar uma interpretação ampla para o conceito de família é uma obra necessária em

uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmo princípios de justiça; a segunda (implícita na ideia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação – está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim a concepção publicamente conhecida da justiça estabelece um ponto de vista em comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas. (RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 1. ed. Lisboa: Martins Fontes, 2000, p. 19)

uma sociedade que pretende coadunar seus valores com os da Justiça, e promover dessa maneira, a igualdade material. Celebrar a justiça é muito mais do que distribuir para cada um aquilo que lhe convém, celebrar a justiça é garantir a cada um aquilo que lhe convém devido a sua condição de ser humano.

CONCLUSÕES

As conclusões a que se chega, após o percurso dos raciocínios acima expostos, não pode ser outra senão a que considera a formulação de um conceito amplo para o instituto da família. Nessa senda, a elaboração de um conceito abrangente mostra-se necessário em uma sociedade que celebra os mais diversos Direitos Humanos, bem como pautada na igualdade e liberdade.

Destarte, o conceito de família apresentado pelo art. 2º do Estatuto da Família, não se enquadra na visão ampla proposta por esse trabalho, uma vez que caso venha a ser aprovado, pode ser um mecanismo gerador de exclusão das mais diversas modalidades de famílias existente na sociedade factual e abordadas nessa pesquisa.

Ao analisar o telos da família, através do voto do Ministro Relator Ayres Brito, conclui-se que a família goza de proteção estatal por força do art. 226 da Carta Magna vigente, e que nesse sentido a família que foi contemplada com a devida proteção é aquela considerada em seu núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou ainda se formada por parceiros heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. O propósito que reveste as novas famílias é pautado no afeto, amor e nas mais qualificadas das empatias.

Ao traçar uma análise crítica do conceito de família, diversas filosofias foram levadas em conta, culminando em diferentes acepções sobre a amplitude ou não do conceito. Salientou-se a importância de tal definição ser ampla, uma vez que o texto constitucional elenca direitos e deveres à entidade familiar.

Conclui-se que a filosofia utilitária poderia pautar sua formulação do conceito de família no princípio da máxima utilidade, e levando em conta os resultados obtidos por meio de dados do website da Câmara, o conceito deveria ser não outro se não o amplo.

Por seu turno, a teoria aristotélica poderia, eventualmente, levar em conta o telos da entidade familiar, o qual resta destrinchado pela decisão da Suprema Corte do Brasil. Apresentando um caráter amplo e acolhedor.

Nessa esteira, a filosofia kantiana usaria o pilar da motivação, do imperativo categórico e hipotético bem como o princípio universal do direito para analisar a questão conceitual. Tornando-se necessária a conceituação ampla sob pena de infração das liberdades no plano individual.

Por fim, sob a o enfoque da situação inicial de equidade, a teoria de John Rawls, poderia ser interpretada de maneira a abraçar uma conceituação ampla do referido conceito, promovendo a igualdade material.

Com efeito, conclui-se que celebrar a justiça é muito mais do que distribuir para cada um aquilo que lhe convém, celebrar a justiça é se não garantir que cada um receba aquilo que lhe é devido dada a sua dignidade como ser humano.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei PL 6583/2013. Dispões sobre o Estatuto da Família. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B28CC55BA9FEBF4DFEE52E0AECD806B3.proposicoesWeb1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em: 26 de outubro de 2015.

BRITTO, Ayres. Íntegra do voto do ministro Ayres Britto sobre união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792> . Acesso em: 26 de outubro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Enquete sobre o Estatuto da Família Votação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/agencia-app/votarEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Resultados das Enquetes. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultadoEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E;jsessionid=BD4442592DBACB2932F33CB85199381A.node1>. Acesso em: 09 de Outubro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1980, (Os Pensadores).

KANT, Immanuel, Groundwork of the Metaphysics of Moals (1785) New York, Harper Torchbooks, 1964.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARSHALL. Margaret. Marshall, c.j. Hillary goodridge & others vs. Department of public health & another. Disponível em <http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html>. Acesso em: 08 de Outubro de 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAWLS, John. O Direito dos povos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 1. ed. Lisboa: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. Uma teoria de justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RENDWANSKI, Marina Rodrigues. O Conceito Jurídico de Família a Partir da Pluralidade de Figuras Existentes no Ordenamento Brasileiro Atual. 2012. Monografia de Conclusão para obtenção de Bacharel de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RODRIGUES, Daniela Rosário. Direito Civil. Família e Sucessões. São Paulo: Rideel, 2011.

SÁ. Geovânia de. Minha Defesa é Baseada em Princípios Cristãos diz Deputada Catarinense Favorável ao Estatuto Da Família. Disponível em: <http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/politica/noticia/2015/09/minha-defesa-e-baseada-em-principios-cristaos-diz-deputada-catarinense-favoravel-ao-estatuto-da-familia-4856316.html>. Acesso em: 19 de outubro de 2015.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 2009.