

REFLEXÕES SOBRE UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

LEIS, VALORES E SOCIEDADE



ORGANIZADORES:

ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPCÃO
PATRÍCIA GASPARRO SEVILHA GRECO



VOX LITTERA
PUBLICAÇÕES

LICENÇAS E USOS DESTA OBRA



Diamond Road Open Access

Open Access | Livre na internet | Creative Commons

Open access (OA) é um conjunto de princípios e uma série de práticas por meio das quais os resultados da pesquisa são distribuídos on-line, sem custos ou outras barreiras de acesso. Com o acesso aberto estritamente definido (de acordo com a definição de 2001), ou acesso aberto livre, as barreiras à cópia ou reutilização também são reduzidas ou removidas aplicando uma licença aberta para direitos autorais.



CC BY-NC-ND 4.0

Atribuição | Não Comercial | Sem derivações | 4.0 International

Esta licença permite que os reutilizadores copiem e distribuam o material em qualquer meio ou formato apenas de forma não adaptada, apenas para fins não comerciais e apenas enquanto a atribuição for dada ao criador.

ATENÇÃO

A editora não se responsabiliza pelo conteúdo da obra, com o qual não necessariamente concorda. Os autores conhecem os fatos narrados, pelos quais são responsáveis, assim como se responsabilizam pelas sentenças proferidas.

REFLEXÕES SOBRE UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

LEIS, VALORES E SOCIEDADE

ORGANIZADORES:

**ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPÇÃO
PATRÍCIA GASPARRO SEVILHA GRECO**



VOX LITTERA
PUBLICAÇÕES

MARINGÁ

2022

Supervisor Editorial

Tiago Eurico de Lacerda

Coord. Administrativa

Ana Cláudia Gomes

Diretor Editorial

Raul Greco Junior

Revisão Ortográfica

Feita pelos autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reflexões sobre uma nova hermenêutica constitucional : leis, valores e sociedade / organização Patrícia Gasparro Sevilha Greco, André Del Grossi Assumpção. - 1. ed. - Maringá, PR : Editora Vox Littera, 2022.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN FÍSICO: 978-65-84819-02-3

ISBN DIGITAL: 978-65-84819-03-0

ISNI: 0000000507801393

1. Direito constitucional 2. Hermenêutica jurídica I. Greco, Patrícia Gasparro Sevilha. II. Assumpção, André Del Grossi.

22-116367

CDU-340.132.6:342

Índices para catálogo sistemático:

1. Hermenêutica constitucional : Direito (340.132.6:342)

Bibliotecária

Aline Grazielle Benitez - CRB-1/3129

ATENÇÃO

A editora não é responsável pelo conteúdo da obra, com o qual não necessariamente concorda.

Os autores conhecem os fatos narrados, pelos quais são responsáveis, assim como se responsabilizam pelos juízos emitidos.

Vox Littera - Publicações

Rua Estácio de Sá, 1376 – Vila Bosque – CEP.: 87005-020 – Maringá - PR

Tel.: (44) 3367-8483 – e-mail: contato@voxlittera.com.br

www.voxlittera.com.br

ÍNDICE

PREFÁCIO	VII
01 - O DESAFIO DA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA: UMA NOVA PREOCUPAÇÃO HERMENÊUTICA NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	
André Del Grossi Assumpção, Lucas Rafael da Silva Delvechio	13
02 - O TRIDIMENSIONALISMO DE REALE COMO PONTE PARA O PÓS-POSITIVISMO	
Ana Lúcia Maso Borba Navolar, Silvio Henrique Marques Junior	35
03 - JUSTIÇA EM NÚMEROS: QUANTIDADE OU QUALIDADE? UMA INVESTIGAÇÃO FILOSÓFICA EM BUSCA DO JUSTO EM UMA SOCIEDADE DE MASSAS	
Júlia Mariana Cunha Perini, Luiz Alberto Pereira Ribeiro, Thais Depieri Yoshitani	56
04 - CONSTRUINDO NOVOS PADRÕES HERMENÊUTICOS A PARTIR DAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DE SUAS VARIADAS ESPÉCIES NA ATUALIDADE	
Patrícia Gasparro Sevilha Greco, Arthur Lustosa Strozzi, André Martini	79
05 - A REALIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Izabella Affonso Costa, Rafael Kenji Freiburger Nagashima	101
06 - O CONTROLE DE DEMOCRATICIDADE COMO HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar	121
07 - A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	
Rodolfo Vassoler da Silva, Yagho Willian Prenzler de Souza	142
08 - NOVOS CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS COM ÊNFASE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA	
Joelson Júnior Bollotti, André Del Grossi Assumpção	164
09 - A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE	
Flávia Osmarin Tosti Menegon, Vanessa Manganaro de Araujo Almeron	187

10 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO	
Fernanda Shimomura Zuffa, Pedro Alberto Alves Maciel Filho.....	205
11 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL	
Clarissa Gaspar Massi, José Chapoval Cacciaccaro.....	223
12 - DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO NO MUNDO GLOBALIZADO: DA PRECARIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO	
Franciele Barbosa Santos, Lillian Zucolote de Oliveira.....	247
13 - INTERFACES DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRABALHISTAS: DA NECESSIDADE DE UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO	
Rennan Herbert Mustafá, Ana Flávia Mortati Vanzella, João Lauro Serpeloni.....	269
14 - ANTROPOLOGIZAÇÃO DO DIREITO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DANO MORAL	
Arthur Lutiheri Baptista Nespoli, Nádia Carolina Brencis Guimarães.....	290
15 - O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA SOB A PERSPECTIVA DE PAULO BONAVIDES	
Glauco Francisco Moura Cruvinel, Leonardo Grillo Menegon.....	312
16 - A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO “NOVO JUIZ” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Beatriz Scherpinski Fernandes, Daniela Braga Paiano, Isabela Nabas Schiavon.....	330
17 - HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL COMO DIRETRIZ PARA UM JULGAMENTO POLÍTICO MUNICIPAL JUSTO	
Rafael Rodrigues Soares, Luiz André dos Santos.....	350
18 - ESTADO E VIOLÊNCIA	
Murilo Meneguello Nicolau.....	373
19 - QUID EST VERITAS? - A BUSCA POR UMA VERDADE DIANTE DE UMA CRISE INTERPRETATIVA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA	
Tiago Eurico de Lacerda, Raul Greco Junior, Patrícia Sevilha Greco.....	386
ORGANIZADORES.....	407
AUTORES.....	409

PREFÁCIO

Ao prefaciар a presente obra, faço-o com grata satisfação e muito honrado pelo convite recebido da Professora Patrícia Gasparro Sevilha Greco, que, ao se dedicar a organizá-la, possibilita a difusão ao público leitor de relevante produção acadêmica. A diversidade dos temas nela versados configura um conjunto de estudos incentivadores da busca de novos caminhos ao Direito, à sua interpretação e aplicação em prol de uma sociedade e de um país mais justo, fraterno e solidário. Isso porque tais artigos valorizam a Constituição do Estado Democrático de Direito e sua melhor interpretação, mediante os recursos teóricos de uma “nova hermenêutica constitucional”, capaz de bem trabalhar com princípios, regras e valores. E mais: reúnem reflexões que fortalecem a defesa do regime democrático a ser sempre aperfeiçoado, mas jamais vilipendiado, como preferem os cúmplices da barbárie que atacam a democracia, com o insano desejo de destruí-la¹.

O mundo globalizado apresenta inúmeros desafios à humanidade. A manutenção da vida no Planeta sofre a cada instante novas ameaças: aquecimento global, catástrofes naturais, guerras, fome, doenças, pandemia... são exemplos de fatores incontestáveis que têm dizimado, com muita frequência, milhares de vidas humanas e de outros animais que integram o que Fritjof Capra, com sua visão sistêmica, denomina “teia da vida”².

Viver humanamente é sempre conviver em relação com o outro e compartilhar experiências de vida, embora muitos evidenciem, pelo destrutivo comportamento, que ainda não entenderam tão básica verdade,

1 - Sobre os indicadores de comportamento autoritário que concorre para a “morte da democracia”, cf. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Segundo os autores, as quatro características de tal comportamento político são: rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas); negação da legitimidade dos oponentes políticos; tolerância ou encorajamento à violência; propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. Os autores observam que “um político que se enquadre mesmo em apenas um desses critérios é motivo de preocupação.” (Op. cit. p. 32 a 34).

2 - O físico e teórico de sistemas Fritjof Capra, em sua análise do conceito de “ecologia profunda” com o qual trabalha, afirma: “A nova compreensão científica da vida em todos os níveis dos sistemas vivos- organismos, sistemas sociais e ecossistemas – é baseada em uma percepção da realidade que tem profundas implicações, não apenas para a ciência e a filosofia, mas também para a política, os negócios, a assistência à saúde, a educação e muitas outras áreas da vida cotidiana. [...] Assim, a ecologia profunda faz perguntas profundas sobre os próprios fundamentos da nossa visão de mundo e do nosso modo de vida modernos, científicos, industriais, voltados para o crescimento e materialistas. Ela põe em questão todo esse paradigma a partir de uma perspectiva ecológica: a partir da perspectiva das nossas relações uns com os outros, com as gerações futuras e com a teia da vida da qual somos parte. (grifamos). Cf. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A Visão Sistêmica da Vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014, p.36-37.

ao estimularem atitudes e ações desumanizadoras do bom convívio³. É no convívio que o homem se percebe humano e valoriza instituições que visam atender necessidades humanas fundamentais (v.g. família, escola, Estado, igrejas, empresas, sindicatos, ONGS, clubes...). Não há convívio pacífico sem organização e normas que orientem as condutas intersubjetivas de modo a garantir um “mínimo ético” indispensável ao mútuo respeito, à convivência pautada pelo que é justo e à paz entre os membros de uma sociedade. Não há grupo, comunidade ou sociedade sustentáveis sem o respeito a uma pauta de valores básicos que oriente o convívio, dando-lhe sentido, direção. Assim, justifica-se a presença do Direito em sociedade, consoante o clássico brocardo “ubi societas, ibi jus” (onde está a sociedade está o Direito). As normas jurídicas, consoante ensinamentos da Teoria Tridimensional do Direito,⁴ resultam da percepção da incidência de valores sobre fatos, de modo a ensejar a produção, pelo poder legitimado para tanto, de normas protetoras de tais valores relevantes à sociedade. Assim, a observância das normas se justifica em razão dos valores a serem concretizados na convivência social.

No esforço para esclarecer o significado do fenômeno jurídico, nasce uma multiplicidade de teorias cuja análise não cabe neste prefácio.⁵ No entanto, é fundamental perceber as conexões entre o Direito, o ser humano e a sociedade por este constituída. Para isso, invocam-se ensinamentos de Dante Alighieri (1265-1321), quando afirma que “o direito é uma proporção real e pessoal de homem a homem; desde que essa medida e essa proporção sejam respeitadas, a sociedade está sã e salva; se são violadas, a sociedade se decompõe”. Para o célebre poeta e pensador florentino “[...] o fim de toda sociedade é o bem comum; o bem comum é, por conseguinte, o fim do

3 - A noção de “bom convívio” não se restringe às relações entre os humanos, mas leva em conta também o comportamento destes para com os demais seres vivos da natureza. Neste sentido, merece destaque o pensamento de Alberto Acosta, em sua obra “O Bem Viver”. Ao prefaciá-la, o historiador e gestor de políticas públicas, Célso Turino, assevera: “O Bem Viver se afirma no equilíbrio, na harmonia e na convivência entre os seres. Na harmonia entre o indivíduo com ele mesmo, entre o indivíduo e a sociedade, e entre a sociedade e o planeta com todos os seus seres[...]. Somente a partir destas três harmonias é que conseguiremos estabelecer uma profunda conexão e interdependência com a natureza de que somos parte”. Na sequência, Turino acrescenta: “O Bem Viver, tal qual no conceito em construção apresentado por Alberto Acosta, refere-se, portanto, à vida em pequena escala, sustentável e equilibrada, como meio necessário para garantir uma vida digna para todos e a própria sobrevivência da espécie humana e do planeta. Cf. ACOSTA, Alberto. O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016, p.15.

4 - Cf. REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito, 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1994.

5 - Cf. a tal respeito KELLY, John. Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental. São Paulo: Martins Fontes, 210. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (orgs.) Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. Barueri, SP: Manole, 2010. SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

direito[...]⁶. Mas o que é o “bem comum”? Uma boa resposta vem do Papa João XXIII, citado pelo jurista Dalmo de Abreu Dallari. Para o referido Pontífice (v. Carta Encíclica *Pacem in Terris*), o bem comum “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”⁷. Assim, o grande desafio proposto em tal assertiva consiste na criação de tais “condições de vida social” capaz de possibilitar o pleno desenvolvimento de todo ser humano, compromisso este assumido pelo País, ao adotar a democracia e a dignidade humana como princípios fundamentais.

A República Federativa do Brasil - ao constituir-se em Estado Democrático de Direito, embasada nos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, em seu título I (art. 1º ao art. 4º) - optou por assumir sérios compromissos em defesa da dignidade humana, dos direitos humanos e fundamentais, sem os quais, frise-se, não há democracia.

Ao se reconhecer o ser humano como pessoa dotada de dignidade, torna-se indispensável a reflexão sobre “o que é ser humano?”, pergunta esta que não almeja uma definição, mas visa despertar a atenção para as múltiplas dimensões do homem, todas carentes de desenvolvimento quando este chega ao mundo. Daí fazer muito sentido a lapidar afirmação do filósofo Mário Sergio Cortella, ao proclamar que “*Não nascemos prontos!*”⁸.

Se o homem não nasce pronto, necessita de um ambiente que o acolha e lhe possibilite desenvolver-se plenamente como pessoa, cidadão e partícipe da vida política, social, econômica e cultural da sociedade, a fim de não se ver excluído, marginalizado do convívio social. A inclusão de todos como participantes ativos da sociedade, sujeitos de direitos e deveres, com as garantias a estes inerentes, é propósito central da democracia e do Estado Democrático de Direito, instituído em prol do bem comum. Em tal paradigma, o titular do poder é o povo. E *povo não é massa* que pode ser demagogicamente manipulada. É composto de pessoas conscientes de seus direitos, deveres e responsabilidades, cujo modo de ser, de agir e de conviver só pode ser resultante de um autêntico processo educacional capaz de conduzir à formação do “sujeito democrático”, respeitador e impulsionador dos valores inerentes à democracia (dignidade, liberdade, solidariedade, justiça, igualdade de oportunidade, segurança e outros a estes conexos).

6 - ALIGUIERI, Dante. Da Monarquia. Rio de Janeiro: W.M. Jackson Inc. Rio de Janeiro: (Coleção Clássicos Jackson, v. XXVI, Pensadores Italianos), 1957, p.36

7 - Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, 22ª. São Paulo: Saraiva, 2001, p.107.

8 - CORTELLA, Mario Sergio. Não Nascemos Prontos! : Provocações Filosóficas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

Sabe-se que são múltiplas as dimensões do ser humano a serem desenvolvidas (ex. dimensão física, intelectual, da sensibilidade, vontade, liberdade, linguagem, social, política, ética, religiosa, do trabalho e da técnica...)⁹. Por isso, múltiplas são as dimensões dos direitos humanos e fundamentais que visam atender necessidades decorrentes das características inerentes ao ser humano. Consequentemente, diversas são também as perspectivas pelas quais o Direito deve ser estudado, a fim de ser compreendido. Isso porque as múltiplas manifestações do Direito, enquanto fenômeno social, correspondem às diversas faces, necessidades e comportamentos que o ser humano revela em suas relações com o outro, incluindo aqui os demais indivíduos e toda a natureza da qual também é parte. Tal estudo em busca da compreensão e aplicação do fenômeno jurídico é um exercício hermenêutico construtor de sentido ao Direito e aos direitos. Estes estão situados não apenas em textos, mas, também e sempre, em contextos reais da convivência humana, sujeita a avanços e retrocessos civilizatórios. Assim, compreender sentidos, já atribuídos ao que se quer interpretar e produzir novos sentidos adequados ao momento histórico em que se vive é papel de todo intérprete, nas diversas áreas do conhecimento, inclusive, obviamente, no âmbito da interpretação jurídica.

A maioria dos artigos componentes da obra que o leitor tem em mãos foi produzida no âmbito da disciplina “Filosofia do Direito”, que há vários anos venho ministrando no Programa de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina. Nas aulas e seminários desenvolvidos ao longo do semestre, ocorrem exposições, reflexões e debates de cunho jusfilosóficos, com o propósito de estimular a formação e o desenvolvimento contínuo do pensar crítico embasado nos fundamentos do Direito. Com isso, busca-se desvendar no fenômeno jurídico suas potencialidades civilizatórias, quando e se bem conectado às diversas dimensões do ser humano e aos valores indispensáveis à convivência social pacífica, justa e democrática.

O olhar questionador da Filosofia direcionado ao fenômeno jurídico engendra a Filosofia do Direito, a qual não se contenta com o mero descrever das manifestações dogmáticas do jus (leis, jurisprudência, decisões judiciais em geral, costumes jurídicos, doutrina explicativa dos conceitos técnico-jurídicos). Vai além. Perquire não apenas sobre o sentido do Direito para a sociedade, mas também a respeito das razões, dos fundamentos e dos valores que entram em cena por ocasião das escolhas feitas no ato de legislar, administrar e de

9 - A tal respeito cf. GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62 e seguintes, onde o autor desenvolve reflexão sobre a questão “o que é o homem?” invocando estudos de Filosofia, Psicologia e Antropologia Filosófica.

julgar. Tudo relacionado com as concepções de justiça, segurança, dignidade humana, democracia, sustentabilidade, bem comum e outras que servem de esteio ético ao convívio civilizado, o qual é antítese da barbárie, caracterizada pela violência e desconsideração do outro como pessoa.

Para se perceber as possibilidades do desenvolvimento contínuo do Direito em prol do bem da humanidade e engajar-se em tal empreitada, como agente participativo e intérprete profissional do Direito, a formação jurídica necessita dar forte ênfase à reflexão jusfilosófica¹⁰. Quando para esta se criam condições adequadas por meio da pesquisa, da leitura reflexiva e do diálogo sobre as temáticas propostas, obtêm-se a produção de novas ideias e textos que compartilham e ensejam novas reflexões, interpretações e ações. Assim, como frutos do esforço intelectual reflexivo, nasceram os artigos que compõem a presente obra.

As “REFLEXÕES SOBRE UMA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: leis, valores e sociedade” englobam diversas temáticas relevantes e instigantes ao pensar sobre o Direito. Nelas estão presentes, por exemplo, a preocupação em bem compreender o papel da argumentação jurídica, do Estado Democrático de Direito e da Nova Hermenêutica Constitucional; questionamentos sobre a “justiça de transição” no Brasil pós-ditadura militar (1964-1985); analisam-se questões como função social do contrato, improbidade administrativa, a vedação constitucional do retrocesso ambiental, direito fundamental ao trabalho digno e a importância da visão antropológica do Direito, para se garantir o respeito à dignidade humana. Além destes temas, a obra ocupa-se de outros não menos relevantes, tais como: o Poder Judiciário no âmbito da Democracia e o significado e necessidade de um “novo juiz” no Estado Democrático de Direito. Ademais, demonstra a necessidade de justiça nos julgamentos que ocorrem na esfera política e sugere meios ao seu aperfeiçoamento; investiga sobre o significado e a importância da interpretação jurídica no âmbito do pós-positivismo, sem deixar de lado a reflexão sobre as soluções alternativas à judicialização de conflitos, bem como, as possíveis relações entre Estado e violência, tendo em vista os paradigmas totalitários e ditatoriais que marcaram a história do século XX, aos quais se opõe a democracia e, em prol da qual, a presente obra vem contribuir.

Evidencia-se, assim, quão fértil é o terreno em que se origina este livro, fruto de pesquisa, reflexão e diálogo em torno do Direito. As reflexões traduzidas em artigos revelam o empenho investigativo e interpretativo de

¹⁰ - Sobre “metas e tarefas” do campo de investigação da Filosofia do Direito, cf. BITTAR, Eduard C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito, 12ªed. São Paulo: Atlas, 2016, p.66/67.

seus autores, com o intuito de fazer do Direito e das suas múltiplas formas de expressão (Constituição, Tratados Internacionais, leis, jurisprudência, doutrina jurídica...) instrumentos eficazes de atuação em prol da transformação do convívio entre os humanos e entre estes e demais viventes do Planeta, em um mundo que se encontra extremamente desequilibrado¹¹, com profundas carências de justiça social. Por isso, reiterando o que foi dito no início deste prefácio, os artigos desta obra, ao refletirem sobre diversos aspectos da interpretação e aplicação do Direito na sociedade contemporânea, além de contribuírem para a expansão do conhecimento jurídico, são vitalizantes estímulos em prol de um país (Brasil) e de um mundo mais saudável, fraterno e justo. Em síntese, são relevantes contribuições ao pensamento jurídico em busca da concretização social do bem comum, a qual tem a humanização do próprio homem como pressuposto e condição de possibilidade.

Por isso, estão de parabéns as autoras, autores e organizadores da obra.

Prof. Dr. Sergio Alves Gomes

Docente Associado da Universidade Estadual de Londrina.

Departamento de Direito Público

¹¹ - Tais desequilíbrios e patologias sociais são evidenciados por uma série de crises (ambiental, agrícola, econômica e financeira, política, sanitária e psicológica) bem analisadas por FRÉDÉRIC LENOIR. A tal respeito, cf. LENOIR, Frédéric. A Cura do Mundo. São Paulo: Loyola, 2014, p. 49 a 68.a



O DESAFIO DA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA: UMA NOVA PREOCUPAÇÃO HERMENÊUTICA NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

André Del Grossi Assumpção
Lucas Rafael da Silva Delvechio

CAPÍTULO

01

1. Introdução

A afirmação dos Direitos Humanos decorreu, historicamente, de modo tortuoso entre as perspectivas da axiologia Jusnaturalista e do tecnicismo Juspositivista. Desenvolveu-se em meio ao paradoxo da afirmação da Justiça enquanto valor supralegal, de contornos não bem definidos na primeira abordagem e, por sua vez, a invocação de direitos exclusivamente formais, reconhecidos pelo ordenamento positivo, na segunda ótica. Partindo de considerações sobre esse problema fundamental, o objetivo do presente estudo é destacar – ainda que de modo despretensioso – o esforço hermenêutico que está envolvido na busca por uma nova racionalidade argumentativa que supere as posições tradicionais (ou sirva ao propósito de reconciliá-las) em busca de um necessário equilíbrio epistemológico entre os planos valorativo e dogmático.

O presente estudo se lança, inicialmente, à notícia sobre as diferentes vertentes do pensamento afeto ao Direito Natural, que alcançou um universo notavelmente amplo de tempo na História e se desdobrou em diferentes perspectivas fundamentadoras. Ainda que os direitos sejam hoje reconhecidos por sua historicidade, o Jusnaturalismo se afirmou, por exemplo, a partir da invocação de uma ordem cosmológica pelos gregos antigos, ou da sabedoria e da onipotência divinas, no caso do pensamento teológico medieval. Dessa forma, o campo da justiça apontaria um conteúdo, em grande medida, estanque, em que pese a crítica ter evoluído no sentido da revelação de seu caráter extremamente mutante e variável. Sob o mesmo contexto, diferentes vertentes se acumularam e se sobrepuseram ao longo do tempo, oferecendo perspectivas bem diversas para sustentação de valores fundamentais que ultrapassam o texto legal, mas com grande subjetividade e, tantas vezes, de modo inefável.

Em um segundo momento, o texto está dedicado à ilustração do modo como o ânimo cientificista do Século XIX se espalhou pelas Ciências Sociais e tomou, também, o espaço do Direito, com a proposição de uma nova Ciência Jurídica “pura”, livre de considerações metafísicas e calcada exclusivamente no estudo normativo. O texto procura sinalizar, nesse ponto, o contexto no qual a norma escrita passou a ser o principal ponto de esteio da organização social, cuja manutenção e afirmação ancorava-se na presunção absoluta de legitimidade e validade das instituições do Estado, como uma máquina geradora do dogma jurídico. O sentido da produção do direito daí resultante residiria na mente do Legislador, cabendo ao intérprete apenas alcançá-lo por

meio da exegese do texto legal, sem qualquer antinomia.

Em seguida, o estudo avança por tópicos dedicados a explicitar a insuficiência do paradigma tradicional especialmente no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos: a necessidade de protegê-los para além e, até mesmo, *contra* o ordenamento estatal. Inclusive, essa mesma proteção é ilustrada de modo direto pela própria ênfase na variação terminológica a que se submete o tema (pela distinção entre direitos humanos e fundamentais), para evidência da superação necessária que se faz sobre o pensamento normativo meramente silogístico e restrito à produção positiva estatal.

A seu tempo, revela-se, por consequência, o novo paradigma hermenêutico que é inerente à proposta dita “pós-positivista” para superação da insuficiência precitada, com um novo arranjo da posição do Estado na estrutura do ordenamento. Procura-se demonstrar que esse desenlace do tema não se oferece de modo fácil, porque implica a revisão das proposições tradicionais sobre fontes do Direito em um mundo globalizado, revistas, então, sob um ponto de vista plural e encerra um novo esforço de racionalidade argumentativa que não implique simples retorno às proposições jusnaturalistas e que esteja comprometida com respostas convincentes perante a multiplicidade dos interessados. No âmbito dessa “Nova Hermenêutica”, precedentes nacionais e internacionais ocupam um papel especial, cuja maior eficácia racionalizadora está apoiada, precisamente, no compromisso com a análise cautela da *ratio decidendi* dos casos paradigmáticos para estabilização da atividade interpretativa judicial (e consequente exigência de demonstração da superação ou distinção como pressupostos da própria validade da fundamentação jurídica no cenário contemporâneo).

2. Brevidades sobre o Jusnaturalismo histórico

Conforme Gilmar Antônio Bedin (2006, p. 240), o Jusnaturalismo correspondeu à mais antiga (de consequência, a primeira) perspectiva de compreensão teórica do fenômeno jurídico, razão pela qual muitas vezes seu percurso se confunde com o próprio curso histórico da Filosofia do Direito. Surgiu, assim, ainda na Grécia antiga e teve entre seus primeiros defensores Heráclito de Éfeso (540 a.C. a 470 a.C.) e Sófocles (497 a.C. a 406 a.C.), este último quem escreveu a famosa tragédia Antígona (442 a.C.), que ilustra a ordem superior natural como fundamento maior das regras de comportamento social.

No conto de Sófocles, Polínicé foi morto após tentar dar um golpe de Estado em Tebas, governada por Creonte. Por esse motivo, Creonte determinou que o corpo do traidor não poderia ser enterrado - o que era considerado algo de grande desonra para a tradição da época -, tendo o mesmo fim aquele que desobedecesse a sua ordem. Desafiando a norma régia, Antígona, irmã de Polínicé, celebrou todos os rituais fúnebres em favor do falecido. Em sua defesa contra a irrisignação da autoridade, buscou amparo na invocação das leis dos deuses, que prescreviam o direito das famílias de enterrar seus mortos, fazendo apelo ao princípio de justiça, que constituiria fundamento externo e imutável do direito natural (BEDIN, 2006, p. 240-241)¹.

Com antecedentes históricos tão antigos, seria previsível, então, que a expressão Jusnaturalismo comportasse vários paradigmas diferentes. Antônio Braz Teixeira classifica as concepções jusnaturalistas, fundamentalmente, em: (a) essencialista ou substancialista - que se subdivide em cosmológica, teológica e antropológica ou racional; (b) formalista; e (c) existencialista (TEIXEIRA, 2006, p. 191).

A concepção essencialista ou substancialista fundamentou e legitimou a organização normativa da vida social na própria natureza, a partir da almejada reprodução da ordem superior que rege o mundo natural, de modo substancial e permanente, imutável, absoluto, válido em todos os lugares (TEIXEIRA, 2006, p. 214-216). Entre as posições essencialistas, a perspectiva cosmológica retrata o pensamento inaugural dos gregos antigos, que fundamentava o direito e a justiça na relação eterna e circular de tudo que existe com o Cosmos. Decidir com justiça implicaria decidir de acordo com a dinâmica do próprio universo, portanto (TEIXEIRA, 2006, p. 184-186). O paradigma cosmológico no pensamento jusfilosófico teve uma amplitude temporal muito extensa e prevaleceu, também, a partir da Escola Estóica de Zenão (350 a.C. a 260 a.C.), que enfatizou noções de igualdade natural entre os cidadãos e a submissão ao ideal de justiça independentemente do destino que implicasse; estendendo-se sua influência sobre a atividade jurídica até os primeiros séculos da Era Cristã,

1 - O diálogo entre as personagens Creonte e Antígona bem demonstra a pretensão de superioridade da lei divina sobre a lei da autoridade terrena: "CRÉON: Dize, tu que aí estás, tu, de cabeça baixa: negas ou confessas teres feito aquilo? ANTÍGONE: Eu confesso tudo, nada negarei. CRÉON: (Ao GUARDA) Vai-te embora tu, vai-te aonde quiseses: estás livre, nada pesa sobre ti. (sai o GUARDA, A ANTÍGONE) E tu, dize logo, sem quaisquer rodeios: conhecias a ordem que vedava aquilo? ANTÍGONE: Sim. Como ignorá-la? Era público o edito. CRÉON: Não obstante, ousaste infringir minha lei. ANTÍGONE: Porque não foi Zeus que a editou, nem foi a que vive com os deuses subterrâneos - a Justiça - quem aos homens deu tais normas. Nem nas tuas ordens reconheço força que a um mortal permitia violar aquelas não-escritas e intangíveis leis dos deuses. Estas não são de hoje, ou de ontem: são de sempre; ninguém sabe de quando foram promulgadas. A elas não há quem, por temor, me fizesse transgredir, e então prestar contas ao Numes. Bem sei, como não? Que ei de morrer um dia mesmo sem decreto teu; e se tombar morta antes do tempo, então tanto melhor: para quem, como eu, vive entre tantos males, como não será de só proveito a morte? Para mim, morrer não é sofrer; seria sofrimento, sim, se eu acaso deixasse insepulto o que nasceu de minha mãe. Isso me doeria: o resto não importa. Posso parecer uma louca, talvez: mais louco, porém, é o que me julga louca" (VIEIRA; ALMEIDA, 1997, p. 61/62).

inclusive (BODENHEIMER, 1966, p. 31)².

A concepção teológica do pensamento essencialista, por sua vez, prevaleceu a partir da superação do Império Romano e consequente estabelecimento amplo do Cristianismo sobre a Europa medieval. Aos teóricos cristãos, a visão grega tradicional cosmológica deveria ceder passo à sabedoria divina como elemento legitimador e fonte última das noções de direito e justiça (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 39). Entre seus teóricos mais importantes são referidos Santo Agostinho (354-430 D.C.) e Santo Tomás de Aquino (1226-1274 D.C.). Este último, porém, classificou o direito sob as seguintes categorias, que também incluíam o direito positivo: (a) lei divina - *lex divina*; (b) lei eterna - *lex aeterna*; (c) lei natural - *lex naturalis*; e (d) lei humana - *lex humana* - ou positiva (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 32). Sob essa ótica, a lei divina seria perfeita e informaria o Direito Natural sobre as diretrizes como os homens deveriam se conduzir, ao passo que a lei humana, de consequência, deveria promover a particularização dos princípios superiores para a regulação de temas específicos (BODENHEIMER, 1966, p. 24 e seguintes).

Por sua vez, a concepção essencialista de matriz antropológica ou racional corresponde ao pensamento iluminista de autores como Hugo Grócio (1583-1645), a quem o Direito Natural resultaria como ditame dedutível da própria razão reta, inerente à natureza racional do ser humano. Desenvolveu-se, então, a partir do pensamento iluminista de autores como Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), John Locke (1632-1704) ou Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que refletiram sobre a posição de igualdade natural dos indivíduos para apoiar a dedução de princípios extraídos exclusivamente da razão como suficiente para o conhecimento da justiça, já sem necessidade da Revelação concedida por Deus. A essas proposições se somariam as diferentes suposições sobre um estado de natureza (real ou suposto), a partir do qual os indivíduos avançariam contratualmente para a vida sob a direção do Estado (TEIXEIRA, 2006, p. 199 e seguintes)³.

Para a perspectiva formalista, o Direito Natural parte do pensamento

2 - Mas aos próprios antigos já se havia antevisto a insuficiência da noção abstrata de justiça para solução de todos os problemas concretos da humanidade. Embora atento à tradição jusnaturalista grega, o próprio Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) recomendou também o estudo das leis humanas ao ponderar que a análise da natureza, por si só, seria insuficiente e que o direito, ao final, resultaria “da natureza e da convenção”, para asseguramento da justiça completa (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 35)

3 - Conforme Edgar Bodenheimer, a nova perspectiva se desenvolveu a partir de três momentos, quais sejam: (a) emancipação teológica no âmbito da Reforma protestante; (b) a afirmação do capitalismo liberal na economia e do pensamento liberal político e filosófico; e (c) o elogio às propostas de soberania popular e democracia por meio do majoritarismo (BODENHEIMER, 1966, p. 37 e seguintes, em especial página 48).

de Kant (1724-1804) até sua expressão mais acabada no pensamento neokantiano de Rudolf Stammler (1856-1938). Segundo sua compreensão, a natureza humana não é acessível ao conhecimento, mas cabe ao homem alcançar pela razão o *dever-ser*, sob máxima generalidade, respondendo à proposta “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”. A ideia do Direito correspondente a seu valor entendido como justiça, mas de natureza formal, de modo que “a ideia de Direito ou de Direito justo, porque puramente formal, conduz a uma concepção do *Direito Natural de conteúdo variável* no tempo e no espaço” (TEIXEIRA, 2006, p. 216 e seguintes)⁴.

A outra perspectiva jusnaturalista, para além das primeiras vertentes de corte essencialista e formalista, corresponde à perspectiva inerente ao Existencialismo, que aponta a nomes como os de Kierkegaard (1813-1855) e, mais recentemente, Jean-Paul Sartre (1905-1980). Para filósofos afiliados a essa linha de pensamento, não há comportamento humano que se fundamente em um padrão universal e imutável, precisamente porque não há propriamente um padrão humano correspondente (universal e imutável). Se é verdade que a existência dos seres humanos precede à sua essência (ou seja, os seres humanos se constroem a si mesmos enquanto vivem no mundo), então não há conceitos eternos de justiça que se devam procurar no Cosmos ou em Deus ou em alguma forma irretocável de natureza humana (Nesse sentido: TEIXEIRA, 2006, p. 220 e 221)⁵.

As vertentes do pensamento jusnaturalista, porém, se ressentem com frequência de críticas fundamentais à insegurança e relatividade de sua aplicação. Com efeito, ainda que se presuma igual capacidade de exercício da argumentação racional a todos os seres humanos ou que se admita a historicidade do tema, o grau de abstração que é inerente às suas proposições faz com que seja, muitas vezes, difícil sustentar a imperiosidade de determinada pretensão de comportamento ou assegurar a previsibilidade necessária à regulação da vida social. Nesse contexto, autores como o filósofo dinamarquês Alf Ross (1899-1979) tecem críticas à invocação do Direito Natural, referindo-se que as proposições jusnaturalistas se mostram “vazias e carecidas de sentido,

4 - Na lição de Vicente de Paula Barreto e Fernanda Frizzo Bragato, o pensamento de Kant divide o direito em: (a) o direito enquanto ciência, com o estudo do Direito Natural e do direito positivo; e (b) o direito enquanto faculdade moral de obrigação, inerente ao direito natural ou ao direito adquirido (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 57 e seguintes).

5 - O Direito Natural, que se sobrepõe ao direito positivo para os existencialistas, deverá estar calcado não em algum aspecto essencial (substancial) do ser humano, mas na projecção que o próprio homem realiza de si mesmo historicamente (TEIXEIRA, 2006, p. 222), o que deve viabilizar a afirmação de princípios superiores às normas positivas de modo sempre mais atualizado e coerente com o momento histórico da humanidade.

destinando-se, unicamente, a apoiar determinadas atitudes emocionais e não racionais e a satisfazer certas necessidades, o que revelaria o seu evidente caráter ideológico” (TEIXEIRA, 2006, p. 233). A doutrina jusnaturalista, como se vê, é alvo de críticas, especialmente daquela referente à natureza metafísica de suas considerações, que dificultam a afirmação de suas conclusões para além do campo da mera especulação e da opinião.

3. O Juspositivismo enquanto intento de afirmação do método científico no estudo e na prática do Direito

É de costume indicar como pioneiro maior da recusa ao pensamento metafísico no pensamento social o francês Auguste Comte (1798-1857) que, no Século XIX, reivindicou o método empírico, então já aplicado às Ciências Naturais, também, ao estudo das Ciências Sociais, no intuito de conferir-lhes a mesma dignidade científica.

Com a obra *Discours sur l'esprit positif*, o autor francês expunha suas conclusões sobre a evolução do pensamento humano, classificando-o sob três momentos, quais sejam: (i) estado teológico, no qual se observa uma “infância” metodológica, tendo em vista que o homem emprega explicações pautadas nas ações do divino, diante da ausência de conhecimento acerca dos fenômenos que o circundam; (ii) estado metafísico, no qual o homem começa a se distanciar do divino e passa a tecer explicações sobre os fenômenos do mundo de maneira abstrata; e (iii) estado positivo, fase final e madura do pensamento humano, no qual o homem observa os fenômenos mundiais exclusivamente pelo método científico, por meio do empirismo e dedução de leis universais, decorrentes da análise da experiência⁶.

Nas Ciências Sociais, aliás, os defeitos de método explicariam, também,

6 - “Cette longue succession de préambules nécessaires conduit enfin notre intelligence, graduellement émancipée, à son état définitif de positivité rationnelle, qui doit ici être caractérisé d'une manière plus spéciale que les deux états préliminaires. De tels exercices préparatoires ayant spontanément constaté l'inanité radicale des explications vagues et arbitraires propres à la philosophie initiale, soit théologique, soit métaphysique, l'esprit humain renonce désormais aux recherches absolues qui ne convenaient qu'à son enfance, et circonscrit ses efforts dans le domaine, dès lors rapidement progressif, de la véritable observation, seule base possible des connaissances vraiment accessibles, sagement adaptées à nos besoins réels. [...]” (COMTE, 1995, p. 64-65). Em tradução livre: Esta longa sucessão de preâmbulos necessários conduz finalmente a nossa inteligência gradualmente emancipada ao seu estado definitivo de positividade racional, que aqui deve ser caracterizada de uma forma mais especial do que os dois estados preliminares. Tais exercícios preparatórios tendo espontaneamente notado a inanidade radical das explicações vagas e arbitrarias próprias da filosofia inicial, quer teológicas quer metafísicas, a mente humana renuncia doravante às investigações absolutas que apenas se adequavam à sua infância, e circunscreve os seus esforços no domínio, doravante rapidamente progressivo, da verdadeira observação, única base possível de conhecimentos verdadeiramente acessíveis, sabiamente adaptados às nossas necessidades reais.

os próprios defeitos da organização social, no sentido de que a incapacidade dos estudiosos em estabelecer parâmetros racionais explicaria propriamente o igual fracasso organizacional da sociedade. Por isso, sua crítica do método estava também orientada a efeitos práticos, o que permitiu conclusões como que “[d]a desordem intelectual e moral dos indivíduos provém a desordem que reina na sociedade, levando-a até seus limites extremos. [...]” (FERRAROTTI, 1975, 37-38)⁷.

O *Positivismo Sociológico* de Auguste Comte não se dirigia precisamente ao campo jurídico, mas ganhou notoriedade nos diferentes ramos do saber, sendo que o estudo do Direito não foi uma exceção. Entre os juristas defensores do chamado Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, Hans Kelsen (1881-1973), austro-húngaro responsável pela famosíssima *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), ganhou destaque muito especial por meio da proposição fundante da legitimidade de cada ato normativo exclusivamente com apoio na estrutura hierárquica do próprio ordenamento, regressivamente até a invocação da chamada “norma hipotética fundamental” sobre a qual estaria fundamentada a pirâmide normativa (KELSEN, 1982).

O Direito enquanto Ciência (e especialmente Ciência distinta de outros ramos do conhecimento humano) deveria ser compreendido, então, exclusivamente a partir de sua natureza normativa e por meio de regras de imputação e legitimação hierárquica de cada ato normativo sobre o anterior e não sobre pretensões abstratas de princípios superiores que pairassem no pensamento humano fora do contexto positivo. À vigência e validade das normas jurídicas, destarte, importa mais a estrutura da pirâmide normativa que a eventual coincidência entre o conteúdo ditado pela norma positiva e o conteúdo ditado pelas normas morais⁸.

Note-se que o paradigma positivista não vedou peremptoriamente a ponderação sobre valores e dados empíricos da realidade social. Mas é notável que a perspectiva juspositivista implica recomendá-la a outros campos do conhecimento humano à medida que se propõe ao jurista concentrar-se sobre a norma e suas relações de legitimação hierárquica, reduzindo-se muito, ao final,

7 - Assim, a afirmação da cientificidade das Ciências Sociais dependeria da rejeição à especulação meramente subjetiva sobre os fenômenos, devendo o estudioso pautar-se sobre análises objetivas, desde uma ótica científica e não encantada com o mundo etéreo.

8 - “La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también, derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con ‘la’ moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral.” (KELSEN, 1982, p. 75/76).

o universo cotidiano dos operadores do direito e sua capacidade de reflexão e adaptação ao caso concreto⁹.

Para contornar o problema da legitimação última do direito, Kelsen recorreu à proposição de uma “norma hipotética fundamental”, a partir da qual a validade do ordenamento se constrói estruturalmente, mas que é desprovida de conteúdo específico e que, nesse sentido, se distingue de eventual novo apelo de legitimação semelhante às perspectivas jusnaturalistas. A atividade jurídica, então, resultaria limitada à operação silogística desprovida de reflexão sobre o conteúdo normatizado propriamente¹⁰.

Vale salientar, porém, com apoio fundamentado em Miguel Reale (2000, p. 222), que as bases teóricas do Juspositivismo, a rigor, não são propriamente novas e já estavam presentes no próprio germen do pensamento Jusnaturalista clássico. Remontando ao pensamento de Hobbes, por exemplo, vê-se que o direito seria criação própria do Poder Soberano, autorizado a tudo pelo povo que o constituiu. Como para o *Leviathan* de Hobbes, esse poder é ilimitado, porque é o próprio Poder Soberano quem assenta o direito positivo e diz por esse meio o que é a própria Justiça, então o produto legislativo hobbessiano resulta também inquestionável (assim com termina por resultar do Juspositivismo). Segundo ele, “*O soberano, para Hobbes, pode cometer uma iniquidade, mas nunca uma injustiça*, porque a Justiça com o soberano se confunde, de sorte que todas as leis escritas e não-escritas adquirem autoridade e força pela vontade do Estado [...]” (REALE, 2000, p. 222)

Os resultados do Juspositivismo não podem ser confundidos, destarte, com a inocente afirmação de cientificidade ao estudo e aplicação do direito positivo e nada mais, porque, em suas consequências, o pensamento positivista resgata e aprofunda a opção política pelo poder absolutista, que reduz toda

9 - Do ponto de vista da teoria pura kelseniana, a validade do ordenamento positivo não deve obediência a nenhum conteúdo de direito natural: “Una doctrina iusnaturalista coherente se diferencia de una doctrina jurídica positivista en que busca el fundamento de validez del derecho positivo, es decir, de un orden coactivo eficaz en términos generales, en un derecho natural diferente del derecho positivo, y, por lo tanto, en una norma u orden normativo con el cual el derecho positivo puede, o no, corresponder en lo que hace a su contenido; de suerte que cuando el derecho positivo no se adecua a esa norma, o a ese orden normativo, tiene que ser visto como inválido. Conforme a una auténtica doctrina del derecho natural, por consiguiente, no puede interpretarse a cualquier orden coactivo – a diferencia de lo que hace la teoría pura del derecho como teoría jurídica positivista –, eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido.” (KELSEN, 1982, p. 229 e 230)

10 - “Pero la norma fundamental que la teoría pura del derecho establece como condición de la validez objetiva del derecho, sirve de fundamento a la validez de todo orden jurídico positivo, es decir, del orden coactivo, eficaz en general, instaurado mediante actos humanos. La teoría pura del derecho, como corresponde a una teoría jurídica positivista, no puede sostener que un orden jurídico positivo no corresponda a su norma básica, e que, por ende, no tenga que ser considerado válido. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico.” (KELSEN, 1982, p. 228)

autoridade criadora do direito à autoridade do Leviatã e limita todo o Direito ao direito positivo referendado pelo Estado. Satisfeito com o argumento de autoridade, o Juspositivismo prescinde da crítica axiológica. Permite à instituição da norma pelo processo legislativo estabelecer presunção de legitimidade e suficiência do texto legal que até relembra os ares de inspiração majoritarista dos primeiros Estados de Direito, mas que ignora todo conteúdo de justiça que possa haver passado despercebido ou tenha sido negligenciado ou reprimido deliberadamente pelo Legislador. A invocação de tal legitimidade, inquestionável, aliás, parece estar relacionada a governos totalitários como os de Hitler, Stalin ou Mao Tsé-Tung, cujas deliberações arbitrárias levaram à catástrofe milhões de pessoas e estimularam o esforço de superação do próprio paradigma positivista¹¹.

Aliás, ao tratar do ideário de Georg Jellinek (1851-1911) (um outro grande pensador do ideário juspositivista), Miguel Reale (2000, p. 222) destaca também a contradição que reside na fundamentação do próprio ato criador do Estado nesse modelo, porque se todo Direito se limita ao Direito do Estado, então não haveria sequer Direito que lhe antecede ou supere: primeiro se mostra o Estado e depois o Direito que ele assegura. Segundo Jellinek, “Dessarte, primeiro nasce o Estado e, só então, se lhe agrega o Direito, pois ‘a existência do Direito depende da presença de uma organização que o realize’” (REALE, 2000, p. 222). O problema fundamental da anterioridade (diríamos também superioridade) do Direito em relação ao Estado (ou vice-versa) é um ponto central do paradoxo, porque diz respeito à viabilidade de limitar a atuação estatal ou reconhecer princípios superiores a que também o Poder Público deva estar submetido. Nessa linha, a própria inteligência juspositivista acabaria havendo de ceder passo a questionamentos que dialogam com a história do Direito Natural. Reale (2000, p. 241) explica, ainda, que Jellinek acabaria, assim, fazendo uma concessão intelectual, já que o ato criador do Estado dependeria de forças sociais relevantes sobre o Direito, as quais não se confundem com o Direito positivo, o que Jellinek indicaria ao final como uma forma de Direito fora do Estado¹².

11 - “A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do anti-legalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo)” (HESPANHA, 2018, p. 58).

12 - “Admite, por conseguinte, a possibilidade de um Direito extraestatal, mas acrescenta que só no Estado existe direito positivo. Fora do Estado, diz ele, existem forças sociais que oferecem também garantias à validade efetiva do Direito, tais como os costumes, as regras particulares de convivência, as associações religiosas, a imprensa, a literatura etc., forças essas que exercem ação mais decisiva do que a própria coação jurídica. [...] Com isto, não toda a formação do Direito, mas toda a proteção do Direito

Bem se vê, de consequência, que por mais elaboradas que se apresentem as considerações juspositivistas sobre o Estado e o direito positivo, a “pureza” científica almejada por Kelsen e seus simpatizantes não é alcançada. A rigor, em lugar de oferecer aos juristas e aplicadores do Direito um método que se lhes mostre genuinamente científico e exclusivo, o Juspositivismo implicará, ao final, fundamentalmente, a redução arbitrária do universo de conhecimento jurídico.

O esforço do Juspositivismo para a condução do Direito ao rigor científico equiparável ao das Ciências Naturais não apenas fracassa, portanto, como oferece aos juristas e aos aplicadores do direito uma posição “mecanicista” apegada ao mero silogismo jurídico acoplado à interpretação exegética do texto legal. Limita a atividade jurídica a um campo de trabalho muito simplificado e restrito que termina avesso à própria invocação de racionalidade científica que pretendia alcançar (tudo ao contrário do objetivo inicial de elevação da própria dignidade do Direito, portanto).

4. A insuficiência da perspectiva juspositivista na proteção dos direitos humanos e a busca por um novo paradigma hermenêutico

4.1. Distinção elucidativa a partir da revisão do conceito de Direitos Humanos

Considerando que as limitações resultantes do pensamento juspositivista foram especialmente trágicas no contexto de Estados totalitários, não é de estranhar-se, então, que sua superação no cenário contemporâneo tenha sido devida, muito especialmente, à afirmação histórica dos Direitos Humanos em contraposição às deficiências da legislação nacional, por meio da atuação das Cortes Constitucionais do Século XX. Aliás, a insuficiência da perspectiva juspositivista para proteção de Direitos Humanos é bem ilustrada pela própria distinção didática que se estabelece entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

A terminologia sobre o tema é muito variante e tantas vezes na

juridicamente ordenada fica sendo incumbência do Estado. [...] (REALE, 2000, p. 241)

formação jurídica as expressões são empregadas como sinônimos, podendo referir-se ao mesmo assunto com palavras que se alternam como “direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais” (RAMOS, 2019, p. 51). Cabe aqui, então, um contraponto didático apresentado sobre a raiz dessas variações, que permite, também, ilustrar as limitações do Juspositivismo sobre o tema.

A rigor, como não há uma terminologia *oficial* e a predileção nominal se alterou *historicamente*, os textos normativos nacionais e internacionais utilizam as variadas expressões muitas vezes como sinônimos, indistintamente, como se verifica na Constituição Brasileira de 1988 (“direitos humanos”, no artigo 4º, II; “direitos e liberdades fundamentais” no artigo 5º, XLI; ou “direitos e liberdades constitucionais”, no artigo 5º, inciso LXXI; “direitos e garantias fundamentais” no o art. 5º, § 1º; “direitos fundamentais da pessoa humana” no artigo 17; “direitos da pessoa humana” no artigo 34, VII, *b*; “direitos e garantias individuais” no artigo 60, § 4º; e, ainda novamente, “direitos humanos” no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Já no plano internacional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 utilizou as expressões “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem” no Preâmbulo; a Declaração Universal dos Direitos Humanos também referiu “direitos do homem” em seu Preâmbulo, com uso também das expressões “direitos fundamentais do homem” e, ainda, “direitos e liberdades fundamentais do homem”; seguindo-se também terminologia variante na Carta da Organização das Nações Unidas, que menciona “direitos humanos” no Preâmbulo e no artigo 56, bem como “liberdades fundamentais” no artigo 56, alínea *c*; ou, ainda, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, com o uso da expressão “direitos fundamentais”; e, finalmente, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950, que mencionou “liberdade fundamental” (RAMOS, 2019, p. 51-52).

Segundo o mesmo autor acima referido, a própria historicidade dos Direitos Humanos explica a multiplicidade de expressões, porque cada nome enfatiza um aspecto historicamente relevante de sua proteção, atentando-se aos contornos que foram sendo acrescentados ao longo do tempo (RAMOS, 2019, p. 51 e 52). Mas, em meio à variedade dos nomes empregados, existe uma distinção possível entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais segundo a qual, por um lado, os Direitos

Humanos são universais, reconhecidos tanto na Declaração Universal, de 1948, quanto nos costumes, princípios jurídicos e tratados internacionais; enquanto, por sua vez, os Direitos Fundamentais correspondem àqueles já positivados nos ordenamentos jurídicos nacionais (LEITE, 2014, p. 33)¹³.

Contraposta essa observação às considerações prévias que foram apresentadas sobre o paradoxo entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, será viável concluir, então e sem maiores dificuldades, que a proteção aos Direitos Humanos não depende, de modo necessário e exclusivo, da adoção ao paradigma jusnaturalista, porque também o ordenamento nacional poderá encampá-los por iniciativa de grupos de pressão sobre o Legislador, por exemplo, traduzindo-os na forma de Direitos Fundamentais positivados e acessíveis ainda ao paradigma juspositivista. Mas nada além disso. Em suma, o paradigma juspositivista protege apenas Direitos Fundamentais já reconhecidos pelo texto escrito, mas pouco ou nada tem a oferecer para proteção de Direitos Humanos em posição externa (ou mesmo *contrária*) ao conteúdo de direito positivo. “Os juspositivistas sustentam que os direitos humanos são fundamentais e essenciais, desde que reconhecidos pelo Estado, pelo Poder Político.” (LEITE, 2014, p. 37)

4.2. A necessária mudança de paradigma para defesa ampla e eficiente dos Direito Humanos

Celso Lafer (1997, p. 56-64), inspirado em Hannah Arendt, defende que a expansão dos Direitos Humanos se dá por meio do aperfeiçoamento da integração social, remontando à tradição filosófica do Século XVIII, para a qual o ser humano era reputado como valor ético fundamental e não como algo desprezível e descartável. A partir dessa base fundamental ao aperfeiçoamento social e à legitimação dos direitos humanos, o homem pode reclamar maior proteção jurídica com “direito a ter direitos”, para além da insuficiência que possa ser observada no texto legal.

Isso se verifica atual, aliás, no momento em que o direito positivo produzido pelo Estado soberano cai em relativo desprestígio no mundo

13 - O mesmo autor também ressalva uma distinção possível entre Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direitos Humanos (DH), que por vezes são empregados como expressões sinônimas. Sob a primeira nomenclatura (DIH) seria melhor compreender atos internacionais conhecidos como a criação da Cruz Vermelha, os direitos de Haia e Convenções de Genebra de 1949, orientados à limitação dos atos de guerra a bem da proteção de grupos civis etc. “Já os direitos humanos, como vimos, são mais amplos, pois são universais e indivisíveis, isto é, dizem respeito a condições de vida, dignidade, liberdade e igualdade de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, sexo, origem, nacionalidade, estado civil, religião, crença ou quaisquer outras situações ou condições.” (LEITE, 2014, p. 34 e 35.)

globalizado, tornando, por vezes, superados na prática os ditames do Legislador nacional (contexto no qual a perspectiva centralista do direito sobre o Estado cede passo à refundação do edifício jurídico sob a ótica primordial da defesa dos direitos humanos, que ultrapassa a noção tradicional de soberania nacional, inclusive)¹⁴.

Nesse sentido, Miguel Reale enfatizou um novo cenário balizado na observação do chamado Pluralismo Jurídico como reação de grupos diversos contra as amarras do ordenamento estatal, embora com advertência sobre os exageros que podem ameaçar a unidade científica do Direito.¹⁵ A superação do paradigma juspositivista, porém, não pode ignorar completamente a norma, nem os fatos subjacentes à realidade, sob pena de expor-se à mesma crítica contra o caráter metafísico apontado ao pensamento jusnaturalista. Diante da apropriação múltipla da criação jurídica por grupos variados, Miguel Reale apontou então à necessidade de moderação da crítica do texto legal por meio de posições intermediárias como as de Del Vecchio, Ravà, Guidotti, entre outros, que sem negar a pluralidade das Fontes do direito conferem ao ordenamento nacional uma segura primazia (não exclusividade, vale frisar)¹⁶.

Por outro lado, precisamente diante da pluralidade de interessados na interpretação constitucional, a realidade das forças sociais não pode ser ignorada, cabendo ao intérprete oferecer respostas convincentes à amplitude do público interessado em atenção ao que Peter Häberle denominou “reserva de consistência” na interpretação constitucional¹⁷; e que reforça o sentido

14 - Especialmente desde o ponto dos direitos humanos, aliás, o novo modelo torna superada a estruturação piramidal juspositivista do Direito amparada no *State approach* (centralismo da soberania estatal), em favor de uma nova estrutura em forma de trapézio que envolve a Constituição nacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no topo da estrutura normativa, inclusive, com legitimação última do direito sob o que se denomina *Human Rights Approach* (com ênfase na soberania popular e no asseguramento da cidadania) (PIOVESAN, 2012, p. 68 a 72).

15 - “Explica-se, dessarte, a adesão encontrada pelo pluralismo entre os afirmadores dos direitos dos grupos econômicos, das associações e dos sindicatos, ressurgidos triunfantes por imperiosas necessidades do mundo contemporâneo, não obstante a proibição legal consagrada nos códigos civis e penais [...] Movimento benéfico, porquanto representava uma justa reação contra os exageros do monismo e da estatalidade jurídica absoluta, não tardou o pluralismo a transpor as raíais do admissível, pondo em perigo a própria unidade da Ciência do Direito.” (REALE, 2000, p. 266 e 267)

16 - “Admitimos a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, uma vez que seria arbitrário negar juridicidade às regras que têm eficácia no seio de determinados grupos e coletividades. As convenções de trabalho, por exemplo, firmadas por entidades privadas, constituem uma prova evidente da possibilidade de um direito positivo extra-estatal, garantido pelos próprios grupos interessados e válido para todos os que foram parte na convenção. Há uma pluralidade de ordenamentos, e neste ponto damos a palma aos pluralistas, mas não podemos acompanhá-los quando vão além, e afirmam que todos os ordenamentos se coordenam sem existir diferenças qualitativas entre uns e outros. Razão assiste, ao contrário, aos pluralistas e monistas moderados quando sustentam a supremacia do ordenamento estatal. A análise anteriormente feita sobre os característicos da autoridade do Estado esclarece perfeitamente a natureza desta supremacia, cujo estudo implica o de um problema fundamental, que é o significado da realidade estatal do ponto de vista da positividade do Direito, na fase atual da evolução histórica.” (REALE, 2000, p. 329).

17 - “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência* (*Vorbehalt der*

democrático da atividade hermenêutica em matéria constitucional, inclusive¹⁸.

A prática desse novo esforço de racionalidade pode ser observada por meio do interesse renovado que os pesquisadores e os tribunais têm conferido à ponderação sobre dados científicos e à convocação da opinião de múltiplos interessados nos processos constitucionais, evitando-se ao mesmo tempo que o desprestígio do texto escrito ceda lugar ao apelo às soluções excessivamente abstratas e desconectadas da realidade dos fatos. Trata-se, desde certo ponto de vista, da *abertura do sistema aos valores e aos fatos*, na esteira das teorias tridimensionais (fato, valor e norma) de que o próprio Miguel Reale tratou de modo memorável, com sua mesma formulação teórica tridimensional de repercussão mundial. Em outras palavras, o cenário contemporâneo reclama o abandono do ideal de pureza da teoria kelseniana, mas sem o desprezo primordial e completo ao direito positivo e com necessária atenção ao contexto fático que lhe é subjacente para a precisa consistência das soluções aplicadas¹⁹.

O panorama filosófico dessa nova postura do intérprete sobre o Direito é o que se convencionou denominar “Pós-Positivismo”; e o novo esforço hermenêutico que daí resulta, consoante a lição de Sérgio Alves Gomes, assinala uma íntima relação com o Estado Democrático de Direito, à medida que a atividade de interpretação não está desconectada de seu contexto histórico e pressupõe, entre outras coisas, que o intérprete se veja comprometido com o pensamento democrático (e sua concretização para

Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 42)

18 - “As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões: 1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normativa (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública; 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 41 e 42).

19 - “A professora María José Fariñas Dulce propõe uma teoria *impura*, *crítica*, complexa e aberta de direitos humanos contraposta a uma teoria pura e universal, pois não existe nada que seja puramente algo, afirma a autora. Nenhuma teoria poder pretender encarnar, por si só, o bem, a virtude, a verdade, o universal. Pleitear uma teoria pura é negar a complexidade inerente do mundo e a diversidade de suas culturas e visões éticas e religiosas, as quais se encontram sempre em via de desintegração e de organização. Diferentemente, uma teoria *impura* e *crítica* de direitos humanos engloba um enfoque holístico, em que haja uma relação, por um lado, entre o desenvolvimento dos sistemas socioeconômicos, a democracia, a paz, o respeito a pluralidade cultural, a correção das desigualdades e a preservação da biodiversidade e, por outro, de desfrute universal dos direitos humanos. Os direitos devem estar em contato com a realidade e abertos às diferentes facetas dos seres humanos.” (MADRUGA, 2016, p. 46)

além da simples letra fria da lei, evidentemente)^{20 e 21}.

4.3. Precedentes como instrumento da argumentação racional na fundamentação de direitos humanos no panorama pós-positivista

Nesse sentido, preocupado com a excessiva abstração no emprego de Princípios não escritos nesse cenário contemporâneo, não é de hoje que um dos teóricos mais fundamentais sobre o assunto, Robert Alexy (2008), propugnou cuidados especiais para prevenir-se a excessiva abstração dos julgamentos, enfatizando que princípios se reconheçam como mandados de otimização precisamente ancorados nas *possibilidades jurídicas, fáticas e epistêmicas* correspondentes (com a admissão de limites normativos que precisam ser observados)²².

No mesmo contexto, para o adequado balizamento da atividade hermenêutica e apontamento desses limites correspondentes, precedentes judiciais se mostram especialmente aptos, porque têm a capacidade de conciliar a apreciação de normas e valores a fatos na dicção de uma solução paradigmática impositiva à interpretação da norma para novos casos que compartilhem de conteúdo assemelhado.

Robert Alexy, nesse sentido, ao discorrer sobre a argumentação em matéria de direitos fundamentais, destaca nesse novo contexto a imperiosidade

20 - “O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas quando da sua elaboração. [...]” (BARROSO, 2017, p. 530 e 531)

21 - “A hermenêutica é construção que se dá sempre no âmbito do contexto histórico. [...] A presente reflexão considera que a conexão entre o Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Constitucional acontece com base em, pelo menos, cinco pressupostos: o primeiro, é o compromisso com a Democracia; o segundo, é o delineamento do sentido do que seja Democracia; o terceiro, é a constatação de que a formação do sujeito democrático é resultante de um processo educacional contínuo; o quarto, assevera a necessidade de superação do modelo liberal de democracia, ora em crise, e o quinto, é a defesa da tese de que o Estado Democrático de Direito é superior aos modelos anteriormente experimentados pela humanidade.” (GOMES, 2021, p. 225 e 230.)

22 - “Ahora bien, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización. Lo pertinente es incluir la dogmática de los márgenes de acción en la definición de los principios de derecho fundamental. Desde luego, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas. Para evitar interpretaciones de esta naturaleza, debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y – aquí viene la modificación – *epistémicas* existentes.” (Estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido *in*: ALEXY, 2008, p. LIII.)

argumentativa de precedentes como uma de suas características, assim: (a) a imperiosidade da argumentação sob precedentes; e (b) imposição da carga argumentativa a quem se disponha a invocar ou aplicar o Direito em contrário à posição estabelecida por meio de precedentes²³.

O papel renovado que precedentes assumem na afirmação de direitos fundamentais no cenário pós-positivista está de acordo com a revisão das fontes jurídicas. Mais ainda, parece adequado concluir que responde, também, ao cenário de um Direito cada vez mais “mundializado”. Considerando como o conhecimento amplo dos fatos e valores supera a vergastada legislação dos Estados Nacionais, fica clara, então, a razão pela qual o estudo dos precedentes tem alcançado tanta relevância mesmo que se trate de *cases* oriundos de contextos diversos ao ordenamento nacional. Parece-nos, desde outro ponto de vista, aliás, que a realocação dos precedentes entre as fontes de direito responde bem à maior aproximação entre o *common law* e o *civil law* que deve resultar da chamada “mundialização” do direito no cenário cada vez mais globalizado, emprestando-se elementos do *stare decisis* à cultura jurídica civilística²⁴. Assim se explicam – note-se bem – as razões pelas quais a Hermenêutica pós-positivista tem posto tão em voga o interesse na jurisprudência *internacional* sobre Direitos Humanos (no âmbito de instituições supranacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, por exemplo); ou mesmo a análise da evolução histórica de conceitos a partir da experiência estrangeira de outros Estados nacionais que têm reconhecida tradição na enunciação e defesa dos Direitos Humanos (como no caso da renovada procura pelos julgados da norte-americana *Supreme Court of the United States* ou do alemão *Bundesverfassungsgericht*)²⁵.

Soma-se a isso o aspecto de que o emprego de precedentes não engessa

23 - “Las dos reglas principales del uso de los precedentes señalan: (1) Si puede aducirse un precedente a favor e en contra de una decisión, hay que aducirlo. (2) Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga de la argumentación.” (ALEXY, 2008, p. 493).

24 - “[...] A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diversamente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que Goodhart chama de ‘doutrina do precedente individual obrigatório’, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação.” (BARBOZA, 2017, p. 152).

25 - A título de mera provocação ao leitor, a propósito, salientam-se também considerações críticas indicativas da revisão contínua da racionalidade dos precedentes que apontam à preservação de um lugar relevante à dogmática (não completamente abandonada) também no contexto pós-positivista: “Cuándo deba considerarse que un precedente expresa una regla o un caso paradigmático es cuestión que depende completamente de las concepciones teórico-jurídicas del intérprete. Dicho de otro modo: es una cuestión de preferencias, no pudiendo establecerse ningún criterio jurídico de carácter objetivo que permita determinar objetivamente ante qué tipo de precedente estamos. En este sentido, parece que son las sucesivas elaboraciones y reelaboraciones de dogmática y jurisprudencia las que determinan tanto su naturaleza como el cambio de aquellas.” (VAQUERO, 2016, p. 134.)

a interpretação jurídica, à medida em que o intérprete tem sobre si o encargo de observar fundamentadamente a *ratio decidendi* dos precedentes invocados, na esteira do que havia sido propugnado por Alexy na obra precitada. Identificando o descabimento de aplicação do precedente, o intérprete está autorizado a afastá-lo em prol de uma nova fundamentação racional, desde que demonstre suas razões por meio das operações de *overruling* (inerente à superação do precedente por uma nova interpretação universalizadora) e *distinguishing* (que não implica superação do precedente, mas estabelece solução diversa ao caso concreto em razão de distinções cabíveis) (CAMBI, 2020, p. 184 e 185).

Estudar e proteger na prática jurídica (e judiciária) direitos humanos passou a ser, então, questão dependente de uma nova racionalidade argumentativa pautada no estudo bem alinhavado da relação circular entre a norma, os valores e os fatos, com grande ênfase na trilha traçada pela admissão de novo significado dos precedentes no contexto das fontes do direito contemporâneas²⁶.

No Brasil, em bom momento, a ênfase nos mecanismos dessa Nova Hermenêutica tem sido incorporada até mesmo mediante reformas do direito positivo, para maior clareza e impulso na evolução na aplicação do direito não apenas em matéria de direitos fundamentais, mas a todo o conteúdo alcançado pelo novo paradigma pós-positivista. É o que demonstra a alteração do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018²⁷, que tornou antijurídicas as decisões proferidas pautadas com base apenas em valores jurídicos abstratos, ao gosto do Jusnaturalismo; assim como a ênfase na fundamentação por precedentes (e imposição do encargo de superação e distinção), que encontrou acolhida bem clara no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015²⁸, e o

26 - Em especial, ROBERT ALEXY afirma em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, que “os precedentes judiciais constituem a segunda peça da argumentação de direito fundamental. A frase de Smend: ‘Na prática, a Lei Fundamental é válida tal como a interpreta o Tribunal Constitucional Federal, expressa essa importância.” (ALEXY, 2008, p. 492. Tradução livre do original em espanhol.)

27 - Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...]”

28 - No Código de Processo Civil em vigor: “Art. 489. [...] § 1º 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. [...]”

semelhante artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019²⁹, que apontam como *não fundamentadas* as decisões judiciais que se limitarem à indicação do texto normativo ou mesmo precedente sem o exercício da adequada justificação racional de sua aplicação ao caso concreto.

5. Conclusão

A partir das considerações traçadas ao longo deste artigo, percorreram-se as múltiplas correntes afetas ao Jusnaturalismo e o cientificismo tecnicista próprio do Juspositivismo, concluindo-se que - em que pese se apresentem dentro de uma perspectiva histórica como tentativas de excluírem-se mutuamente -, a rigor são de certo modo conciliáveis. Isso porque, dentro da visão contemporânea tridimensional do Direito, não haverá de prevalecer apenas a invocação de ponderações axiológicas jusnaturalistas, assim como também não deverá ser admitida a redução do método técnico-jurídico à exegese da norma estatal com pretensões puristas que na prática não são alcançadas, mas apenas limitam o campo de conhecimento dos juristas e dos aplicadores do Direito.

A insuficiência de ambas as perspectivas - jusnaturalista e juspositivista - se mostra especialmente sensível na afirmação e defesa dos Direitos Humanos e resulta bastante compreensível, destarte, que a busca de um novo paradigma – uma *terceira via* – tenha se apresentado precisamente no âmbito desse tema em contraposição aos abusos promovidos por Estados totalitários. Essa nova perspectiva, dita “pós-positivista”, nesse sentido, está alinhada necessariamente com pressupostos inerentes à promoção da Democracia, mas sua efetivamente utilidade à concretização de direitos depende do exercício de uma Nova Hermenêutica que implica esforço especial de racionalidade argumentativa, precisamente para composição com as restrições decorrentes dos fatos e o emprego de mecanismos capazes de garantir segurança jurídica

29 - “Art. 315. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se 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 - limitar-se 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. [...]”

e previsibilidade às decisões judiciais (prejudicada pelo desprestígio do texto de direito positivo nacional). Nesse contexto, precedentes (nacionais e internacionais, inclusive) assumem uma posição renovada no rol das fontes do direito e retratam o cenário de aproximação entre os grandes sistemas do direito ocidental, impondo ao intérprete o encargo de identificação da *ratio decidendi* dos casos paradigmáticos e demonstração das razões de sua eventual superação ou distinção.

Em um bom momento, o Legislador brasileiro tem colaborado para a evolução da hermenêutica jurídica não apenas no âmbito dos direitos fundamentais, mas também no que diz respeito à promoção de maior racionalidade argumentativa no âmbito da aplicação do direito de modo amplo, como demonstram as alterações relativamente recentes apontadas no texto, que determinam as considerações de ordem fática na aplicação da norma e os cuidados imprescindíveis na fundamentação de atos judiciais.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. en Español. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2008.

BARBOZA, Estefânia M. Q. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Jurídica Contemporânea**, julho-dezembro, PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 147-171. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/8714>. Acesso em 02 de dezembro de 2021.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curto de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BRASIL, **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Senado Federal, Centro gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de abril de 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COMTE, Auguste. **Discours sur l'esprit positif**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1995.

FERRAROTTI, Franco. **El pensamiento sociológico de Auguste Comte a Max Horkheimer**. Barcelona: Ediciones Península, 1975.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **O direito democrático numa era pós-estatal. A questão política das fontes de direito**. [S. l.], Amazon, 2018. E-book.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução da segunda edição alemã ao espanhol por Roberto J. Vernengo. 2ª reimpressão. México-D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

LAFER, C. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt . **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8995>. Acesso em: 11 abr. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC n. 19, jan./jun. 2012, p. 67-93.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Antônio Braz. **Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

VAQUERO, Álvaro Núñez. Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, p. 127-156. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60159/6/Doxa_39_08.pdf. Acesso em 02 de dezembro de 2021.

VIEIRA, Trajano; ALMEIDA, Guilherme de (trad.). **Três tragédias gregas**. São Paulo, Editora Perspectiva, 1997.



O TRIDIMENSIONALISMO DE REALE COMO PONTE PARA O PÓS-POSITIVISMO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Sílvia Henrique Marques Junior

CAPÍTULO
02

1. Introdução

Muitas das barbáries do Nazismo, e de outros regimes ditatoriais do século XX, estavam legitimadas em lei. Ao despertar desse torpor do estrito legalismo – introduzido pelo positivismo – constatou-se, então, que o Direito não é simplesmente um compilado de normas, assim como seu fim não é somente o cumprimento das leis, deve ser a realização da justiça, com a preservação da dignidade humana.

Uma vez que o positivismo buscava a objetividade aplicada no campo das ciências naturais, o cumprimento frio da lei colaborava para esse ideal, vez que garantia a segurança jurídica e, assim, haveria previsibilidade. No entanto, em 1967, Dworkin constatou que o Direito não se adequava completamente ao positivismo jurídico, vez que o estágio civilizatório observado após a segunda metade do século XX já não comportava mais a separação rígida e estanque entre Direito e Moral, porquanto esta passou a ser recepcionada no âmbito jurídico por meio da força normativa dos princípios. Em razão da superação dos dogmas do positivismo, as ideias de Dworkin passaram a ser categorizadas como pós-positivistas, sendo, com isso, alçado a precursor deste movimento.

Em 1940, em solo pátrio, Miguel Reale tornou pública a teoria tridimensional dinâmica do Direito, expondo que o Direito não é só fato, ou só norma e, tampouco, reduz-se a valores. O conceito mais adequado é aquele que considerou a complexidade das relações humanas em sua integralidade, englobando os três elementos e os relacionam dinamicamente. Nessa conformidade, a moralidade (no elemento valor) também é reinserida na estrutura do Direito, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma afetaria um valor caro à coletividade, o que a faria que padecer de aplicabilidade.

Deste modo, o presente artigo se propõe a investigar a influência do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale para a construção do pós-positivismo no Brasil e, para tanto, utilizou-se do método dedutivo.

2. A Teoria Tridimensional de Miguel Reale: Fato, Valor e Norma

O Direito, assim como o ser humano, é uma complexidade. Miguel Reale (2002, p. 498) expõe que “[...] as vicissitudes da palavra ‘Direito’

acompanham *pari passu* a história do homem ou, diríamos melhor, o processar-se da Humanidade na História”.

No domínio das ciências físicas, as palavras possuem quase sempre sentido claro e preciso, mas o mesmo não ocorre com as ciências humanas, e isso não é sem razão, ensina Nietzsche que “[...] todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; definível é apenas aquilo que não tem história” (Nietzsche, 2009, p. 63). E apenas tem história aquilo que está relacionado ao ser humano. Nessa linha, Erich Fromm (apud GOMES, 2013, p. 191) explica que “o homem não é uma coisa: é um ser vivo envolvido num processo contínuo de desenvolvimento”, daí porque é tão complexo o conceito de Direito, vez que deriva desta mesma dinamicidade e complexidade inatas à condição humana.

Antes de introduzir os contornos de sua teoria tridimensional, Reale (2002, p. 499 - 508) relembra o leitor que, nas faculdades, o conceito recorrente de Direito é “conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros”, sendo que essa definição é bastante reducionista. Em seguida, Reale afirma que, em contrapartida, uma pessoa com formação sociológica apreciará o Direito como fato ou fenômeno social, e por fim, que desde os primórdios, o Direito esteve relacionado ao valor Justiça.

A partir disso, conclui o autor que o sentido do Direito deve girar em torno de três elementos fundamentais: fato, valor e norma, “o elemento valor, como intuição primordial; o elemento norma, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente o elemento fato como condição de conduta, base empírica da ligação intersubjetiva” (REALE, 2002, p. 509). É da concatenação destes três elementos que se captura a ação da seara jurídica em sua integralidade.

No entanto, a grande inovação de Reale não foi a identificação desses três elementos, outros autores já haviam se debruçado sobre eles e construído teorias e, dentre elas, citem-se as teorias tridimensionais abstratas e as estáticas, para, só então, chegar-se à Teoria Tridimensional dinâmica de Reale. Para a primeira vertente tridimensional (a abstrata), o Direito é apreciado segmentarizado:

- a) o Direito como valor do justo, na medida em que é estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;
- b) o Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do

Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico;

c) O Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica (REALE, 2002, p. 509).

Para esta linha de pensamento, cada ciência apresentada estuda o Direito de forma parcial, “caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato, e ao jurista o da norma” (REALE, 1994, p. 57) dessa forma qualquer conceito de Direito que seja extraído desse modelo será reducionista, visto que não será capaz de apresentar uma visão holística.

No campo do direito, visões reducionistas comprometem-lhe a teleologia, haja vista que essa redução de foco permite-lhe conduzir graves equívocos, vide, por exemplo, o que se sucedeu no período da Alemanha Nazista que, como já mencionado, era um regime legitimado por leis, ainda que desumanas, imorais e antiéticas.

O tridimensionalismo genérico (ou abstrato) é um estágio incipiente, apenas analisa elementos distintos. Reale (2002, p. 536 - 537) cita Roscoe Pound indicando a imprescindibilidade das três formas de interpretação do Direito (fato, valor e norma), no entanto, há que ser solucionada a questão de “qual a relação entre as três, e qual a que cada uma delas e todas em conjunto mantêm com a Ciência do Direito?” Essas são perguntas que os jurisfilósofos do tridimensionalismo específico procuram solucionar.

Observa Reale (2002, p. 539) que “[...] enquanto não se teve clara percepção da essencialidade dos três apontados fatores e de sua correlação na vida do Direito, não se atingiu o cerne do problema”. Outros jusfilósofos tentaram apresentar uma correlação desses três elementos do Direito, tal como Wilhelm Sauer, no entanto, também mereceu a crítica de Reale (2002, p. 542), pois apresenta um conceito tridimensional estático:

a correlação que Sauer estabelece entre os elementos fático e normativo graças às ‘mônadas de valor’ - cujo conceito não chega, aliás, a determinar com a devida clareza - não vai além de uma justaposição de esferas autônomas, no fundo incomunicáveis, como bem observa Renato Cirell Czerna, redundando numa tridimensionalidade estática e, como tal, incapaz de dar-nos a unidade do Direito, reclamada pela teoria tridimensional como sua *‘ratio essendi’*.

Ou seja, uma teoria estática do Direito apresentou-se insuficiente em sua abordagem. “Pode-se dizer que, a rigor, a teoria tridimensional só

se aperfeiçoa quando se firma, de maneira precisa, a interdependência de elementos que fazem do Direito uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa” (REALE, 2002 p. 539).

A grande inovação de Reale foi lograr apresentar um conceito dinâmico, adequado à ciência social que é; para o autor, Direito seria a “integração normativa de fatos segundo valores” (GOMES, 2013, p. 185), e mais,

esses elementos [fato, valor e norma] não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (GOMES, 2013, p. 184).

Ao assumir a dialeticidade, em verdade, Reale propõe que o Direito, em seu movimento interativo, constrói-se diuturnamente.

é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementariedade (REALE, 1994, p. 57).

Neste ponto, a dialética da complementariedade referida por Reale difere grandemente da dialética marxista-hegeliana, porquanto, para Reale, fato, valor e norma não são opostos que gerarão uma síntese, eles são complementares e possuem uma correlação essencial no conceito e formação do Direito, ou seja, eles se exigem mutuamente (implicação-polaridade) (REALE, 1994, p. 104-105). E para Reale (2002, p. 543), duas são as condições essenciais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta,

uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento *constitutivo*, *gnoseológico* e *deontológico* da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como valor, dever ser e fim. Do exame dessas duas condições é que resulta a natureza dialética da unidade do Direito.

Nesse conceito dialético, as normas jurídicas estarão em constante elaboração em razão da incidência de valores que são vivenciados no mundo fático social. A partir da incidência de tais valores, é possível a elaboração de

várias proposições normativas, dependendo da atuação do poder para sua conversão em normas (GOMES, 2013, p. 185), e ainda resume concisamente sua teoria nos seguintes termos, “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 1994, p. 97).

Diante disso, se fato, valor e norma estão interpenetrados, não devia ser possível a aplicação de uma lei que fira a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não tem valor (no sentido axiológico). Como exemplo, citem-se hoje os milhares de casos no Judiciário em que o requerente procura afastar determinada norma ou cláusula contratual alegando, na defesa de seus interesses, princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, ou da função social, da boa-fé objetiva etc.

Mesmo que a norma já tenha sido elaborada e seja válida, seu texto ainda ficará sempre sujeito à interpretação, e “esta (interpretação) se faz à luz de novos fatos e também de novos valores que, não raras vezes exigem uma atualização do significado daquelas proposições, por meio da interpretação” (GOMES, 2013, p. 185). Reale (1994, p. 103-104) exemplifica que uma lei, depois de promulgada, passa a ter vida própria, muitas vezes diferente das intenções iniciais daqueles que a elaboraram.

Mas não raro, há vezes em que, diante das mudanças e inovações da sociedade, não basta apenas a interpretação, nesses casos, será necessária a elaboração de novas proposições normativas para adequar o Direito à nova realidade (GOMES, 2013, p. 185).

Dessa forma, o Direito vai se adequando à realidade social através da elaboração das normas submersas nos valores sociais e, após isso, da sua interpretação a partir destes e de novos valores.

Assim, a Teoria Tridimensional possibilita que a Ética e o Direito se posicionem na dimensão prática (GOMES, 2013, p. 173); as normas devem ter esse olhar axiológico, de forma que a referida teoria colabora para a efetivação dos valores caros ao ser humano, tutelando-os na ordem jurídica. Nas palavras do professor Sérgio Gomes, “destarte, esta se apresenta como um conjunto de normas que positivam a tutela de tais valores a fim de que estes se concretizem na vida social” (GOMES, 2013, p. 171). Isso possibilita que os homens, ao menos no que se objetiva de seus sistemas jurídico-normativos, tenham meios de serem mais solidários, de regulamentarem suas condutas com maior alinhamento a valores e princípios universais e, ainda, exerçam alteridade.

Não é por menos que a necessidade de se rever o positivismo jurídico adveio de um momento histórico que demandava esse movimento de humanização do Direito, tendo como estopim o Holocausto. Admitindo

a própria dialética factual, foi o desrespeito ao valor vida humana que levou os povos à consciência da necessidade da proclamação dos direitos humanos (norma), os quais foram positivados em um sem-número de tratados e constituições (GOMES, 2013, p. 194), mas que continuam salvaguardados por princípios altamente carregados de valores os quais prescindem de previsão expressa.

Não é por menos que, ao se proclamar uma declaração de direitos, ao se celebrar tratados de caráter humanitário ou, ainda, quando se promulga uma Constituição, tal como a atual Constituição Brasileira, o fio condutor que delinea a arquitetura protetiva da esfera jurídica são os valores básicos do ser humano, que são traduzidos, por sua vez, em direitos humanos ou em direitos fundamentais.

Nessa breve explicação sobre o tridimensionalismo jurídico de Reale, percebe-se que o debate se mantém atual, porquanto o caráter dinâmico do conceito de Direito, adequado à sociedade contemporânea e, sobretudo, plural, gera um aumento da carga de expectativas de respeito e tutela de valores construídos e reconstruídos em uma dinâmica extremamente acelerada.

3. Pós-Positivismo: Superação do Positivismo

Na transição entre a Idade Média para a Idade Moderna, a sociedade exigia a imposição de limites ao poder concentrado e ilimitado dos reis soberanos. Visava-se, na verdade, impor limites aos arbítrios e desmandos dos absolutistas (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106)

Com o advento dos movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta à Constituição Francesa de 1791 e à Constituição dos Estados Unidos de 1787, surgiu um postulado no sistema jurídico codicista: a lei como premissa de uma atuação legítima por parte dos governantes. Só a lei válida poderia legitimar a limitação dos direitos e impor obrigações aos cidadãos. Nesse contexto, objetivava-se a segurança jurídica e a objetividade do sistema jurídico, sendo que o Direito positivo desempenhou satisfatoriamente essa função (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

É nesse cenário que nasce o positivismo em oposição ao jusnaturalismo. Segundo Barroso (2007, p. 22), o direito natural é levado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX”. Portanto, o positivismo surge em contrapartida ao jusnaturalismo com o

intuito de alcançar a objetividade do sistema jurídico e, para isso, diz o citado autor, “equipara o direito à lei” (BARROSO, 2007, p. 22).

Até a Segunda Guerra Mundial, o Ocidente era essencialmente legalista (especialmente na Europa continental), algumas das Constituições Europeias não tinham força normativa e eram vistas apenas como inspiradoras ao legislador, pois os direitos ali previstos (até mesmo de cunho fundamental) só seriam efetivados depois de previstos em lei, ou seja, a lei era a fonte única do Direito e com ele se identificava (SARMENTO, 2009, p. 116). O grande problema de se acatar essa identidade é que a pretensa neutralidade das leis pode criar um descompasso entre a sua aplicação e o que a sociedade pretende com a sua tutela em dado momento, ou pior ainda, o objetivo de uma certa norma pode não direcionar a um regramento baseado em um bem maior, em uma virtude coletiva.

Um exemplo deste segundo tipo de risco adveio com o nazismo, fascismo, comunismo e outros regimes autoritários, nos quais percebeu-se que as elites políticas podem ser cúmplices da barbárie humana. A partir de então, começa um movimento de ruptura com a forma básica de compreensão do Direito – positivismo jurídico –, dominante por boa parte do século XX, a essa nova configuração do pensamento jurídico põe-se o nome de pós-positivismo (MAIA; DINIZ, 2006, p. 650).

Dada a relevância deste conceito para a compreensão do tema aqui abordado, serão apresentadas as características fundamentais do positivismo jurídico explanados por Norberto Bobbio.

A primeira diz respeito ao modo de abordar o Direito: apenas como um conjunto de fatos, fenômenos análogos à natureza. O jurista deve agir como um cientista, abstendo-se de formular juízos de valor. O Direito é avalorado, prescinde de ser um valor ou um desvalor (BOBBIO, 1995, p. 131).

Disto decorre a teoria da validade do Direito ou teoria do formalismo jurídico, “na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação de validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor” (BOBBIO, 1995, p. 131). Em outras palavras, uma norma é válida desde que seja formalmente válida, o crivo é apenas o processo legislativo.

A segunda se refere à definição do Direito, que, no positivismo, está relacionado à coação, de onde deriva a teoria da coatividade do Direito. Direito, então, “é o que vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força” (BOBBIO, 1995, p. 131 - 132).

O terceiro ponto é quanto às fontes do Direito: a legislação como fonte preeminente do direito, quase como fonte exclusiva. Exemplificando, Bobbio ensina que inclusive o costume, para ser fonte do Direito, deveria ser *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*, sendo descartados os costumes *contra legem* (BOBBIO, 1995, p. 132).

O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica:

o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas 'subteorias', segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético (BOBBIO, 1995, p. 132).

Como quinta característica, o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico, significando, primeiramente, que em um mesmo ordenamento não podem existir simultaneamente normas contraditórias; ademais, o positivismo exclui as lacunas do direito, uma vez que o juiz, para resolver um caso, pode sempre extrair uma *regula decidendi* dentro das normas explícitas ou implícitas contidas no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 132 - 133).

O penúltimo ponto diz respeito ao método da ciência jurídica: o positivismo sustenta a teoria da interpretação mecanicista, ou seja, considera o jurista “uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica” (BOBBIO, 1995, p. 133).

O sétimo e último ponto diz respeito à teoria da obediência, apesar desse tema não ser pacífico, ensina Bobbio que “há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal”, concluindo que se sintetiza no aforismo “lei é lei” (BOBBIO, 1995, p. 133).

Observando-se essas características, é possível perceber porque tal mecanismo possibilitou a ocorrência de muitas atrocidades legitimadas apenas pelo apego formalista da lei, esvaziando-se, de certa forma, seu conteúdo se confrontado ao que a lei permitia. As leis, sendo neutras, podem servir a qualquer fim, se desconsiderado o aspecto axiológico. Podem, inclusive, ferir valores muito caros ao ser humano, como a sua própria dignidade. A partir de então, começa um movimento de ruptura com a forma básica de compreensão do Direito, o positivismo jurídico, dominante por boa parte do século XX; a essa nova configuração do pensamento jurídico põe-se o nome de pós-positivismo (MAIA; DINIZ, 2006, p. 650).

No entanto, também é importante pontuar que isso não significa uma ruptura absoluta com toda a estrutura do positivismo, permanecem denominadores comuns capazes de garantir sua coerência. Houve contribuições importantes dos juristas positivistas, tais como a preocupação com a certeza, objetividade, clareza e segurança jurídica, qualidades estas que não devem ser descartadas (MAIA; DINIZ, 2006, p. 651).

Não se pode negar que o positivismo trouxe vantagens ao criar fundamentos para o Direito se estabelecer como ciência e, também, para a efetivação da segurança jurídica e da objetividade do sistema jurídico, bem como para garantir a liberdade dos cidadãos frente aos desmandos dos reis absolutistas (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Tendo isso em mente, explica Albert Casalmiglia (1998, p. 210) que pós-positivismo não significa antipositivismo, são atacados apenas alguns aspectos, entre eles, os mais destacados são os problemas dos limites do Direito e a conexão entre direito e moral.

Na mesma linha, Willis Santiago Guerra Filho (apud GOMES, 2021, p. 217) aponta que o termo “pós” indica a ideia de ultrapassagem, e não de combate, ou seja, não significa antipositivismo, e o professor Sérgio Gomes (2021, p. 217) explica:

Assim, quando se fala em pós-modernidade – não se trata de lançar ideias ‘antimodernas’. Para o jusfilósofo cearense, ‘fazer isso seria colocarmo-nos em uma posição anterior àquelas defendidas na modernidade e pelo positivismo, quando na verdade se pretende buscar o que está mais para além de ambos’.

Portanto, pós-positivismo “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”. (BARROSO apud GOMES, 2021, p. 217) E isso decorre de um processo histórico, em que se verificou que o Direito não se adequava completamente ao positivismo jurídico; o estágio civilizatório depois da segunda metade do século XX não comportava mais a separação rígida entre Direito e Moral, no entanto, explica Barroso (2020, p. 242) que “seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”, o pós positivismo é a superação do conhecimento convencional de até então. E o Ministro ainda resume que nesse modelo se guarda deferência ao ordenamento positivo, mas com a reintrodução das ideias de justiça e de legitimidade (BARROSO, 2020, p. 242).

4. Nova Etapa: O Pós-Positivismo

Nesta nova etapa, não há mais a rígida separação entre Direito e Moral, como expunha Hart, em sua obra, as fronteiras entre eles agora são permeáveis, não são mais tratados de forma segmentarizada.

Sobre essa nova visão, Antônio Diniz e Cavalcanti Maia (2006, p. 651) expõem que a razão jurídica deixa de se identificar exclusivamente com a racionalidade formal, passando a incorporar também a razão prática, o que inclui o estudo da ética, e em seu fim a realização da justiça.

É o que Sérgio Gomes (2021, p. 212 - 213) apresenta como “novo-antigo”, vez que essa forma conecta o Direito aos valores, dando sentido às normas jurídicas positivadas, e explica,

A expressão “novo-antigo” é empregada para se chamar a atenção sobre algo que a consciência que vem se formando à luz de um novo modelo jurídico-epistemológico em construção, denominado pós-positivismo, percebe como fundamental: o resgate de uma racionalidade adequada a se lidar com as questões humanas, como são aquelas adjetivadas de “jurídicas”. Já os pensadores clássicos haviam alertado que tais questões não se sujeitam, adequadamente, ao raciocínio matemático, do exato, da certeza absoluta, de modo que a solução de uma delas represente uma resposta universal a ser simplesmente transposta, copiada (...) automaticamente para outra. (...) Assim, no pós-positivismo, retomase a Retórica, a Argumentação, a Lógica do razoável, os valores éticos encampados por declarações de direitos, pactos internacionais de direitos humanos e textos constitucionais (...).

Outra forma de demonstrar o “novo-antigo” é através da trajetória dos grandes jusfilósofos do que hoje se chama de pós-positivismo. Apenas a título de contextualização, em meados do século XX (1967), o norte-americano Dworkin foi o primeiro autor do direito recente a apresentar os princípios jurídicos opostamente ao positivismo, lançando explicitamente em sua obra um ataque contra o positivismo; do mesmo modo, um pouco mais tarde, na Alemanha (1979), Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais também na mesma linha de Dworkin (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113). Ambos em seu tempo – e com resquícios que o Direito herda ainda hoje – foram entendidos como revitalizadores do jusnaturalismo, principalmente pela oposição ao positivismo e do protagonismo concedido aos direitos fundamentais e princípios suprapositivos. No entanto, a grande diferença – e que faz suas ideias se enquadrarem também como “novo-antigo” é o fato de que não se lança mão de construções metafísicas para justificar os princípios, Maia e Diniz (2006, p.

652) apresentam que Dworkin

toma por base o construtivismo rawlsiano e, por meio de uma reconstrução teórica, emprega a noção de equilíbrio reflexivo como uma forma de relacionar nossas intuições morais em um conjunto articulado de proposições que poderiam integrar nossas teses em um todo coerente, dando-lhes sentido e racionalidade.

Assim, há o resgate dos valores morais, mas sem a base metafísica, o que implicaria em mero resgate do jusnaturalismo. Mas, não é o caso. Entendem Diniz e Cavalcanti (2006, p. 651) que a mola-mestra da atividade jurídica deve ser orientada por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça, e não pela obtenção de vantagem ou êxito. E essa reorganização da moral no âmbito do direito vem através dos princípios.

Carlos Nino (apud DINIZ; MAIA, 2006, p. 653), expoente do pós-positivismo na América Latina, esclarece que tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas não conseguem entender a real natureza do Direito, isso porque, os primeiros priorizam excessivamente a influência da moral sobre o Direito, enquanto os positivistas negligenciam esse aspecto, ou seja, ambos têm visões míopes e antitéticas.

Uma das grandes inovações do pós-positivismo, portanto, é dar aos princípios o status de norma, tal como as regras, mas com fundamento prático, não metafísico.

Para Robert Alexy (apud GOMES, 2021, p. 220),

tanto as regras quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, da permissão e da proibição. Os princípios, da mesma forma que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Sobre isso, Diniz e Maia (2006, p. 653) explicam que a proposta pós-positivista dá especial relevância à normatividade dos princípios, tornando-os normas primárias de todo o sistema. Há uma reaproximação entre Direito e Moral através do manejo dos princípios, e complementam afirmando que “já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo [...] positivista”.

Ou seja, coloca-se em primeiro plano a proclamação da eficácia

normativa dos princípios, Dworkin (2002, p. 36) denomina de princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Além dos princípios serem vistos como normas basilares, o princípio da dignidade humana ganha protagonismo na ordem internacional, sendo previsto em um sem-número de documentos, estabelecendo-o como fundamento e finalidade maior do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2021, p. 226).

Essa nova sistemática foi essencial no estágio evolutivo pelo qual passou o Ocidente, após as barbáries “legalmente legitimadas” do século XX, levando à superação do mero formalismo dado que o fim do Direito passa a ser a concretude da Justiça e não somente a aplicação da letra fria da lei.

Ademais, também havia o receio de que normas justas que estivessem asseguradas (os direitos que são, essencialmente, previstos em lei) pudessem ser alterados pela simples vontade do legislador, esvaziando-se quaisquer conquistas obtidas unicamente em termos legais (SARMENTO, 2009, p. 116).

Após a constatação de que havia direitos que não poderiam ser dispostos, em franco retrocesso ético, tal como a proteção da dignidade humana, houve o fortalecimento das novas Constituições com mecanismos eficientes e eficazes de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do próprio legislador. Expõe o professor Sérgio Gomes (2021, p. 280) que, “após o holocausto, viu-se que o formalismo jurídico, apesar de todo seu instrumental normativo, quando não comprometido com valores éticos que respeitem a dignidade humana pode se colocar a serviço de qualquer finalidade, inclusive do terror totalitário”. E complementa, os carrascos do nazismo “agiram como seres não dotados de consciência moral [...]. Parece que acreditavam no valor da pura legalidade, desvinculado de quaisquer preocupações éticas”.

Hannah Arendt (apud GOMES, 2021, p. 281, nota) faz seguinte observação sobre essa miopia coletiva, “nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser um mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficazmente para dar a toda a coisa a sua aparência de legalidade”. Ademais, a filósofa alemã espantou-se com a falta de consciência humana, inclusive na criação de normas, visto que:

[...] a lei dos países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita ‘Não matarás’, mesmo que o desejo e os pendores

do homem natural sejam às vezes assassinos, assim, a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos ‘Matarás’, embora os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e os pendores normais da maioria das pessoas (ARENDT apud GOMES, 2021, 281, nota).

Por isso se observou que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se preenche de normas sem conteúdo, “neutras”, passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que objetificam o ser humano; e ao objetificar o ser humano, viola-se sua dignidade, tal como apresentado na doutrina clássica de Kant (2017, p. 82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.

Não sem razão, na caótica Alemanha pós-Segunda Guerra, a inviolabilidade da dignidade humana foi prevista no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn – promulgada em 1949, e convertida na Constituição da República Federal da Alemanha após a reunificação das Alemanhas em 1990. Ademais, também foi estabelecido no art. 1º que os direitos fundamentais previstos na Constituição “vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial” (apud GOMES, 2021, p. 151). A partir de então, inúmeros países seguiram o exemplo alemão e adotaram o princípio da dignidade humana em suas Constituições.

Nesse contexto histórico, supera-se o positivismo ao constar que o Direito não se reduz à esfera normativa – ela existe, mas o Direito não se restringe a ela – uma visão completa do fenômeno jurídico abrange também seu aspecto axiológico e fático, tal como apresentado por Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito.

5. O Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale como “ponte” entre o Positivismo e o Pós-Positivismo

Em razão de uma sequência cronológica lógica, levanta-se a hipótese

de que a teoria tridimensional de Miguel Reale serviu como uma “ponte” entre o Positivismo Jurídico e o pós-positivismo.

Como já mencionado, enquanto imperou o positivismo, era possível a aplicação de leis injustas e cruéis, porém formalmente válidas, em razão da inexistência de abertura axiológica no sistema jurídico para a interpretação e a aplicação da norma.

Assim, à luz do positivismo, autoridades públicas podiam praticar atrocidades sob o pálio da legalidade, o que, especialmente após a Segunda Guerra, levou a um descontentamento geral do modelo positivista. Assim, foi necessário repensar como interpretar e aplicar o Direito segundo parâmetros morais de justiça, haja vista a constatação de que a utilização de critérios meramente formais, por si sós, eram insuficientes (e potencialmente injustos).

Nesse fragilizado momento histórico, Dworkin (2002, p. 56-57) sustentou que o Direito não devia ser compreendido apenas como um conjunto (amontoado) de regras formalmente válidas, mas também de princípios, e incorporou a vinculação de valores morais ao direito, especialmente diante da aplicação de postulados principiológicos, ou seja, a moral é inserida no ordenamento através de princípios. Em essência, a ideia de Dworkin é tornar porosas as fronteiras entre o Direito e a Moral, opondo-se abertamente ao positivismo.

Em razão dessas ideias, Dworkin (nos Estados Unidos) e Alexy (na Alemanha) são considerados os precursores do pós-positivismo. Pontuam Fernandes e Bicalho (2011, p. 113, nota) que,

O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi *The model of rules* publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto *Taking rights seriously* de 1977. [...] Robert Alexy foi posterior; seu primeiro trabalho sobre a temática foi publicado em 1979, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, trabalho que foi incorporado à obra *Theorie der Grundrechte*.

No entanto, como apresentado no primeiro capítulo deste artigo, em 1940, Miguel Reale já relacionava o fenômeno jurídico a valores, em suas próprias palavras:

[...] a Teoria Tridimensional do Direito e do Estado, tal como a venho desenvolvendo desde 1940, muito embora não empregasse então aquele termo, distingue-se das demais de caráter genérico ou específico, por ser concreta e dinâmica, isto é, por afirmar que: a) Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica

ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial ao direito). b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’, existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade) (REALE, 1994, p. 57).

Aliás, Miguel Reale, em sua obra *Fundamentos do Direito*, de 1940, (apud REALE, 1994, p. 58), ao afirmar que o Direito “não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores”, deixa clara a permeabilidade das fronteiras entre a Moral e o Direito.

Cumprе salientar que, na visão realeana, os elementos componentes da trilogia fato, valor e norma se inter-relacionam e não podem ser examinados separadamente. Segundo Tércio Ferraz Jr., para Reale, há a necessidade, ainda, de demonstrar a qualidade experimental desta estrutura (experiência jurídica). O “fato” deve ser considerado “aquilo que já existe num dado contexto histórico” (FERRAZ JR., 2003, p. 70). A “norma” não é um *a priori*, dado antes do caso concreto, mas é um “modelo funcional”, que contém em si o “fato” (FERRAZ JR., 2003, p. 70). O Direito não é um *a priori* formal da vida social, mas é o resultado de um processo, este devendo ser entendido como a “opção axiológica”, conforme diz Reale, já que todo o valor, inerente à norma, é escolhido. (FERRAZ JR., 2003, p. 73)

Assim, na visão de Miguel Reale, a norma não está posta simplesmente para passar pelo simples processo de subsunção, mas leva consigo valores (aspecto axiológico) que deverão ser considerados pelo intérprete e aplicador da lei, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não teria valor.

Por isso, para Reale, o Direito deve ser entendido na sua visão tríade: fato, valor e norma. E tais elementos se complementam e não podem ser vistos de maneira separada, dissociados entre si, mas como complementares, possuindo uma correlação essencial no conceito e formação do Direito, ou seja, eles se exigem mutuamente (implicação-polaridade) (REALE, 1994, p. 104 – 105), de maneira que o direito não pode ser reduzido à norma, como no positivismo, havendo outros dois elementos igualmente relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico.

Portanto, o citado autor, através de uma visão ampliadora do fenômeno jurídico, passou a advogar a ideia de que o Positivismo não mais se sustentava, porque tinha a concepção reducionista de que o direito se resumia à lei formalmente válida, não sendo analisado o viés material da norma, especialmente os valores inseridos na sua base de composição. Passasse, a partir daí, a compreender a necessidade premente de aproximação do direito aos valores sociais, da realidade jurídica, acoplando a tese de Reale aos contornos pós-positivistas.

Acerca da superação do reducionismo positivista, leciona Luiz Fernando Barzotto (apud GOMES, 2021, 216 - 217):

Uma das razões do fracasso do projeto positivista [...] foi a tentativa de propor um conceito unidimensional do direito, tentando reduzi-lo à esfera normativa. Já se tornou um patrimônio do pensamento jurídico universal a ideia de que o direito é um fenômeno complexo, que envolve não somente normas, mas fatos e valores [...]. O desafio do pensamento jurídico atual consiste em incorporar a reflexão positivista sobre a validade, articulando-a com as categorias de justiça e eficácia, para obter um conceito de direito positivo que dê conta das dimensões políticas e morais do seu objeto.

Tendo como base a citação de Luiz Barzotto, a hipótese de que a teoria tridimensional de Reale serviu como uma ponte para se chegar ao pós-positivismo ganha corpo, vez que Reale ultrapassa qualquer reducionismo do positivismo; na dialética de Reale, fato, valor e norma interagem e se exigem mutuamente, o que impede que o Direito seja analisado de forma singela: apenas como fato, ou como valor, ou norma; em outras palavras, Miguel Reale, com sua teoria, não despreza o positivismo, mas o supera, apresentando uma visão complexa do Direito, adequado às ciências sociais.

Com efeito, é inegável que o Pós-Positivismo proporcionou uma abertura valorativa do sistema jurídico, principalmente através de constituições democráticas, tanto que não só regras, como também princípios passaram a ser considerados normas jurídicas. Valores passaram a ser observados na difícil arte de interpretar e aplicar a norma jurídica. Da simples subsunção do fato à lei, começou-se a utilizar em casos de difícil solução, não previstos em normas-regras, critérios de interpretação como a ponderação de valores, a proporcionalidade e vários outros princípios assentados no arcabouço normativo, ou seja, verdadeiras normas-princípio.

Ademais, o professor Sérgio Alves Gomes (2021, p. 280) também apresenta a teoria tridimensional como uma superação dos reducionismos

comuns do positivismo, a ver:

Por isso é fundamental que se refutem os conceitos reducionistas do Direito, como, por exemplo, o que vê no fenômeno jurídico apenas as normas – consoante fez Hans Kelsen na “Teoria Pura do Direito” – sem levar em conta o que há de mais importante ao ser humano: os valores, pois são estes que dão sentido à existência humana. E é para salvaguardá-los que se produzem normas. Nesta temática, destaque-se a contribuição de Miguel Reale, que, ao longo de sua vigorosa produção filosófica-jurídica, supera unilateralismos (v.g. normativismo jurídico, sociologismo jurídico, eticismo jurídico) e propõe uma visão tridimensional do direito que liga fatos, valores e normas, por meio da dialética por ele denominada de implicação-polaridade, na qual nenhum destes elementos se reduz ao outro, mas os três interagem, dinamicamente, na nomogênese (produção de normas jurídicas em razão da tensão entre valores e fatos) da qual resultam os modelos jurídicos.

Assim, é possível entender as ideias de Reale, especialmente no Brasil, como uma ponte entre os modelos positivistas e pós-positivistas. Isso porque, apesar da teoria tridimensional exigir a vertente axiológica, a lente de aproximação do direito aos valores só resultou maximizada a partir do surgimento do pensamento jusfilosófico do pós-positivismo iniciado por Dworkin, “consagrando a importância do homem e a sua função como norte axiológico de todo o ordenamento jurídico e demandando a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.” (MINELLI; GOMES, 2019, p. 155) já que, de início, buscou demonstrar a importância não só de regras, mas também de princípios e valores para a interpretação e aplicação da lei,

6. Conclusão

Certo é que o positivismo jurídico buscava a objetividade igual das ciências naturais, e o cumprimento frio da lei colaborava para esse ideal; este cenário propiciou um ambiente adequado às atrocidades perpetradas pelos regimes ditatoriais do século XX, visto que a lei deveria ser obedecida simplesmente por ser lei, independentemente de seu conteúdo. Em razão disso, pós Segunda Guerra, o descontentamento em face desse modelo jurídico era patente.

Foi necessário repensar como interpretar e aplicar o Direito segundo

parâmetros morais de justiça, visto que a lei, na forma como estava organizada, vazia de conteúdo axiológico, poderia estar a serviço de qualquer propósito (justo ou não).

Em 1967, Dworkin publicou sua teoria contrária ao positivismo, reduzindo a separação entre Direito e Moral; reinserindo a Moral no ordenamento jurídico através dos princípios e em razão disso é considerado o precursor do pós-positivismo.

Por sua vez, em 1940, Miguel Reale já elaborava a teoria tridimensional dinâmica do Direito, expondo que o Direito não é só fato, ou só norma ou só valor, o conceito adequado à complexidade das relações humanas é o que engloba os três elementos e os relacionam dinamicamente; nessa conformidade, a moralidade (no elemento valor) também é reinserida na estrutura do Direito, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não teria valor.

Ou seja, o tridimensionalismo jurídico de Reale, em sua versão ainda incipiente, publicado em 1940, supera os dogmas do positivismo e propõe a inserção dos valores na estrutura do Direito, razão pela qual este pensador ultrapassa o reducionismo positivista antes mesmo da primeira teoria pós-positivista (oficial) ter sido escrita.

Uma vez que o tridimensionalismo jurídico dinâmico admite a penetração do elemento axiológico (valores) na compreensão do direito, isso possibilitou a criação do berço do pós-positivismo: a reinserção da moral no ordenamento através dos princípios jurídicos, evoluindo também para outros critérios de interpretação pós-positivistas, como, por exemplo, o da aplicação de normas-princípios, da ponderação de valores, e o do reconhecimento de direitos fundamentais, tais como o da dignidade humana. Assim, é possível entender as ideias de Reale, especialmente no Brasil, como uma ponte entre os modelos positivistas e pós-positivistas.

Referências:

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo. 2007, Ano 23. p. 20-49.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Revista Eletrônica Doxa**, Alicante, 1998, nº 21, vol. I, p. 209 – 220. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>. Acesso em 05 de dez. 2021.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília. Janeiro-Março/2011. Ano 48. Nº 189, p. 105-131. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ril_v48_n189.pdf. Acesso em: 27 de jan. 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Filosofia do Direito no Brasil e o Papel de Miguel Reale**. In: História do Direito Brasileiro. Leituras da Ordem Jurídica Nacional. Org.: BITTAR, Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

GOMES, Sérgio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

GOMES, Sergio Alves. **A Teoria Tridimensional do Direito Segundo Miguel Reale: Por um Humanismo Jurídico Comprometido com a Justiça**. In: ANDRESSA Junior, Gilberto; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. *Novos Rumos do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

MINELLI, Daiane Schwabe; GOMES, Sérgio Alves. A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, 2019, p. 151-167, v. 14.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

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

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In.*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**JUSTIÇA EM NÚMEROS:
QUANTIDADE OU QUALIDADE?
UMA INVESTIGAÇÃO FILOSÓFICA
EM BUSCA DO JUSTO EM UMA
SOCIEDADE DE MASSAS**

Júlia Mariana Cunha Perini
Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Thais Depieri Yoshitani

CAPÍTULO
03

1. Introdução

Distanciando-se do viés dogmático predominante na pesquisa científica em Direito, este artigo tem a proposta de analisar o fenômeno jurídico sobre as bases do conhecimento filosófico, cujo objetivo não é gerar respostas prontas e acabadas, mas sim brotar as provocações e a curiosidade necessárias para novas perguntas.

Em uma das aulas da disciplina de Filosofia de Direito no curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - *locus* de formação do pensamento adiante descrito e, também, origem deste trabalho - o filósofo foi comparado, de forma ilustrativa, a uma abelha, e o questionamento, assim como a força de uma ferroada, incomoda e faz refletir sobre certos aspectos, que por vezes não se dá a devida atenção.

Funcionaremos, pois, neste trabalho, como abelhas que, aliadas à revisão bibliográfica de literatura dos autores citados ao longo do texto, e seguindo o método dedutivo, propõe compreender “o que é” e “como” fazer justiça na sociedade contemporânea.

Diante da massificação das relações sociais, do uso cada vez maior das novas tecnologias de comunicação e o ritmo crescente em busca do progresso ao menor custo e ao menor tempo, a atividade jurisdicional se desprende da finalidade para qual foi pensada e seus atributos servem tão somente como instrumento para gestão processual.

A ferroada, por sua vez, fica ao cargo da constatação de que o exercício da jurisdição tem perdido a noção subjetiva do conflito, isto é, a noção de que por de trás do litígio existe um ser humano; um indivíduo que reclama tutela jurisdicional. Seu lugar passa, então, a ser ocupado por números em prol da produtividade contabilizada por padrões objetivos e quantificáveis.

Entre as métricas de qualidade e quantidade que permeiam a atividade jurisdicional, propõe-se, a partir dos questionamentos aqui realizados, algumas reflexões sobre a forma como se opera o processo por parte de todos aqueles que integram o sistema de justiça, para ao final demonstrar que o justo, por vezes, não é medido em quantidade.

2. Algumas premissas necessárias para compreensão da sociedade atual e do poder judiciário

O recorte temático deste trabalho consiste na investigação filosófica que se fará sobre o fenômeno jurídico. Deste modo, sendo o direito produto

da cultura, é necessário averiguar em um primeiro momento, as principais características da sociedade contemporânea, de modo compreender o contexto sociológico sobre o qual se insere a presente pesquisa.

2.1. A sociedade globalizada e a massificação das relações sociais

A sociedade contemporânea, entre outros aspectos, é caracterizada por ser uma sociedade global. Os limites territoriais, que antes eram geograficamente utilizados para imposição de fronteiras entre os países, hoje em dia estão enfraquecidos e a noção de independência e autonomia dos Estados é, no mínimo, questionável.

A globalização, fenômeno acentuado a partir do final do século XX, explica essa nova dinâmica, na medida em que políticas de troca impulsionadas pelo uso das novas tecnologias de comunicação, enaltecem a comercialização das riquezas e encurtam as distâncias que um dia foram intransponíveis.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes (2016, p. 320), ao analisar a temática, enfatiza o papel do Conselho de Washington de 1989, documento responsável por dar novos rumos à globalização através de “um ajuste macroeconômico unido à incorporação de novas tecnologias de informação, a possibilitar grande expansão do desenvolvimento capitalista de abrangência planetária”.

Tal ajuste referido pela autora funciona como mola propulsora para a influência dos grandes conglomerados empresariais na tomada das decisões em nível internacional, o que certamente impacta na economia local de cada país, acentuando o que, em última análise, se resume ao poderio do mercado para traçar as diretrizes da sociedade contemporânea.

Esse aspecto também foi destacado por José Eduardo Faria (2011, p. 34), quando, ao tecer algumas relações entre o direito, poder e economia no século XXI, destaca que a noção tradicional de território enquanto limite de atuação de cada Estado e, por consequência, como espaço reservado ao direito positivo, não mais coincide com a roupagem atual, considerando a forte ingerência dos mercados financeiros em escala global na tomada de decisões, sujeitando os Estados às regras concebidas fora de seus territórios.

Tais traços, contribuem, portanto, para o desenvolvimento cada vez mais forte da economia capitalista, que voltada ao acúmulo de riqueza e de capital, tem o consumo como um dos principais eixos de sustentação, de modo

que ao fomentar que novos bens, serviços e produtos sejam consumidos, maior a circulação de ativos necessários à sua produção e, portanto, maior edificação do comércio.

Por consequência, a tônica do consumo também exerce influência direta na formação do ser humano. Essa relação é profundamente estudada por Zygmunt Bauman em “Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias”, obra dedicada à análise das relações que se estabelecem entre o consumo e o indivíduo, na qual demonstra a existência de uma sociedade de consumidores.

Para o sociólogo polonês, na sociedade do consumo “todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação)”, uma vez que nessa sociedade “o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção” (BAUMAN, 2008, p. 73).

Por certo, as relações sociais que se desenvolvem nesse meio não ficaram imunes às transformações proporcionadas pelos fenômenos acima descritos, uma vez que a cultura sofreu impactos significativos em decorrência das trocas estabelecidas entre os mercados.

Observa-se, nesse contexto, um intercâmbio cultural contínuo entre as mais variadas partes do globo, que ao pretexto da comercialização de seus produtos, insere elementos característicos de suas respectivas culturas para moldar um estilo de vida tido, por muitos, como ideal.

Enzo Roppo (2006, p. 292), ao analisar tais transformações sociais aplicadas ao campo dos contratos, identifica que em “um sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa”, as contratações devem ser, antes de tudo, céleres, de modo a garantir a segurança e a estabilidade das relações, sendo necessário, para tanto, que as transações sejam realizadas de forma objetiva, com menor relevância à “vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca”, o que evidencia o fenômeno descrito por alguns como massificação das relações sociais.

Tal conceito, cuja origem remete aos estudos de Hannah Arendt (1906-1975), enxerga o indivíduo enquanto massa despersonalizada que age e pensa de forma homogênea, desprovido de qualquer ânimo ou autonomia, e cujas relações sociais, por consequência, também acabam por refletir tais atributos, como ocorre, por exemplo, nas contratações consumeristas por adesão.

Marilena Chauí (2007, p. 27) vai mais a fundo na discussão, adentra ao debate político estabelecido na sociedade contemporânea e identifica que essa

ideologia voltada ao consumo favorece o surgimento do *marketing* político, que por sua vez, ocasiona a destruição da discussão e do debate público sobre as leis, projetos e programas de governo.

De acordo com a referida autora (CHAUÍ, 2007, p. 27), a ideologia pós-moderna aceita a submissão da política aos procedimentos da sociedade de consumo e do espetáculo e abre espaço para o *marketing* político, que tem como objetivos a de imagens e a redução do cidadão à um mero consumidor, de modo a promover uma uniformização das preferências entre as massas.

É, pois, nesse cenário voltado ao consumo e à massificação das relações entre os indivíduos que se desenvolve a presente pesquisa, considerando que, tais relações sociais estão cotidianamente em discussão perante o Poder Judiciário.

2.2 O neoconstitucionalismo, os rumos da justiça e a inchaço do Poder Judiciário

Além do cenário socioeconômico acima descrito, um outro paradigma também influi diretamente na atuação do Poder Judiciário, desta vez com contornos diretamente voltados à fenomenologia jurídica.

Trata-se do neoconstitucionalismo, termo constantemente em discussão nas pautas de direito constitucional de vários países, sobretudo após a publicação de uma coletânea de textos do jurista mexicano Miguel Carbonell, na Espanha, em 2003 (SARMENTO, 2009, p. 114).

O estudo do tema pressupõe, no entanto, compreender que até o período da 2ª Guerra Mundial, as Constituições eram desprovidas de força normativa e eram enxergadas apenas como documento de cunho político, cujo conteúdo não era exigível perante o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 114).

Com o passar dos anos, todavia, e como reação às consequências desse contexto histórico, as Constituições e a jurisdição constitucional foram se fortalecendo e instituindo mecanismos para proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (SARMENTO, 2009, p. 116).

Nesse contexto, diz o autor (SARMENTO, 2009, p. 117) que as Constituições europeias do período do pós-guerra passam a ser “documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico”, as quais continham “importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratadas pelas constituições, como a economia,

as relações de trabalho e a família” (SARMENTO, 2009, p. 117).

No Brasil, o termo ganha relevância a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja roupagem, ancorada na perspectiva das Constituições europeias acima descritas, justifica a expressão “Constituição cidadã” que frequentemente é associada ao diploma em vigência, em alusão à gama de direitos sociais que garante ao indivíduo.

Em linhas gerais, esse é o pano de fundo para o desenvolvimento do paradigma neoconstitucional. Muito embora seja tarefa árdua apresentar um conceito único que o traduza, é possível identificar alguns caracteres comuns. Sendo assim, Daniel Sarmento (2009, p. 115) apresenta os seguintes denominadores, quais sejam: o reconhecimento da força normativa dos princípios e valorização prática no campo jurídico; rejeição do formalismo e abertura aos métodos mais amplos do raciocínio jurídico; constitucionalização do Direito e irradiação das norma constitucionais; reaproximação entre Direito e Moral e uso da Filosofia nos debates jurídicos; judicialização da política e das relações sociais e o deslocamento do debate desses temas ao Poder Judiciário.

Tem-se, portanto, a partir dos caracteres acima descritos, uma visão panorâmica sobre o neoconstitucionalismo e pode-se observar, nesse contexto, certa valorização institucional do Poder Judiciário, porquanto passa a protagonizar debates de nível constitucional, sobretudo em proteção aos valores fundamentais à pessoa humana.

Isso porque, como bem lembra o referido autor (SARMENTO, 2009, p. 117), as normas de natureza constitucional são, em geral, mais amplas e dotadas de indeterminação semântica, a exemplos dos princípios, de modo que a atividade do intérprete, principalmente do Poder Judiciário, foi ganhando relevância para efetivação de tais preceitos.

A previsão normativa de direitos com *status* constitucional promove, também, a valorização do papel do juiz enquanto guardião das promessas civilizatórias previstas pelo texto constitucional (SARMENTO, 2009, p.123), o que reverbera, consequentemente, na atividade jurisdicional, considerando que passa a ser procurada, constantemente, para efetivação dos direitos sociais.

Por conseguinte, as mudanças ocorridas nesse período impactaram, diretamente, no direito processual, mormente ao se constatar a garantia de acesso à justiça prevista no art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

O processo, por sua vez, passa a ser compreendido como um instrumento de transformação social, na medida em que novos direitos subjetivos são assegurados, novos mecanismos processuais também devem

surgir para proporcionar uma tutela adequada.

Cappelletti e Gart (1988, p. 11-12) justificam tal importância, argumentando que a “titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”, de modo que a garantia de acesso à justiça é encarada como “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Deste modo, a tônica neoconstitucional, além de assegurar o acesso à justiça, traz à lume a preocupação de que esse ingresso seja, de fato, efetivo, o que promove a busca pela solução de problemas de ordem técnica e social que, por vezes, o impedem.

Nesse cenário ganha destaque a obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Gart, redigida com base em dados estatísticos coletados a partir do Projeto Florença, cujo objetivo era mapear a atividade jurisdicional e seus principais desafios ao redor do globo³⁰.

Em resultado à pesquisa, os autores identificaram alguns obstáculos a serem transpostos para promoção do acesso à justiça e propõe algumas soluções para atendê-los. Conhecidas como as “três ondas renovatórias”, as ideais propostas podem ser sintetizadas na criação de mecanismos assistenciais aos mais necessitados; a representação dos interesses difusos e, por fim, um novo enfoque ao acesso à justiça, que passa a ser desburocratizada e a contar com os mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

Assim como no mundo, as constatações realizadas pelos pesquisadores influenciaram os rumos da administração da justiça no Brasil, com especial destaque às legislações que emergiram durante a década de 90.

Tais intervenções buscaram, em sua grande maioria, promover mecanismos para facilitar o acesso à justiça, a exemplo da Lei nº 7.244/1984, posteriormente revogada pela Lei nº 9.099/1995, responsável por criar, no âmbito das Justiças Estaduais, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cuja competência passa a agregar casos de menor complexidade, com procedimento próprio e mais flexível, além de possibilitar a representação em juízo em causa própria.

O diploma consumerista, por sua vez, também é digno de nota,

30 - “O Projeto Florença (Florence Access-to-Justice Project) reuniu uma grande equipe multidisciplinar de advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes intitulado “Access to Justice” (1978-81)”. Informação retirada de: <https://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br>. Acesso em agosto de 2021.

considerando que além de promover especial proteção às relações de jurídicas naturalmente assimétricas, a Lei nº 8.078/1990 representa grande avanço em termos de proteção dos direitos difusos e transindividuais.

Em essência, a tônica proposta pela obra, assim como as reformas legislativas decorrentes tinham por objetivo facilitar a resolução dos conflitos mediante a transposição de algumas dificuldades, como as de natureza socioeconômica, que impediam a efetivação do direito fundamental previsto no art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal.

Ocorre que tais intervenções legislativas representaram, na prática, a facilitação de acesso ao Poder Judiciário, que aliado ao protagonismo que recebe das teorias neoconstitucionais e à massificação das relações sociais que se estabelecem numa sociedade voltada ao consumo, culmina no ingresso cada vez maior de demandas judiciais.

Tal aspecto, de forma ilustrativa, pode ser caracterizada como o “inchaço” da atividade jurisdicional, em alusão ao número cada vez crescente de ações ajuizadas; à judicialização de questões que, por vezes, ferem o princípio da tripartição do poder e, conseqüentemente, ao acervo de processos ativos e sem resolução, que se arrastam ao longo dos anos até a prolação de sentença.

O relatório do “Justiça em Números”, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), traz um bom indicativo desse fenômeno. Principal documento de mapeamento e análise da atividade jurisdicional no Brasil com edições anuais desde 2003, o relatório é composto por dados numéricos coletados a partir das informações disponibilizada pelos Tribunais de Justiça.

O último relatório divulgado pelo CNJ se refere ao ano-base de 2020 e leva em conta as transformações provocadas pela pandemia de Covid-19³¹. De acordo com os dados coletados, o Poder Judiciário finalizou referido ano com 75,4 milhões de processos em tramitação. Desconsiderando aqueles suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, os quais representam 17,2% do total, tem-se que ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais em andamento no Brasil (CNJ, 2021, p. 102).

Os dados por seguimento de justiça demonstram que é na Justiça Estadual onde se concentra a maioria das demandas, considerando que, do total de processos pendentes para julgamento, 77,4% estão em trâmite perante algum dos tribunais estaduais brasileiros (CNJ, 2021, p. 102).

31 - Até o momento de conclusão deste trabalho, os dados referentes ao ano de 2021 ainda não foram divulgados no domínio oficial do CNJ. Deste modo, o trabalho foi estruturado com base no último relatório disponível, sem prejuízo de posterior atualização com os dados mais recentes, de modo a conferir maior fidedignidade e atualidade à pesquisa.

De acordo com o relatório, apesar das 25 milhões de sentenças e decisões terminativas proferidas durante o ano de 2020, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário, índice utilizado para medir o percentual de processos repesados em sem solução no mesmo ano base, representa 69,1% da demanda (CNJ, 2021, p. 105).

A pesquisa ainda aponta, que mesmo se não houvesse o ingresso de novas demandas e as taxas de produtividade dos magistrados e servidores se mantivessem estáveis, seriam necessários, na Justiça Estadual, cerca de 3 três anos para zerar o estoque de processos pendentes, índice nominado como “Tempo de Giro de Acervo” (CNJ, 2021, p. 105).

Por consequência, a visão que se tem hoje do Poder Judiciário, a partir da infraestrutura e dos recursos humanos que apresenta, é a de prestação de um serviço público extremamente moroso, burocratizado e ineficiente.

3. Um retrato da atividade jurisdicional brasileira: um quadro sintomático

Não se olvida a importância que a garantia do acesso à justiça representa para o Estado Democrático de Direito. Ocorre que os dados listados acima, coletados empiricamente, revelam carga vultuosa e significativa de trabalho, sobretudo ao se considerar o número médio de processos por magistrado, o qual chega a cerca de 6.321 na Justiça Estadual (CNJ, 2021, p. 117).

Como consequência, é possível traçar, em linhas gerais, um retrato da atividade jurisdicional brasileira, a partir de alguns sintomas que se apresentam na contemporaneidade, levando em consideração o caráter jusfilosófico da pesquisa.

Com receio de pecar pelo excesso e promover eventual generalização não factível, as reflexões aqui traçadas serão voltadas, em especial, à atividade desenvolvida nas Justiças Estaduais, sobretudo em primeiro grau de jurisdição, em razão de representar, dentre as de natureza comum, a que engloba as demandas de maior diversidade em razão dos próprios critérios materiais de competência definidos pela Constituição Federal.

Em segundo lugar, justifica-se a eleição a partir das premissas sócio históricas apontadas no primeiro tópico do trabalho, sem perder de vista a correspondência numérica com o relatório do CNJ, que uma vez presente, será apontada de modo a corroborar do ponto de vista argumentativo.

3.1. Litigância repetitiva e manifestações padronizadas em série

Hodiernamente, muito embora a perspectiva de um “Tribunal Multiportas” e dos meios consensuais de solução de conflito estejam em ascensão, sobretudo diante da tônica de um tratamento adequado a cada tipo de conflito, o Poder Judiciário ainda é um grande centro de tomada de decisões, fato evidenciado pelos números apresentados outrora.

Em meio aos 75,4 milhões de processos em tramitação no Brasil, não se olvidam que existem ações de natureza singular, movidas por litigantes ocasionais que, em virtude de um ou outro problema da vida cotidiana, judicializam a questão para resolução de fato isolado.

Todavia, é possível constatar, também, uma outra gama de ações, que ao contrário das anteriores, não se prestam para resolução de conflitos pontuais. Pelo contrário, são caracterizadas pela repetição, pela presença dos litigantes ditos habituais e, ainda, pela representação de relações jurídicas homogêneas e seriais.

Tais atributos representam aquilo que se denomina como “litigância repetitiva”, expressão utilizada para tratar das demandas desprovidas de identidade própria, na medida que integram um grande grupo de ações de cunho materialmente idêntico, cuja replicação é serial e em grandes contingentes.

Intimamente ligada às relações de consumo, típicas das contratações que se dão na contemporaneidade, onde as rubricas constantes nos rodapés dos contratos dão lugar às senhas de liberação eletrônica, esse tipo de demanda repetitiva, como o próprio nome sugere, contribui para que os números indicados no tópico anterior atinjam tais patamares astronômicos.

Trata-se de um fenômeno cada vez mais presente na atividade jurisdicional brasileira, sobretudo quando se pensa no contexto das relações massificadas de outrora. A dinâmica de contratação das relações de consumo, regidas pelos contratos de adesão, dão margem à ocorrência de tais demandas, uma vez que a padronização típica da espécie tem início na própria relação jurídica subjacente.

Segundo o relatório do Justiça em Números, a matéria consumerista relativa à responsabilidade do fornecedor e à indenização por dano moral é o segundo assunto mais recorrente em discussão perante à Justiça Estadual e representa o total de 1.655.989 ações (CNJ, 2021, p. 273).

Esse aspecto justifica a presença das instituições financeiras, dos bancos, das empresas prestadoras de serviço, tais como telefonia e internet, no polo passivo das respectivas ações, considerando que atuam no meio consumerista e,

portanto, meio propício a esse tipo de contratação.

Outro ponto característico dessa litigância repetitiva é sazonalidade. Surfando na crista das teses jurídicas em ascensão, tais demandas são distribuídas de acordo com a repercussão das temáticas que debatem e com o resultado obtido em certo tribunal, o que justifica o ajuizamento em lotes principalmente nas comarcas menores.

Essa recorrência dá origem ao que se tem denominado como “litigantes habituais”, considerando a frequência com que tais partes são demandadas perante o Poder Judiciário, indicando, por vezes, um comportamento social voltado à remediação do dano, mas não, efetivamente, para alteração da prática contratual que deu origem ao conflito.

Outro litigante habitual em constante atuação, dessa vez aliado ao polo ativo das demandas, é o próprio Estado representado pela figura das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais. Apontados como o grande “gargalo” da jurisdição, os feitos executivos, dentre as quais se inserem as da natureza tributária e, portanto, os executivos fiscais, representam cerca de 26.673.000 processos pendentes de julgamento (CNJ, 2021, p. 174-175).

A morosidade, por sua vez, é um dos pontos mais questionáveis quando se discute a prestação de tutela jurisdicional e tem, contra si, a previsão constitucional de garantia à duração razoável do processo, cuja amplitude conceitual dá margem, inclusive, aos feitos que por anos se arrastam sem solução.

José Eduardo Faria (2003, p.21-25), ao analisar o cenário jurisdicional no Brasil no século XXI, ressalta a incompatibilidade do sistema de justiça com as diretrizes do mercado globalizado, levando em consideração o tempo necessário para se chegar ao ato decisório.

Nesse sentido, destaca o autor (FARIA, 2003, p. 23) que o tempo, para lógica mercatória, é medido por uma “racionalidade de caráter material, pelo cálculo custo/benefício e pelas expectativas de lucro”, ao passo que nos tribunais o tempo é associado “ao garantismo processual e forjado como instrumento de organização social e controle da dinâmica dos processos judiciais”, o que enseja a uma percepção diferida entre a dinâmica imediatista do mercado e a segurança jurídica que representa a decisão judicial.

Retomando a contratações padronizadas e inserindo-as num contexto onde a velocidade é a métrica das relações, tem-se, como consequência, a padronização das demandas judiciais decorrentes.

Paradoxalmente, o único elemento de distinção em tais ações é a identificação das partes, isto é, dos sujeitos que compõem os polos da ação.

Todavia, os elementos subjetivos nesses casos, não constituem o menor relevo, considerando a montanha de ações idênticas que vem na sequência e, inevitavelmente, prejudicam à análise processual de acordo com as especificidades da causa.

Semelhante à uma linha de produção típica do modelo *taylorista* de trabalho, através do qual as atividades são divididas e setorizadas, o exercício da jurisdição passa a atuar nesse mesmo compasso, na medida em que, para fazer frente à demanda invencível de processos, faz-se uso de decisões também padronizadas.

No ambiente que as questões são uniformes, as soluções também passam a ser estruturadas por balizadas pré-moldadas em que, devido o rigor do dever de motivação das decisões exigida como métrica de controle de racionalidade, serão readequadas ao caso concreto.

Na medida em que o processo avança e novos atos são praticados, o seguimento subsequente será feito em lotes numa análise simplória de adequação do modelo ao caso, e o feito terá o mesmo destino que os demais que o precederam.

Isso porque, a homogeneidade presente em tais casos é tamanha que a argumentação, os pedidos, a causa de pedir e, por vezes, os próprios advogados que as patrocinam são, invariavelmente, os mesmos, o que faz com que o sistema de peticionamento em série ganhe relevância.

Os sistemas eletrônicos de tramitação processual já possuem mecanismos de trabalho para assegurar que uma mesma manifestação digitada no editor de textos seja veiculada a um número “x” de processos previamente selecionados, bastando que o peticionante faça opção em dois ou mais *clicks*.

O mesmo pode-se dizer em relação às decisões proferidas pelos magistrados, como também aos atos ordinatórios e certidões expedidas pelos serventuários da justiça, que ao pretexto de “otimizar” o trabalho em nome produtividade, acabam por desumanizar o processo e tratá-lo como técnica, esquecendo da instrumentalidade ética que bem preconizavam Antônio Carlos de Araújo Citra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 79).

Com isso, como bem destaca Maria Cecília de Araújo Asperti (2017, p. 236), nesse contexto de demandas idênticas e seriais, de carga expressiva de trabalho e, conseqüentemente, de morosidade do serviço, os “magistrados deixam de ser apenas julgadores para se tornar administradores e gerenciadores de processos”, de modo que as decisões tomadas vão além do aspecto jurídico e passam a integrar a gestão de trabalho.

3.2. A despersonalização e desumanização do processo judicial

Considerando a perspectiva atual do Poder Judiciário e a nova dinâmica de tramitação dos processos judiciais, percebe-se que o Direito, de forma geral, por não ser um fenômeno estável, mas permeável às mudanças sociais, adaptou-se à nova era da tecnologia. No ano de 2006 foi promulgada a Lei nº 11.419 que dispôs sobre a informatização do processo judicial, admitindo a utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

Desde então o número de litígios no Brasil vem aumentando de forma exponencial, sobrecarregando o Poder Judiciário que, em prol da eficiência e da celeridade processual, e com o ímpeto de saciar o anseio da sociedade imediatista, rende-se à tecnicidade, com a produção de decisões judiciais em série, sem a devida apreciação dos valores envolvidos ao caso concreto.

Como consequência da litigância em massa e manifestações padronizadas, gera-se a despersonalização do processo, que deixa de ter como ponto central o olhar voltado para a consecução do ideal de justiça e da dignidade da pessoa humana e passa ter como finalidade a realização de objetivos econômicos e puramente técnico. Essa mudança de panorama por ser explicada pelos conceitos personalista e economicista sobre o Direito, exposto por Angela Vidal Gandra da Silva Martins, em sua obra intitulada “Antropologia Filosófica e Direito”.

O Direito, visto sob o viés personalista, tem como fundamento “a pessoa; o valor é o bem comum da liberdade; o princípio, a alteridade, e o fim, a justiça como base da amizade, procurando garantir a ordem; a paz; a união entre os cidadãos entre si e com os que governam, e, consequentemente, o florescimento pessoal.” (MARTINS, 2017, p. 221).

Nesse sentido, os bens particulares são relativizáveis, mas o bem comum está presente em todas as ações. A partir da alteridade, o diálogo sobre o conteúdo da justiça se torna viável, pois há princípios pré-consensuais fundamentados em um critério racional que permite decidir sobre as opiniões e interesses representados nas distintas relações jurídico-sociais. (MARTINS, 2017, p. 221).

A função do Direito, nessa perspectiva positiva, é de “submeter a conduta humana ao governo de regras, com a finalidade de promover e prestar segurança às relações humanas, de forma que transcorram com ordem, liberdade, paz e harmonia”. A promoção da liberdade humana se dá a partir da aliança entre as pessoas, as quais são tratadas como fim em si mesmas,

respeitando sua condição enquanto tal. Daí porque se fala que o agente exerce o papel de “coordenador” do Direito (MARTINS, 2017, p. 133-139).

Contrapondo o pensamento personalista, no viés economicista, concebido por Richard Posner, o fundamento do Direito “é o autointeresse utilitarista; o valor, econômico; o princípio, a utilidade, e o fim, a maximização de preferências individuais” (MARTINS, 2017, p. 223). A pessoa é vista como espécie de “consumidor”, movido em seus atos pelo cálculo do “custo-benefício”. As decisões humanas são reduzidas a uma leitura economicista de suas razões, com o enfoque na busca pelo incremento material, na multiplicação da riqueza e no lucro. O conceito de liberdade é reduzido à esfera econômica e a ideia de altruísmo desinteressado é repelida, por considerar que sempre há uma razão prática por trás dos sentimentos morais (MARTINS, 2017, p. 148-149).

O Direito, nessa concepção, é considerado como o instrumento para a promoção do bem-estar social, em termos econômicos. As decisões jurídicas são, na realidade, estratégias político-econômicas, com inclinação natural na busca do lucro (em sentido amplo). Dessa visão, extrai-se que a vida em sociedade não é propriamente harmônica, mas uma espécie de “conglomerado” em que cada ator busca o próprio interesse livremente, enquanto não obstaculizado pelos demais (MARTINS, 2017, p. 152-156).

Vislumbra-se, portanto, que com o novo cenário pós-moderno, a discussão sobre os valores sociais no âmbito do Direito perde sentido e a ideia-guia de justiça cede lugar para a leitura tecnicista, voltada para a consecução de fins puramente econômicos (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 791). A busca pelo ideal de justiça, torna-se cada vez mais uma questão alheia ao mundo jurídico e pertencente aos debates teóricos e filósofos e dos cidadãos, ou seja, “não se configura como um problema digno de ser enfrentado no cotidiano das definições e do tratamento dos temas específicos dos diversos ramos do Direito contemporâneo” (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 791).

Na sociedade atual o desenvolvimento social tem como base o enaltecimento da técnica e da produção econômica e, em decorrência da mudança de valores, o Direito assume caráter de “saber tecnológico”, se tornando uma ferramenta na sociedade de produtores e consumidores (BITTAR; ALMEIDA, 2019 p. 790). Como crítica à esta nova configuração jurídica, Bittar e Almeida lecionam:

Enquanto ferramenta, o Direito serve, e, enquanto sua utilidade é garantida, sua fungibilidade o torna um instrumento a mais na

sociedade bipolar, de produtores e consumidores. Tornando-se objeto trocado, forma de mediação de mercadorias com “segurança jurídica”, duas problemáticas projeções afetam o Direito: (1) seu saber de estatura científica vai galgando cada vez menos sentido de uma reflexão teórica (metódica, refletiva e crítica), cada vez mais a expressão de busca pela “fórmula pronta” (pílula, *fast-food* jurídico e reprodução irrefletida); (2) sua prática mimetiza o modo de circulação dos bens de consumo e, por isso, a atividade do foro vai assumindo a forma da repetitividade e o modo de ser do funcionamento de sistemas mecânicos (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 791).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 35), ao tratar sobre o assunto, ressalta que com a instauração da nova mentalidade, voltada para a técnica, a mentalidade de “máquina eficaz” uniformiza as coisas e os seres humanos e, depois de desvalorizá-los, os transforma em bens de consumos destinados a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver. Dessa forma, o Direito é rebaixado a saber puramente tecnológico e operatório, de modo que o fazer justiça passa a ser uma questão de “fazer a engrenagem funcionar” (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 791).

Deste modo, percebe-se que a sociedade pós-moderna se encontra em um dilema paradoxal, pois a técnica que liberta é a mesma que oprime, abrindo horizontes para a objetificação da vida e do próprio homem. A potência humana vem sendo substituída pela potência da máquina, que diminui o esforço do trabalho humano e, conseqüentemente, tira do foco central o desenvolvimento da pessoa, em todos os seus sentidos (social, moral, psicológico, científico, educacional e político).

O Direito, nesse cenário, converte-se em um saber puramente tecnológico, deixando de lado a teoria e seu ideal de justiça, dando lugar para a realização de fins políticos e econômicos. Contudo, deve-se questionar se a atividade jurisdicional e seu produto, consubstanciado nos julgamento e decisões judiciais, estão voltadas de fato para a realização dos princípios e ideais consagrados há anos e dispostos no bojo da Constituição Federal.

4. A justiça e a produtividade: quantidade ou qualidade?

Com o decorrer dos anos, o modo de agir e pensar da sociedade vem sofrendo grandes alterações, em especial com o surgimento exponencial de novas tecnologias e da universalização dos meios de comunicação, que refletem

diretamente na dinâmica do sistema jurídico. O Direito não está aquém das alterações sociais. Pelo contrário, por não ser um fenômeno estável, sofre mudanças em seu conceito, na visão que se tem dele, no conjunto de suas práticas concretas, e, também, na sua função social (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 790).

O atual cenário de massificação das relações sociais, da cultura, da arte, do conhecimento tem transformado a sociedade em sociedade de consumidores, imersos em uma economia de produção, comercialização e consumo desenfreado. As atividades humanas são reduzidas e transformadas em objetos de consumo descartáveis. Tal concepção acaba por transformar a tradicional concepção do direito (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 43).

Como reflexo desse panorama mundial, observa-se que o Direito está em processo constante de transformação para suprir as demandas sociais e, por vezes, acaba se afastando do seu ideal, que consiste na consecução de uma sociedade justa e igualitária, com o foco na realização do ser humano, cedendo espaço para a produção em massa de decisões judiciais, com critério de julgamento baseado na produtividade e celeridade processual.

Dessa forma, questiona-se se o uso exacerbado de técnica, sem um pensamento hermenêutico voltado para a resolução do caso concreto, tem provocado decisões injustas e perpetuado desigualdades sociais. Para tanto, pretende-se no presente capítulo realizar o estudo da relação do Direito com a Justiça e como os intérpretes e julgadores podem aproximar-se desde ideal.

4.1. A Justiça e o Direito

O Direito, conforme dito anteriormente, é um reflexo dos valores sociais estabelecidos por uma determinada forma social. Nesse aspecto, Bittar e Almeida (2019, p. 790) defendem que nas formas sociais “retrógradas”, tendem-se a ter uma redução social da significação do Direito, e, em sociedades estruturadas em torno dos princípios de liberdade, igualdade, solidariedade e formação humana, tem-se como reflexo no Direito a expressão das conquistas de patamares morais de correlação indivíduo-indivíduo, indivíduo-grupo, grupo-indivíduo.

No Brasil, a justiça e o direito possuem uma relação intrínseca, sendo aquela considerada como valor supremo a ser conservada e garantida pelo sistema jurídico. No preâmbulo da Constituição Federal Brasileira os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento,

a igualdade e a justiça encontram-se expressos como valores sociais a serem assegurados, de forma prioritária, pelo Estado Democrático³².

Em que pese tal relação esteja consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, há diversas teorias e tendências no campo da filosofia que buscam entender e explicar a dinâmica entre o direito e a justiça. As divergências de concepções entre os pensadores se dão pela ideia de que o termo “justiça” remete a uma complexidade de expectativas que torna difícil sua conceituação.

Dessa forma, considerando a dificuldade de conceituação do que é justiça, as tendências mais modernas da teoria jurídica têm dado mais importância para a vivência das experiências jurídicas, contrapondo-se ao mero formalismo decorrente da filosofia positivista do século XX.

No pensamento pós-moderno, a relação entre o direito e a justiça é vista de forma mais próxima e com certa interdependência. Nesse viés, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 389) defende que a justiça é uma “espécie de código de ordem superior, cujo desrespeito ou violação produz resistência e cuja ausência conduz à desorientação e ao sem-sentido das regras de convivência, pode-nos levar a admiti-la como um princípio doador de sentido para o universo jurídico”. Ao seu ver, nenhum homem pode sobreviver em um contexto de destruição da justiça, pois ela é o sentido unificador do universo moral e sua carência provoca intensas perturbações existenciais e conflitos sociais.

Convergindo com tal pensamento, Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2019, p. 806-807) lecionam que, apesar de serem conceitos diferentes e nem sempre caminharem *pari passu*, o direito busca e deposita sua finalidade de existir e operar a vida social na justiça, ou seja, é o veículo para a realização da justiça. Em outras palavras, a justiça é a meta a ser concretizada pelo direito. Face esses aspectos, entendem que a relação entre os dois conceitos desempenha um tríptico papel:

Vistos estes aspectos do problema, deve-se admitir que, com essas características, a justiça, em face do Direito, está a desempenhar um tríptico papel, a saber: (1) serve como meta do Direito, dotando-o de sentido, de existência justificada, bem como de finalidade; (2) serve como critério para seu julgamento, para sua avaliação, para que se

32 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Preâmbulo. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

possam aferir os graus de concordância ou discordância com suas decisões e práticas coercitivas; (3) serve como fundamento histórico para sua ocorrência, explicando-se por meio de suas imperfeições os usos humanos que podem ocorrer de valores muitas vezes razoáveis. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 807).

Tais concepções demonstram que, de fato, o Direito é fruto dos valores considerados como supremos por cada forma de sociedade e a longo dos anos, no desenrolar dos acontecimentos e conflitos sociais existentes, a justiça andou em sintonia e, às vezes, em dissintonia com o sistema jurídico. Atualmente, as teorias pós-modernas concebem que a justiça é o ideal que confere significado ao Direito, sendo uma das suas razões de existir, motivo pelo qual deve estar presente, a todo o momento, nas decisões e julgamento conferidos pelo Poder Judiciário.

4.2. O papel do Poder Judiciário na concretização do ideal de justiça em meio à sociedade de massa

A consecução do ideal de justiça e equidade na sociedade atual, marcada pela extensa massificação social é uma tarefa árdua a ser realizada pelo Juiz. A visão clássica do direito como um conjunto de práticas que permite, desde o presente, avaliar e julgar fatos, julgar o passado em nome da lei dada, cede lugar para a nova perspectiva, que consiste em tornar os julgamentos muito mais uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução de finalidades a serem atingidas no futuro. Com isso, as atividades jurídicas tornam-se mais próxima de desígnios políticos e econômicos (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 38).

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2018, p. 38) adverte que com as mudanças sofridas pelo direito, criam-se “condições para o surgimento de sérios problemas de legitimação na busca de soluções mais apropriadas para o entendimento das transformações sofridas pela sociedade moderna”. Ou seja, na sociedade tecnológica, o direito perde suas características de uma ordem escalonada que culmina na Constituição e transforma-se em uma estrutura sem um centro organizador, por força da circularidade das relações.

Complementando sua crítica à nova dinâmica do direito, o autor sustenta que, na sociedade tecnológica e de consumo, a efetividade dos atos jurídicos tem se sobreposto a validade e destina-se à busca de soluções adequadas aos interesses econômicos (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 38). A quebra desse novo paradigma é uma tarefa a ser realizada pelos operadores

do direito (advogados, promotores públicos, juízes), os quais devem estar voltados para um pensamento reflexivo dos fatos e das normas, preocupando-se em realizar uma interpretação e argumentação mais compatíveis com os ideais e princípios do sistema jurídico.

Glauco Barreira Magalhães Filho (2006, p. 185), ao tratar a respeito do papel o Juiz, leciona que o bom aplicador do direito é aquele que possui, além dos atributos éticos, conhecimento dos fatos na efervescência da vida social e que realiza o trabalho de distanciamento filosófico do mundo empírico para instituir valores e aproximar-se de uma visão sociológica dos fatos, como condição prática para dimensioná-los axiologicamente. Tal posicionamento permitirá ao intérprete do direito aprender e fazer justiça de forma concreta.

Cabe ao julgador estar atento para “não ser influenciado pela opinião pública quando esta se encontrar mal informada ou viciada por baixos padrões morais” e não ser um mero instrumento do poder político dominante (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 189-190). Espera-se que o magistrado seja capaz de decidir cada caso de forma individual e única, seguindo os preceitos de justiça e equidade, para tanto, seus conhecimentos devem ir além do direito, abrangendo outras áreas de estudo, como sociologia, antropologia e psicologia. A respeito do assunto, Francesco Carnelutti expõe:

Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentir-se pequeno para ser grande. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder adentrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelho frente a frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida (CARNELUTTI, 2002, p. 36).

Partindo de outro viés reflexivo, Sérgio Alves Gomes (2002, p. 59) leciona que o juiz, enquanto representante e integrante do Poder Judiciário tem como *mínus* a aplicação da Constituição e das leis infraconstitucionais ao caso concreto, utilizando-se, para tanto, da interpretação para chegar ao sentido mais correto de uma sociedade democrática em construção. Pressupõe-se que o magistrado tenha a compreensão acerca dos valores e objetivos fundamentais e que, ao aplicar a lei, deverá interpretá-la nos conformes dos ensinamentos e princípios da hermenêutica constitucional.

Ao aplicador do direito cabe a realização de juízo axiológicos e não

meramente técnico, dos quais as máquinas (em sentido *lato*) são capazes de realizar. A atividade jurisdicional vai além do tecnicismo puro e tem como finalidade a concretização dos valores do Estado de Direito Democrático (GOMES, 2002, p. 60).

Nesse viés, considerando os demais tipos de Estado antecedentes, alinhado ao pensamento de Sérgio Alves Gomes (2010, p. 363-370), compreende-se que deve existir a figura do “novo juiz”, ou seja, juiz-intérprete, o qual deve dirigir sua atividade para a realização dos valores constitucionais, por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais. A preocupação do intérprete deve estar alinhada a finalidades humanísticas e sociais, deixando em segundo plano os aspectos econômicos e políticos.

O papel do “novo juiz” deve ser de renovar seus conhecimentos e pensamentos em conformidade com os princípios constitucionais, de recusa a seguir os ditames do formalismo jurídico positivista, no qual a liberdade de atuação do magistrado é restrita e extremamente burocrática (GOMES, 2010, p. 370). Assim, diante do contexto social, permeado por tecnologias e facilidades para a produção em massa de decisões e julgamento, deve-se louvar a atividade jurisdicional que esteja voltada para a qualidade e não somente para a quantidade e efetividade da máquina jurídica. Assim, faz-se relevante destacar o posicionamento de Sérgio Alves Gomes sobre o tema:

Nesse contexto, costuma-se aplaudir como juiz mais operante aquele que produz muito em quantidade. Raramente se questiona a qualidade das decisões, isto é, seu teor de análise, ponderação, justiça e equidade. Quando isso ocorre, tem-se a impressão de que em um processo é “apenas mais um” entre milhares. Todavia, sabe-se que quem espera uma decisão judicial vê nela em jogo valores fundamentais para sua vida, cuja salvaguarda espera por meio da tutela (proteção) jurisdicional. Por isso, no Estado Democrático de Direito, não basta ter acesso ao Poder Judiciário, exige-se que, por meio deste, tenha-se acesso à Justiça. Por ser este o valor cardeal a orientar o Direito, é o grau de sua realização que deve qualificar uma decisão judicial como justa ou injusta. Se isso não tinha importância alguma no império do positivismo jurídico e no Estado Liberal, foi porque esses se satisfaziam apenas com as formas jurídicas. O conteúdo das normas não era relevante [...] Não é assim no Estado Democrático de Direito. Nele, os procedimentos também são relevantes, mas não suficientes para garantir a validade das normas. O conteúdo destas deve ajustar-se aos princípios e valores constitucionais. Assim, não basta ao Judiciário aplicar as leis e a Constituição, deve fazê-lo de modo a realizar aqueles valores, entre os quais está a Justiça (GOMES, 2010, p. 370-371).

No contexto da sociedade pós-moderna, atividade jurisdicional deve estar alinhada com a hermenêutica constitucional que tem como pressuposto a concretização dos valores e princípios garantidos no bojo da Constituição Federal, entre eles a Justiça. O Direito, do ponto de vista geral, deve realizar o caminho de volta à consecução de seus ideais humanísticos, com a colocação em primeiro lugar da realização do ser humano. As decisões e julgamentos devem ser pautados na qualidade, na fundamentação justa e equitativa, não devendo render-se aos índices de produtividade e quantidade.

5. Conclusão

A partir dos estudos realizados, verificou-se que com o advento de novas tecnologias e facilidade promovidas pelas novas formas de acesso à Justiça, o número de litígios e, conseqüentemente de demandas judiciais, aumentou exponencialmente se comparado com os dados obtidos nos últimos anos pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a atuação dos magistrados e servidores do Poder Judiciário.

Neste viés, tem-se que com a sobrecarga de trabalho dos magistrados, demandas repetitivas e a cobrança por uma Justiça (em sentido *lato*) mais célere e eficaz, o intérprete do direito se perca na realização dos ideais e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico e dê espaço para a produção em massa de decisões padronizadas, sem a devida análise das peculiaridades do caso concreto.

No campo da relação entre o direito e justiça, observou-se que há inúmeras teorias que buscam dissociar os dois conceitos, pelo fato de a realidade envolvendo a justiça ser metafísica e de difícil conceituação. Para Hans Kelsen, a justiça é um valor relativo, passível de várias acepções e variáveis de acordo com as culturas, ideologias, políticas, motivo pelo qual deveria ser objeto de estudo da Ética e não do direito, propriamente dito.

Ultrapassando o pensamento positivista, as teorias contemporâneas buscam, cada vez mais, associar o direito ao conceito de justiça. Assim, aliado aos pensamentos atuais, compreende-se que a justiça funciona, enquanto valor que norteia a construção histórico-dialética dos direitos, como fim e como fundamento para expectativas sociais em torno do Direito. Embora seja de difícil contorno conceitual, é considerada como um valor essencialmente humano e necessário para as realizações do convívio humano.

A dissociação do direito da dimensão da justiça o torna um fenômeno sem sentido, pois a sua função técnico-instrumental é direcionada à solução de causas que garantam o convívio social justo e equilibrado. Dessa forma, tem-se que a atividade jurisdicional deve ser pautada na discussão do valor da justiça, concretizando assim os ideais estabelecidos no Estado de Direito Democrático.

O papel do intérprete do direito é alinhar as novas tecnologias, o saber operatório e tecnicista, com o conhecimento hermenêutico direcionado para a realização dos valores concebidos como supremos pela sociedade, dentre eles os direitos humanos e fundamentais. A produção de julgamentos em massa, sem a devida crítica e interpretação deve ser evitada, pois não se coaduna com a realização dos princípios constitucionais. O pensar humano do magistrado é imprescindível para a garantia de uma decisão justa e equitativa.

As tecnologias e facilidades para a produção em massa de decisões judiciais devem ficar em segundo plano e utilizadas como mero instrumentos facilitadores da atividade jurisdicional, priorizando a atividade jurisdicional voltada para a qualidade, interpretação jurídica adequada, crítica, e não somente ligada aos índices de produtividade e quantidade, sob o risco de deixar-se de lado a concretização do valor de justiça e equidade norteadores do direito.

Referências:

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *In: Revista de Processo*. Vol 263/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para **consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianco; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Frabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CHAUÍ, Marilena. O que é política? *In*: NOVAES, Adauto. **O Esquecimento da Política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em janeiro de 2022.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. *In*: **International Conference on Law and Justice in the 21 st Century**, Portugal, Coimbra, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Limites Territoriais da República Federativa diante dos Atuais Efeitos Provenientes da Globalização Econômica no Mundo do Trabalho. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97. set-out/2016.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARTINS, Angela Vidal Gandra da Silva. **Antropologia filosofia e direito**: um confronto entre o personalismo de Lon Fuller e o economicismo de Richard Posner. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2017.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Capítulo V. Coimbra: Almedina, 2006, p. 296-348.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



CONSTRUINDO NOVOS PADRÕES HERMENÊUTICOS A PARTIR DAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DE SUAS VARIADAS ESPÉCIES NA ATUALIDADE

Patrícia Gasparro Sevilha Greco
Arthur Lustosa Strozzi
André Martini

CAPÍTULO

04

1. Introdução

Quando pensamos em hermenêutica jurídica, logo imaginamos o exercício filosófico de extrair não apenas o significado de um texto legal, mas, ainda, que este sentido tenha consonância a valores de certo tempo e espaço. A própria nomogênese deriva de um processo dialógico e dialético, cuja fundamentação de sua legitimidade, assim como sua própria cogência, encontra respaldo no processo legiferante. É neste ponto que o presente trabalho deriva: a hermenêutica se inicia antes mesmo da aplicação normativa, ela traz na própria opção do legislador um texto que será submetido à análise.

Todavia, como o processo de criação da norma depende umbilicalmente do modelo democrático, este pode impactar no nascedouro do objeto da própria atividade hermenêutica. Há, por assim dizer, uma racionalidade prévia que constrói o texto legal e que molda as diretrizes de base da própria hermenêutica.

Compreender o fenômeno democrático, por sua vez, implica, de certa forma, em compreender de que maneira a democracia será exercida: se de modo direto, ou por meio de representantes, ou, ainda, se em um espaço que transcende as instituições, permitindo-se uma fonte deliberativa muito mais alargada que somente as manifestações legalmente previstas.

Partindo-se da análise filosófica deste tema tão caro à política, sobretudo a contemporânea, é possível esmiuçar as variáveis que determinam certo modelo democrático e como ele pode (ou não) atender às expectativas sociais.

A sociedade nutre em seu seio um cabedal infinito de interesses, não raras vezes, contrapostos, numa espécie de jogo de forças que exige a ponderação por parte de seus atores, ou, do contrário, pode-se pender para duas soluções nada desejáveis: ou uma autocracia ou a instauração do caos. Tanto num ou noutro resultado, vê-se que a lei da força acaba suplantando a razão e as decisões derivadas deste sistema, muito dificilmente, serão revestidas da mínima legitimidade.

Se o papel do Estado e da própria sociedade na vida dos indivíduos e da coletividade ganha atenção de pensadores desde as épocas mais remotas, não é menos verdadeiro que o mecanismo que engendra e dá dinamismo a isto recebe, de igual maneira, a preocupação filosófica.

É por meio da análise das vertentes democráticas que a relação entre o Estado e o cidadão pode encontrar mais ou menos legitimidade e, assim, a liberdade negativa e a construção republicana podem ser mais ou menos justificadas. Partindo-se desta premissa, o presente trabalho analisará as três formas mais preconizadas de democracia no pensamento contemporâneo (representativa, participativa e deliberativa) e qual o âmbito de alcance que elas podem encontrar

na construção normativa, permeando uma hermenêutica constitucional, bem como quais aspectos que seu funcionamento pode se apresentar disfuncional e, com isso, gerar uma instrumentalização sistêmica.

O presente trabalho objetiva que os diagnósticos apresentados possam revelar horizontes de fortalecimento de institutos, instituições e arenas que tragam o exercício político cada vez mais próximo à sua base de justificação: o interesse comum e com isso, a própria norma já se revista dos valores que pretende tutelar, permitindo ao exegeta uma leitura harmoniosa e coesa do ordenamento.

Com base em levantamento bibliográfico e no método dedutivo, a pesquisa que segue parte do pressuposto que o exercício reflexivo que se deite nas premissas de constituição, modo de operacionalização e evitamento de defeitos desviantes da democracia tem potencial emancipatório e, portanto, deve ser fomentado.

2. O que é democracia e suas implicações pragmáticas

A democracia pode ser compreendida como um sistema político que busca, legitimamente, a gestão dos infinitos conflitos. No mesmo sentido, bem resume Lênio Streck (BAHIA; NUNES, 2010, p. 59), ao dizer que a democracia é “a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo, uma vez que não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados”.

Um regime democrático pressupõe que o jogo de forças no bojo social encontre pontos de equilíbrio, fazendo com que “temporariamente, os diversos grupos sociais respeitem suas diferenças e não tornem seus interesses particulares motor único da política” (MILL, 2008, p. 299). E é esta dinamicidade que permite o surgimento daquilo que Stuart Mill chamou de “rearranjo constante do conflito”, sendo este “salutar porque obstrui a cristalização de uma determinada correlação de forças, algo que poderia fazer a democracia degenerar em mera “legislação de classe” (MILL, 2008, p. 299). [E por esta razão que a lógica de produção normativa encontra meios de acomodação dos mais diversos interesses, a fim de que os valores cultivados no seio social possam encontrar ecos desde seu nascimento, até sua aplicação hermenêutica.

Exatamente por se ocupar de gerir uma infinidade de tensões sociais, que a democracia demanda, intrinsecamente, uma atuação cristalina de seus gestores aos

seus cidadãos. Norberto Bobbio, em sua obra *Democracia e Segredo*, destaca esta necessidade de transparência no regime democrático, ao dizer que “A democracia é idealmente o governo do poder visível, isto é, do governo cujos atos se desenrolam em público e sob o controle da opinião pública” (BOBBIO, 2015, p. 29). Essa transparência permite que a *mens legis* fique evidente, permitindo não apenas uma facilidade na compreensão de seu intento, como, ainda, de seu afastamento quando superadas as razões vinculativas de seu desiderato deontológico.

Não apenas a transparência, mas a democracia ainda alinha duas ideias que, aparentemente, seriam conflitantes: controle e liberdade. Kelsen acreditava que a democracia “seria a única forma de composição da ordem política e social capaz de conciliar o anseio natural do Homem à liberdade negativa, ou seja, a ausência de vínculos externos à vontade individual” (NASPOLINI, 2011, p. 70) somando-a à “necessidade social de uma ordem coercitiva, capaz de impor aos recalcitrantes comportamentos socialmente desejáveis”.

Exatamente esta ideia que defende Rawls, na análise de Habermas (2018, p. 107), para quem “agimos de modo autônomo quando obedecemos precisamente àquelas leis que poderiam ser aceitas com boas razões por todos os concernidos com base em uso público de sua razão”.

Atualmente, no entanto, há mais de um modelo democrático e não apenas a democracia direta, vista na antiguidade clássica grega, haja vista que, em que pese a participação direta gerar maior legitimidade, há várias questões de ordem pragmática que impossibilitam este modelo, conforme destacou Vitullo, citando Dussel (VITULLO, 2009, p. 289), ao afirmar que “aceito que são cidadãos centos de milhares ou milhões de pessoas de uma comunidade política, o povo, a representação manifesta-se como a instituição inevitável e necessária”.

Ora, se a democracia é o modo de governo que possibilita a maior autonomia de seus cidadãos, como seria isso possível em um sistema que se desenvolve por meio de representantes?

Sabe-se que o cidadão hoje sofre influências diretas e não apenas de seu universo imediato e circundante, vez que o mundo da vida sofreu um alargamento e transpõe barreiras geográficas, sendo que a mescla cultural e social se revelam de um modo muito mais intenso e contundente do que se poderia jamais cogitar. Tais particulares dos tempos mais recentes não podem ser olvidadas dos modelos políticos que pretendam se revestir de democraticidade, de modo que a opinião pública acaba se revelando como um manancial deliberativo para os representantes políticos e servem de constante indicador da carga axiológica que certa norma carrega (e que não pode ser ignorada pelo hermeneuta). Nesse aspecto, adentra-se no modelo democrático representativo.

3. A Democracia Representativa e a Democracia Participativa

A compreensão que se deita acerca do fenômeno democrático permite não apenas que se trace sua definição, mas, ainda, sobre ela, é possível o levantamento de justificação que legitime as normativas daquele povo a que se destina. Numa palavra, a escolha doutrinária permite a filtragem de certos elementos, dando-lhes mais ou menos destaque, de modo que há implicações pragmáticas neste processo reflexivo.

Assim, conforme destaca Habermas (1997, p. 19), se tomada a perspectiva liberal “o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses”, carreando uma vertente mais representativa das corporações parlamentares, as quais “são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais”.

Por outro lado, se usado o viés republicano, a democracia pende muito mais para uma formação deliberativa e que “deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados” (HABERMAS, 1997, p. 19).

Vê-se, assim, que a incidência filosófica que se pretende imprimir à análise da democracia gera efeitos bastantes diversos em sua operacionalização, podendo ser a democracia a atuação via representativa muito mais salvaguardada em termos normativos, ou, então, valorizando-se mais canais que permitam debates entre os cidadãos, permitindo a construção consensual acerca de certo assunto, preferindo-se, assim, uma democracia mais deliberativa.

Há, decerto, a possibilidade de um amálgama de vários modelos propostos, talvez, até mesmo, porque a complexidade que o mundo da vida impõe, e aqui se utiliza do conceito habermasiano³³, demanda mais de um único paradigma democrático, não sendo possível que a representatividade seja bastante e, de igual modo, que a construção deliberativa alcance tempestivamente o consenso necessário para nortear as situações emergenciais que a práxis diuturna revela.

Há tempos a democracia vem sendo confundida com a ideia de majoritarismo, em que seria o governo da maioria do povo, todavia, as forças sociais não permitem este reducionismo e, conforme “salientou veementemente o vencedor do Prêmio Nobel de Economia Sir Arthur Lewis [...] a regra da maioria e o arranjo institucional governo-*versus*-oposição que essa regra implica pode ser interpretado como antidemocrático” (LIJPHART,

33 - Para Habermas o Mundo da Vida (*lebenswelt*) seria, de modo bastante resumido, aquele em que “os atores comunicativos situam e datam seus pronunciamentos em espaços sociais e tempos históricos” (HABERMAS, 1987, p. 136 apud PINTO, 1995, p. 81). Tal universo se compõe destes três elementos: CULTURA, SOCIEDADE e PESSOA/PERSONALIDADE.

2019, p. 55) e a razão é bem simples “porque ambos são princípios de exclusão”.

Ora, se a democracia não pode ser resumida em um governo majoritário, de que modo, então, pode ser compreendida e, mais ainda, de que modo se estrutura em termos filosóficos? Com base em que pensamentos se legitimam as suas instituições? Qual a sua finalidade, o seu *telos*?

Tais indagações ganham ainda mais relevo se considerarmos que a nossa sociedade, em termos étnicos, está cada vez mais plural, dissipando-se culturas as mais variadas mundo afora, graças às quebras de fronteiras e outras derivações do fenômeno globalizante. Isto gera uma reconfiguração nas populações, nas nações e nos países, de modo que, nem sempre, é possível apontar o que seja “a maioria” e menos ainda como os governos podem virar as costas a estas crescentes variedades, impondo um padrão único.

3.1 Representação política e representação democrática

A concepção que recai em representatividade nem sempre foi de delimitação idêntica ao que hoje se compreende por democracia representativa, em verdade, tais conceitos, no período do liberalismo clássico eram, até mesmo contraditórios, haja vista que, “trata-se de um governo do povo no qual o povo não estará presente no processo de tomada de decisões” (MIGUEL, 2004, p. 2-3).

Os pensadores do federalismo, entre eles, Madison, acreditavam haver uma profunda diferença entre uma República Representativa e uma democracia, vez que a primeira se caracterizaria como exemplo paradigmático da representatividade, ao passo que a segunda apenas incentivaria, a seu ver, “a turbulência e a desordem” (VITULLO, 2009, p. 273).

Neste período do liberalismo clássico, a concepção de representatividade, embasada no republicanismo, seria a materialização de um ideal político, já que reservava à arena dos representantes políticos os debates acerca do bem comum, evitando-se a “desordem” gerada pela participação popular, típica de uma democracia.

Decerto que nem todo liberal concebia a ideia de representatividade longe da figura democrática e, neste aspecto, o pensamento de Stuart Mill ganha destaque, pois que ele não entendia que um governo representativo seria incompatível com o sistema democrático (DALAQUA, 2016, p. 16).

Mill chegou bem perto da compreensão dos modelos atuais de democracia representativa, já que as propostas de representação política

nos moldes republicanos, preconizados pelos pensadores que lhe eram contemporâneos, não apontavam a solução para uma possibilidade de manutenção de desigualdade social patente.

Como exemplo de visão parcial que um representante pode ter, Mill cita o caso dos parlamentares das classes mais abastadas quererem negar a participação dos operários na assembleia representativa (Ibidem). A questão da representatividade política dos trabalhadores era um tema controverso na Inglaterra do século XIX. Uma das consequências imediatas da adoção da representação proporcional milliana seria a entrada maciça de representantes proletários no parlamento, uma vez que os operários consistiam na maior parte da população inglesa (DALAQUA, 2016, p. 18).

Em que pese o pioneirismo do raciocínio de Mill, em verdade, o pensamento do século XVIII era nitidamente marcado pela aversão ao rótulo da democracia, por parte dos revolucionários e a razão para tanto era bastante simples: “Para eles, a democracia designava um governo licencioso e tumultuoso, sendo por isso que aproximar o governo representativo da democracia lhes parecia como que um insulto”. (DALAQUA, 2016, p. 16). Este pensamento de resistência à instauração de democracias só encontraria aceitação no século posterior.

Hoje, de modo bastante diverso, a ideia de representação é tão cara às sociedades tidas por democráticas que representação política e democracia representativa “constituíam expressões praticamente equivalentes, o que levaria a que toda e qualquer alusão à representação política conduza de modo automático a pensar na democracia representativa”. (VITULLO, 2009, p. 271).

A larga difusão da democracia representativa deve-se, em grande parte à “relevância das instituições representativas” (MACHADO, 2016, p. 9), vez que elas estão tão entremeadas no cotidiano dos cidadãos que estes, sequer, se apercebem dela; seja na eleição de um síndico de um condomínio, ou no pleito da Presidência da República.

Com efeito, o instituto da representação traz uma série de benefícios em termos operacionais, vez que “A representação possibilita, também, uma negociação continuada, o estabelecimento de opiniões e decisões encadeadas, evitando um eterno recomeçar de estaca zero” (VITULLO, 2009, p. 290), ou seja, o sistema democrático representativo garante uma maior dinamicidade, característica esta muito cara aos valores contemporâneos.

De outro lado, caso ignorado o instituto representativo, preferindo-se uma democracia no modo direto, decerto que as tratativas e o deslinde das

negociações políticas poderiam até ser mais legítimos, mas, indubitavelmente, mais morosos (VITULLO, 2009, p. 290).

No sistema representativo, as negociações entabuladas pelos representantes não são geradas a partir da necessidade de uma visão unicista, mas de uma ótica que prime pela construção do ideal coletivo, consubstanciado nos mais variados grupos representados em assembleia. Neste aspecto, o sistema representativo ora em voga se aproxima bastante do proposto pelo pensamento de Mill, vez que a representação proporcional e o voto plural, por ele preconizados, permitem que os grupos sociais com interesses antagônicos deliberem no mesmo *status* de igualdade na assembleia política (BELAQUA, 2016, p. 21). Numa palavra, a democracia representativa almeja ser uma reprodução em menor escala da sociedade e de seus anseios.

O argumento sustentado no debate de uma democracia representativa deve encontrar seu substrato não nas convicções pessoais do representante, mas nos anseios latentes ou em vias de desenvolvimento do representado (BELAQUA, 2016, p. 22), projetando, também, as expectativas futuras. E é por esta razão que a produção normativa, tanto quanto a sua aplicação, devem buscar tal intento, o que não é tarefa fácil reservada ao hermeneuta.

Há, deste modo, uma retroalimentação das opiniões do representante para com o representado e vice-versa, e tal dinâmica se estabelece num dialogismo em que a sociedade e seus representantes dialogam em paridade e não em uma relação hierárquica, como sua desnaturação poderia supor (BELAQUA, 2016, p. 22). O funcionamento sistêmico de uma democracia representativa permite que este dialogismo fomenta, infinita e indefinidamente, o debate, gerando, qual organismo vivo que é, a energia necessária para correções e distorções que se encontrem em seu funcionamento.

Decerto que não se pode adotar uma postura ingênua de crer que a democracia representativa seja livre de erros e problemas, ainda que possuidora de um mecanismo hábil a rever eventuais instrumentalizações que possam advir de seu exercício dialógico, mas alguns destes problemas podem apontar para a necessidade de uma revisão do próprio modelo democrático representativo, ou, então, prognosticar uma espécie de evolução da arena de debates. Antes, contudo, de adentrar em novas perspectivas mais inclusivas na seara democrática, é importante se debruçar sobre os problemas que a representatividade tem despontado.

3.2 A democracia representativa e seus problemas sistêmicos na contemporaneidade

A representatividade não pode se deitar numa quantificação matemática em termos eleitorais, sendo uma cópia proporcional da população que representa, muito antes, deve ser o mais inclusiva possível e salvaguardar direitos de minorias, para que não se confunda com um governo meramente majoritário (MACHADO, 2016, p. 12).

É neste aspecto que se destaca uma nova visão teleológica do mecanismo representativo, cuja base se deitava no “caráter igualitário” passando a ser “relativizado por demandas de reconhecimento, equalização ou compensação de grupos estabelecidos por características, identidade ou condições”, ou seja, a representação pode estar sendo insuficiente ante a “crescente diversificação das formas público-discursivas e de associação” (ITUASSU, 2014, p. 397).

Não apenas a dinâmica social que torna a sociedade cada vez mais plural pode ser a razão primeira que explicaria a defasagem de representatividade, mas as chamadas “práticas clientelistas” (MACHADO, 2016, p. 15) que se revestem das mais variadas formas, sejam legais, quais o *pork barrel*³⁴ e a patronagem³⁵, ou ilegais, qual a compra de votos.

Estas práticas, que visam unicamente a manutenção dos que estão no poder, acabam se distanciando dos ideais democráticos, porquanto o representante utiliza-se do aparato estatal não com vistas a atender a demanda dos representados, mas para a satisfação dos interesses de uma classe ou de um público bastante restrito. No entanto, em que pese a obviedade deste desvio, e as constantes reclamações da população, “o próprio desinteresse ou desconhecimento da mesma criam um ciclo vicioso nos períodos eleitorais, no qual os mesmos maus candidatos se reelegem e continuam atuando de forma que não são responsivos (não atendem as demandas) à população”. (MACHADO, 2016, p. 15)

O próprio pluripartidarismo levado a extremos, qual o agigantamento

34 - *Pork barrel* é “expressão utilizada na literatura internacional para designar o particularismo legislativo, em que deputados utilizariam políticas distributivas (Lowi, 1964) visando ao voto dos beneficiários. Esses projetos particularizados são superestimados pelo eleitor favorecido, uma vez que ele usufrui integralmente dos benefícios sem pagar a totalidade do custo. Essa característica poderia levar à alocação inadequada dos recursos públicos, fazendo com que muitos locais recebessem mais do que a distribuição racional dos recursos justificaria” (Pennock, 1970 *apud* BAIÃO, 2017, p. 716).

35 - Cunha (2006, p. 226), em sua análise acerca da patronagem, diz que: “O tema da patronagem política, ou, ainda, da leitura da conformação dos espaços da política a partir de relações privadas de cunho clientelístico, vem sendo apresentado pela historiografia como elemento distintivo não de um, mas de variados períodos da história política brasileira.

do número de agremiações políticas (o multipartidarismo que será tratado mais adiante), pode refletir a ausência de base ideológica da boa parte dos partidos o que gera, por consequência, a falta de fidelidade de seus correligionários (BAHIA; NUNES, 2010, p. 59).

Longe de se resumir em defasagem representativa (o que, de per si, já é bastante indesejado), a instrumentalização do sistema democrático representativo acaba gerando outros efeitos colaterais, qual a judicialização de questões que deveriam ser resolvidas pela via legal, mas que, por sua vez, dado o hiato entre a performance dos representantes e os anseios sociais, geram uma constante judicialização de tais reivindicações. Não é por menos que a atividade hermenêutica, nestes casos, é desafiada e não apenas pelo volume de demandas, mas pela própria complexidade delas, porquanto a defasagem normativa acaba por implicar um exercício de colmatação baseado, muitas das vezes, em verdadeiros malabarismos axiológicos.

Ao invés disso, a crise da democracia representativa tem levado, cada vez mais, demandas ao Judiciário. Após a Constituição de 1988, ele tem sido utilizado como *tertium genus* diante da inacessibilidade de grupos ou demandas minoritários aos outros poderes. Celso F. Campilongo entende que os Tribunais se constituem na nova arena de reconhecimento de reivindicações (CAMPILONGO, 1994, p. 117).

Em que pesem as críticas dirigidas àqueles que exprobam o chamado “ativismo judicial”, taxando-os de conservadores, fato é que o Judiciário, muitas das vezes, “pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *statu quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2009). Em outras palavras, o ativismo judicial nem sempre traz a melhor resposta numa perspectiva progressista, muito pelo contrário, sob o aval dos mais sublimes argumentos, pode se revestir, em verdade, numa manutenção dos desvios finalísticos de uma aplicação verdadeiramente inclusiva.

Cabe, deste modo, criar mecanismos democráticos de controle à representatividade, para que ela não se quede em uma democracia de aparências. Neste intuito é que se debruçam sobre outras espécies de modelos democráticos que podem produzir, inclusive, bases normativas tanto quanto, ou até mais, inclusivas.

3.3 A democracia participativa

Quando se pensa em democracia participativa, logo se pensa em democracia direta, porém, “O modelo da democracia grega é inviável por muitos motivos – entre eles, o fato de que repousava na exclusão da maior parte da população” (MIGUEL, 2017, p. 111).

A democracia participativa, portanto, liga-se muito mais à ideia de democracia representativa do que da direta propriamente dita, já que, conforme expõe Miguel (2017, p. 95), “Ela significa o acesso a locais de tomada final de decisão, isto é, implica a transferência de alguma capacidade decisória efetiva do topo para a base”, ou seja, “Parte importante das decisões ainda seria tomada por representantes eleitos, é claro; mas a teoria supõe que a experiência na gestão direta de poder na base ampliará a capacidade de compreensão sobre a política mais geral e de escolha esclarecida dos representantes” (MIGUEL, 2017, p. 95).

Para Vitullo (2009, p. 280), há o pleno acoplamento entre as concepções de uma democracia representativa aliada a uma democracia participativa, sendo, deste modo “uma proposta alternativa ao paradigma dominante”.

Avritzer e Santos (2005, p. 77) destacam o potencial emancipatório que pode advir da combinação de diferentes formas democráticas presentes nas sociedades contemporâneas, ou seja, haveria uma maior efetividade em termos de resposta às expectativas sociais caso se partisse da integração de modelos variados, qual o amálgama que se pode ver da democracia representativa com a democracia participativa, que tem ganhado a adesão de vários países, entre eles, a do Brasil.

Em termos do ordenamento pátrio, pode-se dizer que a democracia participativa se desenvolveu de modo emblemático, sobretudo a partir da década de 90, com a difusão do chamado “Orçamento Participativo”. Vê-se, pois, que este modelo democrático não se resume à iniciativa popular, direito ao voto, ao plebiscito e referendo, ela está presente, também, em institutos qual o mencionado Orçamento Participativo e em outras dinâmicas, conforme exposto por Sintomer (2014, p. 09):

Igualmente muito significativas: os conselhos participativos e as conferências sobre temas específicos da ação pública (sobretudo em questões sociais e culturais), do nível local aos níveis estadual e federal; formas de economia solidária; e uma diversidade de outros tipos de interação entre a sociedade e o Estado. O Brasil tornou-se um líder mundial em democracia participativa e é a maior peça em um complexo quebra-cabeças em que a América Latina e a figura central.

Em que pese haver o empoderamento dos cidadãos comuns, partindo-se da premissa destes se tornarem “mais capazes de intervir de maneira consciente” (MIGUEL, 2017, p 110), com a consequente fiscalização dos seus representantes, mantendo um diálogo de maior proximidade entre todos os atores sociais, “É importante registrar que o participacionismo não contesta o fato de que a maior parte das pessoas, na maior parte do tempo, é apática, desinformada e desinteressada” (MIGUEL, 2017, p. 90). Essa indiferença não deixa de pesar no momento de construção da racionalidade normativa, o que pode vir a gerar normas obscuras, de aplicabilidade rasa ou, então, segmentárias, dificultando a extração de uma significação mais plena em sua hermenêutica.

Não obstante esta dificuldade de uma atuação mais efetiva por parte direta dos interessados, ainda, há outra dificuldade que o modelo democrático participativo deve encarar: “tornar a administração participativa requer investimentos financeiros, políticos, técnicos, administrativos, comunicativos, e de capacitação dos atores participantes” (FEDOZZI, 2014, p.55), somente com tais investimentos pode-se superar “certo amadorismo que relega a participação a uma vontade espontânea e secundária” (FEDOZZI, 2014, p.55).

Expondo-se as dificuldades encontradas em cada modelo, não restam dúvidas acerca da necessidade de combinação de seus mecanismos e instituições a fim de que a soberania popular se faça valer e, com ela, a consubstanciação da norma em verdadeira diretriz axiológica. Mas, como se proceder em casos em que a representatividade foi capturada e instrumentalizada e, ainda, os mecanismos participativos se demonstrem insuficientes? Esta situação não é rara, de modo que se fez necessária a criação de outro modelo democrático, muito mais apto a gerenciar as mais variadas esferas de atuação humana e que possibilitem um cenário verdadeiramente emancipatório – a democracia deliberativa.

4. Democracia Deliberativa Habermasiana

Para promover a liberdade é necessário um sistema de governo que satisfaça as condições constitucionais estabelecidas. Sem uma lei que atenda essas condições, o governo será facilmente manipulado por uma vontade totalitária. O governo deve ser conduzido por meio de um império de leis, com poderes devidamente reconhecidos e dispersos entre diferentes órgãos

e as leis mais básicas não podem estar sujeitas a alterações por emendas majoritárias (PETTTT, 1999, p. 239).

No Brasil impera o sistema de democracia representativa. Hans Kelsen (1993, p. 40), em icônica frase, “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”, denota o fundamento essencial que os partidos políticos têm para a sistematização e a funcionalidade da democracia.

Por sua vez, é indiscutível o fato da ausência de credibilidade ou da transição de representatividade democrática entre os partidos políticos e a população. Lazzari (2016) aponta que somente 16% se sentem representados por algum partido, 5% se sentem muito ou razoavelmente próximos a qualquer partido brasileiro e 3,91% participam de alguma atividade partidária.

Em pesquisa realizada pela Datafolha (2019) o índice de apoio à democracia atingiu o maior patamar, desde 1989, em outubro de 2018 (69%), mas no último dossiê, publicado em janeiro de 2020, houve um recuo de 7% em relação ao período mencionado:

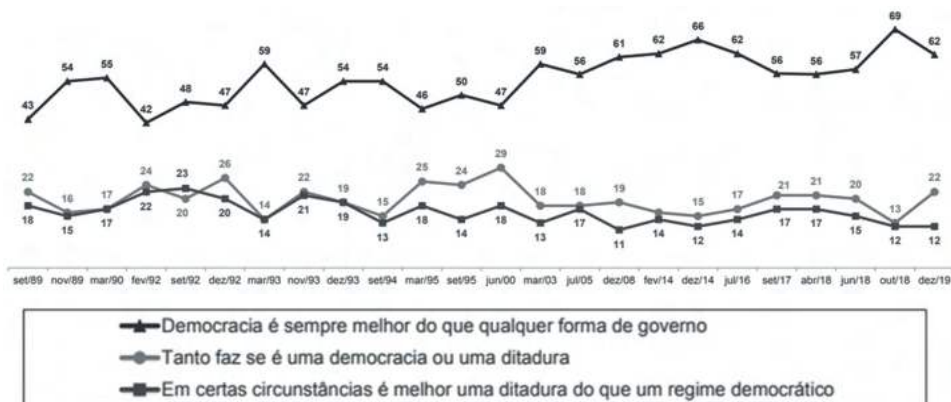


Figura 1 – Com quais das seguintes afirmações, você concorda mais: a democracia é sempre melhor do que qualquer forma de governo; em certas circunstâncias é melhor uma ditadura do que um regime democrático; tanto faz se o governo é uma democracia ou uma ditadura. Fonte: DATAFOLHA, 2020.

Há algum tempo os partidos políticos têm apresentado insuficiência, de uma forma geral, de representar e articular os interesses da sociedade, somado com a nítida falta de habilidade entre o discurso e a prática (BANNWART, 2019, p. 119). A própria “fragmentação ideológica e a dispersão dos conteúdos programáticos dos partidos políticos têm contribuído significativamente para

o enfraquecimento da espinha dorsal da democracia” (BANNWART, 2019, p. 120).

Essa insuficiência pode ser diagnosticada a partir de dois importantes aspectos: o presidencialismo de coalizão³⁶ e o multipartidarismo³⁷. Contudo, o objetivo do presente estudo não é a análise das consequências de ambos os tópicos; mas sim os modelos de democracia e, em especial, neste capítulo, o que denominamos de democracia deliberativa.

Parte-se do pressuposto de que na democracia deve imperar os princípios da publicidade e da transparência para que a sociedade obtenha consciência pública de questões políticas. A capacidade e a reflexividade se encontram na crítica e no debate público entre os cidadãos. Inobstante, em nosso atual modelo democrático, marcado pelo capitalismo financeirizado e global, é fundamental avançar nas possibilidades de institucionalização de mecanismos que permitam maior participação e de deliberação popular.

Jürgen Habermas (1929-), na obra *Faktizität und Geltung*³⁸ (1992), analisa os desdobramentos sobre a concepção de democracia, descrevendo de forma mais aprofundada o papel da esfera pública e sua conexão com o político. No referido livro o autor trabalha a obscura relação entre ética, moral, política e direito que são objetos tanto do liberalismo quanto das teorias republicanas.

Logo na introdução do capítulo *Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia* (1998, p. 363-406), Habermas diz que é necessário considerar uma concepção de democracia, reduzida em termos empiristas, que elimina seu aspecto de legitimidade democrática do poder e da lei. A partir

36 - Com o termo “presidencialismo de coalizão”, Sérgio Abranches (1988), durante a finalização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, em 1988, distingue o sistema de governo presidencial brasileiro em relação ao norte-americano, ao austríaco e finlandês, analisando a pluralidade e a heterogeneidade estrutural da sociedade e sua repercussão na posição das forças políticas, as quais possuem a complexidade exclusiva em decorrência de seus fatores histórico-sociais.

37 - Apesar de previsão expressa do pluripartidarismo – embasado tanto no pluralismo político (art. 1º, V, CRFB) quanto ao pluralismo partidário (art. 17, CRFB), com consequente indissociabilidade entre liberdade de ideologia e os regimes democráticos – vivenciamos atualmente no Brasil o que se convencionou chamar de multipartidarismo, sendo que há 32 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

38 - Preliminarmente, vale destacar que no livro *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* o autor “situa a tensão entre ‘factidade’ e validade” (ou, conforme os americanos o simplificam, entre ‘fatos e normas’) no contexto da linguagem e da ação comunicativa. Os dois conceitos coexistem sem atrito, enquanto nos movimentamos no ‘mundo vivido’. Ou seja, enquanto as relações sociais e comunicativas que caracterizam nossa vivência cotidiana não forem problematizadas” (FREITAG, 2005, p. 191). Habermas busca esclarecer “como a tensão entre os fatos sociais e sua validade normativa se desenvolve no campo do direito e do poder, incluindo-se suas formas de institucionalização na sociedade e no Estado de direito. Na era do pensamento pós-metafísico, fatos históricos ou sociologicamente constituídos são constantemente representados e reconstruídos normativamente com auxílio de constituições, legislações e julgamentos dos tribunais, que, deste modo, interferem na prática cotidiana. Ao lado da ‘normatividade’ do legislativo e do judiciário, o poder executivo aplica (bem ou mal) as leis em vigor, estruturando a realidade social. A normatividade da lei, internalizada pelos atores, gera expectativas sociais, que se traduzem em ações sociais” (FREITAG, 2005, p. 191-192).

da análise da comparação dos modelos normativos de democracia, o autor passa a trabalhar uma concepção procedimental do processo democrático que não se compadece da concepção totalizante de uma sociedade centrada no Estado.

A relação constitutiva entre o poder e o direito possui relevância empírica através das pressuposições conceitualmente inevitáveis da produção legítima de normas e através das institucionalizações da correspondente prática de autodeterminação dos cidadãos. Contudo, isso pode eliminar o efeito da relação interna entre normatividade e direito legítimo. Habermas demonstra que as teorias empiristas de poder, seja em termos da teoria dos sistemas ou da teoria da ação, não ignoram a impregnação normativa do poder político articulado em termos da lei, mas a reduzem ao poder social. O poder social é a capacidade de impor interesses mais elevados que podem ser perseguidos de maneira relativamente racional; enquanto o poder político pode ser considerado como uma forma abstrata do poder social, articulado de maneira estável, que permite intervenções no poder administrativo com base na hierarquia e organização dos poderes (HABERMAS, 1998, p. 365).

A reivindicação de legitimidade da lei é, hodiernamente, transmitida ao poder político por meio da sua forma jurídica, sendo que a legitimação pode ser vista através do processo legislativo, a partir de critérios de validade. As condições de aceitabilidade da lei e do poder político são transformadas em condições de aceitação e de dominação. Habermas (1998, p. 367) alerta que as regras de uma democracia caracterizada pela competição entre os partidos se baseiam em um subjetivismo ético:

Las reglas de una democracia caracterizada por la competencia entre partidos, que obtiene su legitimidad del voto mayoritario conseguido en unas elecciones libres, iguales y secretas, cobran plausibilidad a partir de una comprensión de sí y del mundo específicamente moderna. Ésta se funda en un subjetivismo ético, que, por un lado, seculariza la comprensión judeo-cristiana de la igualdad de cada individuo ante Dios y toma por punto de partida la igualdad básica de todos los individuos, pero que, por otro lado, sustituye el fundamento transcendente de los preceptos obligatorios por un sentido immanente de la validez, es decir, ve anclada la validez de la norma tan sólo en la voluntad de los sujetos mismos. Los individuos mismos son los que producen voluntariamente la validez normativa, mediante el acto de su libre asentimiento.

Em razão desse assentimento voluntarista da validade, um entendimento positivista do direito aparece: é direito aquilo que o legislador político, escolhido de acordo com os critérios postos, estabelece como direito.

Para o racionalismo crítico, essa afirmação não é racionalmente justificada em nenhum sentido, mas é apenas uma expressão de uma decisão fundamentada na tradição que foi imposta com sucesso.

O processo democrático, segundo a concepção liberal, é realizado exclusivamente na forma de compromissos entre interesses. As regras de formação de compromissos que, por meio do direito universal e de igualdade do sufrágio, permite a composição representativa dos órgãos parlamentares, através do modo de decisão, por meio dos regimentos do regime interno. O referido processo pode ser visto ainda como um meio de assegurar a equidade dos resultados.

Inobstante, na modernidade, é fundamental que o processo democrático seja marcado por uma concepção normativa do Estado e, também, da sociedade. Conforme a concepção republicana, a formação da opinião e a vontade política permite aos cidadãos ser o meio através do qual se constitui a sociedade como um todo politicamente estruturado (HABERMAS, 1998, p. 373), Philip Pettit segue o mesmo raciocínio:

La democracia, según se entiende corrientemente, va ligada al consentimiento; está casi exclusivamente vinculada a la elección popular del personal del estado, o al menos, con la elección popular de la legislatura. Pero la democracia puede entenderse también, sin necesidad de forzar indebidamente nuestras intuiciones, de acuerdo con un modelo más de disputa o de disenso que de consenso. De acuerdo con este modelo, un gobierno será democrático, un gobierno representará una forma de poder controlado por el pueblo, en la medida en que el pueblo, individual y colectivamente, disfrute de la permanente posibilidad de disputar las decisiones del gobierno (PETTIT, 1999, p. 242).

A teoria do discurso habermasiana se associa com o processo democrático utilizando elementos – mais presentes – do liberalismo e – menos presentes – do republicanismo. Para Habermas, o republicanismo estabelece em seu núcleo o processo de formação da opinião e da vontade política e, sem entender a Constituição, formula um Estado de direito como algo secundário. Todavia, o desenvolvimento e a consolidação de uma política deliberativa – teoria do discurso – torna interdependente o processo de comunicação e a sua institucionalização. Logo, não é dependente de uma cidadania coletivamente capaz de agir, mas da institucionalização dos procedimentos de comunicação correspondentes, somada à interação das deliberações institucionalizadas com as opiniões públicas desenvolvidas (HABERMAS, 1998, p. 374).

Com a procedimentalização da soberania popular, a democracia representativa permite uma vinculação “retroalimentar”, qual seja, o retorno de políticas públicas para os cidadãos que elegeram diretamente seus representantes. Isso corresponde uma sociedade descentrada, pois não há a busca pelo bem comum, mas sim o propósito de garantir o bem próprio. Habermas destaca que “esta concepción de la democracia ya no puede operar con el concepto de un todo social centrado en el Estado, al que quepa concebir como un sujeto en gran formato, que actúe orientándose a un fin” (HABERMAS, 1998, p. 374). Além disso, o todo não pode ser representado por um sistema de normas constitucionais, pois essas regulamentam, agora, o equilíbrio de poder e interesses conforme o modelo de mercado.

Para entender o modelo de democracia proposto por Habermas, deve-se ter em mente dois aspectos fundamentais que se inter-relacionam: (i) o conceito de esfera pública³⁹; e a intersubjetividade:

La teoría del discurso cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan los procesos de entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos. [...] El flujo de comunicación entre la formación de la opinión pública, los resultados electorales institucionalizados y las resoluciones legislativas tienen por fin garantizar que la influencia generada en el espacio de la opinión pública y el poder generado comunicativamente se transformen a través de la actividad legislativa en poder utilizable administrativas. Al igual que en el modelo liberal, se respetan los límites entre Estado y sociedad (HABERMAS, 1998, p. 375).

Essa concepção traz severas consequências para a compreensão da legitimação da própria soberania popular. A formação da vontade democrática, na concepção liberal, tem exclusivamente o papel de legitimar o exercício do poder político. O sufrágio universal constitui uma licença para

39 - Para melhor compreensão: HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública. São Paulo: Unesp. 2014. Ensina João Paulo Bachur (2017, p. 545): “Em sua tese de habilitação, o clássico Mudança Estrutural da Esfera Pública (1962), Habermas investiga a transformação discursiva que inaugura o mundo burguês, qual seja, a institucionalização da esfera pública como instância de crítica política. A reunião de pessoas privadas em torno de um tema sofre uma alteração essencial quando essa reunião assume caráter público, quando ela deixa de se voltar para si mesma e passa a se voltar para o exterior. A constituição do público é o momento em que o indivíduo se forma historicamente como sujeito político (Habermas, 1962:86). No clássico trabalho de Reinhart Koselleck, a esfera pública aparece como uma espécie de “tribunal moral” perante o qual o poder político do Estado tem de se legitimar continuamente, o que se revela, no limite, uma tarefa aporética – não obstante a política tenha se diferenciado e se autonomizado em relação à moral, remanesce uma necessidade de justificação do poder político perante o público (Koselleck, 1959:8-9). Em Habermas, a esfera pública perde essa determinação estritamente negativa ao deixar de ser um âmbito para discussões estéticas e literárias e assumir uma função especificamente política. Ela deixa de ser o outro da política para se tornar justamente a instância política por excelência, o locus essencial da formação da vontade coletiva. Essa é a mudança – que Habermas denomina estrutural – da esfera pública.”

assumir o poder de governar, ao mesmo tempo em que o governo necessita se justificar ante a opinião pública e ao Parlamento. Por sua vez, a concepção republicana, a formação da vontade democrática possui a função de constituir a sociedade como uma comunidade política e mantê-la viva a cada eleição. A teoria do discurso habermasiana propõe uma terceira via: os procedimentos e os pressupostos comunicativos da formação da vontade democrática funcionam como um freio para a racionalização discursiva das decisões de uma administração pública e um governo vinculado ao direito e a lei. Traduzida na máxima: “Racionalización significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder” (HABERMAS, 1998, p. 376).

A política deliberativa habermasiana possui duas vias: a formação da vontade democraticamente constituída na esfera pública institucionalizada e a formulação da opinião em espaços extrainstitucionais. É da inter-relação dessas que se encontra a possibilidade de um governo legítimo. Habermas fornece um modelo discursivo de democracia que não está focado apenas no sistema político de justificação e também não somente na sociedade. A democracia fundamenta-se a partir da relação entre esses núcleos: as decisões do sistema político devem ser fundamentadas no âmbito da sociedade. Apenas assim haverá legitimação.

5. Conclusão

Do cotejo realizado entre o conceito de democracia e suas variações, vê-se que é necessário o debate aprofundado sobre o tema como forma de permitir uma produção normativa que albergue a carga axiológica e uma racionalidade composta de variadas expectativas e, com isso, o exercício hermenêutico se funde em bases sólidas, sem perder de vista a possibilidade emancipatória de uma sociedade. É certo que, na modernidade, houve uma multiplicação de *ethos* dentro de uma própria comunidade. O termo plural nunca esteve tão presente, dissipando-se culturas as mais variadas possíveis, frente ao fenômeno da globalização e da superação do Estado-Nação.

Buscou-se estudar os modelos de democracia, em especial, o representativo, o participativo e o deliberativo. O primeiro se caracteriza pela retroalimentação das opiniões do representante para com o representado, sendo que a legitimidade da ação está diretamente relacionada com o voto.

O segundo, por sua vez, se identifica pelo acesso aos locais de tomada

final de decisões, ligando-se mais à ideia de democracia representativa do que da direta, decisões serão tomadas por representantes eleitos, mas a teoria crê que a gestão direta de poder na base ampliará a capacidade de compreensão.

E, finalmente, o terceiro ao pressupor a insuficiência dos partidos políticos, de uma forma geral, de representar os interesses sociais, aponta para o aumento das institucionalizações entre a ampliação do conceito de esfera pública, a intersubjetividade e a deliberação. A democracia deliberativa, proposta por Jürgen Habermas, propõe a formação da vontade democraticamente constituída e a formulação de opinião em espaços extrainstitucionais, sendo que, é dessa inter-relação, que se encontra a possibilidade de um governo legítimo.

O presente trabalho não buscou esgotar o tema; ao contrário, é uma análise para que novos estudos possam ser produzidos e novas indagações possam ser formuladas, propondo uma antevisão da hermenêutica. Verificou-se que os modelos possuem falhas, mas, ao mesmo tempo, possuem um potencial emancipatório. Somente com a democracia pode-se combater aos efeitos maléficos da globalização financeirizada orientada pelo lucro, logo, há de se fomentar, discutir e fortalecer determinados modelos democráticos, convidando ao diálogo entre os cidadãos.

Referências:

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *In: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 31 (1988).

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *In: Santos, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BACHUR, João Paulo. Intersubjetividade ou Solipsismo? Aporias da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 541-575, Apr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000200541&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017128>.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da Democracia Representativa—Infidelidade Partidária e seu Reconhecimento Judicial. *In Revista Brasileira de*

Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 100, jan./jun. 2010, p. 57-84.

BAIAO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves. A eficácia do pork barrel: a importância de emendas orçamentárias e prefeitos aliados na eleição de deputados. **Opin. Publica**, Campinas, v. 23, n. 3, p. 714-753, Dez. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000300714&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 dez. 2019.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Entrelinhas**: percursos da nova república. Londrina: Engenho das Letras, 2019.

BELAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia representativa, conflito e justiça em J. S. Mill. *In* **Revista dois pontos**:. Curitiba, São Carlos, volume 13, número 2, outubro de 2016, p. 15-37.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. São Paulo: UNESP, 2015.

CAMPILONGO, Celso F. Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 111-120.

CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientelares: a aparente duração alargada de um mesmo conceito na história política brasileira. **História**, Franca, v. 25, n. 1, p. 226-247, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742006000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 dez. 2019.

DATAFOLHA. **Opinião sobre a democracia**. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, jan. de 2020. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/42a3a1405e015b37af0facb59e438492osdemo.pdf>. Acesso no dia 19 jan. de 2020.

FEDOZZI, Luciano. Avaliação das práticas de construção dos Orçamentos Participativos. *In* **Democracia Participativa, Sociedade Civil e Território**. Vanessa Marx, organização –Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 49-78.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução Denilson Luis Werne. São Paulo: UNESP, 2018.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução e Apresentação: Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014.
- ITUASSU, Arthur. E-Representação como comunicação política: Internet e democracia representativa. *In.: Rev. Famecos (Online)*. Porto Alegre, v. 21, n. 2, maio-agosto 2014, p. 395-417.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Martins Fontes: São Paulo, 1993
- LAZZARI, Eduardo Alves. **Por que os brasileiros não confiam em partidos políticos?**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.8.2016.tde-25112016-134150. Acesso em: 14 jan. 2020.
- LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia – desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MACHADO, Audálio José Pontes. A democracia representativa no Brasil: problemas e questionamentos *in Periódicos UNIFAP*. Macapá, v. 6, n. 1, jan./abr. 2016, p. 09-18.
- MIGUEL, Luis Felipe. 2004. A democracia e a crise da representação política: a *accountability* e seus impasses. *In.: VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. Coimbra, 16 a 18 de setembro de 2004.
- MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. *In.: Lua Nova*, São Paulo, n. 100, p. 83-118, Jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452017000100083&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 dez. 2019.
- MILL, Stuart. Considerations on Representative Government. *In: On Liberty and Other Essays*. Edição e notas de J. Gray. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo Político – subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2011.

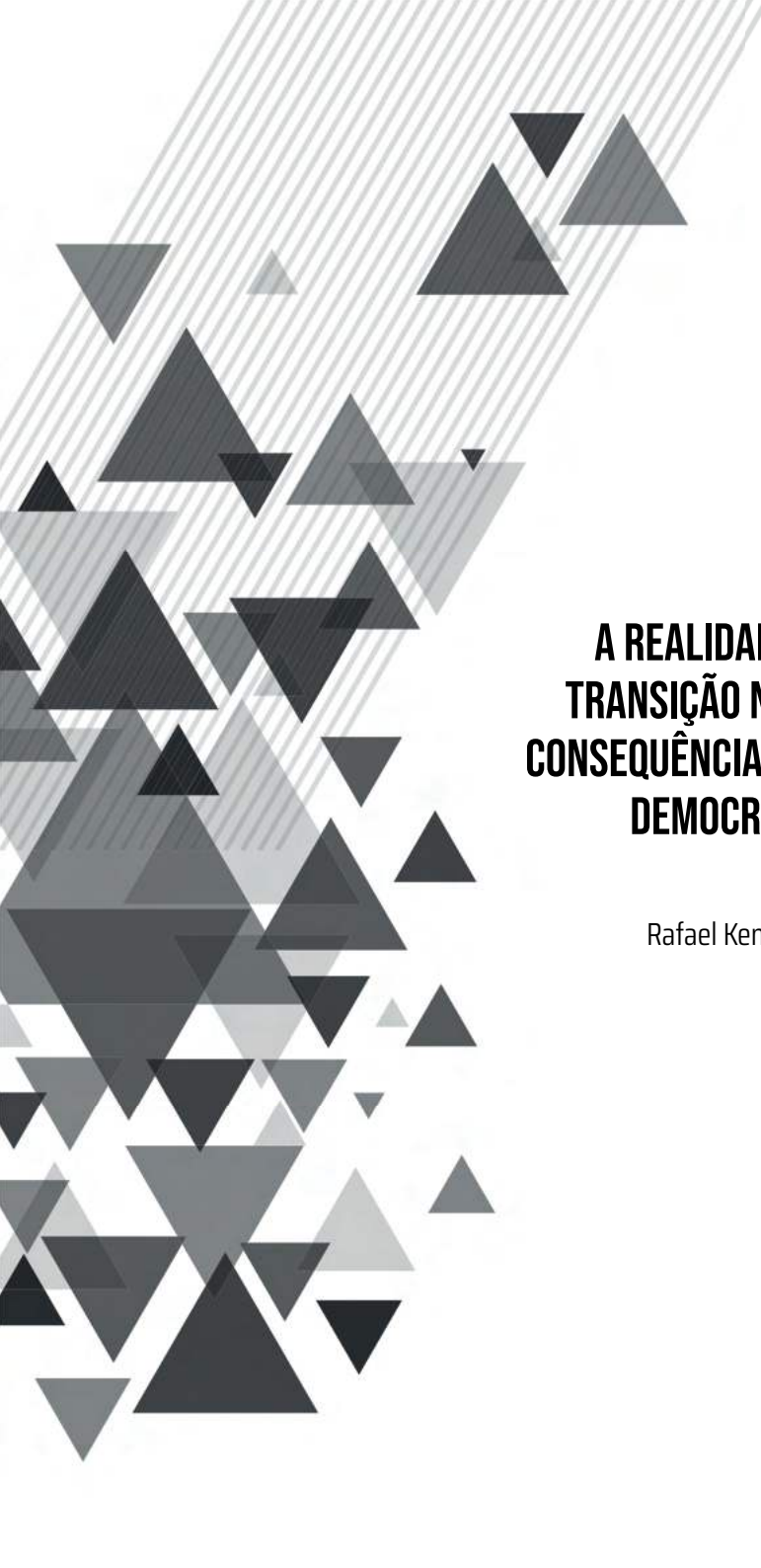
PETIT, Philip. **Republicanismo**: una teoría sobre la libertad y el gobierno. Tradução para o espanhol: Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia** (Ribeirão Preto), Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, Ago. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso: em 16 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

SINTOMER, Yvez. Prefácio. *In Democracia Participativa, Sociedade Civil e Território*. Vanessa Marx, organização –Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 7-10.

VITULLO, Gabriel. Representação política e democracia representativa são expressões inseparáveis? Elementos para uma teoria democrática pós-representativa e pós-liberal. *In: Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 2. Brasília, julho-dezembro de 2009, pp. 271-301.



A REALIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Izabella Affonso Costa
Rafael Kenji Freiburger Nagashima

CAPÍTULO

05

1. Introdução

A Ditadura Militar no Brasil, instaurada pelo golpe de 1964, encerrou sumariamente o governo do então presidente João Goulart e perdurou até a assunção ao poder de José Sarney em 1985. Durante estas duas décadas, o Brasil sofreu com a intervenção do Poder Executivo sobre os demais poderes, cassação de direitos políticos dos opositores do regime, censura de artistas e meios de comunicação, repressão dos movimentos sociais, bem como perseguição de opositores políticos, crimes de tortura e prisões indevidas. Seu legado deixou marcas profundas na história do país, em especial às vítimas, familiares e amigos diretamente atingidos pelos abusos cometidos pelo regime.

Pouco após o final do regime, em 1987, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição Federal de 1988, consagrando o Estado Democrático de Direito e estabelecendo como princípio fundamental a Tripartição dos Poderes, para que atuem de forma independente e harmônica entre si, em busca de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Compromissos incompatíveis com a organização política e jurídica experimentada durante a Ditadura Militar.

A transição entre um Estado de exceção e a democracia, no entanto, não é fácil. Além da complexa alteração de todo o regime político e jurídico, o compromisso com a implementação de medidas necessárias para que o passado não caia no esquecimento de um povo mostra-se imprescindível. Este conjunto de instrumentos necessários a serem adotados por países que foram vítimas de uma agressão à ordem constitucional democrática é chamado de Justiça Reparadora ou Justiça de Transição.

Feitas estas considerações preliminares, o desenvolvimento do presente trabalho será feito, primeiramente, através de uma releitura dos principais acontecimentos da Ditadura Militar, com ênfase em determinados eventos históricos e suas consequências jurídicas. Em um segundo momento, será explorado o tema da Justiça de Transição, sua definição, seus mecanismos e uma comparação entre as medidas que podem ser identificadas no Brasil e em outros países. Por fim, através de pesquisa documental informativa e por meio do método dedutivo, com escólio na doutrina, pretende-se demonstrar um paralelo entre as ameaças aventadas contra o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua correlação com a inaplicabilidade de mecanismos da Justiça Reparadora.

2. Um breve histórico do ordenamento jurídico durante o regime militar

A perspectiva histórica é essencial ao estudo do Direito que evolui não apenas em decorrência do avanço temporal, mas também através da correlação desse com o momento e os acontecimentos históricos que o permeiam. Conhecer e reconhecer o passado permite não apenas o aperfeiçoamento da ciência jurídica, como também a melhor formação do intérprete do direito. Assim:

Ao se cogitar do conhecimento jurídico para o século XXI, cabe antes um olhar para o século XX e seus principais acontecimentos. Pois é a partir dos fatos nele ocorridos e da relação entre estes e o modelo de ciência jurídica então vigente que se pode perceber a necessidade da busca de um novo modo de se conceber e de se estudar o Direito, para superar concepções reducionistas sobre tal fenômeno (GOMES, 2008, p. 148-149).

Neste contexto, volta-se aqui ao recorte temático do período da Ditadura Militar Brasileira, entre os anos de 1964 e 1985, a fim de detalhar alguns de seus principais acontecimentos e compreender seus efeitos, especialmente dentro do ordenamento jurídico e sua conjuntura no posterior Estado Democrático de Direito.

A ditadura militar impactou profundamente o sistema jurídico do Brasil, a começar pelo esfacelamento dos Três Poderes, com subjugação do Congresso Nacional ao Executivo. Segundo a professora de História, Maria Aparecida de Aquino (2004, p. 91), durante o Estado de exceção brasileiro: “[...] o Congresso Nacional permaneceu aberto (funcionando, mutilado, sob diversos aspectos), durante a maior parte do tempo”.

No que diz respeito ao aparato jurídico nestes anos, Elisabete Fernandes Basílio Tamas (2004, p. 640) lembra que: “[...] os militares criaram leis que lhes davam poderes extraídos de outros segmentos sociais e, assim, diziam-se cumpridores da legislação vigente, embora várias denúncias comprovem que muitas dessas leis não foram obedecidas”.

Ou seja, após a tomada de poder pela Junta Militar, em 31 de março de 1964, houve grande movimentação para a promoção de alterações legislativas que pudessem legitimar e respaldar a atuação dos militares, como a instituição em abril de 1964 do Ato Institucional n.º 1, criado para justificar os atos de exceção que se seguiriam, engendrados pelo então Presidente Humberto de

Alencar Castelo Branco.

Neste período inicial, houve inúmeras demissões, exonerações, cassações, prisões, torturas e mortes em nome da conservação da democracia, sob a justificativa da contenção do perigo do comunismo e a necessidade de manutenção da segurança nacional. (TAMAS, 2004, p. 637). Em relação aos números, Elio Gaspari (2016, p. 83), esclarece que:

[...] em catorze anos a ditadura cassara os mandados e/ou suspendera os direitos políticos de 1.088 cidadãos e três ex-presidentes da República; afastara do serviço público 3.215 civis, entre os quais três ministros do Supremo Tribunal Federal e um do Superior Tribunal Militar; excluíra do serviço ativo 1.387 militares, inclusive 55 oficiais-generais. Além destas punições, banira 125 brasileiros, condenara 11 mil pessoas, pusera na cadeia dezenas de milhares de cidadãos e mantinha 213 encarcerados.

O desenvolvimento econômico, a propaganda do governo e a censura foram três pilares essenciais do governo para a manutenção da chamada “segurança nacional”, que se constituiu através de uma legislação própria e fundamental para a consolidação do Regime Militar no Brasil (TAMAS, 2004, p. 641).

Outra das consideráveis mudanças na referida legislação ocorreu através do Ato Institucional n.º 2 que transferiu para a Justiça Militar a competência para o julgamento de crimes contra a segurança nacional ou instituições militares, sendo posteriormente editados demais decretos que reforçavam a repressão e a “[...] necessidade de punir atos destinados a provocar a chamada guerra psicológica adversa ou guerra revolucionária subversiva” (AQUINO, 2004, p. 93).

Inúmeros processos foram transferidos para a Justiça Militar, que na época adotava um tom anticomunista. Pode-se dizer, inclusive, que foi a força do crescimento de partidos comunistas um dos pilares para o Golpe Militar de 1964. Segundo o historiador Rodrigo Patto Sá Motta (2000): “[...] em 1937 e 1964 a ‘ameaça comunista’ foi argumento político decisivo para justificar os respectivos golpes políticos, bem como para convencer a sociedade (ao menos parte dela) da necessidade de medidas repressivas contra a esquerda”.

Paulatinamente, todo o aparato jurídico foi sendo moldado de modo a retirar quaisquer possibilidades de exercício do direito de defesa, realizando prisões cada vez mais arbitrárias e por tempo mais prolongado, nas quais, através da aplicação de métodos de tortura eram extraídas confissões forçadas em busca de incriminar a qualquer custo aqueles que o governo intitulava como inimigos ou subversivos.

Posteriormente, em face das reações mais acentuadas contra o regime,

foi instituído o Ato Institucional n.º 5, no ano de 1969. “A mais monstruosa de todas as leis arbitrárias existentes no Brasil à época” (TAVARES, AGRA, 2009, p. 76), que acabou por praticamente revogar a Constituição de 1967 e que suspendia, para crimes políticos, a garantia do *habeas corpus*, sendo que também:

[...] permitiu a intensificação das torturas dos presos políticos, rompeu com a autonomia do Judiciário, promoveu a impunidade dos casos de corrupção, anulou a autonomia universitária e perseguiu os professores: esses e outros tantos pontos estabeleceram a violação do direito de liberdade dos cidadãos decorrentes de sua implantação. Para os estudantes, como tiro de misericórdia, complementar ao AI-5, foi aprovado o Decreto n.º 477, que permitia excluir das universidades os estudantes que participassem de atividades políticas. (MELLO, 2013, p. 290-291)

Os advogados, por seu turno, perderam base de sustentação jurídica, impossibilitados de demandar a soltura de seus clientes (sem amparo legal em *habeas corpus*) que eram submetidos a todo tipo de atrocidade (AQUINO, 2004, p. 93). Assim, a advocacia, que a princípio enquanto classe não havia se oposto ao Regime, sofreu no período militar após a fase de recrudescimento do regime, quando “vindo o AI-5 e sobretudo as ondas de violência estatal contra a imprensa e os próprios advogados, a OAB passou a adotar um tom de contraponto mais forte às iniciativas do regime” (QUEIROZ, SPIELER, 2013, p. 33).

Outra alteração legislativa que merece destaque trata-se do Decreto-Lei n.º 510/1969, assinado pelo então presidente Artur da Costa e Silva, que além de estabelecer novas regras para prisão durante a fase de inquérito, previu que o indiciado também poderia ser mantido em estado de incomunicabilidade durante dez dias, inclusive sem comunicação com sua família ou mesmo com um advogado. Já o Decreto Lei n.º 898/69 adotou ainda mais rigor nas penas e chegou até mesmo a prever pena de morte e prisão perpétua para alguns casos, que, no entanto, embora vigente no sistema jurídico, não chegou a ser aplicada (AQUINO, 2004, p. 94).

No entanto, o Regime Militar começou a se desgastar em razão do aumento da pressão popular e da instabilidade econômica gerada mundialmente no período da Guerra Fria, o que culminou com a instauração de uma “transição democrática”, no final do governo de João Figueiredo e com continuidade no governo Sarney através da convocação da Assembleia Constituinte.

Aos poucos, as normas que respaldavam o governo foram sendo inutilizadas e, finalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988 deixaram de ser recepcionadas em razão de serem incompatíveis com os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Como visto, nesta época o executivo legislou por Decretos-Lei, muitos deles fortemente repressivos, violando a garantia de efetividade dos direitos individuais, subjugando o Congresso Nacional e transferindo para a Justiça Militar casos que afrontassem a ideologia do Estado.

Sobre o período da ditadura, Maria Aparecido de Aquino (2004, p. 100) realiza um estudo que aponta a existência de uma ambiguidade no seio do próprio regime militar que, ao mesmo tempo em que torturava e castigava brutalmente os presos políticos, no julgamento daqueles que sobreviviam, buscava a aplicação das normas legais, até mesmo com pedidos de absolvição por parte dos juízes, que faziam apelos para demonstrar a necessidade de reintegração à sociedade.

No sentir da citada autora, essa ambiguidade existente no regime militar brasileiro também se encontra presente no seio da própria sociedade brasileira, que também deteve responsabilidade na instauração e na longa duração do período militar. Dessa forma, valendo-se do estudo desse passado não tão longínquo, é que se propõe aqui revisitar acontecimentos históricos da Ditadura Militar e os que o seguiram, utilizando-se o passado também para compreensão do presente por meio da análise do contexto contemporâneo da sociedade brasileira.

3. A justiça de transição no Brasil, a Lei da Anistia e as medidas implementadas

O fim do Regime Militar no Brasil deu lugar à Nova República e a ampla redemocratização política. Mas o que deve ser feito ao término de um período de abusos sistemáticos de direitos humanos vividos por uma determinada sociedade? Esta indagação conduzirá a investigação nas linhas abaixo em que se busca conceituar e compreender a Justiça de Transição e seus reflexos no período pós-ditadura.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em seu sítio eletrônico, define Justiça de Transição como: “[...] the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy

of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation”⁴⁰. Para André Ramos Tavares e Walber de Moura (2009, p. 71), em sentido semelhante: “A justiça reparadora, de transição ou transicional se configura naqueles procedimentos que têm a finalidade de compensar abusos cometidos contra direitos humanos em regimes ditatoriais, em períodos de exceção ou em situações de anomalia constitucional”.

No que diz respeito aos principais mecanismos mencionados para aplicação da justiça transicional avaliam Diego Javier Naranjo Barroso e Luis Ocaña Escolar (2013, p. 212-213): “[...] son los procesos judiciales, las comisiones de la verdad, las reparaciones y disculpas públicas”⁴¹. Para dar efetividade a esta justiça, são necessários o cumprimento de alguns passos, que vão desde a democratização do Estado até o acesso à educação e a memória, a reparação e a republicação dos eventos havidos, necessários até mesmo para a fomentação da verdade, a reorganização judicial e a reforma das instituições estatais (CALDAS, 2013, p. 120).

Nesta senda, as principais medidas esperadas ao final de um regime de exceção, como no término da Ditadura Militar no Brasil consistem na compensação e reabilitação das vítimas ou seus familiares injustiçados pelos abusos cometidos, conservação dos registros históricos, inclusive como fonte de estudo para as gerações posteriores, a busca da verdade sobre os eventos cometidos pelo Estado, punição daqueles que cometeram atos de atrocidade contra a dignidade humana e o reconhecimento e pedido público de desculpas pelo Estado. O objetivo destas medidas consiste não apenas em prestar contas com o passado, mas também como importante instrumento de pacificação social e consolidação da democracia, para que erros do passado não sejam cometidos novamente (TAVARES, AGRA, 2009, p. 89).

Feitas estas considerações, cumpre analisar o cenário brasileiro no período pós-ditadura militar, a começar pela Lei n.º 6.683/79, também conhecida como Lei da Anistia, que dentro do “contexto antidemocrático e ilegítimo”, trouxe a “[...] pretensa extinção da responsabilidade penal de todos os indivíduos que cometeram crimes bárbaros durante a ditadura militar” (CALDAS, 2013, p. 125), assim prevendo logo no seu primeiro artigo:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido

40 - Tradução livre: “toda a gama de processos e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade de aceitar um legado de abusos do passado em larga escala, a fim de garantir a prestação de contas, servir à justiça e alcançar a reconciliação”. Disponível em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf. Acesso em: 16/01/2020.

41 - Tradução Livre: “[...] são os processos judiciais, as comissões da verdade, as reparações e desculpas públicas”.

entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares e outros diplomas legais.

Consta do dispositivo legal que foram anistiados, ou seja, perdoados, todos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes e crimes eleitorais. A única exceção consistia naqueles que tivessem sido condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, conforme disposto no parágrafo segundo do citado artigo.

Assim, a Lei deixava margem à interpretação de que os crimes de tortura cometidos agentes do Estado durante o Período Militar igualmente fossem abrangidos pela anistia, sendo que “[...] mandantes, ocupantes de altos cargos na hierarquia das Forças Armadas, não foram responsabilizados pelas mortes, desaparecimentos e variadas formas de destruição impostas às pessoas submetidas a brutais torturas físicas e psicológicas” (AQUINO, 2004, p. 89)

Trata-se de verdadeira incongruência, principalmente tendo em vista que a Lei de Anistia foi promulgada ainda sob a égide de Regime Militar, ou seja, foi elaborada pelos mesmos atores das barbáries. A propósito:

Desde logo, não faz sentido aceitar que os mesmos patrocinadores da tortura se auto anistiem, pois, à época da lei de anistia, os autores de uma redação pretensamente pacificadora, capaz de tentar colocá-los a salvo de qualquer responsabilização, ainda desfrutavam de grande poder, podendo então impor os termos que melhor lhes conviessem (MELLO, 2009, p. 136).

Discute-se, portanto, a validade da anistia aos militares torturadores, em razão de dois pontos, um de interpretação, na medida em que a lei de anistia seria aplicável tão somente à sociedade civil e assim não teria anistiado os militares torturadores e outra de validade, segundo a qual se houvesse anistiado, a lei não poderia ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, em razão dos direitos fundamentais nela previstos e também pela incorporação dos diversos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos (TAVARES; AGRA, 2009, p. 83). Não bastasse:

Além disso, relembra-se que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que impõem a sanção de torturadores. Dentre eles cita-se a Convenção contra a Tortura ou Penas Cruéis, Desumanas

ou Degradantes assinada em 23 de setembro de 1985 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 4 de 23 de maio de 1989. Esta previa que o país punisse àqueles que cometeram atrocidades humanas no período da ditadura. A adesão pelo Brasil, logo ao final do período ditatorial, à Convenção, evidencia a intenção social de punir os crimes indicados e não os anistiar (GOMES; MIRANDA; SILVA, 2017).

Em face de todos esses fundamentos, em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153 defendendo que não caberia a concessão de anistia aos militares torturadores e também no sentido de que fossem eles obrigados a ressarcir o Estado em razão das indenizações pagas às famílias dos torturados, mortos e desaparecidos (TAVARES, AGRA, 2009, p. 84).

O maior questionamento dizia respeito ao alcance da aplicação da Lei n.º 6.683/79 aos militares que cometeram crimes entre os anos de 1964 e 1979, tanto no plano da sua hermenêutica extensiva aos crimes políticos conexos, como também, superado este argumento, sua validade, seja pela sua não recepção pela Constituição Federal, seja pela contrariedade aos tratados e costumes internacionais (TAVARES, AGRA, 2009, p. 83).

O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2, em abril de 2010. Prevaleceu o voto do Ministro Eros Grau, relator do processo. O último a votar foi o Ministro Cezar Peluzo, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF). Em um trecho de seu voto, fundamentou: “[...] uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico”⁴² Em síntese, a decisão proferida na ADPF 153 entendeu que os crimes políticos conexos, entre eles os crimes de tortura, efetivamente foram contemplados pela Lei da Anistia e, até hoje nenhum dos torturadores do período do regime militar sofreu sanções cíveis ou penais. Na avaliação de Paulo Abrão e Marcelo Torelly (2013, p. 250): “[...] o efeito prático é o de que o Supremo negou o direito à proteção judicial para as vítimas da ditadura”.

Além disto, o julgamento do Supremo repercutiu até mesmo fora do país e, pouco tempo depois, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso da Guerrilha do Araguaia, em novembro de 2010, sendo emblemática por ser a primeira condenação do Estado Brasileiro internacionalmente em razão de acontecimentos do período militar (BATISTA; BOITEUX, 2013 p. 201). Segundo aquela Corte:

42 - Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em: 23 de jan. .2020

[...] são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴³.

De fato, a decisão do Supremo, além de não atender a uma interpretação lógica e histórica e em consonância com o atual contexto democrático, foi na contramão de expectativas internacionais, ofuscando, talvez, definitivamente a completude no implemento da Justiça de Transição no Brasil.

Em nota comparativa, cumpre salientar que, na Argentina, o Congresso estabeleceu a nulidade da Lei da Anistia e de todas as demais medidas que impedissem a punição daqueles que estiveram no poder, com base em normas constitucionais e nos tratados de direitos humanos incorporados à Constituição como tal. No entanto, no Brasil, a ausência da efetiva ruptura com o governo militar pode ter sido parte do motivo pelo qual não foram investigadas as atrocidades cometidas, sendo que, ao final do Regime Militar, qualquer ação nesse sentido era tida como ameaça à estabilidade e ao próprio regime democrático recém-instaurado (TAVARES, AGRA, 2009, p. 88/89).

Segundo afirmam Vanessa Oliveira Batista e Luciana Boiteux (2013, p. 201), “[...] a decisão da maioria dos ministros do Supremo não surpreende se levarmos em consideração o histórico da transição democrática no Brasil, e o aspecto político da anistia como um pacto do esquecimento”, considerando ainda que, conforme já mencionado, parte dos militares que participaram do regime de exceção continuaram presentes na política brasileira, após a redemocratização.

Não há dúvidas que a Lei da Anistia e sua interpretação dada pelo STF seguem em sentido contrário ao que se espera acerca da implementação da Justiça Reparadora, inclusive sob a ótica de organizações internacionais. Como explicam Diego Javier Naranjo Barroso e Luis Ocaña Escolar (2013, p. 213), ao se referirem sobre a Corte Penal Internacional criada em 1998:

Podemos decir que con ésta última institución se aprecian cada vez más los esfuerzos de la comunidade internacional (entre ellos, la Unión Europea) para llegar a un consenso para un sistema internacional de

43 - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, p. 64. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21 de jan. 2020.

justicia que se ocupe de los crímenes de mayor gravedad, tales como el genocidio y la tortura⁴⁴.

A decisão da Corte Suprema que estendeu os efeitos da anistia a militares e políticos diretamente envolvidos com crimes de tortura é, sem dúvidas, um grande obstáculo jurídico para o avanço da Justiça de Transição no Brasil (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 265).

De outro giro, no plano do estudo de medidas compatíveis com a Justiça de Transição que foram levadas a efeito no Brasil, cumpre o destaque, por ordem cronológica: a Lei n.º 9.140/95, posteriormente modificada pela Lei n.º 10.536/2002, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas que tenham participado de atividades políticas na época, além de ter criado uma Comissão Especial, para proceder ao reconhecimento dos desaparecidos, localizar seus corpos e proceder à análise de pedidos de indenização (TAVARES; AGRA, 2009, p. 81).

A Lei n.º 10.559/2002, que regulamentou o artigo 8º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal trouxe a possibilidade de reparação econômica de caráter indenizatório àqueles que tiverem sofrido perseguição pela Ditadura Militar, sem, contudo, alcançar sanções penais aos algozes dos direitos fundamentais, pelos crimes cometidos (TAVARES, AGRA, 2009, p. 82).

A Lei n.º 12.528/2011, pela qual somente em 2011 foi prevista a criação Comissão da Verdade, instalada em 16/05/2012, que entregou a publicação de seus trabalhos no dia 10/12/2014, concluiu que: “[...] as graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado, especialmente nos 21 anos da ditadura instaurada em 1964, foram resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado, configurando crimes contra a humanidade⁴⁵”.

Em suma, ao longo da história, não obstante os sucessores no governo da República Federativa do Brasil tenham lançado mão de algumas das medidas da Justiça de Transição, de um lado, temos que o Brasil desenvolveu, ainda que tardiamente, alguns importantes mecanismos legais de reparação e compensação das vítimas, no entanto, de outro, deixou de adotar medidas efetivas de punição aos responsáveis pelos crimes praticados

44 - Tradução Livre: “Podemos dizer que, com esta última instituição, se apreciam cada vez mais os esforços da comunidade internacional (incluindo a União Europeia) para chegar a um consenso para um sistema de justiça internacional que lide com os crimes mais graves, como o genocídio e a tortura”.

45 - As informações foram extraídas do sítio eletrônico da Comissão Nacional da Verdade, disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em: 16 de jan. 2020.

durante o período do regime militar, como também pouco fez na construção de memoriais para gravar na história as atrocidades que foram cometidas, provocando consequências sentidas nos dias atuais.

Motivos políticos variados foram determinantes neste sentido, obstaculizando um avanço mais significativo para implementação efetivada da justiça transicional, o que é refletido em alagoes dos direitos fundamentais que deixaram de ser penalizados pelos crimes que cometeram (TAVARES; AGRA, 2009, p. 82).

Assim, como visto, acredita-se que uma das justificativas para este cenário consiste no fato de que não houve uma efetiva ruptura com a Ditadura Militar no Brasil, sendo que no próprio governo José Sarney, ainda havia muitos políticos que participaram diretamente daquele regime ocupando altos cargos políticos. Muitos integrantes do governo de exceção negociaram a transição e permaneceram na estrutura governamental, ensejando grande dificuldade na punição dos responsáveis, bem como na divulgação de dados sobre as atrocidades cometidas pelo regime militarista.

3.1. Da ausência de efetiva implementação de mecanismos de justiça de transição no Brasil e suas consequências para o estado democrático de direito

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, até o momento, passados quase 35 anos do fim do regime militar, o Brasil adotou medidas modestas no que toca a adoção dos mecanismos da Justiça Reparadora. Quando acertou, como em razão do advento da Lei n.º 9.140/1995 (Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos), da Lei n.º 10.559/2002 (Regime do Anistiado Político) e da Lei n.º 12.528/2011 (Comissão Nacional da Verdade), o fez tardiamente, com a primeira medida adotada somente 10 anos após o fim do Regime Militar e por clamor e ação dos familiares das vítimas.

Entre os equívocos, o principal deles diz respeito à interpretação conferida pelo STF em relação à Lei da Anistia, que impediu a punição dos principais crimes e atrocidades cometidas no período. Por conta disto: “[...] não existem no Brasil julgamentos relativos aos agentes perpetradores de violações aos direitos humanos durante a ditadura militar e há uma situação de não reconhecimento do direito de proteção judicial às vítimas da ditadura” (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 249).

Efetivamente, nenhum processo judicial de investigação possui

utilidade, sem que, ao final, seja possível a punição dos agentes, impedindo a formação de uma verdade judicial sobre os fatos, gerando, como consequência, um quadro contínuo de impunidade (CALDAS, 2013, p. 126). Esta impunidade gera reflexos óbvios na sociedade como um todo. Nesta senda:

Como explicar a uma vítima dos porões da ditadura que não é possível identificar e punir o agente público que a sequestrou a torturou durante dias ou meses a fio? Como ensinar às gerações mais jovens que, no Brasil, a impunidade não é a pedra angular da nação e que aqueles que detêm ou detiveram o poder e dele abusaram, sempre serão penalizados por seus crimes? Será que devemos nos conformar que, diante da comprovação de que delitos graves foram praticados, não há nada que possa ser feito pelo direito brasileiro? (SWENSSON JUNIOR, 2013, p. 333).

Conforme acima já apontado, na Argentina, por exemplo, o Congresso declarou a nulidade da anistia prevista na Lei n.º 23.040/1983 e o governo democrático encaminhou à justiça o processo contra os responsáveis. Milhares de dirigentes do regime militar e responsáveis pelas violações aos direitos humanos foram processados e, em 09/12/1985, cinco dirigentes máximos do antigo regime militar foram condenados à prisão, considerados como responsáveis pelas prisões ilegais, torturas, saques, homicídios, desaparecimentos forçados, dentre outras condutas delituosas (BATISTA; BOITEUX, 2013, p. 183-184). Já no Brasil “nenhum militar ou civil foi responsabilizado por crimes ocorridos durante a ditadura” (GASPARI, 2016, p. 319), o que pode ser considerado o maior fracasso brasileiro em relação à Justiça Reparadora. Ainda, comparando-se com a experiência Argentina, observa-se que:

É similar o diagnóstico de Catalina Smulovitz, que comparando o caso brasileiro ao caso argentino destaca pelo menos três distinções-chave que importam em diferentes conformações políticas para a realização de julgamentos por violações aos direitos humanos durante os regimes de exceção. Iniciando pelo já referido fato do (i) regime brasileiro ter controle sobre a agenda política da transição, diferentemente do que ocorreu na Argentina, com a derrota militar dos ditadores na Guerra das Malvinas/Falkland; somando-se a questão (ii) da maior densidade de reivindicação social sobre o tema na Argentina que no Brasil; e, por fim (iii) do maior lapso de tempo transcorrido entre as violações mais graves e o restabelecimento democrático no Brasil. Os ditadores brasileiros conseguiram construir uma “estratégia de saída” que lhes garantisse a impunidade por vias políticas, diferentemente do que ocorreu na Argentina (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 262).

Cumprе salientar que a ausência das medidas de justiça reparadora pelo Estado, em especial no que concerne à punição dos agentes envolvidos nos atos de atrocidade praticados durante a Ditadura Militar, contribui decisivamente para situações atualmente vivenciadas e expostas pelos noticiários que demonstram ocupantes do alto escalão do governo à vontade para exaltar o período da Ditadura Militar, sugerindo, inclusive a criação de um novo AI-5⁴⁶.

Além da efetiva ausência de punição aos envolvidos, pode-se atribuir à falta de conservação de memórias da Ditadura e de sua propagação, seja através de livros, memoriais, palestras, dentre outros, a naturalidade com que muitos lidam com os crimes e atrocidades cometidos no período militar.

Uma das poucas iniciativas para resguardar a memória da Ditadura foi o projeto “Brasil Nunca Mais”, desenvolvido pelo Conselho Mundial de Igrejas e pela Arquidiocese de São Paulo nos anos oitenta, sob a coordenação do Reverendo Jaime Wright e de Dom Paulo Evaristo Arns, arcebispo de São Paulo, tendo como objetivos “evitar que os processos judiciais por crimes políticos fossem destruídos com o fim da ditadura militar, tal como ocorreu ao final do Estado Novo, obter informações sobre torturas praticadas pela repressão política e que sua divulgação cumprisse um papel educativo junto à sociedade brasileira”, sendo até hoje considerado como a maior iniciativa da sociedade civil no Brasil em prol dos direitos à memória, verdade e justiça.⁴⁷

Essa obra contém informações sobre os acontecimentos do período, perfis estatísticos das características daqueles que eram considerados inimigos do regime, relatos e cópias dos depoimentos prestados por presos que foram torturados, além da relação com nomes de mortos e desaparecidos.

Também merece destaque a conclusão dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade disponível em seu sítio eletrônico na internet⁴⁸, que destaca um trabalho extenso, dividido em três volumes, no qual o primeiro deles contempla “a descrição das atividades da CNV, seguindo-se a apresentação das estruturas, cadeias de comando, métodos e dinâmica das graves violações de direitos humanos e culmina com as conclusões e recomendações”.

Na segunda parte “foram reunidos textos que enfocam as graves violações sob a perspectiva de sua incidência em diferentes segmentos sociais

46 - BETIM, Felipe. **Paulo Guedes repete ameaça de AI-5 e reforça investida radical do Governo Bolsonaro**. São Paulo, 26/11/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459_017981.html. Acesso em 21 de jan. 2020.

47 - Informações disponíveis em: <http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/sobre.html>. Acesso em 21 de jan. 2020.

48 - Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em 23 de jan. 2020.

- militares, trabalhadores urbanos, camponeses, povos indígenas, membros de igrejas cristãs, LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), professores e estudantes universitários. Também integram esse volume textos que tratam da resistência à ditadura militar, assim como da participação de civis no golpe de 1964 e no regime ditatorial, notadamente empresários”.

No terceiro e mais importante volume, consta a história de 434 mortos e desaparecidos políticos, formadas a partir de elementos e informações apresentadas nos volumes anteriores.

No entanto, ao que parece, mesmo com informações disponíveis, lamenta-se defrontar-se com os dados de pesquisa recentes que demonstrou que o apoio da população ao regime democrático recua⁴⁹ e que 36% dos brasileiros entendem que a data do golpe de 64 deve ser comemorada⁵⁰. Muito disto se dá justamente pela implementação deficitária de elementos importantes da Justiça de Transição, em especial, no Brasil, pela ausência da punição dos responsáveis pelos atos de atrocidade contra a dignidade humana, cometidos durante o Regime Militar.

Para André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra (2009, p. 71): “Essa necessidade de prestar contas ao passado torna-se imperiosa como forma de pacificar a sociedade, permitindo que ela possa evoluir sem a constante recordação das feridas abertas no passado”. Neste sentido a imprescindibilidade da Justiça de Transição, realidade de muitos países que passaram por períodos de exceção e posteriormente promoveram uma conciliação com os princípios basilares da democracia e de respeito ao ser humano (CALDAS, 2013, p. 119).

Não se deve deixar de lado, no entanto, nenhum momento da história e dos acontecimentos tidos neste período. O conhecimento e o reconhecimento dos erros do passado servirão como pavimento da estrada para prosseguirmos enquanto sociedade, uma vez que o futuro trará consigo sempre reflexos do que passamos, de modo a buscar que os erros sejam superados.

E a estrada trilhada pelo Brasil após o período militar, restou muito bem certa e definida com a promulgação da Constituição Federal e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o

49 - Apoio à democracia recua no Brasil. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/01/1988569-apoio-a-democracia-recua-no-brasil.shtml>. Acesso em 21 de jan. 2020.

50 - MARQUES, José. Para maioria da população, golpe de 1964 deveria ser desprezado, diz Datafolha. São Paulo, 06/04/2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/para-maioria-da-populacao-golpe-de-1964-deveria-ser-desprezado-diz-datafolha.shtml>. Acesso em 21 de jan. 2020.

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Ante tais preceitos, é inevitável que qualquer ameaça à democracia seja reconhecida como plenamente incoerente com a evolução social e política do país, que pelas trágicas experiências passadas, certamente não mais tolera restrições a direitos e garantias fundamentais impostas por governos autoritários.

4. Conclusão

No âmbito do estudo aqui proposto viu-se que a reconstrução fática dos principais acontecimentos da Ditadura Militar foi essencial à contextualização histórica, premissa fundamental para que o intérprete jurídico possa avaliar também o atual momento, uma vez que a construção do presente depende também da capacidade de análise do passado e, a partir dela, saber-se extrair lições para a não repetição de eventos trágicos à vida e à dignidade humana.

Em razão disso, viu-se que a implementação dos mecanismos de justiça de transição adotados no Brasil se mostrou deficitária e, em relação às medidas efetivamente adotadas, estas vieram tardiamente, em especial voltadas à reparação e compensação das vítimas do Estado de exceção e de seus familiares. No que se refere à Comissão da Verdade, concluída somente em 2014, não saberemos se seu advento anos antes não teria tido o condão de ter sensibilizado o STF quando do julgamento envolvendo a Lei da Anistia.

Ao contrário, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), sua decisão ratificou o reconhecimento da impunidade aos agentes que cometeram atrocidades contra a vida e a dignidade humana, contrariando não só a Constituição Federal, como também convenções e tratados internacionais aos quais o Brasil havia aderido. E, como visto, a ausência de punição compromete o processo transicional e inibe um verdadeiro fortalecimento da sociedade civil democrática.

Além disto, através dos aportes documentais trazidos ao trabalho, parece ainda necessária a propagação das informações acerca do período militar, mesmo com a ausência de punição de crimes cruéis praticados contra a humanidade, de modo a demonstrar os acontecimentos da época da Ditadura para embasar e fortalecer a consciência social do País sobre a importância e necessidade de defesa do sistema democrático instituído pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, pelo caminho jusfilosófico e histórico trilhado foi possível concluir que as ameaças ao Estado Democrático de Direito e as alusões favoráveis ao Período Militar, incitando até mesmo seu retorno, conforme observada atualmente em notícias veiculadas pelos meios de comunicação, além de expressamente contrárias aos fundamentos e princípios constantes na Constituição Federal, decorrem em grande parte da inefetividade na adoção dos mecanismos de justiça de transição, o que por sua vez se explica em razão de uma ausência de plena ruptura na transição do regime militar para o período de redemocratização.

Referências:

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. *In*: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça**: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AQUINO, Maria Aparecida de. Brasil: Golpe de Estado de 1964. Que Estado, País, Sociedade são esses? *In*: **Projeto História**: revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, (29), tomo 1, p.87-105, dez.2004.

BARROSO, Diego Javier Naranjo; ESCOLAR, Luis Ocaña. Justicia de Transición, Reparación Y verdad – Una Perspectiva Crítica de la Actualidad Judicial Del Caso Español. *In*: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça**: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, Luciana. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça de Transição. A Influência do Processo Argentino. *In*: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça**: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BETIM, Felipe. **Paulo Guedes repete ameaça de AI-5 e reforça investida radical do Governo Bolsonaro**. São Paulo, 26/11/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459_017981.html. Acesso em: 21.01.2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.559/2002.** Regulamenta o art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10559.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.528/2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 1.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 2.** Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 5.** O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04.09.2019

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 510/1969.** Altera dispositivos do decreto-lei nº 314 de 13 de março de 1967, e dá outras providências. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-510-20-marco-1969-376778-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 898/1969.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.536/2002**. Altera dispositivos da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou de acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10536.htm. Acesso em 04.09.2019

BRASIL. **Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.140/1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm. Acesso em 04.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 157**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Eros Grau. Abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em: 14 de Abril de 2014.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. Poder Judiciário, Desafios Transicionais e Leis de Anistia – A Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça**: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21/01/2020.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional**. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GUIDANCE NOTE OF THE SECRETARY-GENERAL. **United Nations Approach to Transitional Justice**. 2010. Disponível em https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf. Acesso em: 31/08/2019.

MARQUES, José. **Para maioria da população, golpe de 1964 deveria ser desprezado, diz Datafolha**. São Paulo, 06/04/2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/para-maioria-da-populacao-golpe-de-1964-deveria-ser-desprezado-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 21/01/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Prudente José Silveira. Papel das entidades sociais na resistência e na luta pela democratização do Brasil. In: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; SILVA, Roberta Carolina de Afonseca e Silva; GOMES, Sérgio Alves. **A perspectiva Histórica na Formação do Intérprete Jurídico**. Uma análise da Lei da Anistia e da Interpretação do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica Direito e Paz. 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; SPIELER, Paula. Advocacia e Resistência: Estratégias Jurídicas De Defesa De Perseguidos Políticos Em Meio À Legislação Repressiva Da Ditadura De 1964. In Spieler, Paula (coord.). **Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985**. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

SÁ MOTTA, Rodrigo Patto. **Em guarda contra o “perigo vermelho”**: o anticomunismo no Brasil (1917-1964). 315 p. Tese de Doutorado em História. São Paulo: USP, 2000.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Constitui a anistia um obstáculo para a Justiça de Transição Brasileira? In: Abrão, Paulo; Proner Carol (Coord.). **Justiça de Transição Reparação, Verdade e Justiça: Perspectivas comparadas Brasil-Espanha**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TAMAS, Elisabete Fernandes Basílio. A Tortura em Presos Políticos e o Aparato Repressivo Militar. In: **Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo (29) tomo 2, p.637-646, dez.2004.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça Reparadora no Brasil. In: **Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

**O CONTROLE DE DEMOCRATICIDADE
COMO HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar

CAPÍTULO

06

1. Introdução

A dogmática analítica impõe a não perquirição dos fundamentos das normas constitucionais, como se o simples fato destas resultarem de uma Assembleia Constituinte bastasse para legitimá-las como pilares a partir dos quais todo um sistema de regras e princípios fosse edificado, segundo uma libertinagem que a nada se subordina, a não ser a valores morais de uma sociedade pressuposta que ninguém sabe quando e nem como surgiu. A chamada norma fundamental de Kelsen (2009) não é o suficiente para demarcar a formação de um Estado democrático contemporâneo, o qual não se satisfaz com justificativas mitológicas, inventadas por aqueles que exercem o poder sempre com o intuito de não perderem o controle sobre coisas e pessoas.

A hermenêutica constitucional, no Estado dogmático que aí está, encontra-se entregue nas mãos das autoridades judicantes que, a pretexto de preencherem lacunas de um ordenamento jurídico estrategicamente lacunoso, impõem as suas vontades, motivando-as segundo usos e costumes de uma cultura representada por uma realidade genocida. Tudo isso é feito a partir de um indutivismo catastrófico, o qual veda novas conjecturas necessárias a uma verdadeira quebra paradigmática, que tenha o condão de romper com modelos pretéritos que nunca priorizaram a implementação de direitos fundamentais de uma democracia contemporânea.

O problema é que o constitucionalismo de Hans Kelsen (2009) parte do dogma segundo o qual o conhecimento subjetivo dos intérpretes seria imprescindível à aplicação das normas, como se não existisse conhecimento sem sujeito conhecedor. Com isso, entregou-se o direito à conveniência das autoridades, já que, a despeito da deontologia defendida na sua teoria pura do direito, Kelsen não desvinculou a interpretação e aplicação de regras e princípios jurídicos da prudência daqueles a quem chamou de juristas, os quais, segundo esta lógica, passam a atuar de forma indemarcada, pois não têm que se vincular a enunciados científicos de uma democracia teorizada na base instituinte do sistema jurídico.

Karl Popper (1975), um filósofo ainda muito pouco estudado nas faculdades de direito, apresentou a possibilidade de um conhecimento objetivo, o qual minimizaria a influência subjetiva do intérprete a partir da formulação de enunciados epistemológicos teoricamente demarcados, conforme conjecturas não indutivistas, no que passou a ser denominado de método hipotético-dedutivo. Segundo este modelo teórico, a verdadeira ciência, que se distingue da mera ideologia, protagonizaria a formação do conhecimento, substituindo

juízos ordálicos, psicologistas, indutivistas e proceduralistas (POPPER, 2013a).

Popper (2013b) construiu uma teoria do conhecimento para distinguir ciência de ideologia, a qual serviu de base para Rosemiro Leal (2013) conjecturar a sua teoria processual neoinstitucionalista do direito. Esta tem a singularidade de trabalhar o nível instituinte do direito a partir de um sistema jurídico estruturado conforme a teoria mais resistente à crítica científica, trazendo as bases pelas quais as normas seriam criadas, modificadas, extintas, interpretadas e aplicadas, inclusive no plano constituinte, o que descarta o mito do poder constituinte originário⁵¹ e a não explicada norma fundamental de Kelsen.

Assim, as Constituições democráticas não surgiriam do mentalismo da ideologia de uma assembleia de legisladores, do realismo cultural ou de uma dialogicidade indemarcada segundo o agir comunicativo de Habermas (2012)⁵². Adviriam dos fundamentos de uma Teoria da Constituição Democrática, a mais resistente à crítica, de acordo com o racionalismo crítico de Karl Popper (2013a), a partir de uma ciência não dogmática na qual a falibilidade das proposições epistemológicas permitiria a arguição de erros e falhas com o objetivo de gerar aquilo que Rosemiro Leal (2013) denominou de ganhos sistêmicos, em prol da evolucionariedade de soluções para a solvência da massa de problemas estruturais que impede a fruição eficaz dos direitos fundamentais.

Seria com base nesta Teoria da Constituição Democrática, a mais resistente à crítica científica, segundo uma concorrência travada no chamado mundo 03 de Popper (1975) (mundo das teorias)⁵³, que seria edificada uma Constituição e fundado um Estado Democrático de Direito. Esta teoria traria os alicerces estruturais de uma sociedade democrática, como comunidade de legitimados ao processo, deixando, portanto, de ser pressuposta, eis que não se originaria dos usos e costumes de uma realidade hostil cunhada em

51 - “Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o mito de um poder constituinte originário cuja competência ainda é considerada absoluta, portador de um dogmatismo jurídico como prevalência de uma ideologia que não permite sejam interrogados os fundamentos da sua origem, o que perpetuou nos Estados Liberal e Social de formação positivista kelseana, sendo, o poder constituinte, onipotente porque não está submetido a uma fiscalidade originária em nível de controle de democraticidade, expressão esta criada por Rosemiro Pereira Leal em estudos cientificamente avançados no estudo do processo com identificação da fonte de demarcação da democracia” (SANTOS, 2019, p. 225).

52 - “O conceito do agir comunicativo, por fim, refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação, para, de maneira concordante, coordenar os seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central de interpretação refere-se em primeira linha à negociação de definições situacionais passíveis de consenso. Nesse modelo de ação a linguagem assume, como veremos, uma posição proeminente” (HABERMAS, 2012, p. 166).

53 - “Entre os habitantes de meu mundo 3 encontram-se, mais especialmente, os sistemas teóricos; outros habitantes de igual importância são os problemas e as situações problemáticas. Afirimo que os habitantes mais importantes desse mundo são os argumentos críticos e o que poderíamos chamar – por analogia com um estado físico ou um estado de consciência – de estado de discussão ou estado de discussão crítica; e, é claro, o conteúdo de periódicos, livros e bibliotecas” (POPPER, 2010, p. 58).

guerras e disputas políticas, mas como uma projeção de enunciados científicos submetidos a testes quanto a sua eficácia na implementação de direitos fundamentais democráticos (LEAL, 2013).

Em se tratando de uma teoria da lei democrática, os fundamentos de uma sociedade democrática e contemporânea restariam formalizados, balizando as atividades estatais de criação, interpretação e aplicação do direito, o qual deixaria de ser fruto de valores captados pelas autoridades nestes aglomerados humanos, para se constituir, efetivamente, num conjunto sistêmico de normas, resultado de um plano epistemológico construído no âmbito científico, protagonizando a ciência jurídica e suas teorias em detrimento de uma lógica pragmática que tem o real como racional, segundo *doxas* de um senso comum e de um senso comum do conhecimento.

A partir da concepção de um conhecimento objetivo da teoria constante do nível instituinte do sistema jurídico, Rosemiro Leal (2013) estabeleceu a noção de controle de democraticidade⁵⁴, o qual, pelo marco neoinstitucionalista de um direito não dogmático, substituiria o anacrônico controle de constitucionalidade hoje existente. Tal controle de democraticidade seria feito com base nos fundamentos científicos da teoria da lei democrática previamente definida como alicerce para o próprio modelo constitucional, apontando os sentidos da linguagem jurídica, o que diminuiria as suas arestas e, conseqüentemente, a necessidade de intervenção posterior dos intérpretes.

Desta forma, as normas constitucionais já seriam gestadas conforme uma moldura teórica que definiria os fundamentos da democracia contemporânea a ser adotada, de acordo com um direito previamente interpretado, com a formação *ex ante* de postulados líquidos, certos e prontamente exigíveis. Isso retiraria dos agentes públicos estatais a prerrogativa de realizarem hermenêuticas subjetivas e indutivistas, que se adaptam à sua vontade deliberativa, numa total e absoluta inversão lógica, pois, segundo os paradigmas modernista, pós-modernista e hipermodernista, parte-se do que se quer decidir para só depois se justificar, instrumentalizando-se regras e princípios jurídicos para dar um aspecto democrático a atos verdadeiramente tirânicos.

O que se percebe é a ampla e indiscriminada utilização da palavra democracia, inclusive para embasar a hermenêutica constitucional, mas não se indaga quais seriam os fundamentos deste regime, o que faz com que os

54 - “O que minha teoria trabalha é o controle processual de democraticidade sistêmica, desde o nível instituinte da lei até sua aplicação, aberto a qualquer do povo (comunidade jurídica de legitimados ao processo) segundo os elementos linguístico-autocrítico-jurídicos do devido processo em concepções deste ensaio sobre o *due process* e o *devoir processual democrático*” (LEAL, 2013, p. 103).

intérpretes naveguem em um oceano sem bordas, já que podem impor os sentidos que bem entendem a este modelo, que, a partir disso, passam a justificar até mesmo deliberações claramente autocráticas. Diante disso, não se pode falar em democracia e, conseqüentemente, numa hermenêutica constitucional democrática, sem que sejam estabelecidos, previamente, os significados linguísticos deste paradigma, aos quais as normas devem ter aderência e que servirão de alicerce para o exercício de todas as atividades público-estatais, consistindo, portanto, em derivações destes enunciados básicos, que, ao mesmo tempo em que fecharão o sistema jurídico a causalidades infinitas, serão abertos à crítica científica, pois assumirão um caráter não dogmático (LEAL, 2013; BATISTA, 2021; POPPER, 2013a).

O controle de democraticidade proposto por Rosemiro Leal (2013) constitui-se na delimitação necessária a partir da qual se aferirá a adequação dos atos públicos aos fundamentos da teoria da lei democrática constante do nível instituinte do sistema jurídico. Assim, a interpretação constitucional não mais será feita de acordo com a prudência de juristas, baseada num senso comum do conhecimento, segundo um tecnicismo travestido de ciência jurídica. Será realizada conforme proposições epistemológicas de conjecturas submetidas a amplos testes pelos quais será verificada a sua capacidade e eficácia para a implementação de direitos fundamentais de uma democracia contemporânea, estabelecendo-se aquilo que Rosemiro Leal (2013) chamou de hermenêutica isomênica⁵⁵, a qual se caracteriza pela igualdade de todos no exercício de uma exegese normativa, com a formalização de um único teorométodo onde estariam os sentidos, significados, finalidades e definições dos institutos e instituições do modelo paradigmático a reger as relações jurídicas.

2. A importância do procedimento como fiscalidade no controle de democraticidade

O procedimento jurídico, como técnica⁵⁶, longe de ser um mero

55 - “Ora, uma democracia jurídica não-paideica suplica uma hermenêutica isomênica (igual direito de interpretação para todos os legitimados ao processo de uma comunidade jurídica coinstitucionalizada) como acesso irrestrito e incessante a uma prática processual fiscalizatória, conforme preconiza minha teoria neoinstitucionalista do direito, bem distante dos psicologismos forte (Kant) e fraco (Peirce) e das visões ontológicas do antipsicologismo fregeano” (LEAL, 2019, p. 799).

56 - “Essa posição predomina na doutrina processual brasileira contemporânea, em que o procedimento comparece como técnica que disciplina, organiza ou ordena em sucessão lógica o processo, a técnica de ordenação e racionalização da atividade a ser desenvolvida, forma imposta ao fenômeno processual” (GONÇALVES, 2012, p. 54).

formalismo, constitui-se num elemento indispensável ao controle de democraticidade. É que, por meio dele, os legitimados ao processo (povo)⁵⁷ arguirão os erros e falhas de atos realizados em dissonância com os enunciados teóricos do nível instituinte do sistema jurídico, assim como testarão a eficácia destas proposições metalinguísticas, de modo a gerar evolucionariedade, segundo assertivas cada vez mais resistentes à crítica científica, conforme o racionalismo crítico de Karl Popper (2013a) (GONÇALVES, 2012; LEAL, 2013).

De acordo com Rosemiro Leal (2013), tais procedimentos serão processualizados. Devem ser o resultado de uma teoria processual mais resistente à crítica, a partir da qual serão construídos como projeção dos enunciados básicos de um sistema jurídico processual, edificado segundo direitos processuais fundamentais precógnitos de uma democracia contemporânea, quais sejam, contraditório, ampla defesa e isonomia. Os procedimentos, nesta acepção, não são produto do mentalismo infiscalizável de legisladores que atuam conforme a moral de um povo icônico⁵⁸, prisioneiro de uma cultura cuja origem não é perquirida. Advém da ciência jurídica que oferecerá os seus fundamentos, fazendo com que estes procedimentos sejam fiscalizáveis ante a sua falseabilidade, o que permitirá aos legitimados apontarem as suas falhas diante da clareza das proposições sobre as quais se assentam.

Para a eficiência do controle de democraticidade, os procedimentos são indispensáveis. Através destes, será aferida a adequação dos atos aos postulados da teoria da lei democrática constante do nível instituinte. Também mediante os procedimentos processualizados, esta teoria será constantemente testada, indicando a sua deficiência perante outras teorias, até mesmo para que seja substituída, considerando que, conforme o racionalismo crítico de Popper (2013a) e a teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Leal (2013), não há se falar em um conhecimento absoluto, imune à crítica, uma vez que, em termos de uma ciência não dogmática, nada é definitivo.

O procedimento consiste na técnica necessária à arguição dos fundamentos científicos da teoria onde se encontram os pilares do sistema jurídico constitucional, sendo estes os enunciados epistemológicos a partir dos quais serão aplicadas as normas jurídicas. Com os procedimentos, os legitimados ao processo (povo) poderão propor outras exegeses, segundo novas

57 - “A comunidade jurídica é, nessa teoria (neoinstitucionalista), fiscalizadora processual nos níveis de produção, atuação, aplicação e extinção de direitos no marco teórico-institucional do devido processo legal” (LEAL, 2021, p. 299).

58 - “O processo, como instituição coinstitucionalizante, deflui de uma comunidade jurídica consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade processualmente legiferante e não por órgãos de representação política de um povo fictamente considerado (povo icônico)” (LEAL, 2021, p. 107).

conjecturas alicerçadas em outras teorias, tendo a crítica científica o papel de gerar conhecimento⁵⁹, através do apontamento de erros e falhas das teorias anteriores, havendo o progresso em direção a novas hermenêuticas como resultado de estudos aprofundados, cuja finalidade sempre será a apresentação de soluções (hipóteses) para a solvência dos conflitos que assolam a humanidade.

O controle de democraticidade proposto por Rosemiro Leal (2013) será exercido no âmbito dos procedimentos processualmente estabelecidos, caracterizando-se como uma técnica hermenêutica. Ao mesmo tempo em que os fundamentos interpretativos do sistema jurídico serão questionados e impugnados, testando-os quanto a sua eficácia na solução dos problemas, a exegese realizada por agentes públicos será fiscalizada⁶⁰ a partir dos pilares da teoria que ocupa o posto metalinguístico.

Segundo a teoria processual neoinstitucionalista do direito, a participação popular na construção da hermenêutica não só constitucional, como também infraconstitucional, dá-se a partir destes procedimentos. Isso porque, nestes, os legitimados ao processo (povo) exercerão a crítica necessária à edificação do conhecimento científico pelo qual serão assentados os enunciados epistemológicos de um direito constitucional previamente interpretado, minimizando, assim, a interferência subjetivista dos intérpretes, que ficariam balizados pelo conhecimento objetivo da teoria mais resistente da base instituinte (LEAL, 2021).

Será no âmbito dos procedimentos processualizados que os legitimados apontarão se determinada norma jurídica, ato decisório ou administrativo encontra-se ou não em consonância com os sentidos, significados, definições e finalidades da teoria da lei democrática. Esta será a metalinguagem necessária a se arguir a chamada linguagem objeto, oportunizando a todos que fundamentem efetivamente as suas petições e impugnações em consonância com assertivas científicas anteriormente formalizadas, o que reduzirá o campo

59 - “Portanto, a ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica, como recinto teórico de concorrenciaisidade proposicional, é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos” (LEAL, 2015, p. 18).

60 - “A fiscalidade é desenvolvida a partir da compreensão de um sistema jurídico coinstitucional (constitucional) teoricamente construído segundo os elementos linguístico-autocríticos-jurídicos do devido processo em concepções não dogmáticas (ver meu artigo ‘o *due process* e o *dever* processual democrático’). Com efeito, a fiscalidade processual pela via incidental, ao exercício do controle de democraticidade pelo paradigma de Estado Democrático de Direito, na estrutura dos procedimentos instaurados, é inarredável em minha teoria, bem como o mandado de injunção *ex officio* ante a falta de norma específica ou balizamento teórico-normativo quanto a direitos fundamentais. Esse controle processual de democraticidade alcança toda e qualquer modalidade procedimental (o civil, o penal, o administrativo, o legislativo, o tributário, o trabalhista e demais tipos de procedimentos)” (LEAL, 2013, p. 103-4).

de manobra das autoridades estatais que, a pretexto de interpretarem, impõem a sua vontade sob a justificativa desta ser imprescindível à aplicação concreta de regras e princípios de direito.

Mas, o procedimento, em termos hermenêuticos, não serve apenas para isso. Também tem a finalidade de possibilitar a impugnação teórica dos enunciados básicos, segundo proposições mais eficazes na solvência dos problemas. Permite, assim, a apresentação de exegeses mais resistentes à crítica científica, razão pela qual se constitui no campo adequado aos constantes testes a que devem se submeter as assertivas epistemológicas sobre as quais se assenta o sistema jurídico.

Não se pode confundir a imprescindibilidade dos procedimentos na projeção de um sistema hermenêutico constitucional com o proceduralismo⁶¹ de Habermas (1995). É que, conforme o modelo habermasiano, a simples dialogicidade havida no âmbito de um procedimento que oportunize aos interessados argumentar sobre pontos e questões que estão sendo discutidos garante a democraticidade da deliberação ali tomada. Não é isso. Pela teoria processual neoinstitucionalista do direito, o procedimento é a técnica necessária a se arguir inadequações, erros e falhas dos atos praticados, assim como das proposições que formam a teoria do sistema (LEAL, 2021). De acordo com este marco epistemológico, o procedimento em si não é suficiente para se atingir níveis razoáveis de democraticidade em termos contemporâneos. Para Rosemiro Leal (2013), somente a intersubjetividade não basta para a formação de conhecimento, principalmente se é indemarcada e indutivista.

Portanto, a hermenêutica constitucional, segundo os marcos popperiano e neoinstitucionalista, será construída a partir da teoria da lei democrática mais resistente à crítica (LEAL, 2013; POPPER, 2013a). No entanto, tal edificação deve se dar segundo as técnicas procedimentais projetadas no âmbito de um sistema jurídico processual, o qual deve buscar o maior nível possível de democraticidade, não apenas através da mera e simples possibilidade de argumentar, como também pelo direito de se conhecer previamente os significados da linguagem normativa, o que permitirá uma impugnação efetiva, pois feita de acordo com os fundamentos formalizados no plano instituinte da lei constitucional, oportunizando um questionamento

61 - “Gostaria de esboçar uma visão procedimentalista de democracia e política deliberativa que se diferencia em aspectos relevantes tanto do paradigma liberal quanto do republicano. Permitam-me (1) que lhes traga à lembrança as características opostas desses dois modelos estabelecidos. Introduzirei (2), então, uma nova concepção procedimentalista por intermédio de uma crítica da sobrecarga ética da visão republicana. A última parte do ensaio estende-se mais minuciosamente (3) sobre os três modelos normativos de democracia, comparando suas imagens correspondentes de Estado e Sociedade” (HABERMAS, 1995, p. 107).

eficaz dos atos praticados nas três esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

3. Controle de constitucionalidade, como modernidade, e controle de democraticidade, como contemporaneidade

O controle de constitucionalidade desenvolveu-se ao longo do século XX como resposta à autocracia dos parlamentos⁶², os quais, segundo uma visão de Estado Liberal⁶³, poderiam legislar sem qualquer demarcação, o que se constituía numa tirania praticada exatamente por aqueles que diziam combater o despotismo do velho regime francês derrubado pela Revolução de 1789⁶⁴. No entanto, a despeito do controle de constitucionalidade apresentar-se como uma solução para leis que não respeitavam padrões mínimos no âmbito de direitos hierarquicamente superiores, passou a legitimar formas de autocracia até mais agressivas, na medida em que permitiu um ativismo judiciário pelo qual os juízes, sob a justificativa de defender e interpretar o texto constitucional, impõem as suas vontades sem qualquer tipo de delimitação, atuando como antenas captadoras de usos e costumes de uma sociedade pressuposta.

Apesar do século XX ser exaltado pela evolução tecnológica havida, não se verificou, em termos jurídicos, uma efetiva quebra paradigmática quanto ao modernismo que se iniciou no século XV, quando se estabeleceram os primeiros Estados Nacionais. Na verdade, o que ocorreu foi o aprofundamento dos erros dos modelos burguês e social, a partir do que chamam de pós-modernismo que, na seara constitucional, traduziu-se no denominado neoconstitucionalismo⁶⁵, o qual se alicerça em uma filosofia da linguagem. É que esta, ao invés de romper com as bases cartesianas e kantistas

62 - “A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional” (CAMBI, 2020, p. 73).

63 - “As Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais (CAMBI, 2020, p. 104).

64 - “A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1789, foi o grande marco histórico do Estado Moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais” (CAMBI, 2020, p. 21).

65 - “A norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto. Não há um significado interno ou intrínseco ao texto, ao que prescinda da interpretação; por isso, interpretar não é declarar algo já existente (latente e pronto a ser descoberto) no texto, mas resultante da decisão do intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado” (CAMBI, 2020, p. 104).

de uma filosofia da consciência, radicalizou-a, dotando a intersubjetividade do poder de gerar conhecimento, como se, do diálogo em si, despido de uma demarcação teórica bem definida, fosse possível se chegar a verdades.

O controle de constitucionalidade consiste numa marca deste modernismo antropocêntrico constituído sob as bases platônicas de uma paideia grega. Acreditava-se na razão humana como algo capaz de gerar conhecimento por si mesma, eis que o homem seria dotado de um dom imanente e natural de distinguir o certo do errado, o bom do ruim, o justo do injusto, sem qualquer tipo de teorização formulada a partir de estudos aprofundados, em que fossem cientificamente formalizados os fundamentos da linguagem.

A partir desta visão moderna, pela qual o ser humano e a sua razão imanente são colocados em um pedestal de auto suficiência, estabeleceu-se que os Tribunais excelsos poderiam apontar os sentidos da linguagem jurídico-constitucional, interpretando as regras e princípios consignados nas Constituições, ainda que de forma totalmente desvinculada de uma Teoria da Constituição Democrática (DEL NEGRI, 2019). Esta, conforme as conjecturas de Popper (2013a) e Rosemiro Leal (2013), deveria ser a mais resistente à crítica, o que faria da hermenêutica algo atrelado a um único juízo lógico previamente adotado, excluindo justificativas feitas em consonância com teorias ou ideologias livremente escolhidas pelos juizes, as quais serviriam apenas para motivar as suas escolhas pessoais.

O controle de constitucionalidade baseia-se em um protagonismo humano, pois, neste modelo, incumbe às mentes magnas das autoridades judicantes dizer o que é constitucional ou não. Isso demonstra que esta forma de controle não se desgarrou do modernismo iluminista, agregando, no máximo, a dialogicidade, a qual investe na força da interação entre as pessoas como fonte para a solução dos problemas que afligem o mundo (HABERMAS, 2012). Todavia, não é o fato das pessoas se comunicarem, cada uma expondo a sua opinião sobre o objeto da discussão, ainda que embasadas técnica e cientificamente, que fará com que se ingresse na contemporaneidade. É que a verdadeira virada no sentido de uma nova era só se dará com a instituição de um único marco linguístico-teórico, a partir do qual todos alicerces as suas pretensões, sem a imprevisibilidade própria da subjetividade dos intérpretes, os quais, segundo a psicanálise, já se mostraram presos aos seus desejos e vieses cognitivos (LEAL, 2013; FREUD, 2011; NUNES; LUD; PEDRON, 2018).

A psicanálise freudiana foi um marco na derrubada da filosofia

iluminista e do racionalismo radical que a conduzia. Freud (2011) demonstrou que não existe uma razão humana livre de desejos inconscientes, bem como da moral social incutida nas mentes por uma realidade cultural formada conforme tradições, com relação às quais é vedada a discussão em torno das suas origens e fundamentos (pragmática transcendental de Apel)⁶⁶. Portanto, abonar o modelo constitucional de Kelsen (2009), que condiciona a interpretação e aplicação das normas jurídicas à prudência daqueles a quem chamou de juristas, perpetua paradigmas de Estado já superados, segundo estudos avançados, nos quais se concluiu pela inexistência do denominado livre-arbítrio, já que os homens muitas vezes são conduzidos por forças inacessíveis, não passíveis de qualquer falseabilidade⁶⁷.

Para superar o ideologismo desta filosofia de crenças sobre a qual se embasavam os modelos liberal e social de Estado, Popper (2013b) conjecturou a sua teoria do conhecimento a partir da falibilidade das proposições teóricas. Isso porque, ainda que não fosse possível confirma-las empiricamente, pelo menos seria possível criticá-las segundo teorias epistemologicamente edificadas, uma vez que seriam identificados os seus fundamentos. O contemporâneo, de acordo com o racionalismo crítico de Karl Popper (2013a), se iniciaria com esta quebra paradigmática, pela qual se diferenciaria a verdadeira ciência das ideologias, pois, nestas, há uma obscuridade nos seus fundamentos, o que não permite uma refutação lógica, pelo seu caráter dogmático.

A inadequação do controle de constitucionalidade a uma democracia contemporânea explica-se exatamente na impossibilidade de se falsear os fundamentos da interpretação das normas, neste modelo. É que a exegese dogmática, no final, sempre busca na sensatez dos julgadores a fonte para a colmatação das lacunas existentes na linguagem jurídica, segundo juízos lógicos escolhidos livremente pelas autoridades, naquilo que Rosemiro Leal (2017, p. 61-4) denominou de “sincretismo fatal dos positivistas”. A questão é que, em uma democracia contemporânea, não se pode partir de assertivas infiscalizáveis, que não podem ser eficazmente contraditadas.

66 - “Apel denomina pragmáticas as certezas coletivas subjacentes a essas interações e adquiridas como evidências incriticáveis por aquilo que Peirce chamava de senso comum crítico: elas não podem ser postas em dúvida sem contradição, sem que haja um desmoronamento do jogo de linguagem e das práticas da vida com as quais essa interação de linguagem harmoniza os homens” (HUISMAN, 2001, p. 57).

67 - “O que a psicanálise lacaniana explicita (e Popper também antes dela) é que o livre arbítrio, como saber autoiluminado, é paranoico (taxativo) e que não há um eu a priori que seja neutro, verdadeiro e imperturbável (Descarte-Kant) na originalidade de seu querer. Na psicanálise, a autoconstrução ontológica da metafísica grega e da *res* e *actio* romanas cedem lugar, como também queria Heidegger, ao *ex-intimo* como linguagem mundo-dentro da qual o homem nasce e cria formas de mundos no *intra-mundo* dos demais entes” (LEAL, 2021, p. 118).

Juízos psicologistas, indutivistas e proceduralistas se dão, respectivamente, segundo os mistérios de uma mente inacessível, de uma cultura cuja origem não é possível perquirir e de uma dialogicidade indemarcada, a qual resulta em *doxas* que expressam, no máximo, o tecnicismo de um senso comum do conhecimento.

O que Rosemiro Leal (2013) oferece, ao desenvolver o seu controle de democraticidade, é a explicitação prévia dos fundamentos científicos para a interpretação das normas jurídicas, a fim de que sejam minimizados os enormes níveis de incerteza existentes no exercício hermenêutico, disponibilizando, à comunidade de legitimados ao processo, ao menos a possibilidade de refutar os enunciados epistemológicos com base nos quais as atividades públicas de criação, interpretação e aplicação das normas serão praticadas. Com isso, a exegese será realizada do nível instituinte para o constituído, ao contrário do que ocorre segundo o direito dogmático hoje vigente, em que, pela política de precedentes prevista no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a interpretação é feita *a posteriori*, de cima para baixo, numa verticalização absolutamente tirânica, pela qual os sentidos das regras e princípios são atribuídos de acordo com a conveniência dos intérpretes oficiais (BRASIL, 2015).

Em um Estado Democrático de Direito contemporâneo, o qual se distingue da democracia paideica dos gregos antigos, não se admite a interpretação normativa segundo brocardos do tipo ‘julgo conforme a minha ciência e consciência’. Os fundamentos científicos, neste paradigma estatal, não podem ser escolhidos conforme os desejos das autoridades; devem ser previamente apontados a partir de uma concorrência teórica havida no nível instituinte do direito, de onde se extrairá a lógica metodológica mais resistente à crítica epistemológica, conforme a capacidade das proposições linguísticas para solver os problemas estruturais que impedem a implementação dos direitos fundamentais. Além disso, a hermenêutica, seja ela constitucional ou infraconstitucional, não pode emanar da consciência das autoridades, por mais bem intencionadas que sejam. Entender o contrário consistiria num retrocesso ao antropocentrismo radical dos iluministas, quando se acreditava, inocentemente, na possibilidade de mentes neutras, sem propensões ou vieses, o que já foi, há muito, desmascarado e derrubado pelos estudos psicanalíticos (LEAL, 2017).

Mas, não basta apenas denunciar a ausência de neutralidade dos intérpretes, segundo as filosofias da consciência e da linguagem, representativas, respectivamente, dos modelos modernista e pós-modernista. É necessário

apresentar soluções que, de fato, quebrem estes paradigmas. Isso passa pela redução da tirania da subjetividade dos intérpretes oficiais, a qual também engloba a autocracia da intersubjetividade, que, a nosso ver, não representou virada científica alguma. Somente assim, se ingressará, efetivamente, em uma nova era, chamada contemporânea, para a qual, em termos hermenêuticos, se demanda um igual direito de interpretação para todos, a partir daquilo que Rosemiro Leal (2013) denominou de isomenia.

Admitir o controle de constitucionalidade que aí está, propondo a redução dos vieses de cognição e da subjetividade dos julgadores, “[...] por meio do contraditório de influência, da fundamentação racional das decisões e da colegialidade recursal bem aplicada” (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 289), não rompe com o modernismo iluminista antropocêntrico e com a filosofia da consciência que o representa. É que não basta permitir às partes uma ampla argumentação sobre pontos e questões em discussão, obrigando o juiz a analisar as alegações apresentadas pelos interessados, ainda que tudo isso seja feito no âmbito de um debate colegiado de especialistas, se a autoridade pode, ao final, escolher a lógica que mais lhe convém, dentre as várias existentes, pela qual justificará a sua deliberação, refutando ou acolhendo argumentos a partir daquilo que entender mais adequado para o caso.

Por isso, não é suficiente a mera isonomia do processo dogmático, segundo a qual a igualdade de tempo para a manifestação das partes no procedimento seria o necessário a fim de se atribuir democraticidade à deliberação estatal. É preciso mais na contemporaneidade. Para Agamben (2009), o contemporâneo significa uma ruptura, uma descontinuidade, do que se infere que falar em uma nova era, através da repetição dos mesmos métodos das anteriores, não se constitui numa efetiva quebra paradigmática, podendo resultar, inclusive, na radicalização de práticas que já se mostraram ineficazes na resolução dos velhos problemas existentes. Não há qualquer inovação no controle de constitucionalidade, de modo a se apontar uma verdadeira fratura naquilo que era feito no passado, ao se continuar outorgando às autoridades judicantes a função de apontarem os sentidos do que entendem como constitucional ou não. Mesmo que se promova a chamada cooperação processual do Código de Processo Civil de 2015⁶⁸, no que foi denominado

68 - “A partir dessas ideias que defendemos o normatizado dever de cooperação, como prescreve o enunciado do artigo 6º do Código de Processo Civil, que deve ser tecnicamente entendido e seguido no processo como participação dos sujeitos processuais. Em outras palavras, os sujeitos do processo devem praticar os atos processuais que lhes tocam em regime de comparticipação, concretizada pelo efetivo contraditório (artigo 7º), seu elemento normativo estruturador, na medida em que o contraditório se entrelaça com a fundamentação da decisão jurisdicional. É justamente este amálgama técnico – procedimental que permite às partes exercer influência junto ao

de modelo policêntrico⁶⁹, a jurisdição continuará conduzindo a hermenêutica jurídica, considerando que os juízes, da mesma maneira que já acontecia segundo o modelo instrumentalista de bases bülowianas⁷⁰, permanecerão impondo os significados e definições das normas (BRASIL, 2015).

A verdadeira virada hermenêutica no sentido de alçarmos à contemporaneidade, deixando para trás o antropocentrismo modernista, somente se dará pelo protagonismo da figura do interpretante, que não consiste numa pessoa, mas numa teoria, com base na qual os pilares interpretativos do sistema jurídico constitucional seriam edificados, como projeção de assertivas científicas resultantes de estudos jurídicos avançados (LEAL, 2017; LOPES, 1978). A isomenia, a qual faz menção Rosemiro Leal (2013) em sua teoria neoinstitucionalista, retira a jurisdição do centro da atividade exegética. As regras e princípios, segundo este marco teórico, não mais seriam interpretados pelos juízes, a partir de uma subjetividade contaminada por todos os tipos de vieses cognitivos, mas com alicerce em enunciados epistemológicos erigidos no âmbito da pesquisa, que terá a função de oferecer à crítica as teorias que concorreriam entre si, extraindo-se a mais resistente, à qual ficariam vinculados os atos estatais.

Nesse caso, prevalecerá o conhecimento objetivo⁷¹ da teoria mais resistente à crítica científica, em detrimento da subjetividade dos intérpretes, com base no qual serão aplicadas as normas jurídicas como projeção de proposições fundantes, minimizando, assim, os desejos e conveniências dos agentes públicos (POPPER, 1975). Estes ficariam atrelados a um direito previamente interpretado, conforme fundamentos amplamente testados quanto a sua eficácia na implementação dos direitos fundamentais de uma democracia contemporânea, através de procedimentos processualmente

juiz, em atividade processual compartilhada, a fim de que no pronunciamento decisório final desponha construído em conjunto pelos sujeitos principais do processo” (DIAS, 2018, p. 140-1).

69 - “O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na figura do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, ministério público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual” (CÂMARA, 2018, p. 11).

70 - “No ano de 1868, em Giesen, Oskar von Bülow teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu. Desde então, o processo não apenas ganhou autonomia em face do chamado direito material, mas se apresenta como um instrumento que permite à jurisdição decidir, de modo solipsista e infiscalizável, sobre o destino dos demais” (LEAL; THIBAU, 2020, p. 328).

71 - “Minha tese envolve a existência de dois sentidos diferentes de conhecimentos ou de pensamentos: (1) conhecimento ou pensamento no sentido subjetivo, constituindo de um estado de espírito ou de consciência ou de uma disposição para reagir; (2) conhecimento ou pensamento num sentido objetivo, constituindo de problemas, teorias e argumentos como tais. Neste sentido objetivo, o conhecimento é totalmente independente de qualquer alegação de conhecer que alguém faça; é também independente da crença ou disposição de qualquer pessoa para concordar ou para afirmar ou para agir. O conhecimento no sentido objetivo é conhecimento sem conhecedor; é conhecimento sem sujeito que conheça” (POPPER, 1975, p. 110-11).

estabelecidos, nos quais a comunidade de legitimados (povo) poderia arguir, além da inadequação dos atos estatais perante a teoria do sistema, a própria ineficiência desta na solvência dos problemas sociais estruturais (LEAL, 2013).

O que Rosemiro Leal (2013) propõe é a construção de uma hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito contemporâneo, a partir de um controle de democraticidade. Neste modelo, seriam soerguidos os pilares exegeticos conforme a teoria da lei democrática mais resistente à crítica científica⁷², facultando-se a participação popular através de procedimentos processualizados, por meio dos quais todos poderiam até mesmo impugnar os enunciados científicos condutores do sistema jurídico, inclusive propondo a troca destes fundamentos por outros mais eficazes na fruição de direitos fundamentais. Dessa maneira, haverá uma verdadeira virada epistemológica, visto que o conhecimento subjetivo dos intérpretes será substituído pelo conhecimento objetivo do interpretante, o qual, de acordo com estudos de Edward Lopes (1978), transformará o texto constitucional em um discurso teoricamente balizado⁷³, fechando o sistema às causalidades infinitas, mas deixando-o aberto à crítica, o que faria do mesmo não dogmático, em consonância com o conceito de sociedade aberta de Karl Popper (2018).

4. Conclusão

A hermenêutica constitucional, segundo o paradigma democrático de direito instituído pela Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 1º, não pode ser construída com base no mentalismo das autoridades judiciais, ainda que estas invoquem regras e princípios jurídicos, na medida em que o intérprete pode manipulá-los, instrumentalizando-os, sob a justificativa de preencher arestas da linguagem normativa. Os modernistas, iludidos com a filosofia da consciência que os conduzia, poderiam até acreditar na auto suficiência da

72 - “Com efeito, uma Teoria da Constituição Democrática, na concepção pós-moderna de falibilidade (incompletude) dos sistemas, há de passar pela compreensão curricular da teoria do processo como enunciativa (descritiva-argumentativa) dos direitos fundamentais (fundantes) da correlação humana contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade” (LEAL, 2017, p. 68).

73 - “Faz-se imperioso uma distinção entre discurso e texto, uma vez que este, já impregnado por uma carga pragmático-histórica, tanto pode ser uma pré-linguagem, quanto uma fala, uma expressividade ou mera sinalização comunicativa, sem que se estabeleça (formalize) originalmente um discurso (descritividade) em cujo bojo se implante um paradigma (regra suprema) de vedação legítima de proibição de sua axiomatização (dogmatização). Para isso, em Direito Democrático (não dogmático), a lei há de ter origem, como criadora da norma jurídica, numa teoria que se ofereça por conteúdo do devido processo a partir do qual todo sistema (aberto a todos) se sustenta e se operacionaliza” (LEAL, 2017, p. 314).

razão humana, porque não conheciam as suas limitações desvendadas pela psicanálise, a qual retirou o homem do seu pedestal antropocêntrico, dizendo que este nada mais é do que um produto de forças inconscientes sobre as quais não tem qualquer poder.

No entanto, após as descobertas freudianas e lacanianas, não é mais aceitável a subordinação da ciência ao psicologismo humano, não se admitindo, contemporaneamente, deliberações egressas de juízos mentais aos quais não se tem qualquer tipo de acesso voluntário, uma vez que frutos de um inconsciente resultante de inúmeras variáveis, dentre elas desejos, tradições, regras morais, além de questões cromossômicas, as quais impedem a existência de pessoas neutras e imparciais.

O indutivismo, representado pela repetição de comportamentos culturalmente aceitos, somente reforça a realidade que, segundo a história, não foi capaz de solucionar os inúmeros imbróglios da humanidade, haja vista a constante violação a direitos fundamentais de uma democracia contemporânea. Tomar o real como racional é cancelar todo um conjunto de desastres ocorridos ao longo dos tempos, em que as pessoas, com base em usos e costumes de culturas cujas origens não são conhecidas, travaram guerras, ceifando a vida de milhões, sem falar naqueles que, mesmo vivos, não usufruem de dignidade e liberdade.

A comunicação humana, ainda que realizada em níveis cientificamente especializados, não serve, por si própria, como fonte para o desenvolvimento de novos padrões comportamentais. É que, em uma assembleia de falantes, onde cada um expressa a sua opinião sem a demarcação de uma só teoria, somente se colhe a crença da maioria, que não necessariamente corresponde ao que é preciso para a implementação de direitos fundamentais. O grande problema de se aceitar apenas o direito de manifestação como o bastante para se atribuir democraticidade a deliberações estatais é que as autoridades ficam livres para impor as suas vontades, legitimando-as somente diante da oitiva de todos os interessados no provimento estatal. Todavia, se a decisão não tiver que se vincular a um único teorométodo, extraído segundo uma concorrência epistemológica previamente havida no plano instituinte da formação normativa, os agentes públicos poderão motivar os seus atos de acordo com as lógicas que mais se adequam ao que querem, numa simbiose teórica que só serve para justificar o que é mais conveniente, mesmo que as autoridades, no âmbito procedimental, se manifestem sobre tudo o que foi falado.

Por isso, todo este proceduralismo enaltecido no Código de Processo

Civil brasileiro de 2015, o qual se alicerça nas ideias do agir comunicativo habermasiano, somente reforça o mito da autoridade. Esta se sente à vontade para externar todo o seu senso de justiça, desde que seja facultada a manifestação de todos os interessados a respeito da matéria submetida ao seu crivo, como se somente isso revestisse de democraticidade as suas deliberações. Isso não combate o instrumentalismo processual; ao contrário, a jurisdição é corroborada, não deixando de protagonizar o que os bülowianos chamam de relação jurídica processual, pois, ao final, é o juiz quem estabelece o sentido das normas jurídicas.

Através do controle de constitucionalidade, seja no âmbito difuso ou concentrado, as autoridades judiciais reservam para si o domínio sobre os significados de regras e princípios de direito. Operacionalizam a linguagem constitucional segundo o que entendem como adequado, de acordo com juízos íntimos de equidade aos quais ninguém tem acesso, denotando-se um dogmatismo extremado. A infalseabilidade das justificativas destes entendimentos pessoais, culturais e coletivos representa todo o despotismo de um Estado onde os agentes públicos não decidem conforme fundamentos teóricos previamente instituídos, mas a partir da carga axiológica destes aglomerados humanos chamados sociedade, que se fecham a novas conjecturas, vedando a evolucionariedade destacada por Popper.

Se nos foi projetado um Estado Democrático de Direito, já que este é o paradigma apontado pela Constituição Federal de 1988, a democracia deve ser teorizada, para que, a partir dos enunciados básicos do sistema constitucional, sejam balizadas as atividades públicas, dentre as quais se inclui a aplicação normativa. É que esta pressupõe, conforme este modelo estatal, o estabelecimento prévio dos seus fundamentos, a fim de que sejam reduzidas as brechas da linguagem jurídica, minimizando, consideravelmente, o espaço de atuação dos intérpretes.

A interpretação constitucional, no modelo democrático contemporâneo, deve se edificar como produto da crítica científica, a qual se desenvolverá no âmbito deste controle de democraticidade conjecturado por Rosemiro Leal. Isso se fará mediante as impugnações realizadas nos procedimentos disponibilizados à comunidade de legitimados ao processo, constituindo-se nos testes necessários a se aferir a resistência das assertivas metalinguísticas da base instituinte do sistema jurídico quanto a sua capacidade de implementar os direitos fundamentais.

Pelo marco neoinstitucionalista, a hermenêutica constitucional será delimitada pela teoria da lei democrática mais resistente à crítica científica, a

qual ocupará o posto metalinguístico do sistema jurídico. No campo destes enunciados epistemológicos, estarão os fundamentos a partir dos quais a exegese se estruturará, segundo proposições decorrentes de pesquisas avançadas, submetidas a amplos testes quanto a sua eficácia na implantação de um Estado Democrático de Direito. O conhecimento objetivo das teorias sairá da periferia onde se encontra no ordenamento jurídico dogmático, passando a conduzir um sistema não dogmático, já que não mais operacionalizará as justificativas das autoridades, em consonância com as suas conveniências. Consistirá, ao contrário, na mola propulsora das atividades público-estatais, reduzindo o voluntarismo judicante, o que permitirá pretensões, reações, impugnações e decisões democraticamente fundamentadas.

A democratização, neste caso, não está na mera possibilidade de participação no procedimento, mediante alegações e argumentos à revelia de assertivas constantes do nível instituinte do direito. Encontra-se na prévia ciência dos fundamentos fundantes do sistema constitucional, com a segurança jurídica inerente à estipulação *ex ante* dos pilares hermenêuticos das regras e princípios da Constituição. O controle de democraticidade constituirá no instituto necessário a se aferir a adequação dos atos aos enunciados básicos do sistema, bem como para se ofertar novas proposições interpretativas, a fim de se construir, continuamente, com base na pesquisa, uma hermenêutica constitucional a partir da qual os atos públicos serão balizados.

Não que este autor entenda ser possível a supressão completa e absoluta do subjetivismo decisório. Entretanto, a solução apontada por Rosemiro Leal em sua teoria neoinstitucionalista quebra o dogmatismo, que, há séculos, arrasta a ciência jurídica para um obscurantismo autocrático das autoridades, sempre trocando os métodos, mas mantendo a tirania da vontade daqueles que exercem o poder. O que se pretende é a minimização do decisionismo, alçando a pesquisa jurídica a um protagonismo nunca experimentado, de modo a se implantar uma democracia contemporânea, a qual, de fato, ainda não existe, que se afaste do caráter retórico pelo qual sempre foi tratada, desde a antiguidade grega.

Referências:

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** e outros ensaios; tradução Vinícius Nicastro Honesko. Chapeco: Argos, 2009.

- BATISTA, Sílvio de Sá. **Fundamentos equívocos de constitucionalização do processo**. São Paulo: Editora Dialética, 2021.
- BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 de mar. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- DEL NEGRI, André. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.
- FREUD, Sigmund. **Obras Completas**, volume 16: o eu e o *id*, autobiografia e outros textos; tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social; tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Tradução: Anderson Fontes Almeida e Acir Pimenta Madeira. *In: Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 1995, p. 105-121.
- HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. A falácia da fundamentação das decisões no Estado Dogmático e a Hermenêutica do garantismo, ativismo e protagonismo jurisdicionais. *In*: PEGINI, Adriana Regina Barcelos et al. (orgs). **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Thoth Editora, 2019, p. 787-801.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica Procedimental à Ciência Processual Contemporânea. *In*: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (orgs). **Técnica Processual**, Belo Horizonte: DelRey Editora, 2015, p. 1-22.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 15ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**; tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013a.

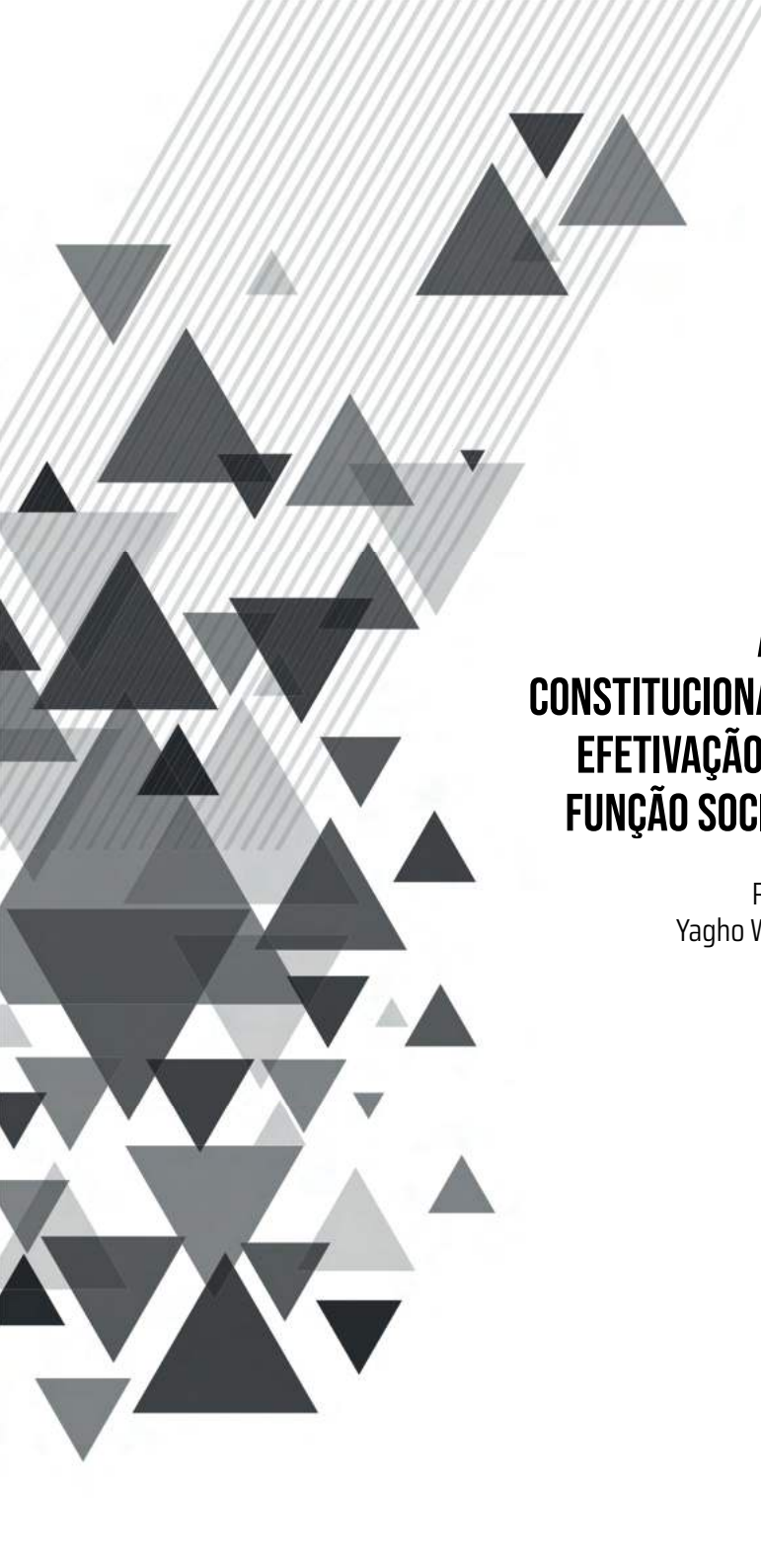
POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária; tradução Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, Karl Raimund. Conhecimento subjetivo versus conhecimento objetivo. *In*: MILLER, David (org). **Textos escolhidos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto PUC-Rio, 2010. p. 57-75.

POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**; tradução Antônio Ianni Segatto. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013b.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 2 v; tradução Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2018.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. Mito e ideologia do poder constituinte originário. *In* LEAL, André Cordeiro et al (orgs). **Processo como Democracia na Contemporaneidade**. Colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 211-230.



A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Rodolfo Vassoler da Silva
Yagho Willian Prenzler de Souza

CAPÍTULO
07

1. Introdução

A discussão sobre a influência das normas constitucionais sobre o direito civil ainda é atual, ao ponto de ter sido recentemente alterado o dispositivo do Código Civil em que está previsto o princípio da função social do contrato. Embora pareça se tratar de uma mudança legal sutil, chama atenção que a dita modificação tenha sido realizada no contexto da aprovação de uma lei autointitulada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” e que tem por objetivo estabelecer normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica.

Nesse sentido, o presente estudo propõe-se a abordar a interconexão entre o texto constitucional e o contrato, através de seus princípios, notadamente a função social, sob a perspectiva do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, com a aplicação de instrumentos da nova hermenêutica constitucional como possibilidade de uma melhor interpretação deste ramo do direito privado.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisado o caminho percorrido pelos sistemas normativos jurídicos e as suas teorias interpretativas até se chegar ao denominado neoconstitucionalismo, de matriz pós-positivista, quando há uma reaproximação da moral e de uma base principiológica com força normativa às normas propriamente jurídicas.

Num segundo momento, e como consequência das características destes novos sistemas normativos impregnados de princípios, será discutido o papel da nova hermenêutica constitucional para a integração dos conceitos abertos.

Na sequência, o terceiro capítulo trata dos mais relevantes princípios contratuais que, nessa perspectiva de um sistema aberto, devem ser observados tanto na celebração, quanto na execução e na interpretação de tais instrumentos. Por fim, no quarto capítulo será tratada a leitura do contrato sob o viés da função social, princípio previsto na Constituição brasileira.

2. O Caminho para o Neoconstitucionalismo

A característica gregária do ser humano, que se verifica no seu aspecto tanto natural quanto cultural, resulta na construção de sistemas e organizações tendentes a facilitar a convivência da nossa espécie. A criação de estruturas e sistema normativos tem sido uma constante que possibilita a divisão de

espaço entre os humanos, ainda que se constate que tais criações propiciem a subjugação de uns pelos outros, sejam povos e tribos ou, mais recentemente, as nações.

Como essas organizações e sistemas se criam e se sustentam são questões de inacabáveis investigações, já que as conquistas culturais incorporadas ao modo de viver do ser humano possibilitam novas perspectivas e novas demandas que deságuam na necessidade de aperfeiçoamento das formas de convivências e suas instituições até então existentes.

Não se trata de um percurso retilíneo. Pelo contrário, esse caminho é marcado por marchas e contramarchas. Por exemplo, se a eliminação de uma tribo por outra um dia foi necessária para a manutenção da vida em razão da escassez de alimentos, atualmente, o homicídio e as guerras são jurídica e moralmente reprováveis. A vida humana, elevada a princípio basilar em inúmeros ordenamentos jurídicos, ainda convive com a morte, que se excepciona nos casos de legítima defesa, por exemplo. Registre-se, neste cenário de excepcionalidades, que guerras continuam a acontecer em várias partes do mundo.

As indagações de qual seria o melhor modelo de forma de convivência pacífica passam pela análise do como e do porquê os sistemas normativos são criados. Tais indagações procedem de reflexões de bases filosóficas que, até hoje, tentam responder o que é o ser humano e o seu coletivo, a humanidade, em uma base ontológica e metafísica. Questiona-se o que esse homem busca construir durante seu curto espaço de vida ou o que os serem humanos, em conjunto, têm feito para significar sua existência.

A sociedade se configura por relações intersubjetivas e, também, por relações funcionais e de diversas naturezas travadas entre homens e coisas, conforme destaca Alaôr Caffé Alves. Ou seja “[...] não existem apenas relações sociais calcadas nos vínculos intersubjetivos da ética, da amizade, do amor, do companheirismo da vizinhança” que, embora importantes, “especialmente para a saúde mental das pessoas” elas “não são suficientes para caracterizar a produção da vida social, especialmente a vida material da sociedade” (ALVES, 2004, p. 78-79).

Assim, a estrutura social formada em virtude destas relações, intersubjetivas e, ainda, entre sujeitos e coisas, caracteriza-se pelo surgimento de grupos e classes sociais distintos, que também geram conflito de valores e de interesses que interferem no “modo de conceber os problemas e as questões humanas” (ALVES, 2004, 81).

É neste ponto, portanto, que a investigação da forma como o homem

se relaciona socialmente passa pela figura de um instituto jurídico, que é o negócio jurídico, mais precisamente, para fins deste trabalho, o contrato.

Os contratos consubstanciam a forma como os homens trocam bens materiais e serviços uns com os outros. Nesta perspectiva, interpretar o contrato hoje, em especial sua função social, passa pela compreensão do modo e do porquê surgiram e se fundamentaram as tão diversas formas de sociedade e os sistemas normativos que as regulam e regulavam. Isto passa pela reflexão sobre profundas questões de existência, nem sempre respondidas pelo saber lógico (ALVES, 2004, p. 86). A própria lógica, nesse viés, merece ser reinterpretada:

[...] a razão tem que ser ampliada quanto à sua concepção e ao seu alcance, não devendo mais ser a razão solitariamente racional, razão pura, a razão da ciência, razão monológica, mas a razão em que caiba, nela mesma, a dimensão afetiva, a dimensão do sentimento, a dimensão da vontade e dos valores, que são outras dimensões diferentes das representações puramente intelectivas cujos critérios são apenas a falsidade. Nós precisamos também buscar a validade dos valores, ponderar as razões, os motivos e as consequências (ALVES, 2004, p. 88).

Um papel relevante para esta compreensão reside na Filosofia do Direito e justamente para compreender se o Direito vem desempenhando satisfatoriamente o papel de condutor normativo de uma sociedade mais justa (ALVES, 2004, p. 92). Isto porque:

O próprio Direito implica também contradições e conflitos. Não do Direito em si, mas dos homens que fazem o Direito, porque o Direito não faz nada por si mesmo, só os homens fazem o Direito, só os homens criam o Direito, realizam a praticam o Direito. Eles criam o Direito segundo seus interesses, segundo o sistema em que estão inseridos: um sistema social que vemos claramente, é profundamente desigual e injusto (ALVES, 2004, p. 93).

Ou seja, a própria produção normativa, destacando-se para este trabalho a função social nas relações econômicas, é histórica e social demonstrando a “necessidade de lançarmos nossos olhos para além do próprio direito positivado, do direito posto de modo dogmático, para buscar o direito pressuposto, um direito invisível, mas tão real quanto o direito positivo” (ALVES, 2004, p. 95).

A maneira de conviver e de explorar as trocas materiais e intersubjetivas acompanham a humanidade. Mas é a partir das revoluções burguesas, com a queda do sistema feudal, que ganha relevância o contrato. É o que se pretende aqui analisar, desde sua gênese até se chegar à sua necessária interpretação a partir da função social, com instrumentos da hermenêutica constitucional.

É que para a compreensão das finalidades dos institutos jurídicos, dentre eles o contrato, é relevante analisar de forma contextualizada como estes foram concebidos, contrastando-os com as formas de organização social. Neste ponto, as mencionadas revoluções eclodiram em um momento histórico em que uma nova classe burguesa se opunha ao absolutismo dos monarcas e clamava por poder. Ou seja, pela possibilidade de participarem do processo de criação normativa, a fim de possibilitar um ambiente favorável para os negócios mercantis.

O clamor à liberdade contratual e à propriedade privada, a queda do estamento feudal e o surgimento dos estados modernos, sustentados pela nova classe burguesa, foram inspirados em ideais iluministas que propunham a liberdade frente aos abusos do Estado Absoluto. Ou seja, o contexto social possibilita e retroalimenta as perspectivas da existência humana, que naquele momento passou a dar grande importância ao ser humano enquanto indivíduo.

Surge, nesse contexto, o Código Civil Francês que viria a influenciar legislações de todo o ocidente. Tal legislação baseava-se em um sistema individualista, dando-se destaque à autonomia da vontade e consagrava o princípio da liberdade de contratar.

A nova legislação civil, a sedimentação da classe burguesa e as guerras napoleônicas juntam-se num caldo que culminou com o surgimento dos Estados Nacionais. Estes, por sua vez, possibilitaram o surgimento das Teorias do Positivismo Jurídico, em oposição às Teoria do Direito Natural. Desenvolveram-se a Teorias das Normas Jurídica e do Ordenamento Jurídico, garantidos por uma coação estatal, providos de coerência e completude e, portanto, prevalecendo-se o formalismo jurídico.

Ao tratar sobre o positivismo jurídico, Bobbio assinala que o “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”. Assim, o jurista “[...] deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor” (BOBBIO, 1995, p. 131).

De acordo com a perspectiva abordada por Bobbio, ao prevalecer uma ideia de formalismo jurídico, há um distanciamento do sistema normativo jurídico com o sistema normativo da moral, diferenciados pela ausência de coerção do último e pela fonte legislativa inexistente.

Tal posicionamento é bem distinto das teorias que explicam o Direito Natural, para as quais existira uma lei natural que fundamentaria tanto a ordem moral quanto a jurídica, manifestada a partir de uma ordem superior. Para

estas leis de cunho metafísico, agir racionalmente incluiria fazer o bem e evitar o mal (SOUSA, 1977, p. 59).

Historicamente o período de auge da teoria do positivismo jurídico coincidiu com a eclosão das duas grandes guerras mundiais. Não é objeto do presente estudo apontar o positivismo jurídico como um dos responsáveis pela existência de leis injustas, mas nesse período grandes atrocidades mundiais aconteceram sob o manto da legalidade posta.

O período pós-guerra representa, portanto, um período de reconstrução das instituições, o que inclui a reconstrução do papel do direito, do Estado e da interpretação jurídica. A reconstrução também passou pela fundação da Organização das Nações Unidas e do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que consagra a concepção contemporânea dos direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Piovesan, a concepção contemporânea dos direitos humanos gravita:

[...] sob a crença de que a condição da pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direito sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2004, p. 81).

Instaura-se, a partir de então, a “lógica dos Direitos Humanos” que é, “uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”. Há uma reaproximação da moral ao direito, já que se consagra que o ser humano tem um fim em si mesmo, é “um ser essencialmente moral, dotado de unicidade e de integridade, sob o manto da dignidade humana, valor fonte da experiência jurídica” (PIOVESAN, 2004, p. 86-87).

Para Piovesan, essa nova concepção faz com que os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos direitos e garantias fundamentais construam os princípios constitucionais, incorporando exigências de justiça e valores éticos “conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2004, p. 92).

Dentre os valores, Flávia Piovesan destaca a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo, “seu ponto de partida e de chegada, na tarefa da interpretação normativa”. Isto é, o “superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno” (PIOVESAN, 2004, p. 93).

É nesse contexto de uma nova visão acerca dos direitos humanos que surgem as teorias pós-positivistas. Albert Calsamiglia argumenta que as teorias atuais se chamam pós-positivistas justamente pela sedimentação dos ensinamentos positivistas, tornando-nos todos, em certo sentido, positivistas. O que se acrescenta com as novas teorias é a preocupação das indeterminações do direito e das relações entre direito, moral e política. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209).

No tocante à relação entre o Direito e a Moral, Calsamiglia enfrenta o postulado positivista da possibilidade de que poderia existir uma lei injusta, dada a não conexão necessária entre o direito e a moral. Ainda dentro de um viés positivista, esse distanciamento seria contornado a partir da inclusão – ou da positivação – de princípios morais nos ordenamentos jurídicos, como de fato ocorreu em várias constituições modernas, com a introdução de conceitos abstratos. Acontece que tais conceitos abstratos dependem de uma justificação moral. (CALSAMIGLIA, 1998 p. 215). Para Calsamiglia, a conexão entre direito e moral se constrói a partir do uso de conceitos jurídicos, definidos através de justificações poderosas, oferecendo-se critérios que justifiquem o uso de tais conceitos mais contestados e que haja acordo a respeito dos casos paradigmáticos (CALSAMIGLIA, 1998, p. 217).

Outro ponto de virada no pós-positivismo diz respeito à fonte do direito. Para os positivistas e em certa medida pelos jusnaturalistas, o legislador era o centro básico de emanção do direito. No pós-positivismo este centro passa do legislador para a decisão do judiciário. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 217).

Dentro desta perspectiva pós-positivista, também tem lugar uma vertente denominada de neoconstitucionalismo que, antes de ser uma teoria uníssona, e cujo termo sequer existe no debate constitucional norte-americano ou na Alemanha, tem estado presente nas discussões da doutrina brasileira (SARMENTO, 2009, p. 114). O termo “neo”constitucionalismo se dá em razão do novo papel que a Constituição passou a apresentar, não apenas como uma carta política de organização do Estado com proposições vinculantes.

Para Alfonso García Figueroa, em obra publicada na coletânea organizada por Miguel Carbonel, existem características comuns deste novo constitucionalismo, quais sejam: 1) existência de uma constituição rígida; 2) controle de constitucionalidade como garantia jurisdicional da Constituição; 3) força vinculante da constituição; 4) superinterpretação da Constituição; 5) aplicação direta da Constituição; 6) interpretação das leis conforme a Constituição; 7) influência da Constituição nas relações políticas. (FIGUEROA, 2003, p. 163-164).

Quanto a este último ponto, Figueroa destaca que os princípios

constitucionais, com forte carga moral e política, intervêm na argumentação, tendendo a de certo modo transformar a argumentação jurídica em argumentação moral e política, reforçando assim a unidade da razão prática. (FIGUEROA, 2003, p. 164).

Destaca-se, nas teorias neoconstitucionalistas o conteúdo material da Constituição, através da incorporação de conteúdo moral na forma de direitos fundamentais. Para Figueroa, a aquisição de uma forte carga axiológica se traduz em uma rematerialização do Direito. Esse aspecto aproxima o raciocínio jurídico do moral, fazendo-se necessário o desenvolvimento de uma teoria de argumentação.

La teoría de la argumentación jurídica constituye así un elemento indispensable para la legitimación del discurso jurídico y político en las sociedades postmetafísicas, pero además es un elemento esencial para la reconciliación del principio democrático y la tutela de los derechos fundamentales en la institucionalización de los derechos humanos del Estado constitucional democrático⁷⁴ (FIGUEROA, 2003, p. 170).

Ao tratar a respeito dos riscos e das possibilidades do neoconstitucionalismo no Brasil, Daniel Sarmento, em complemento às características também tratadas por Figueroa, destaca os seguintes fenômenos desta nova vertente:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos e; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 113-114).

Em contraposição aos abusos cometidos durante a segunda guerra, Sarmento também destaca a constatação de que maiorias políticas podem perpetrar barbáries, por isso a necessidade da instalação de mecanismos que

74 - Tradução Livre: A teoria da argumentação jurídica constitui assim um elemento indispensável para a legitimação do discurso jurídico e político nas sociedades pós-metafísicas, mas também é um elemento essencial para a reconciliação do princípio democrático e a tutela dos direitos fundamentais na institucionalização dos direitos humanos do Estado constitucional democrático.

pudessem proteger os direitos fundamentais. Daí que as novas Constituições deixaram de lado seu papel procedimental para um documento repleto de “normas impregnadas de teor axiológico” (SARMENTO, 2009, p. 117).

O acréscimo de princípios no sistema normativo, a abertura do direito através de conceitos abertos e a reaproximação do direito à moral faz com que esse neoconstitucionalismo discuta “métodos e teorias da argumentação que permitam a procura racional intersubjetivamente controlável da melhor resposta aos ‘casos difíceis’. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico” (SARMENTO, 2009, p. 118). Daniel Sarmento acrescenta que:

Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução de questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas (SARMENTO, 2009, p. 118).

No mesmo sentido, Figueroa, para quem:

Si el aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento ha vinculado el Derecho a la moral, el aspecto funcional ha aproximado el razonamiento jurídico al razonamiento moral. Si a ello se añade que la teoría de la argumentación jurídica ha primado la perspectiva argumentativa en el estudio del Derecho, esto es, su estudio como un sistema dinámico de argumento y no como un mero sistema estático de reglas y principios, el resultado final consiste en que el estudio del fenómeno jurídico tiende a ser concebido como el estudio de un tipo específico de argumentación práctica general. Dicho en otras palabras, la teoría del Derecho tiende a convertir se en parte especial de la teoría general de la argumentación práctica⁷⁵ (FIGUEROA, 2003, p. 166-167).

É por isso que, interpretar a função social da propriedade no contrato, a partir de um dispositivo constitucional, demanda a aplicação de teorias argumentativas práticas, como é o caso da hermenêutica constitucional, “a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro linguístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então

75 - Se o aspecto material da constitucionalização do ordenamento jurídico tem vinculado o Direito à moral, o aspecto funcional tem aproximado a o raciocínio jurídico ao raciocínio moral. Se a isso se acrescenta que a teoria da argumentação tem primado pela perspectiva argumentativa no estudo do Direito, isto é, seu estudo como um sistema dinâmico de argumento e não como mero sistema estático de regras e princípios, o resultado final consiste em que no estudo do fenómeno jurídico tende a ser concebido como o estudo de um tipo específico de argumentação prática geral. Dito em outras palavras, a teoria do Direito tende a se converter em uma parte especial da teoria geral da argumentação prática. (FIGUEROA, 2003, p. 166-167)

dominante” (SARMENTO, 2009, p. 127), que será abordada no próximo capítulo.

Conforme será debatido, trata-se de uma virada relevante para a atual interpretação dos contratos sob a luz dos princípios da função social, cuja abertura interpretativa, para fins do presente estudo, possibilita a aplicação dos instrumentos da hermenêutica jurídica.

3. A importância da Hermenêutica na construção do Estado Democrático de Direito

Diante do Estado Democrático de Direito, alguns institutos são meios de construção/performance/manutenção desse “sistema” que perscruta a garantia de direitos humanos, possuindo uma constituição que emanou da vontade do povo. A hermenêutica é um exemplo destes meios, constituindo-se com um grande pilar de formação do Estado Democrático de Direito, tem origem no verbo grego “hermeneuein”, que significa interpretar.

Ao tratar sobre a hermenêutica, o Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes traz diversos ensinamentos. No seu capítulo intitulado “Filosofia e Hermenêutica”, versa sobre o papel da hermenêutica.

Infere-se daí que o papel a ser desempenhado pela hermenêutica consistirá, em síntese, na busca da compreensão da realidade posta como objeto de interpretação, isto é, objeto a respeito do qual se pergunta pelo significado, pelo sentido. Então, hermenêutica tem a ver com a busca do sentido de tudo aquilo que é percebido pelo homem como algo capaz de se converter em tema de indagação, de formulação de pergunta (...) (GOMES, 2011, p.48).

Portanto, podemos concluir, que a busca pela compreensão é essencial para concretização fática de possibilidades.

Ao colocarmos as lentes da lucratividade, do mercado neoliberal, o ser humano que não gera lucro é descartado. Logo, cabe ao Estado a proteção deste indivíduo, via direitos fundamentais, tornando necessária a ampliação do direito que visa o reconhecimento deste indivíduo como ser humano, ser de direitos e deveres.

Em tempo, conceitua o Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes (2011, p. 81), que só há sociedade humana onde é possível identificar a existência de convívio humano organizado, orientado segundo determinados valores que servem de bússola ao viver individual e coletivo. Sem um mínimo de compartilhamento

organizado de tais valores não se poderia denominar um agregado humano de sociedade, nota-se a importância da hermenêutica ao instrumentalizar através do intérprete o papel da organização das leis (*das "leges"*).

Nesta toada, performando o Estado Democrático de Direito, a fim de concretizá-lo surge a necessidade de uma Nova Hermenêutica, adequada ao cenário atual, como capacidade expressa de concretização fática.

O hermeneuta, indivíduo capaz de instrumentalizar este paradigma, deduz a capacidade de compreensão do ser humano em face de sua complexidade. Vislumbra, no Estado Democrático de Direito, a capacidade de resguardar seus direitos, competente e eficaz, com intuito de sempre blindar a dignidade humana.

Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade. Quando não é este o caso, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, pois um senhor superior pode explicar suas próprias palavras, até contra as regras da interpretação comum. Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca não se sujeita à lei, pode sempre impor o que lhe parece justo sem atender à lei, isto é, sem esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, como tal, é vinculante e não abolível (GADAMER, 1999, p. 488-489).

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem ser respeitadas não apenas por serem sidos, formalmente, proferidas por autoridade legítima, mas também por suas razões explicitadas através de fundamentação efetivamente convincente. Por sua vez, aquele que profere uma decisão judicial, mesmo estando amparado pelo princípio da imparcialidade, é um indivíduo sujeito às limitações inerentes à condição humana.

Entretanto, há casos em que decisões não são justas, tampouco estão de acordo com ideais de justiça. Por este motivo, o Estado Democrático de Direito possui mecanismos balizados pela racionalidade prática, que atua por meio da argumentação. Deste modo, neste modelo de Estado, o intérprete não apenas analisa o texto frio da Constituição, mas busca, sim, compreendê-lo como idealizador dos caminhos para se alcançar a efetivação dos valores constitucionais, de maneira equilibrada.

A Nova Hermenêutica é fundamental para concretização do Estado Democrático de Direito, pois ela abarca novos recursos de interpretação, reafirmando de forma concreta o texto constitucional.

Em sua obra, o Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes traça uma linha entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica constitucional, esta muitas vezes se utiliza da outra para efetivação de seus objetivos. Vejamos:

A hermenêutica constitucional, conforme aqui concebida, embasa-se em princípios da hermenêutica filosófica, a qual se preocupa com o sentido de toda a realidade para a existência humana no mundo. Tal existência se dá sempre em determinada sociedade. E toda sociedade considerada na perspectiva local e regional situa-se no âmbito da sociedade mundial. As três dimensões situam-se no horizonte da hermenêutica constitucional” (GOMES, 2011, p.320).

Vale ressaltar, neste mesmo liame, que a forma política do Estado Democrático de Direito é como uma autêntica forma de vida e de convivência que busca criar condições para que o humano – que é natural e cultural, isto é, contém em si o que é dado pela natureza e o construído pelo homem – consiga conviver, harmonicamente, não só com os seres que pertencem à sua espécie, mas também, com todos os demais elementos presentes no Planeta e no Universo. Trata-se de uma hermenêutica que parte de um ponto local e avança em direção ao universal. Por isso, é, ao mesmo tempo, filosófica, constitucional e vital (GOMES, 2011 p.320).

Em tempo, podemos verificar a importância da Nova Hermenêutica no seu papel de dar vida ao texto constitucional.

Analisando a obra *Hermenêutica Constitucional – Um Contributo à construção do Estado Democrático de Direito*, do Professor Doutor Sérgio Alves Gomes, em especial no seu tópico 5.1.3 ,abordando as exigências da nova hermenêutica constitucional em face do Estado Democrático de Direito, podemos afirmar que estas exigências estão fixadas em um núcleo ético fundamental para sua própria existência e aplicabilidade prática ao panorama analisado, pois como bem aponta o doutrinador, tais exigências seriam fundamentadas em características essenciais para estruturação da convivência ética, política e jurídica de valores compartilhados. Resumidamente, a obra destaca as exigências abaixo:

a) “Interpretação adequada e respeito exemplar da Constituição pelo Poder Constituído, em sua tríplice divisão de atividades: legislação, administração e jurisdição” (GOMES, 2018, p.333).

Observa-se que o autor pontua a essencialidade de termos uma interpretação adequada respeitando a Constituição em todas as esferas de poder. Pois bem, o que seria a tal interpretação adequada? No mesmo sentido, o autor responde:

Adequada a quê? Aos princípios e objetivos definidos no texto constitucional como primordiais para a concretização do Estado Democrático de Direito. Não cabe apenas ao Poder Judiciário respeitar a Constituição, mas, a todos os “poderes”. Nenhum destes está desvinculado e nem acima de determinações constitucionais, no contexto do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2018, p. 333).

b) “Uma Teoria do Direito que seja adequada a trabalhar com as perspectivas do Estado Democrático de Direito. Há de ser uma teoria que, ao invés de pretender garantir uma impossível e falsa neutralidade axiológica, assuma claramente que todo paradigma estatal, bem como toda concepção sobre o significado do Estado e do Direito, resulta de escolhas e tomadas de decisão. Tais opções têm natureza política, ética e jurídica” (GOMES, 2018, p. 336).

Seguindo o texto da obra o autor revela possíveis níveis/ graus de democracia contidos nas opções e que estes graus variam conforme “(...) dois fatores: 1) a consideração que a ordem jurídica estatuída atribui ao valor da pessoa humana; 2) o maior ou menor índice de participação consciente e responsável dos múltiplos setores da sociedade não só na tomada da decisão constituinte que institui o Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, na continuidade das ações participativas e afirmativas que visam à concretização fática do referido paradigma estatal instituído.” (GOMES, 2018, p. 336).

c) “percepção do Estado Democrático de Direito como paradigma superador de outros que o antecederam historicamente (absolutista, liberal, social, socialista...). Por isso, incorpora em si direitos e valores que fazem dele um paradigma superior aos modelos que o antecederam” (GOMES, 2018, p. 336).

Importante ressaltar que o autor versa que esta superioridade está ligada à sua capacidade de recepcionar e interpretar o ser humano no seu mais variado conjunto de dimensões, potencialidades e possibilidades.

d) “formação adequada do intérprete comprometido com a Democracia, e, conseqüentemente, com a defesa da Constituição do Estado Democrático de Direito” (GOMES, 2018, p. 339).

Podemos observar que não se trata de formar os “operadores do Direito”. É muito mais do que isso. O jurista não só opera o direito, mas, também, participa da elaboração deste.

e) “no que concerne à Constituição e ao Estado, exige-se o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional e de uma Teoria do Estado em consonância com o Estado Democrático de Direito, contextualizado no tempo e no espaço, isto é, que leve em conta não apenas a universalidade de

certos princípios configuradores do aludido paradigma estatal, mas também as circunstâncias específicas de cada Estado-nação, pelo fato de se registrarem histórica e sociologicamente grandes diferenças econômicas e sociais entre as nações” (GOMES, 2018, p. 341).

f) “investimento maciço e prioritário em educação, visando o desenvolvimento equilibrado e integral do indivíduo, de modo a possibilitar a todos a libertação da ignorância e o desenvolvimento, no lugar desta, da consciência ética, política e jurídica capaz de reconhecer direitos e deveres, bem como exigí-los e respeitá-los em todas as modalidades de relações disciplinadas mediante a Ética, a Política e o Direito” (GOMES, 2018, p. 344).

Podemos verificar menção ao instituto da ética que traz alusão à pergunta versada.

g) “percepção, pelos “poderes constituídos”, de que no Estado Democrático de Direito é a legitimidade que garante a diferenciação entre o abuso de poder e o exercício correto deste(...)”. (GOMES, 2018, p. 344).

h) “desenvolvimento de uma compreensão da Constituição capaz de produzir um sentimento constitucional de respeito e fidelidade aos propósitos que ensejam a opção pela Democracia e pelo Estado Democrático de Direito(...)” (GOMES, 2018, p. 345).

i) “percepção de que a hermenêutica constitucional – fiel à ideia de conexão presente nas ações do deus grego Hermes em suas mensagens que ligavam os mortais ao Olimpo – é uma constante elaboração de conexões produtoras de sentido. Por isso, exige ela um conhecimento inter e transdisciplinar capaz de ligar Direito, Política, Ética, Economia, Religião, Filosofia, Arte, História, Antropologia, Psicologia e demais ciências com o ser humano, sua natureza e condição, a fim de que o próprio Direito, em suas múltiplas formas de manifestação(...)” (GOMES, 2018, p. 345).

j) “em razão do contido na letra anterior, a nova hermenêutica constitucional não parte do nada. É inclusiva de múltiplos conhecimentos que interessam ao Direito para o auto esclarecimento deste. Daí, resulta a necessidade do estudo do Direito mediante várias perspectivas (conforme explorado no item 3.3.2, acima) que possibilitem seja o fenômeno jurídico percebido como projeção e possibilidades de realização no mundo das várias dimensões que compõem o fenômeno humano” (GOMES, 2018, p. 345).

k) “a nova hermenêutica constitucional exige recusa ao retrocesso em matéria de direitos humano e fundamentais, porque isso representaria perda irreparável de conquistas(...)” (GOMES, 2018, p. 347).

l) “a nova hermenêutica constitucional não compactua com a

indiferença(...)” (GOMES, 2018, p. 347).

m) “a nova hermenêutica constitucional quer relacionar o ter e o ser para que o ter (ter poder, bens materiais...) em excesso, nas mãos de poucos, não impossibilite o desabrochar do ser de milhões de seres humanos (...). Com isso, a nova hermenêutica constitucional revela sua preocupação com a efetividade da justiça social mediante a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais concomitantemente a dos direitos individuais” (GOMES, 2018, p. 349).

n) “a nova hermenêutica, ao buscar a superação dos unilateralismos juspositivista e jusnaturalista, requer seja o horizonte jurídico ampliado para a compreensão das razões humanas que fundamentam o Direito e todas as instituições por estas tuteladas, entre as quais figura o Estado(...)” (GOMES, 2018, p. 352).

Sendo assim, são essas as 14 exigências que se destacam da Nova Hermenêutica Constitucional em face do Estado Democrático de Direito. Todas elas permeiam um núcleo ético com intuito de reforçar o respeito a Constituição em todas as esferas do Poder.

Portanto, a busca de sentido para o Direito está vinculada à inquietação humana de busca de sentido para a própria existência. Instrumentalizada a interpretação, esta alarga os horizontes do intérprete com intuito de que este amplie sua participação na construção do Estado Democrático de Direito.

4. Princípios Contratuais

O direito contratual rege-se por diversos princípios, estabelecendo determinado equilíbrio entre as partes no âmbito contratual, evitando abusos de poderes.

O princípio da autonomia da vontade estabelece a liberdade contratual entre as partes. Evidenciando a faculdade que têm as partes de se vincularem a um contrato, com carga obrigacional e de direitos. Observa-se sua previsão legal no artigo 421 do Código Civil Brasileiro.

O princípio da obrigatoriedade determina que o contrato deverá ser cumprido entre as partes que o celebraram, consubstanciado na expressão “pacta sunt servanda”. Este princípio significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.

O princípio da revisão dos contratos visa que as partes podem

revisar, alterar e modificar um contrato estabelecido, a fim de evitar injustiças. Consequentemente, opõe-se à força obrigatória dos contratos.

O princípio da relatividade dos contratos, estipula que, como regra, os contratos possuem efeitos apenas entre as partes. Entretanto, há exceções a este princípio.

O princípio do consensualismo é o princípio segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual.

O princípio da função social do contrato tem previsão no artigo 421 do Código Civil, abarca na sua essência uma norma de ordem pública, segundo a qual o contrato visa atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais.

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta, não apenas durante a execução do contrato, mas também durante as tratativas, tem previsão legal no artigo 422 do Código Civil.

O Princípio da onerosidade excessiva é um estado contratual que ocorre quando acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, provoquem mudanças na situação fática, refletindo diretamente sobre a prestação devida, tornando-a excessivamente onerosa para o devedor, enquanto a outra parte obtém benefício exagerado.

5. Interpretação do Direito Civil pela Constituição Federal e o Princípio da Função Social do Contrato

Diante de um novo sistema normativo formado por regras e por princípios que carregam uma alta carga valorativa, aproximando novamente a moral do direito, tem sido necessário o desenvolvimento de teorias argumentativas práticas para a interpretação e consequente aplicação do direito. Conforme tratado anteriormente, este é o papel da nova hermenêutica constitucional que utiliza seus instrumentos para concretizar os conceitos abertos a partir da leitura dos princípios constitucionais, destacando-se a dignidade da pessoa humana e, para o presente caso, a função social no âmbito contratual.

Ao tratar sobre as premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, Gustavo Tepedino traz um questionamento no sentido de

descobrir se o direito privado foi absorvido pelo direito público ou se houve apenas uma “reformulação conceitual dos institutos jurídicos”, tanto no direito privado quanto no público, exigindo do intérprete “redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?” (TEPEDINO, 2006, p. 38).

Nessa perspectiva, Tepedino relembra que o Código Civil de 1916 é fruto de uma visão individualista e pressupõe o valor fundamental do indivíduo, num contexto de aniquilação dos privilégios feudais da nobreza em detrimento da nova classe burguesa, já que esta lei é influência direta do Código Napoleônico. Contudo, os movimentos sociais, o processo de industrialização e as guerras mundiais resultaram na necessidade de uma maior intervenção estatal, sobretudo na economia (TEPEDINO, 2006, p. 38-39).

No caso brasileiro, mesmo no pós-guerra, o Código Civil de 1916 continuou a vigor, mas com a constante edição de outros diplomas normativos que implicavam uma maior intervenção estatal como, por exemplo, a lei das locações. A isto, Tepedino identifica como um sinal de “esgotamento das categorias de direito privado”. Ou seja:

Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito (TEPEDINO, 2006, p. 40)

Nas constituições é que passam a ser previstos os princípios e normas que estabeleciam deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada (TEPEDINO, 2006, p. 40), fazendo com que o Código Civil perdesse “o seu papel de Constituição do direito privado”. Assim:

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes (TEPEDINO, 2006, p. 41).

Além disso, a partir da normatização dos princípios como normas, passa-se a interpretar o direito civil a partir de um viés axiológico. Considerando os princípios atualmente existentes nas constituições ocidentais, tem-se aberto a possibilidade para a interpretação de um direito privado não somente focado

nas relações patrimoniais. Também no direito civil abre-se a possibilidade para, através dele, serem reguladas questões extrapatrimoniais, como os direitos e deveres da personalidade.

Essa nova perspectiva que se lança sobre o direito civil, inclusive a possibilitar a salvaguarda de direitos extrapatrimoniais demonstra que não houve sobreposição do direito público sobre o privado. Conforme acentua Tepedino:

Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação cível-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e económicas da sociedade atual (TEPEDINO, 2006, p. 52).

Ou seja, antes de uma publicização do direito privado há, na verdade, uma releitura.

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa económica privada e as situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2006, p. 53).

É também importante verificar que essa nova releitura do direito civil a partir de elementos axiológicos não necessariamente ofusca a liberdade de contratar, nem diminui a autonomia privada. Conforme argumenta Teresa Negreiros, essa funcionalização ou instrumentalização, através da aplicação dos princípios de boa-fé, equilíbrio econômico e função social ao âmbito contratual revelou um desequilíbrio “por detrás de um valor supostamente intrínseco, a liberdade que operava no âmbito contratual como um instrumento de dominação, e, portanto, de discriminação” (NEGREIROS, 2006, p. 279-280).

Inclusive e em consonância com as técnicas da nova hermenêutica, questões que envolvam a livre iniciativa e a justiça social exige do intérprete uma postura politicamente comprometida, muito distante do liberalismo contratual, do direito natural e também do positivismo jurídico. Neste sentido, Negreiros esclarece que:

Ao fim e ao cabo, as relações entre o direito civil e o direito constitucional e, conseqüentemente, entre a sociedade e o Estado, transformaram profundamente a tarefa do intérprete do direito contratual, que passa

a ser uma tarefa politicamente comprometida. Afinal, a necessidade de uma permanente composição entre interesses privados e interesses públicos, liberdade e justiça social, autonomia individual e solidariedade, entre outros tantos conflitos semelhantes, não mais permite ao civilista uma postura politicamente neutra (2006, p. 296).

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, Edson Fachin já destaca uma virada hermenêutica ocorrida no final dos anos 1970, “passando-se a valorizar a heterogeneidade social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos princípios” (FACHIN, 2012, n.p). Neste sentido, acrescenta que por intermédio dos princípios:

[...] é possível verificar que o Direito é um sistema aberto, mas não só. É um sistema dialeticamente aberto, que deve ser compreendido por meio de uma hermenêutica crítica, que submete as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, e à contraprova da realidade (FACHIN, 2012, n.p).

Com isso, destaca Fachin a importância da filosofia na interpretação das leis constitucionais e infraconstitucionais, compatibilizando-se tais sistemas a uma visão axiológica e, de certa maneira, muito próximo da moral, com o intuito de “superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais” (FACHIN, 2012, n.p). Ou seja:

Dessarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade (FACHIN, 2012, n.p).

É nesta conjuntura de um neoconstitucionalismo, das práticas hermenêuticas e da leitura do direito civil a partir dos princípios axiológicos inseridos na Constituição que se destaca o princípio da função social dos contratos, fruto das “transformações da sociedade contemporânea, a ideia do social começa a prevalecer sobre a do individual, levando a uma intervenção crescente do Estado no domínio econômico (AMARAL, 2018, n.p).

A partir desta leitura social do contrato, passa-se a exigir que a utilização deste instrumento para a livre circulação de bens e serviços entre os sujeitos se condicionem às preocupações sociais dele decorrentes (AMARAL,

2018, n.p). Conforme expor Francisco Amaral:

Atribuir ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem ao do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais. Função social significa não individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico e coletivo (AMARAL, 2018, n.p).

Ou seja, no mesmo sentido, Rulli Neto argumenta que a “A proteção da pessoa não visa exclusivamente a sua tutela individual, mas a tutela de direitos sociais da coletividade.” (RULLI NETO, 2013, n.p). Assim que:

[...] na interpretação dos contratos, em razão dos direitos individuais e dos direitos sociais, a tutela é destinada não apenas ao indivíduo, mas toda a comunidade. Por isso, ele não pode ser visto fora do conjunto, que é a própria sociedade. Da mesma maneira, deve-se levar em conta o pluralismo das formações sociais. Eis uma das faces da função social dos contratos, especialmente se observarmos também seu papel equilibrador e de pacificação (RULLI NETO, 2013, n.p)

Vale destacar, ainda, que essa a interpretação do contrato através de sua função social exige a “aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política e a antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista” (AMARAL, 2018, n.p), tudo com a finalidade de exigir deste intérprete uma “postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade (AMARAL, 2018, n.p).

Assim e por fim, consoante lição de Gustavo Tepedino, embora a Constituição anterior já previsse que a propriedade devesse cumprir a sua função social, a atual Carta Política consagra este princípio como uma garantia fundamental, não só como um princípio econômico (TEPEDINO, 2006, p. 47, n.p)

Dessarte, tanto a fruição quanto a transmissibilidade da propriedade privada que ocorre através do contrato, seja pela troca de bens e serviços, na atual conjuntura deve não apenas observar os interesses egoísticos dos sujeitos, senão de toda a coletividade, o que implica em respeitar “interesses extraproprietários, relacionados ao meio ambiente equilibrado, às relações de trabalho, entre outros” (TEPEDINO, 2006, p. 47)

Na interpretação dos contratos, portanto, o intérprete deve estar engajado com os objetivos fundamentais da República, impedindo nos casos

concretos que o referido instrumento seja utilizado sem o cumprimento dos princípios que informam todo o sistema normativo.

6. Conclusão

Enfim, após percorridos capítulos como “O Caminho para o Neoconstitucionalismo”; “A importância da Hermenêutica na construção do Estado Democrático de Direito”; “Princípios Contratuais” e “Interpretação do Direito Civil pela Constituição Federal e o Princípio da Função Social do Contrato” conclui-se pela extrema relevância da hermenêutica como instrumento garantidor de princípios que regem o Estado Democrático de Direito, através destes se efetivam os princípios contratuais na sua forma natural, permitindo um status jurídico social com saldo positivo, pois, de forma, muito eficaz trata da manutenção do Estado Democrático de Direito, e com as atualizações dos diplomas legais, esta não é organismo morto, pelo contrário, ela se renova reivindicando novas formas e métodos de atuação, trazendo novos princípios na atividade do hermenêuta, sendo capaz de garantir a eficácia dos princípios fundamentais norteadores do Direito Civil, bem como do Estado Democrático de Direito.

Referências:

ALVES, Alaôr Caffé. As Raízes Sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica. In: Alaôr Caffé Alves, Celso Lafer, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tercio Sampaio Ferraz Junuor: **O que é filosofia do direito?** Barueri, SP:Manole, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva – Biblioteca Digital Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Revista Eletrônica Doxa**, Alicante, n.21. vol. I, 1998, p. 209-220. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc514b1>. Acesso em 18/01/2021.

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. **Revista de Doutrina do TRF4**. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html Acesso em 18, out. 2020.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. vol. I, Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contraponto à construção do Estado Democrático de Direito**. Ed. 1º (2008). 3º reimpressão (2011). Curitiba: Editora Juruá.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos. Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro Renovar 2, ed. 2006.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. I, n.2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Editora Saraiva - Biblioteca Digital Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1977.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. RDE. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n° 2:37-53 abr/jun. 2006.

**NOVOS CONTORNOS DA
DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA EM SOLUÇÕES
ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO
DE CONFLITOS COM ÊNFASE
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
FEDERAL BRASILEIRA**

Joelson Júnior Bollotti
André Del Grossi Assumpção

CAPÍTULO
08

1. Introdução

No contexto pós-positivista e de intensa constitucionalização da atividade administrativa que caracteriza o cenário jurídico contemporâneo, os contornos tradicionais da discricionariedade na Administração Pública cedem passo à sujeição dos atos administrativos em sentido amplo aos imperativos decorrentes dos princípios fundamentais, com destaque à sua correspondência com o Princípio da Eficiência administrativa (cujo conteúdo também ganha ressignificação no contexto do Estado Democrático e Social de Direito).

Com o presente artigo, pretende-se provocar a reflexão sobre em que medida esse novo contexto de vinculação fundamental de atos administrativos, tradicionalmente admitidos como discricionários, implica também o dever de atenção especial do administrador público sobre os limites de sua discricionariedade no ato de deliberação entre promover/manter ou não um conflito judicial (*i.e.* se a ponderação de custos e benefícios da lide é alcançada pela vinculação principiológica hoje em dia estendida aos atos discricionários de modo que deva ser vedado ao administrador público optar pela promoção ou manutenção de conflitos judiciais potencialmente muito mais custosos ao erário ou que postergam no tempo a implementação de medidas de interesse público e social).

Essa matéria não é meramente retórica, nem tem reflexos unicamente abstratos, em razão da crescente consciência do próprio Poder Judiciário no que diz respeito à sindicabilidade dos atos administrativos em geral (mesmo que tradicionalmente definidos pela marca da discricionariedade), o que expõe a Administração Pública e o administrador em si a consequências institucionais e pessoais, notadamente em casos drásticos nos quais a escolha pela via judicial provoque deliberadamente um acúmulo extraordinário de demandas judiciais que aprofundem prejuízos econômicos e sociais.

O texto está dedicado, nesse sentido, em um primeiro momento à rememoração dos avanços pós-positivistas que são inerentes ao neoconstitucionalismo em vigor e o modo como os princípios fundamentais da Administração Pública resultam reanimados por meio da afirmação de sua normatividade e aplicabilidade direta, assim irradiando-se por todo o sistema jurídico.

Em um segundo momento, apontam-se com intenção didática e simplificadora distinções relacionadas à teoria tradicional da discricionariedade administrativa e à mudança de paradigma acima indicada, que propugna maior vinculação de todos os atos administrativos ao conteúdo principiológico constitucional.

Um terceiro tempo é devotado à reflexão sobre como essas circunstâncias se refletem no panorama da busca pela Eficiência e na ênfase à solução alternativa de conflitos, especialmente do ponto de vista da Administração Federal brasileira, encontrando-se exemplo na criação de mecanismos como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, entre outras variadas disposições nesse sentido, que a um só tempo promovem soluções alternativas ao contencioso judicial, mas também apontam a uma nova vinculação da Administração Pública brasileira, que tem agora reduzido de modo crescente o espaço de sua discricionariedade para priorização de medidas extrajudiciais.

2. Notícias sobre pós-positivismo, neoconstitucionalismo e novo significado dos poderes discricionários públicos

2.1 Um novo modelo de juridicidade e a Constitucionalização do Direito

A dogmática jurídica consolidada ao longo da primeira metade do Século XX se estabeleceu a partir de critérios “puristas” que partilhavam do interesse sobre o Positivismo nas Ciências Sociais, orientado à preservação de caráter científico do conhecimento humano mediante recusa de considerações metafísicas (característica das perspectivas Jusnaturalistas que então eram marcantes no estudo do Direito, segundo a crítica positivista).

Entre os defensores do chamado Positivismo Jurídico, Hans Kelsen (1881-1973), austro-húngaro autor de sua Teoria Pura do Direito, de 1934, reforçou com grande sucesso os fundamentos de legitimidade da atividade jurídica a partir de operações de racionalização meramente abstrata e fundada na estrutura hierárquica do ordenamento. O direito sob sua visão está regressivamente legitimado sob si mesmo até o amparo superior na chamada “norma hipotética fundamental” que sustentaria toda a pirâmide normativa. Hans Kelsen manifestava aversão à confusão entre Direito e Moral ou Direito e Justiça enquanto valor, embora não fosse completamente avesso à problemática dos valores, mas recusando-lhes cientificidade (KELSEN, 2019, p. 75/76).

A concentração do jurista sobre o direito positivo e sua menor consideração devotada às ponderações sobre valores priorizaria, de

consequência, os chamados métodos tradicionais de interpretação, centrados na exegese mecanicista do texto legal, em detrimento das perspectivas tridimensionais que (re)conectam o direito positivo com os contextos fático e axiológico com os quais também está relacionado.

A (re)abertura do Direito à perspectiva dos valores fundamentais que perpassam o ordenamento está no centro do que se chama na atualidade “Pós-Positivismo” e que viabiliza em sentido amplo (encampando variadas tendências) a ressignificação da normatividade de princípios no ordenamento jurídico (a propósito: BARROSO, 2017, p. 278).

O chamado Neoconstitucionalismo corresponde precisamente aos reflexos desse novo modelo axiológico e hermenêutico no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Especialmente a partir da segunda metade do Século XX, novas Constituições nacionais de pós-guerra passaram a propugnar de modo firme pela defesa intransigente de liberdades públicas e direitos sociais tão vulnerados ao longo daquele período e dos conflitos políticos e sociais correspondentes. No Brasil, como no restante da América Latina em geral, o Neoconstitucionalismo teve amparo em novas Constituições do período de redemocratização e abraçou completamente essa nova perspectiva⁷⁶.

O novo contexto hermenêutico que acompanhou as Constituições do final do Século XX permitiu que se tornassem chamadas Constituições “invasoras” (em boa hora) porque seu conteúdo se irradia para todo o ordenamento jurídico de modo extenso. A partir do reconhecimento de sua normatividade, os princípios constitucionalizados, assim, passam a assumir a centralidade do ordenamento e tudo em direito deve ser legitimado e

76 - “O marco *histórico* do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas quando da sua elaboração. [...] Por fim, o marco *teórico* do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. [...] A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica” (BARROSO, 2017, p. 530 e 531).

interpretado primeiro à luz da Constituição. É o que a doutrina chama de “Constitucionalização do Direito” (BULOS, 2017, p. 81)⁷⁷.

Mesmo a enunciação, por vezes um tanto vaga, de princípios e direitos, no texto constitucional, não caracteriza obstáculo ao reconhecimento desse novo sentido hermenêutico e consequente normatividade. A eventual carga programática de disposições constitucionais deverá conviver com aspectos de seu conteúdo que têm sim a característica da normatividade (*n.g.* os princípios inerentes às novas Constituições reclamam sim obediência). As consequências desse novo contexto constitucionalizador são: 1) a vinculação do Legislador; 2) a vinculação positiva dos órgãos públicos em qualquer atividade (legislação, execução e jurisdição); 3) a vinculação dos poderes públicos também enquanto limite material negativo, para vedação (nulidade) de atos contrários aos princípios constitucionais (BREGA FILHO, 2013, p. 105 e 106).

A Nova Hermenêutica Constitucional, porém, não está assentada sobre a imposição autoritária e unilateral do direito. Uma vez que está alinhada aos novos movimentos democratizantes, seu ponto de partida é, necessariamente, o Estado Democrático de Direito. Por isso, o novo modelo de Constitucionalismo reconhecido na atualidade aponta sempre ao máximo engajamento de todos os interessados para a revelação do conteúdo jurídico e estabelecimento revisado de forma contínua sobre os comandos constitucionais.

No que nos interessa mais diretamente a este texto, ressalta-se a perspectiva de superação do conflito pela ênfase no entendimento e na “vontade” dos intérpretes da Constituição no que diz respeito à efetivação dos valores constitucionais, favorecendo-se a busca de soluções compartilhadas e justas entre os diferentes interessados, afastando-se qualquer pretensão de interpretação egoística de comandos normativos frios, que não atenda à finalidade última do Direito, que é a pacificação social⁷⁸.

77 - “É precisamente nesse contexto que surge o ‘modelo axiológico de Constituição como norma’, cujos pontos nucleares são os seguintes: - a constituição é marcada pela presença de princípios e de normas definidoras de direitos fundamentais; - as normas e princípios constitucionais têm caráter material, positivando valores arraigados na comunidade, a exemplo da moral, dos costumes e dos hábitos (conteúdo axiológico); e - as constituições também possuem denso conteúdo normativo, influenciando toda a ordem jurídica e vinculando a atividade dos Poderes Públicos e dos particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos)” (BULOS, 2017, p. 81).

78 - Como destaca Sérgio Alves Gomes: “Essa característica hermenêutica evidencia-se melhor ainda quando se pensa, metaforicamente, que Hermes, ao servir de mensageiro entre os deuses e os homens, agia, em verdade, como um construtor de pontes que possibilitavam, mediante a comunicação, a compreensão entre o mundo do Olimpo e aquele dos mortais. Ao hermenêuta também cabe construir pontes. Entre estas estão as conexões que lhe compete fazer entre as tantas possibilidades de estudo do Direito visando a alcançar a mais ampla *compreensão* possível do fenômeno jurídico. Compreensão esta que lhe permite perceber no Direito sua fama de potencialidades e de *possibilidades* capaz de instaurar o justo entendimento entre os seres humanos, ao qual só se pode chegar por meio do diálogo que possibilite um mínimo de consenso sobre valores fundamentais à convivência, como paz,

2.2 O conteúdo tradicional da discricionariedade administrativa e limites inerentes à razoabilidade das escolhas do administrador a partir da indeterminação de conceitos

Tradicionalmente, a doutrina distinguiu entre atos administrativos vinculados e discricionários, conforme o silêncio estabelecido pelo Legislador sobre as diferentes opções admitidas pelo direito para o exercício da atividade administrativa⁷⁹.

A distinção entre atos vinculados ou discricionários avançava, aliás, por uma perspicaz defesa da presença de *indiferentes jurídicos* no plano administrativo, referentes a *conceitos jurídicos indeterminados*, em relação aos quais a legislação não teria nada mais a acrescentar (seja pela imprecisão de conceitos ou pela previsão de soluções múltiplas, todas igualmente admissíveis pelo Legislador para a livre escolha do administrador público, segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade)⁸⁰.

solidariedade, justiça, compaixão, liberdade, igualdade de oportunidades... Somente a partir daí é possível vislumbrar uma sociedade fraterna, assumida como razão de ser do Estado Democrático de Direito, conforme positivado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. [...]” (GOMES, 2008, 203 e 204) Ainda, o mesmo autor salienta o apontamento de Konrad Hesse sobre a “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) como “a maior garantia” da força normativa da Lei Fundamental e assevera, em contraposição, os vícios da “má vontade” que se opõe como obstáculo à efetividade constitucional: “A *má vontade*, ao contrário, estimula a inércia, a manutenção das injustiças, dos privilégios, da corrupção, da desigualdade de oportunidades entre as pessoas. [...] A *má vontade de Constituição* é aquela que se manifesta, não raramente, mediante argumentos que aparentam versados nos meandros da técnica jurídica (isto é, à maioria da população) estar embasados na ‘lei’. É uma vontade míope, pois não consegue distinguir entre *legalidade* e *moralidade*, nem entre *facticidade* e *legitimidade*. Almeja apenas a posse do poder. [...]” (GOMES, 2008, p. 406 e 407).

79 - “[...] os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. [...]” (DI PIETRO, 2003, p. 205).

80 - “Quando podem se dar tais ‘indiferentes jurídicos’ suscetíveis de serem submetidos a um juízo de preferência segundo os valores de conveniência e oportunidade? [...] Respondendo à indagação acima posta, podem ser identificados indiferentes jurídicos em primeiro lugar, na verificação de certos conceitos jurídicos indeterminados. Aqui já podemos adotar a classificação que atrás adiantamos, feita por Karl Engisch, segundo a qual, o gênero ‘conceitos jurídicos indeterminados’ comporta uma especial classe dos chamados ‘conceitos discricionários’. O autor vislumbra a indeterminação em três modalidades, conceptuais: (a) Conceitos indeterminados descritivos – aqueles que diz respeito a objetos reais ou objetos que, de certa forma, participem da vida; objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou que qualquer outra forma percepçãoáveis ex: escuridão, velocidade, intenção; (b) conceitos indeterminados normativos: são conceitos ‘acrescidos de um preenchimento valorativo’, vale dizer o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido de caso a caso, através de atos de valoração; e, finalmente (c) conceitos indeterminados discricionários: para essa classe especial de conceitos indeterminados, não basta a

Exemplificando essa distinção, a doutrina chama a atenção, por exemplo, ao confronto entre os conceitos de “boa-fé” (conceito normativo) e de “medidas urgentes” (conceito discricionário). Ao confrontar o conceito de “boa-fé” a cada caso concreto, não poderá o administrador público enunciar casuisticamente os limites da boa-fé a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Mas, no que diz respeito a “medidas urgentes”, o reconhecimento da urgência para impedir prejuízo grave a um interesse público protegido pelo direito se mantém dentro de contexto de maior liberdade relativa (zona de certeza negativa do conceito), dentro do qual o administrador público poderá efetivamente escolher entre diferentes comportamentos de acordo com a análise pontual de conveniência e oportunidade inerentes a cada situação específica (NOVAIS, 1996, p. 32 e 33).

Mesmo à doutrina tradicional, focada sobre a distinção entre atos vinculados e discricionários, a admissão de liberdade irrestrita ao administrador público para escolher entre as diferentes soluções possíveis não poderia ser interpretada de modo a criar uma esfera de pura arbitrariedade na condução da coisa pública.

A recusa de controle dos atos administrativos discricionários, aliás, é, por si mesma, entendida como “uma ameaça às bases do Estado de Direito” (NOVAIS, 1996, p. 42.) e que está pautada sobre uma compreensão errônea sobre as bases que sustentam a discricionariedade administrativa, porque, mesmo quando haja diferentes comportamentos possíveis ao administrador público, os deveres de boa administração apontarão necessariamente a uma melhor opção que atenda de modo arrazoado ao interesse público, ainda que segundo critérios de conveniência e oportunidade⁸¹.

2.3 A vinculação dos atos administrativos discricionários ao cabedal principiológico constitucional

Para além das discussões sobre indeterminação de conceitos e limites da conveniência e da oportunidade de atuação do administrador público, o novo contexto de normatividade dos princípios constitucionais, porém, relativizou de modo importantíssimo essa distinção entre atos vinculados e discricionários,

discritividade ou a normatividade inserida nos conceitos. A par da indeterminação que lhes é própria, comportam uma especial valoração pessoal do aplicador” (NOVAIS, 1996, p. 32).

81 - “Não basta a indeterminação. É necessário que, da aplicação da norma, informada pelo princípio da razoabilidade, resultem alternativas igualmente razoáveis sobre as quais o Administrador passa tecer um juízo de preferência informado pelos critérios da boa administração, presumidos pela ordem jurídica como por ele conhecidos” (NOVAIS, 1996, p. 42).

passando por diferentes teorias limitadoras da discricionariedade administrativa^{82/83} até a compreensão contemporânea de que, a rigor, todos os atos da Administração Pública devem obediência ao cabedal principiológico referido⁸⁴.

É um equívoco já superado, dessarte, a eventual invocação do ato discricionário como um campo de liberdade irrestrita de escolha do administrador público e isento de controle judicial ou outras consequências institucionais e pessoais previstas pela legislação.

Nesse sentido, a doutrina ressalta que deixa de ser útil a distinção entre discricionariedade (no plano da eleição de consequências) e conceitos indeterminados, porque o controle dos atos administrativos é sempre admissível em certa medida, tanto em um como em outro caso (FREITAS, 2009, p. 384).

O mesmo autor ressalta consequências inerentes ao maior nível de vinculação de todos os atos administrativos no cenário atual, deste modo: a) no Estado Democrático de Direito, a discricionariedade sempre está vinculada aos princípios; b) atos administrativos podem ser vinculados propriamente ditos, ou até ser dotados de discricionariedade (vinculada ao sistema), mas todos sempre devem obediência aos princípios e regras (*i.e.* constitucionais); c) a diferença entre atos vinculados ou discricionários só pode ser reconhecida em relação à maior ou menor densidade dessa vinculação; d) o controle dos atos administrativos é preponderantemente principiológico (o que vem de acordo com o contexto pós-positivista e de neoconstitucionalização a que se fez referência acima); e) não há pretensão de substituição do administrador, mas seus atos estão sujeitos sim a controle tanto interno quanto externo e por meio social ou jurisdicional; f) mesmo nos casos de discricionariedade, o ato de escolha entre diferentes opções que se apresentem deve ter uma motivação aceitável (podemos

82 - “A discricionariedade administrativa evoluiu quanto aos seus limites, pois, desde a noção inicial de imunidade (em que os atos dela emanados eram tidos como atos de império), várias teorias foram apresentando limites para proporcionar a expansão do controle judiciário: excesso de poder (vício de forma ou competência), desvio de poder (vício de finalidade), motivos determinantes (controle do fato), princípios gerais do direito (contraste com boa-fé, proporcionalidade, igualdade etc.). Nos conceitos jurídicos indeterminados, limites foram impostos como os princípios da moralidade e da razoabilidade, o próprio interesse público. Dessa forma, arremata que a legalidade em sentido amplo é o limite da discricionariedade administrativa, abarcando em seu significado as regras fixadoras dos elementos do ato e os princípios como conceitos indeterminados (moralidade, razoabilidade, interesse público) no fim ou no motivo” (MARTINS JÚNIOR, 2001).

83 - Embora admitindo certa amplitude à discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello também já enfatizava desde muito tempo que mesmo no contexto da referida distinção cabia ressalva, porque “[...] não há *ato propriamente discionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fin* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também respeito a este aspecto” (MELLO, 2013, p. 435).

84 - “[...] a autoridade administrativa deve obedecer à lei e ao Direito, entendido como sistema, isto é, totalidade de princípios e regras, logicamente transcendentem em relação ao princípio da legalidade estrita” (FREITAS, 2009, p. 386 e 387).

dizer: coerente com o cabedal principiológico referido); g) a distinção aponta mais à intensidade dessa vinculação que à liberdade da apreciação; h) quanto mais passíveis de controle se reconheçam os atos discricionários, mais se revela que existe, também, uma boa medida de liberdade subjacente às escolhas cabíveis também nos atos tradicionalmente reconhecidos como vinculados, ocorrendo que, em todo caso, a realização dos atos administrativos deve se dar de modo válido (FREITAS, 2009, p. 388 e seguintes).

O ato discricionário praticado com ofensa clara ao Princípio da Eficiência, que escolhe os meios mais perdulários ou deposita esforços administrativos em demandas francamente injustificadas para atender a objetivos pessoalizados, por exemplo, é inexoravelmente nulo e deve ser evitado ou afastado pela própria Administração Pública no exercício de sua autotutela ou judicialmente se necessário^{85 e 86}.

Mas a teoria do desvio de poder é tão ampla que alcança, até mesmo, o controle das atividades legislativas (inclusive as derivadas, que são inerentes ao poder de regulamentação das normas legais pela Administração Pública). Lembra-se, aliás, que o Congresso Nacional pode até sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, CF)⁸⁷.

3. A busca por eficiência subjacente à priorização de soluções alternativas à judicialização envolvendo a administração pública federal brasileira

3.1 A Eficiência no contexto do Estado Democrático e Social de Direito

Analisando o Princípio da Eficiência à luz da Constituição de 1988, após a Emenda nº 19/98, Hachem e Gabardo, da Universidade Federal do Paraná, já tiveram oportunidade de defender sua interpretação sob a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, que foi consagrado pelo Constituinte brasileiro.

85 - “O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário, ainda que válido *prima facie*” (FREITAS, 2009, p. 391).

86 - O próprio exercício da autotutela fundada nesse novo cenário jurídico demanda cuidado, porém, porque também reclama motivação clara e bem assentada, de modo a favorecer o interesse igualmente legítimo à segurança jurídica: “[...] Embora se reconheça a possibilidade de a Administração deixar de seguir lei que considere inconstitucional, será preciso tecer duas observações a respeito. Em primeiro lugar, apenas o Chefe do Executivo pode ordenar o descumprimento de lei por vício de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, a desobediência à lei é feita sob conta e risco daquele que a assume como inconstitucional” (TAVARES, 2017, p. 1.100).

87 - Nesse sentido, apontando a viabilidade de controle de finalidade de atos legislativos: REMEDIO, 2015, p. 362.

Explicam que a constitucionalização do princípio no País teve de início relação com a onda neoliberal dos anos 1990, como resultado do anseio de substituição do modelo de administração burocrática para um modelo gerencial, principalmente através de controle de resultados (reduzindo a importância dos meios e procedimentos formais) (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 1 e 2).

Mas, uma vez operada a positivação constitucional, o Princípio da Eficiência deve também ser interpretado à luz da nova hermenêutica constitucional e sob a opção inequívoca do Constituinte pelo Estado Social e Democrático de Direito, o que afastou alguns perigos imaginados que os referidos autores apontaram no sentido de que: 1) seria descabida a administração gerencial privada sobre a coisa pública; 2) a eficiência não seria um parâmetro jurídico; 3) o controle da eficiência seria impossível em razão de sua generalidade e abstração; 4) a eficiência poderia derrogar outros princípios (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 3)⁸⁸.

A Eficiência constitucionalizada no Brasil, dessarte, aponta a muito mais que um cálculo notarial de resultado econômico-financeiro, porque também implica análise sobre o interesse público que reside sobre a atividade administrativa. Nesse sentido, evidentemente que uma escolha do administrador público atentar-se-á contra o Princípio da Eficiência se mostrar-se perdulária, desperdiçando recursos públicos com a utilização de meios inadequados para atingimento das finalidades institucionais; mas também será atentatória contra o Princípio da Eficiência eventual atenção exclusiva à autocontenção fiscal que implique desprezo à implementação efetiva de direitos da população administrada, recusando em última medida cumprimento a outros princípios e direitos fundamentais com os quais a Eficiência deve conviver no Estado Democrático e Social de Direito.

Em resumo, com apoio nos mesmos autores referidos antes (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 4 e seguintes) conclui-se que o Princípio da Eficiência no

88 - Essa nova roupagem do Princípio da Eficiência não é exclusividade do Direito Constitucional brasileiro, como se depreende também da perspectiva axiológica que foi promovida em documento britânico de época: “Quem desejar conhecer as características nucleares do *princípio da eficiência*, basta que lance mão dos *Sete Princípios da Vida Pública*, apresentados, em maio de 1995, pelo Primeiro Ministro britânico, no Relatório Nolan, cujos pontos nucleares são os seguintes: - interesse público – finalidade básica da Administração, mas que também dá espaço ao setor público não estatal, abrindo oportunidade à proliferação de entes intermediários (agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais de colaboração); - integridade – retrata a independência funcional dos titulares dos cargos públicos, de não cederem a pressões que possam comprometer a execução de seus deveres; - objetividade – traduz a busca de resultados positivos para o administrado, perseguindo o alto padrão de qualidade dos serviços públicos; Decreto-Lei n. 200/67: no Brasil, o Decreto-Lei n. 200/67 já enunciava, no seu art. 14, que ‘o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco’. - responsabilidade (*accountability*) – envolve a submissão de entidades sociais, órgãos e agentes públicos na fiscalização da moralidade administrativa; - transparência – é a lisura e neutralidade na tomada de decisões, no acesso às informações, na motivação dos atos administrativos, na política de gerenciamento do Estado, na desburocratização da *res publica*; - honestidade – diz respeito à conduta proba e imparcial dos agentes públicos, isenta de vícios legais e imorais; e - liderança – importa no exemplo daqueles que se destacam pela seriedade, competência e rendimento funcional” (BULOS, 2017, p. 1.034 e 1.035).

cenário contemporâneo brasileiro impõe à Administração pública o dever de:

1) exercer o poder administrativo que é juridicamente conferido com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade (será ineficiente o serviço público i) omissivo; ii) moroso; iii) formalista de modo exacerbado; iv) perdulário; v) improdutivo);

2) atuar de modo a concretizar fielmente a finalidade pública com respeito às normas jurídicas a que se submete (diferencia-se princípio da legalidade e princípio da juridicidade, no novo cenário acima noticiado);

3) utilizar os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público) (o princípio da eficiência não se satisfaz com a atuação média, exigindo que a administração tenda sempre ao ótimo, ou pelo menos à busca pela otimização);

4) conferir a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico (a Eficiência na Administração Pública presta homenagem à máxima efetividade das normas constitucionais, o que demanda que as atividades administrativas relacionadas à realização de um direito reconhecido constitucionalmente devam tender à máxima realização desse direito, portanto, dentro dos limites hermenêuticos correspondentes, claro);

5) conciliar a busca pela Eficiência dos atos administrativos sempre com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa (a Eficiência é um princípio fundamental, mas não goza de superioridade hierárquica sobre outros princípios constitucionais como a Moralidade ou a Legalidade, de modo que não será eficiente a atividade administrativa que despreza direitos fundamentais dos administrados, por exemplo)⁸⁹.

89 - O conflito aparente entre princípios constitucionais (no caso, entre a Eficiência e outros princípios albergados pela Constituição brasileira) deverá ser resolvido a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade (cuja distinção aprofundada descabe aos limites deste artigo). É relevante salientar, porém, que a doutrina tem manifestado esforço para estabelecimento de parâmetros que definam proporcionalidade, como se vê da experiência internacional: “O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos. Nos Estados Unidos, mesmo sem referência expressa ao termo ‘razoabilidade’, é comum a realização de testes de constitucionalidade dos atos do Poder Público nos quais juízes e tribunais levam em conta os mesmos elementos aqui considerados: adequação, necessidade e proporcionalidade. Tais testes são identificados como sendo de: a) mera racionalidade; b) aferição severa; c) nível intermediário. O teste de ‘mera racionalidade’ (*mere rationality* ou *rational basis*) dos atos governamentais é o mais fácil de ser superado, bastando a demonstração de se tratar de um fim legítimo (*legitimate state objective*) e de um meio minimamente adequado (*rational relation*). Normalmente, se não houver um direito fundamental em questão, este será o teste utilizado pelo Judiciário, como ocorre em relação à impugnação de normas de caráter econômico, comercial ou que estabeleçam desigualdades entre pessoas, desde que a classificação não seja ‘suspeita’ (como as baseadas em raça, por exemplo). Nos casos em que o teste envolva a mera racionalidade da medida, o ônus de demonstração da inconstitucionalidade é de quem a alega, e os tribunais somente acolherão a tese em caso de manifesta arbitrariedade ou falta de racionalidade. O teste de ‘aferição severa’ (*strict scrutiny*) é o mais difícil de ser superado e, normalmente, sua aplicação conduz à inconstitucionalidade da norma. Para superar esse teste, é necessária a demonstração de se tratar de um fim imperioso (*compelling objective*) e de um meio

Como ressaltamos antes, o tema não é meramente retórico ou abstrato, porque o descumprimento do Princípio da Eficiência pode gerar consequências, que alcançam tanto os entes públicos como a própria pessoa do administrador que desprezem essa nova conjugação hermenêutica. Conforme comprovação, a atividade administrativa francamente ineficiente poderá gerar: 1) responsabilidade pessoal do administrador, nas esferas administrativa, cível e penal (segundo a tipificação específica de cada fato concreto); 2) sujeição do ato praticado a controle interno ou externo, para correção da atividade de administração ineficiente (com anulação pela própria Administração Pública ou por via judicial); e 3) responsabilidade civil do Estado para reparação de danos que possam decorrer da atuação marcadamente ineficiente do poder público (incluindo a atuação omissiva, no entendimento dos autores) (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 8 e 9).

3.2 A ênfase necessária às soluções alternativas à judicialização envolvendo a Administração Pública Federal Brasileira

No mesmo período em que se promoveu a positivação constitucional da Eficiência na Administração Pública brasileira, também houve, não por acaso, atenção às dificuldades manifestas de solução de conflitos por via judicial envolvendo atividades administrativas e os prejuízos que são inerentes à condução de longas batalhas judiciais (tanto no que diz respeito ao acúmulo de custos quanto em relação à postergação muitas vezes resultante na implementação de prestações administrativas que são de interesse público e que poderiam ser alcançadas de modo mais expedito mediante a solução extrajudicial de conflitos).

Como um dos primeiros esforços nesse sentido, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 19/98, a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispôs sobre arbitragem, já havia previsto a viabilidade de participação da Administração Direta e Indireta nesse tipo de mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, embora de modo bastante sucinto no que diz respeito ao modo de realização

necessário, inexistindo alternativa menos restritiva (*no less restrictive alternative*). Utiliza-se a aferição severa quando a matéria em disputa envolva temas como a igualdade racial, o direito de privacidade e liberdades como a de expressão e religiosa. Nesses casos, a inconstitucionalidade se presume, cabendo ao Poder Público o ônus da demonstração da validade de sua conduta. Por fim, o teste de ‘nível intermediário’ (*intermediate scrutiny* ou *middle-level review*) situa-se, como o nome sugere, a meio caminho entre os dois primeiros. Sua utilização exige a demonstração de que o fim público invocado seja importante (*important objective*) – o que significa mais do que apenas legítimo e menos do que imperioso – e que o meio escolhido tenha uma relação substantiva com o fim – isto é, um meio-termo entre meramente racional e indispensável. Nesses casos, caberá, normalmente, ao Poder Público a prova da legitimidade de sua ação. Este critério é empregado em questões que envolvem gênero (e.g., direitos das mulheres), legitimidade de filhos e restrições à liberdade de expressão, que não se baseiem no conteúdo mas em outros elementos, como hora e lugar de seu exercício” (BARROSO, 2017, p. 297 e 298).

dos procedimentos públicos e que terminou encontrando pouca correspondência nos textos normativos consequentes, que autorizaram mecanismos semelhantes no âmbito da Administração Pública⁹⁰.

A Lei nº 9.469/1997 foi também pioneira ao prever a possibilidade de realização de acordo ou transação nas matérias afetas à Administração Pública. O art. 1º deste dispositivo legal prevê que “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto como dirigente estatutário da área afetada ao assunto, poderão autorizar a realização de acordo ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais”.

A disposição do art. 1º da Lei nº 9.469/1997 é de grande importância na medida em que constitui um marco institucional possibilitador da realização de acordos extrajudiciais no âmbito da Administração Pública, admitindo que se transija em relação a aspectos do interesse público admitidos como transigíveis (GUEDES, 2019, p. 24).

Alguns anos depois, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, promoveu igual iniciativa no que diz respeito a conflitos envolvendo propriamente entes públicos, prevendo a realização de audiência pela Advocacia Geral da União – AGU – e determinando expressamente a tomada de providências para a resolução dos conflitos ainda em âmbito administrativo, de modo a evidentemente priorizar a solução extrajudicial.⁹¹

Também não por acaso, a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, instituiu o artigo 23-A entre os dispositivos da Lei nº 8.987/95 (inerente ao regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal), autorizando igualmente a Administração Pública a introduzir compromissos de solução de conflitos por meios privados nos contratos administrativos de que trata a referida lei especial, promovendo soluções mais eficientes de conflitos no âmbito de uma matéria especialmente sujeita a dissenso,

90 - “[...] a “arbitragem” que tem sido promovida na órbita da Administração Pública Federal não se coaduna com o modelo da Lei 9.307/1996. Trata-se, efetivamente, de um *tertium genus*, figura ambígua entre a arbitragem prevista pela legislação e o processo administrativo. Há uma grande cisão entre essas formas desde o seu nascedouro. Não se cogita de convenção arbitral, mas de decisão administrativa que instaura o procedimento. Não se debate sobre a existência de autonomia privada, mas, apenas, da conveniência e da oportunidade de determinado litígio ser solvido por esforços administrativos” (SILVA e DALMAS, 2013).

91 - “Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União. Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa” (BRASIL, 2005).

que é o da “privatização” de prestações de interesse público)^{92 e 93}.

Ainda, no ano de 2007, destacam-se grandes passos desenvolvidos pela Advocacia Geral da União – AGU - no mesmo sentido da busca de soluções mais eficientes mediante a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída por meio do Ato Regimental – AGU - nº 05, de 27 de setembro de 2007, com a finalidade de dar continuidade às atividades conciliatórias que haviam então sido desenvolvidas com sucesso no âmbito da Administração Federal por meio de Câmaras de Conciliação *ad hoc* instaladas com apoio na referida Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e correspondente Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, depois revogada pela Portaria AGU nº 1.281 de 27 de setembro de 2007.

Em 2008, aprofundando esses avanços, a Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, com alteração de seu artigo 1º pela Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009, estendeu a possibilidade de solução administrativa às controvérsias envolvendo entes públicos também às relações da Administração Pública Federal com a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e de Municípios que fossem Capital de Estado ou que possuíssem mais de 200 mil habitantes (limitador do número de habitantes para Municípios que acabou suprimido em 2010 pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, ampliando-se ainda mais a competência da CCAF).

Nesse contexto, a CCAF atuou também de modo desbravador na efetiva concretização do imperativo de eficiência por meio da busca de solução de conflitos envolvendo a Administração Federal fora do âmbito judicial, reforçando a abertura de um novo panorama para soluções consensuais entre os entes federados, ao mesmo tempo em que favorece a transparência na discussão da coisa pública e o compromisso pactuado pela boa governança. Nas palavras de Leonardo Paulo de Lacerda e Shirlei Silmara de Freitas Mello “A (CCAF) representou a superação de exceções de autoritarismo, resistência, unilateralidade e imperatividade presentes no agir administrativo, criando para as Administrações a necessidade de adoção de

92 - “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (BRASIL, 2005).

93 - “As dificuldades verificadas na captação de novos recursos não tardaram a influenciar o posicionamento do Tribunal de Contas da União e, numa escala mais abrangente, do Poder Legislativo Federal, que, em sucessivos diplomas, passou a referir expressamente a arbitragem em contratos administrativos em diferentes segmentos da atividade econômica nacional. Supria-se, de tal maneira, a exigência, majoritariamente formulada na doutrina, de “autorização à adoção da cláusula compromissória” por parte do legislador ordinário. Em consequência, o que antes se afigurava uma exceção tornou-se a regra, a tal ponto que, malgrado todas as polêmicas e controvérsias que circundaram a aprovação do projeto de lei das Parcerias Público-Privadas, tal questão - a adoção de cláusula compromissória nos contratos que as instrumentalizariam - sempre flanou soberanamente, como uma das premissas fundamentais ao êxito dos investimentos por seu intermédio almejados” (ZIMMERMANN, 2007).

políticas para o gerenciamento de conflitos” (2021, p. 8).

Ainda nesse ínterim, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, aprofundou ainda mais as hipóteses de soluções extrajudiciais de conflitos envolvendo a Administração Pública, ao autorizar a autocomposição de conflitos entre entes públicos e particulares, com a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, embora ressaltando a liberdade dos administrados para a participação em processos de mediação e também ressaltando a persistência de controle judicial obrigatório no que diz respeito a acordos envolvendo direitos indisponíveis⁹⁴.

As competências da CCAF estão definidas de modo mais atualizado pelo artigo 18 da Anexo I do Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, com o seguinte conteúdo: avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atenção; dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção que atuam no contencioso judicial; promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União, o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Não há uma delimitação rígida de que tipo de controvérsia pode ser submetida a procedimento conciliatório perante a CCAF. Assim, qualquer tipo de controvérsia, sobre as mais variadas matérias, pode ser submetido ao procedimento conciliatório. Há, no entanto, um exame prévio de admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Nesse exame de admissibilidade deverão ser considerados, principalmente,

94 - “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”

os entes envolvidos na controvérsia e o objeto do conflito⁹⁵. Todos os Termos de Conciliação devem ser homologados pelo Advogado-Geral da União⁹⁶ e têm natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

As câmaras públicas para solução extrajudicial de conflitos propiciam a criação de um ambiente fundado no diálogo entre os próprios entes componentes dos mais diversos níveis da Administração Pública e, também, entre a Administração Pública e os administrados. A abertura ao diálogo com o cidadão para a resolução de conflitos favorece a pacificação social e deve configurar a estratégia prioritária de atuação, evidentemente respeitados os limites correspondentes aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos⁹⁷.

Assim, no contexto de constitucionalização de que tratamos acima e com os novos contornos que a discricionariedade administrativa assumiu na atualidade, pensamos que nas hipóteses em que existe viabilidade para soluções que evitem a judicialização envolvendo a coisa pública, a própria adoção desses novos mecanismos será impositiva. Em primeiro lugar, o Legislador deve enfatizar a disponibilização de variados mecanismos compatíveis com as hipóteses de conflitos envolvendo a coisa pública, com atenção ao imperativo constitucional da eficiência na atividade administrativa⁹⁸. Por sua vez, a eventual dispensa do Administrador Público em relação aos mecanismos de solução extrajudicial disponíveis terá necessariamente que ser fundamentada. Configura-se um nível especial de vinculação do agir administrativo de que resulta mínima discricionariedade no que diz respeito à eleição entre os meios extrajudiciais disponíveis e a escolha da via judicial, devendo ser sempre preferidas as cláusulas

95 - Art. 18, inciso I, do Anexo I, do Decreto 10.608, de 25 de janeiro de 2021.

96 - Art. 36, inciso XII, do Anexo I, do Decreto 10.608, de 25 de janeiro de 2021.

97 - “O novo nesta experiência diz com a superação de dogmas ligados à certa compreensão da jurisdição. A imposição de processos de longa duração, alto custo e de baixa efetividade quando uma das partes seja o Estado decorre, em parte, da fixação com a solução obtida exclusivamente pela jurisdição estatal. Pesquisas demonstram, contudo, a importância de identificar novas formas - leia-se *um novo design* - para superação desses impasses em benefício dos próprios interesses estatais em jogo. Assim, merece aplauso a iniciativa da AGU ao notar, como Piero Calamandrei já fizera há alguns séculos, que não há um conceito posto e definitivo para a própria jurisdição, compreendida aqui apenas como solução do conflito. Ao contrário: diante dos fatos, dos valores e da própria vida, os conceitos e institutos se movimentam, se amalgamam e se reconstróem. É nesse contexto que a jurisdição não pode mais ser considerada como atividade exclusiva do Poder Judiciário. Outras portas estão abertas e com ele convivem na perspectiva da superação de impasses específicos, inevitáveis ao atrito social” (SILVA e DALMAS, 2013).

98 - A priorização da solução extrajudicial de conflitos colabora, também, com a melhora da reputação institucional dos entes públicos junto à população administrada. Apenas o efetivo estabelecimento de meios alternativos de resolução de conflitos, com a implantação de medidas de solução de conflitos extrajudiciais que efetivamente se amoldem a cada tipo de demanda, no chamado sistema multiportas (“*multi-door courthouse system*”), inspirado no modelo norte-americano (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 471-489), mudará o cenário atual de alta litigiosidade vivido no Brasil, que impacta negativamente a própria reputação das instituições envolvidas (por exemplo, Poder Executivo, Poder Judiciário, Advocacia Pública, Ministério Público, Defensoria etc). Ressalta-se, a propósito, que: “A construção de uma reputação às instituições é fundamental para legitimidade de suas ações e para a garantia de direitos” (MELLO; LACERDA, 2021, p. 6).

compromissárias, nesse sentido, nos contratos administrativos compatíveis, por exemplo (cabendo de modo grave ao administrador motivar de modo coerente e adequado eventual preferência pela via judicial).

É bem verdade que o Legislador se mostrou ainda um tanto tímido no que diz respeito aos limites do encerramento de conflitos já judicializados. Assim, conforme estabelece o § 1º do artigo 496, do Código de Processo Civil, é dever do advogado público interpor apelação das sentenças proferidas contra a Administração Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, não obstante o juiz possa remeter os autos diretamente ao tribunal, caso não seja elaborado. Por derradeiro, os §§ 3º e 4º trazem as hipóteses nas quais será excetuado o dever de recorribilidade, o que inclui o limite financeiro para que se possa abdicar do recurso (§ 3º)⁹⁹.

Mas é também verdade que a Administração Federal foi adiante e editou a Portaria nº 488/2016 da Advocacia-Geral da União, autorizando a Procuradoria-Geral Federal, nos termos de seu artigo 3º, a expedir orientação aos Procuradores Federais para reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência dos recursos já interpostos, nos casos nela previstos.

Cabe de todo modo anotar a compreensão doutrinária de que o dever de recorribilidade assentado no comando legal aponta ao núcleo de indisponibilidade e supremacia do interesse público que esteja relacionado aos conflitos judicializados. Noutros termos, o dever do advogado público de recorrer realça entendimento de que o litígio em causa não trata de direito disponível, o que implicaria, então, a utilização de todos os mecanismos processuais necessários para reverter-se eventual decisão desfavorável (DEVIDES, MOLICA e SOUZA, 2021).

Pensamos, de todo modo, que o tema não está esgotado e deve ser

99 - Nas lições de processualista Luiz Henrique Volpe Camargo “Segundo diz o § 4º do art. 496, há dispensa da remessa necessária quando a sentença (ou decisão parcial) contrária à Fazenda Pública estiver alinhada com: (a) súmula de tribunal superior, sejam as vinculantes por disposição constitucional (CF (LGL\1988\3), art. 103-A) e legal (CPC (LGL\2015\1656).inc. II do art. 927), sejam as vinculantes por disposição legal (CPC (LGL\2015\1656), inc. IV do art.927); (b)acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência; (d)entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa³⁹. Além disso, também acreditamos que, apesar da omissão no § 4º do art. 496, é possível a dispensa da remessa necessária quando a sentença estiver alinhada com “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, que são vinculantes por disposição do § 2º do art. 102 da CF (LGL\1988\3) e do inc. V do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656). (...) O mesmo raciocínio merece ser aplicado à “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, que também são padrões decisórios vinculantes por disposição do inc. V do art.927. É que o rol de padrões decisórios descritos no § 4º do art. 496 não pode ser aplicado isoladamente, mas, sim, de forma integrada com o art. 927, que elenca lista mais ampla de padrões decisórios vinculantes, e que, por isso mesmo, também tem a força de dispensar a remessa necessária. Assim, a parcial falta de simetria entre o rol do § 4º do art. 496 com o rol do art. 927 não é fator de redução da força exercida pelos padrões decisórios descritos nos incs. I e V do art. 927. Sob outro panorama, a dispensa fundada em padrões decisórios vinculantes prevista no § 4º do art. 496 parte do pressuposto de que o juiz, em regra, os aplicará corretamente ao caso concreto” (2018, p. 8).

continuamente aprofundado para priorização crescente dos mecanismos de soluções alternativas à via judicial, o que deverá a seu tempo implicar revisão legislativa do conteúdo do artigo 496 do Código de Processo Civil, para uma ênfase ainda maior no estabelecimento de encerramento à via judicial nas hipóteses em que o interesse público se mostrar assim suficientemente protegido.

Do ponto de vista do administrador público, cabe a ênfase nos meios de controle de sua atuação. A cada deliberação administrativa pela adoção de mecanismos extrajudiciais (ou pelo encerramento de ações judiciais já instaladas, obedecidas em todo caso as restrições legais incidentes) a Administração Pública não pode se abster, também, do dever de respeito ao cabedal principiológico apontado e assume o encargo de motivar, de modo coerente, eventual opção pela promoção ou manutenção da via judicial, a despeito dos potenciais custos elevados de sentido financeiro e postergação de prestações públicas devidas que essa opção possa significar.

Qualquer que seja a opção disponibilizada pelo Legislador, nos diferentes diplomas normativos que estabelecem soluções alternativas, de todo modo, a Administração Pública deverá ter sempre em vista o interesse público que motiva de modo superior as atividades do poder público de modo geral. Os mecanismos de solução alternativa de conflitos não podem ser aplicados de modo desconectado ao interesse público; tampouco a via judicial pode configurar-se com opção automática a despeito da instituição de mecanismos potencialmente mais eficazes.¹⁰⁰

4. Conclusão

O presente estudo procurou enfatizar o modo como o imperativo constitucional de Eficiência no cenário constitucional contemporâneo deve impactar as diretrizes de solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira, em especial no âmbito da Administração Federal.

Relembrou-se como a dogmática jurídica consolidada ao longo da primeira metade do Século XX esteve fundada a partir de critérios puristas que apontaram à menor consideração sobre ponderações de valores e consequente exegese meramente mecanicista do texto legal. Destacou-se, porém, que a (re)

¹⁰⁰ - Pondera-se com razão, por exemplo, que: “A arbitragem não torna disponível o interesse público: ao contrário, a Administração, ao estipulá-la, só o faz para satisfazê-lo” (ZIMMERMANN, 2007).

abertura do Direito à perspectiva dos valores fundamentais, no chamado “Pós-Positivismo”, indica a necessidade de ressignificação do papel dos princípios e direitos fundamentais no ordenamento jurídico, com reflexos hermenêuticos que incluem o reconhecimento da normatividade do conteúdo constitucional, com papel central no ordenamento jurídico, tornando-se imperioso que tudo em direito seja legitimado e interpretado primeiro à luz da Constituição, com vinculação dos Poderes constituídos.

Nesse sentido, o Princípio da Eficiência também deve ser interpretada à luz da nova hermenêutica constitucional, impondo ao Legislador e ao Administrador Público esforço para conferir-lhe a máxima efetividade também no que diz respeito à prevenção de danos causados por longas demandas judiciais que muitas vezes geram acumulação de custos e, também, protelam de modo irrazoável a implementação de prestações públicas que são de amplo interesse da população administrada.

Em especial, procurou-se demonstrar como, nessa lógica de raciocínio, a distinção entre atos vinculados e discricionários foi relativizada e não se admite mais a afirmação de liberdade irrestrita ao administrador público para escolher arbitrariamente entre as diferentes soluções possíveis aos conflitos envolvendo a atividade administrativa. Assim, mesmo que haja diferentes comportamentos possíveis ao administrador público, o imperativo da busca da solução mais eficiente combinado aos deveres de boa administração apontarão necessariamente à priorização de mecanismos de solução extrajudicial, que poupem recursos e atendam de modo mais adequado ao interesse público.

Chamou-se a atenção quanto à timidez do Legislador em ampliar mecanismos de encerramento de conflitos já judicializados e aos esforços empregados pela Administração Federal, notadamente através da Advocacia-Geral da União, para atingir tal desiderato. Ressalvou-se, outrossim, que o dever de recorribilidade em processos que envolvam a Administração Pública aponta para o entendimento de que, em tais hipóteses, reside o núcleo de indisponibilidade e supremacia do interesse público, havendo, de todo modo, necessidade de um constante aprimoramento dos mecanismos que priorizem a solução extrajudicial.

De todo modo, por fim, enfatizou-se que, nos limites correspondentes aos mecanismos disponíveis, a opção administrativa pela solução consensual ou não deve ser dirigida sempre pelo interesse público, não podendo a via judicial se configurar uma opção automática de escolha da Administração Pública. Quando a adoção de meios judiciais no caso concreto for imperiosa, a devida fundamentação do ato administrativo que dispensar o emprego de

mecanismos de soluções extrajudiciais de conflitos pelo administrador público também o será.

Referências:

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Ato regimental n. 05, de 27 de setembro de 2007**. Disponível em: https://sistemasweb.agricultura.gov.br/conjurnormas/index.php/ATO_REGIMENTAL_N%C2%BA_5,_DE_27_DE_SETEMBRO_DE_2007 Acesso em 16 de abr. 2022.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Consultoria-Geral da União. Câmara de conciliação e arbitragem da Administração Federal (CCAF). Cartilha**. 3. ed. Brasília: CCAF, 2012. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/manuais/cartilha_ccaf-indd.pdf Acesso em 10 de fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em 19 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em: 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm Acesso em 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19469.htm. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm. Acesso em 10 de mar. 2022.

BRASIL. Portaria 488, de 27 de julho de 2016. Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21776850/do1-2016-07-28-portaria-no-488-de-27-de-julho-de-2016-21776729. Acesso em 24 de abr. 2022.

BRASIL. Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008. Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=29/07/2008&pagina=23>. Acesso em 24 de abr. 2022.

BRASIL. Portaria nº 1.281, de 28 de setembro de 2007. Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/24515#ementa>. Acesso em 24 de abr. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista Argumenta, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho**, v. 19, 2013, p. 103-123. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf_36. Acesso em 09 de mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antônio; CUNHA, Leonardo Carneiro. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, set. 2016, p. 471-489. Disponível em: www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RePro-revista-de-processo.html. Acesso em 10 de mar. 2022

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista dos Tribunais**, vol. 279, maio de 2018, p. 67-113.

DEVIDES, José Eduardo Costa; MOLICA, Rogério; SOUZA, Artur César de. A obrigatoriedade do esgotamento dos recursos no processo civil e os prejuízos causados à Administração Pública e ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, vol. 321, 2021, p. 215 – 234.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

GUEDES, Jefferson Carús. Jurisdição voluntária no CPC (LGL\2015\1656) como meio de resolução de controvérsias com a Administração Pública. **Revista Brasileira Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, 2019, p. 20-40. Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP. Acesso em 22 de fev. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 39, Ciudad de México jul./dez. 2018, Epub 08 de jan. de 2021. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12652> Acesso em 09 de mar. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, vol. 789, jul. de 2001, p. 62 – 85.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; LACERDA, Leonardo Paula de. Princípio da eficiência no processo administrativo: análise da criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos dos entes federativos

estaduais e municipais. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI**, v. 5, n. 16, 2021, p. 87-129.

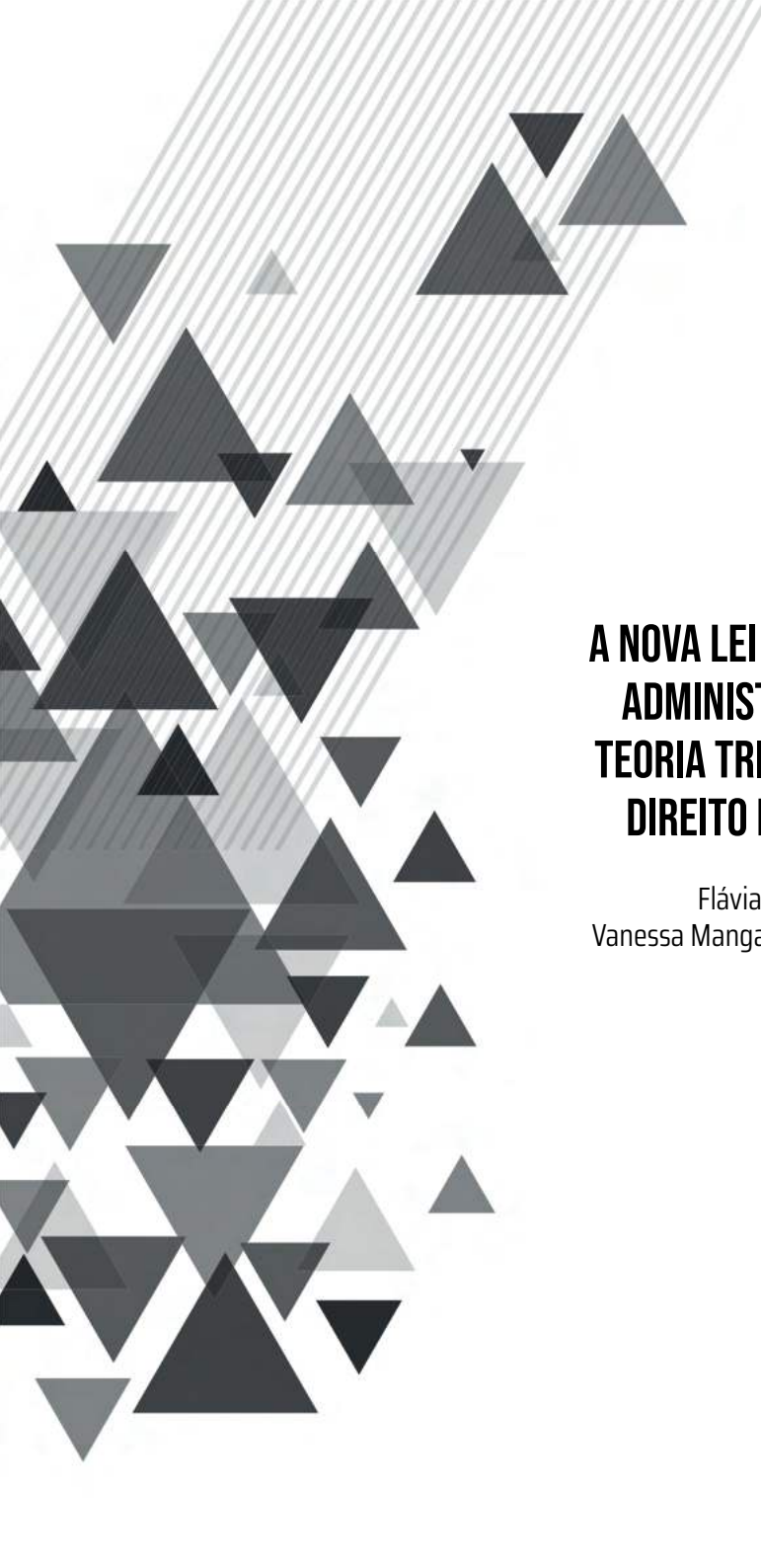
NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. *In*: NOVAIS; R. C. R. *et alii*. **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REMEDIO, José Antonio. **Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2015.

SILVA, Eduardo S. da; DALMAS, Samir B. Câmara de arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções, **Revista de Processo**, vol. 217, mar. de 2013, p. 341-369.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 12, mar. de 2007, p. 69–93.



A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE

Flávia Osmarin Tosti Menegon
Vanessa Manganaro de Araujo Almeron

CAPÍTULO

09

1. Introdução

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale constitui-se num dos mais importantes referenciais jurídicos de todos os tempos. A concepção tridimensional realeana vê, no Direito, uma realidade cultural, propondo um caráter dialético entre fato e valor, que são estudados de forma integrada com a norma jurídica.

A convergência e dinamicidade integrante dessas três dimensões representaram um avanço para a sociedade jurídica do século XX, rompendo com certo reducionismo do Direito que, na época, compreendia o fenômeno jurídico à luz de um ou dois elementos.

Não obstante a teoria tridimensional de Reale tenha passado por um processo de amadurecimento desde 1940, até ser consolidada nos idos de 1968, a atualidade do tema é inquestionável, haja vista impressionar pela capacidade de permitir uma interpretação mais ponderada da realidade jurídica, estudando o Direito num plano histórico-cultural e não apenas no seu aspecto lógico-formal.

Partindo do referencial realeano, a proposta que segue lança um olhar jusfilosófico para a Nova Lei de Improbidade Administrativa, demonstrando que a ofensa a princípios e garantias constitucionais promovidos pela Lei nº 14.230/2021 rompe com o que se espera em um Estado Democrático de Direito.

No que tange ao fundamento, à vigência e à eficácia da nova lei, restará demonstrado que este último atributo encontra-se falho. Por fim, o trabalho aponta pela necessidade de abandonar a visão estritamente positivista, abrindo espaço para o neoconstitucionalismo e o enfrentamento do tema sob o aspecto factual-axiológico-normativo.

2. A Teoria Tridimensional do Direito e a lei Nº 14.230/2021

Quando se fala em Direito, a primeira impressão que vem à mente é de que se está diante de um conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros (REALE, 2002b, p. 481), ou seja, o Direito é visto como norma.

Partindo, todavia, de uma percepção sociológica, o Direito pode ser

compreendido “como *fato* ou fenômeno *social*, subordinado a um conjunto de hipóteses das quais resultarão sempre determinadas consequências” (REALE, 2002b, p. 481).

Miguel Reale sustenta que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como *fato social*, pois o fato jurídico, como fato histórico ainda indefinido ou indistinto, surge concomitantemente ao viver do homem em sociedade (REALE, 2002b, p. 481).

Fazendo uma pequena digressão histórica, é possível lembrar que os juristas romanos admitiam o Direito como norma ordenadora da conduta (intuição normativa) e formulavam a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa, tornando Justiça e Direito elementos inseparáveis e integrantes do conjunto da experiência jurídica. A Jurisprudência Romana não é vista como estudo puro e simples dos valores de Justiça, mas como a indagação das concreções da Justiça no tempo, nas delimitações espaço-temporais da experiência humana, que se revelava no *factum* da conduta (REALE, 2002b, p. 488).

Apenas no decorrer do século passado o Direito passou a ser visto como fato social e histórico, alcançando *status* de objeto de ciência autônoma nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX e, com mais evidência, a partir do referencial de Miguel Reale, ao destacar que a *norma*, por exemplo, representa para o jurista uma integração de *atos* segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos *atos histórico-sociais* (REALE, 2002b, p. 490).

Partindo dos ensinamentos de Miguel Reale, têm-se que esses três elementos – fato, valor e norma – estarão sempre presentes na experiência jurídica em que a palavra Direito pode ser apresentada sob três perspectivas dominantes: a) o Direito como *valor* do justo, estudado pela Filosofia do Direito por meio da Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; b) o Direito como *norma* ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; e c) o Direito como *fato social* e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica (REALE, 2002b, p. 490).

O fenômeno jurídico, portanto, deve ser visto como a integração dinâmica e dialética dos três elementos que o integram: um fato subjacente (fato econômico, social etc.); um valor, que confere significação a esse fato; e uma regra ou norma, que representa um momento de equilíbrio atingido

como composição das tensões que, em dada situação histórico-social, verifica-se entre um complexo de fatos e um complexo de valores.

A teoria tridimensional de Miguel Reale (sempre atual) foi inovadora, quebrando paradigmas e despertando uma visão mais ampla quanto ao real significado do direito e sua interpretação, destacando a importância de uma visão tridimensional em detrimento de uma visão unilateral que priorizava: fato social (sociologismo jurídico); norma jurídica (normativismo jurídico) e eticismo jurídico (valores morais).

Reale apresentou um posicionamento que rebate a visão unicamente positivista, em que juristas cultuavam exageradamente os textos legais, distanciando-se da realidade e de seus valores. Na perspectiva realiana, o legislador, ao criar as leis, deve procurar interligar fatos e valores em atenção aos anseios da sociedade em cada momento histórico vivenciado.

Com efeito, Barreto e Bragato (2013, p. 64) destacam que o positivismo jurídico se caracteriza pela ideia da existência de uma ciência do Direito, que tenha por objeto o estudo do Direito legislado por uma autoridade política, excluindo-se de seu ordenamento normativo qualquer norma de caráter moral.

É certo que a ciência do Direito visa atingir o texto normativo de modo a aplicá-lo e o interpretar. O valor é elemento moral do Direito e deve levar em conta o ponto de vista da sociedade sobre o ideal de justiça (BARRETO, 2009, p. 67). A tridimensionalidade tem, portanto, como um de seus traços, a própria atualização dos valores e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Dito isso, e considerando que o Direito é um fato ou um fenômeno social, não existindo senão na sociedade e não sendo concebido fora dela, a experiência jurídica deve ser feita não só de pessoas ou coisas pertencentes ao mundo, mas, também, das valorizações dela decorrentes, tendo como traços a própria atualização dos valores e o aperfeiçoamento da legislação (NASCIMENTO, 2009).

O cientista do Direito deve captar os fatos sociais em suas formas e sentido essenciais, por meio da abstração feita da coerência ou não das normas que objetiva estudar, em permanente contato com o processo factual-axiológico-normativo que as condiciona (REALE, 1994, p. 92). A propósito do tema, destacam-se as lições de Miguel Reale:

Se não houvesse certa regularidade nos possíveis comportamentos humanos, não haveria como discipliná-los, emanando-se normas

para prevê-los e estabelecendo-se consequências decorrentes do adimplemento delas ou da recusa de adimpli-las. É sobre esse dado humano basilar que se alicerça todo o edifício jurídico, de tal sorte que foi a previsibilidade de comportamentos iguais ou análogos, dada a igual natureza humana, que permitiu o surgimento do Direito e o seu conhecimento científico (REALE, 1994, p. 93).

É com base nas reflexões acima que se propõe o diálogo com a Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/21), que alterou substancialmente a Lei nº 8.429/92 e trouxe significativas mudanças, ensejando intensos debates, questionamentos e inquietações no mundo jurídico.

O manejo da Lei nº 14.230/2021, portanto, deve ser pautado pela prudência e cautela do intérprete, exigindo do hermenêuta em estudo inter e transdisciplinar. Entendimentos estanques quanto à retroatividade, “*abolitio delicti*” e taxatividade do artigo 11, com a redação dada pela nova lei¹⁰¹, por exemplo, devem ser vistos com cautela.

101 - Tal é a nova redação do mencionado dispositivo: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: I - (revogado); II - (revogado); III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - (revogado); X - (revogado); XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. § 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. § 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. § 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (BRASIL, 1992, *online*).

Em verdade, ao analisar a Lei de Improbidade¹⁰² Administrativa (atual e pretérita) o operador do Direito deve fazê-lo por múltiplas perspectivas¹⁰³, no intento de desvendar o verdadeiro interesse (social e moral) ao disciplinar este regramento, principalmente aferindo se a nova ordem se encontra em consonância com os princípios constitucionais¹⁰⁴, os quais são revestidos de elevada carga axiológica (SARMENTO, 2009, p. 120).

Dito isso, é importante lembrar que o sistema de responsabilização da improbidade administrativa compõe o denominado Direito Administrativo Sancionador e encontra sua matriz constitucional no § 4º do artigo 37 da Carta Federal (BRASIL, 1988,*online*). Sua finalidade precípua não é outra, senão prevenir e reprimir os atos de improbidade administrativa.

Em observância ao princípio da legalidade (art. 5º, II e 37, § 4º, CF/88), lei nacional foi editada com o fim de disciplinar referido sistema. A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, adequadamente, promoveu a tipificação dos atos de improbidade administrativa, com a previsão das sanções aplicáveis, o estabelecimento do processo de responsabilização, fixação do prazo prescricional, além de outras disposições voltadas a garantir sua efetividade.

Tal referencial legal consubstanciou um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa ao longo de quase trinta anos, dando azo à discussão de teses jurídicas importantes, à construção de jurisprudência consolidada a respeito de muitos de seus temas e à fixação de precedentes vinculantes, como a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por ato de improbidade doloso e a coibição do nepotismo.

Todavia, com a edição da Lei nº 14.230, de 26 de outubro de 2021, o que se viu foi o acréscimo de diversos dispositivos benéficos¹⁰⁵ aos

102 - Oportuno lembrar que etimologicamente a palavra “probidade” advém do latim *probitate* e significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, honestidade e integridade. Improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, e significa imoralidade e desonestidade.

103 - A propósito do tema vide: Perspectivas para o Estudo do Direito no Século XXI, p. 133-201 in GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

104 - É possível identificar uma natureza bifronte nos princípios constitucionais, que impõe um conteúdo irrenunciável para o Legislativo e uma margem de discricionariedade, que o Judiciário deverá realizar por meio de uma teoria da argumentação jurídica que permita definir um espectro de soluções constitucionalmente possíveis e estabelecer prioridade entre elas: “Con outras palabras, la consumación del Estado de Derecho se confía, em cualquier caso, a la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica que permita definir un espectro de soluciones constitucionalmente posibles y establecer prioridades entre ellas” (FIGUEROA, 2003, p. 170).

105 - Referidas modificações envolvem, em síntese, a restrição do elemento subjetivo ao dolo específico (art. 1º, § 2º); a criação de hipótese de atipicidade (art. 1º, § 8º); a exclusão do terceiro beneficiado pelo ato ilícito de sua órbita de incidência (art. 3º); a limitação da responsabilização de sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado (art. 3º, § 1º); a impossibilidade de incidência simultânea com Lei n. 12.846/2013 (art. 3º,

responsáveis pela prática de atos ímprobos, dissociando-se do verdadeiro sentido normativo aspirado pela sociedade e em sentido oposto às premissas traçadas pelo tridimensionalismo jurídico realeano. Veja-se:

[...] quero dizer que o mundo jurídico é formado de contínuas “*intenções de valor*” que incidem sobre uma “*base de fato*”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder. A meu ver, pois não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis [...] (REALE, 1994, p. 124).

O nascimento da Lei nº 8.429/92 foi um avanço no combate à corrupção no Brasil. O mesmo, contudo, não se pode dizer da Lei nº 14.230/2021, cuja interpretação mais ponderada deve ser feita à luz da vedação do retrocesso, de observância cogente e em harmonia com a Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, conforme se infere da leitura do Decreto Federal nº 5.687/2006¹⁰⁶.

O legislador constituinte, ao alicerçar o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, atribuiu-lhe roupagem própria, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, inserindo o Direito Administrativo Sancionador num microssistema de tutela à probidade e recepcionado por tratados internacionais.

A própria Convenção de Mérida está mencionada no artigo 11, § 1º, da Lei nº 14.230/2021¹⁰⁷, cujo objetivo é a promoção do enfrentamento

§2º); a restrição da responsabilidade do sucessor (art. 8º); a supressão do ato de improbidade culposos que causa prejuízo ao erário (art. 10, caput); a supressão do dano in re ipsa em fraude a licitação (art. 10, VIII); a atipicidade de atos de improbidade anteriormente previstos (art. 10, XXI e 11, I, II, IX e X); a taxatividade do rol de condutas previstos no artigo 11 e exigência de finalidade específica em qualquer ato de improbidade (art. 11, caput e §§ 1º e 2º); a exclusão e supressão do prazo mínimo para a suspensão de direitos políticos, supressão do prazo mínimo para a proibição de contratar com o poder público, diminuição da pena de multa em determinados casos e fixação de limite máximo para suspensão de direitos políticos e proibição de contratar (art. 12, I, II e III e 18-A, parágrafo único); a restrição dos efeitos da perda da função pública ao cargo ou função ocupados à época dos fatos (art. 12, § 1º); a restrição da proibição de contratar ao ente lesado (art. 12, § 4º); a criação de atos de menor ofensa (art. 12, § 5º); a impossibilidade de execução provisória de sanções (art. 12, § 9º); a restrição da indisponibilidade de bens (art. 16); a previsão de benefícios processuais e recursos favoráveis ao réu (art. 17, §§ 9º-A, 10-B, 10-C, 10-D, 10-F, § 11, § 16, § 17, § 18, § 19, § 20, § 21); afastamento da solidariedade na reparação dos danos (art. 17-C, § 2º); possibilidade de unificação de sanções em casos de continuidade de ilícitos (art. 18-A); interferência da instância civil e penal na ação de improbidade (art. 21, §§ 3º, 4º e 5º); alteração do prazo da prescrição sancionadora, disciplina de casos de interrupção e previsão de incidência de prescrição intercorrente (art. 23) (BRASIL, 1992, online).

¹⁰⁶ - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm Acesso em 15 jan. 2022.

¹⁰⁷ - Lei nº 14.230/2021: “Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de

universal da corrupção a partir da conduta ativa estatal. O Estado Brasileiro comprometeu-se a manter em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, bem como rever instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados a esse fim (art. 5º), e, ainda, a adotar medidas mais estritas ou severas daquelas previstas na norma internacional (art. 65, nº 2).

Destaca-se que, desde a década de 90, a corrupção começou a ser tema de intensos debates, nacional e internacional, originando processos de acordos e ação conjunta entre diversos países. A comunidade internacional manifestou o interesse em promover um acordo global, que fosse capaz de prevenir e combater a corrupção nas suas diversas modalidades.

Sabe-se que a problemática da corrupção ameaça a estabilidade e a segurança social. O desvio de recursos com prejuízos ao desenvolvimento econômico e social, notadamente relacionado aos setores de maior necessidade e vulnerabilidade, bem como a estreita ligação existente entre a corrupção, o crime organizado e a lavagem de capitais denotam um problema de envergadura transnacional, que clama por reprimenda apropriada.

Em face da configuração deste novo paradigma, surge a necessidade de uma interpretação vocacionada à ordem constitucional, uma vez que as benesses disciplinadas pela nova lei não se coadunam com os postulados supramencionados, sendo forçoso concluir que não encontram amparo legal adequado por afronta aos princípios constitucionais da proibição de proteção insuficiente, da legalidade, da segurança jurídica, da vedação do retrocesso, da isonomia, interesse público, paridade de armas, duração razoável do processo, acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pacto federativo, bem como por violação a diversos dispositivos da Carta Federal, que tratam da tutela da probidade administrativa.

Assiste razão, portanto, ao norte-americano Ronald Dworkin¹⁰⁸, quando trata da posição dos princípios no ordenamento jurídico, em oposição ao pensamento puramente positivista, ao afirmar que visam assegurar a justiça,

legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.677, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (BRASIL, 2021, online).

108 - Ao diferenciar regras e princípios Ronald Dworkin (2002, p. 39-40) esclarece: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca das obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...] Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete”.

a equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Sérgio Alves Gomes, ao tratar do tema, destaca que Albert Calsamiglia observa que Ronald Dworkin insistiu na leitura moral¹⁰⁹ da Constituição evidenciando o papel da moral na leitura dos problemas constitucionais e denunciando a hipocrisia do pressuposto da neutralidade proposta pelo positivismo (GOMES, 2021, p. 217).

Depara-se, portanto, com o problema da obediência às regras jurídicas imperfeitas destituídas de fundamento ético e os fenômenos curiosos de mudança de fundamento na promulgação da nova lei.

Deste modo, sendo o campo axiológico do *Direito possível* muito mais amplo do que o do Direito Positivo, deve-se ter a concepção de que as leis jurídicas trata-se de esquemas ideais de condutas axiologicamente positivas ou negativas em relação à sociedade e ao Estado, cujo objetivo é harmonizar as normas vigentes com as múltiplas exigências da sociedade civil e aos ditames constitucionais.

Diferentemente, portanto, da “velha hermenêutica”, cuja visão era fulcrada no positivismo em que predominava a valorização dos códigos em detrimento de uma análise axiológica, a “nova hermenêutica”¹¹⁰, sem menosprezar os códigos e os tradicionais métodos de interpretação, reconhece a insuficiência destes submetendo-os aos princípios constitucionais, possibilitando a construção de sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2021, p. 322). Nesse sentido, preciosas as lições de Paulo Bonavides:

Efetivamente, os juristas do positivismo alargando as expressões dogmáticas de seu devaneio juscientífico cuidavam que na Constituição só havia juridicidade para as normas e não para os princípios, como

109 - Nesse sentido Afonso Garcia Figueroa (2003, p. 165) destaca que o sistema jurídico vinculou-se à moralidade, de tal forma que se mostrou totalmente oposto ao positivismo; os princípios constitucionais permitem, devido à sua estrutura, expandir a sua esfera de influência.

110 - Sobre a nova hermenêutica e a crise do positivismo, preciosas são as lições de Roberto Barroso para quem o fenômeno do pós-positivismo surge, na modernidade, como uma nova passagem que se descortina, no momento em que “o direito está em crise” e o positivismo vive uma crise existencial. No seu entendimento, “a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”. [...] O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre moral e Direito (BARROSO, 2006, pg. 26).

se os princípios não fossem normas – aliás, as normas das normas, as mais excelsas do sistema. Foi isso que ocasionou a reação oposta e o ressurgimento, com toda a força e energia, do princípio da legitimidade. Aqueles arautos da razão, velhos conhecidos nossos, aferrando-se unicamente à legalidade, intentavam desterrar do sistema os princípios, ou, pelo menos, ignorá-los, tolerando-lhe, apenas, a inserção nos códigos do juscivilismo, qual a mais subsidiária das fontes hermenêuticas, aquelas de baixíssima densidade normativa. As Constituições, juridicamente, menos importantes que as leis na época do liberalismo, retomam, porém, o seu lugar de culminância; o mesmo se diga da Hermenêutica constitucional ou, com mais propriedade, da Nova Hermenêutica (BONAVIDES, 2001, p. 17-18 apud GOMES, 2021, p. 322).

Sérgio Alves Gomes (2021, p. 208) entende que só é possível falar em uma ordem jurídica que se expressa por meio de uma Constituição prospectiva, quando se desenvolve a consciência a respeito de fundamentos, valores e objetivos que compõe a essência da Constituição e arremata:

[...] assume-se, neste particular em especial consonância com a Teoria Tridimensional do Direito, segundo Miguel Reale, que o Direito não se reduz a um conjunto de normas jurídicas, nem apenas a fatos ou somente a valores. Nele estão presentes três dimensões: a) fática; b) axiológica; e c) normativa (GOMES, 2021, p. 209).

Destarte, a regra jurídica tem como requisito a realização de um valor, sobre o qual reside a obrigatoriedade do Direito, conforme destaca Miguel Reale:

Em suma, *entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade*, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade [...] Sem articulação entre fatos, valores e normas, surgem os reducionismos que consideram o Direito apenas por alguma de suas dimensões. Os resultados destas perspectivas unilaterais empobrecem as possibilidades de compreensão do Direito em suas conexões mais profundas com o ser humano [...] (REALE, 1994, p. 594).

O exame da norma jurídica, portanto, não se limita a compreensão dos problemas de maneira estática. O fundamento deve ser apreciado por meio da inserção da regra jurídica na totalidade da ordem jurídica positiva, considerando o conteúdo fornecido pelo complexo da experiência humana.

Nesse sentido, Miguel Reale (2002a, p. 552-553) adverte que o *fato* que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica nunca é um acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias apto a ensejar aplauso ou repulsa,

in casu, atos ímprobos que causam repulsa à sociedade como um todo.

Isso posto, forçoso concluir que a supressão das hipóteses de desvio de finalidade e negligência na atuação Estatal, somada à eventual taxatividade do rol de violação aos princípios¹¹¹ da Administração Pública, promovida pela alteração dada pelo artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 ao artigo 11, *caput*, e respectiva revogação dos incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, mostra-se em dissonância com os fundamentos da Constituição Federal e os Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil, diminuindo, dessa forma, o campo de reposta estatal aos atos e omissões que maculam o dever de probidade administrativa.

Em sua concepção original, referido dispositivo legal conferia concretude a normas que protegiam de forma mais ampla a probidade administrativa, dando efetividade ao comando inscrito no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, basilar aos princípios democrático e republicano, que fundamentam a construção do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, levando em conta que o Estado Democrático de Direito tem no Estado o papel de orientar a convivência com base em valores considerados fundamentais à convivência, questiona-se como então lidar com uma gama de preceitos normativos que destoam da preocupação expressa no texto constitucional basilar à vida democrática.

Sob a ótica da concepção realiana, a norma jurídica não resulta diretamente dos fatos, já que são dependentes da valoração realizada pelo homem em sociedade. Todo fato se correlaciona com um ou mais valores. A partir disso, um destes valores é escolhido pelo poder, originando a norma jurídica.

O poder que estabelece este ato é instituído constitucionalmente (norma legal) ou pela própria sociedade (norma costumeira). O ato de escolha e de decisão sempre existirá. E com isso uma determinada via ou diretriz se tornará obrigatória, dentre as várias existentes e possíveis, no campo das implicações *fático-axiológicas* próprias de cada conjuntura histórica (REALE, 2021).

A Lei nº 8.429/92 representou um momento de equilíbrio, destinando-se a compor as tensões que em dado momento histórico-social se verificou entre um complexo de fatos e um complexo de valores, tendo importância decisiva para sua vigência e eficácia. O mesmo, no entanto, não se pode dizer da nova lei que, certamente, inviabiliza a proteção de direitos fundamentais.

Quando o Poder especifica a norma jurídica, deve fazê-lo por meio de um processo de atualização normativa de valores, pois o ato de decisão não

111 - Paulo Bonavides (2006, p. 259) destaca que todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento de questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

deixa de ser também uma tomada de posição axiológica, em virtude da qual a regra jurídica se revela ou se aperfeiçoa, sob pena de não ser eficaz.

Nesse passo, no campo da hermenêutica jurídica, a teoria tridimensional de Miguel Reale apresenta as mais profundas contribuições. Isso porque, segundo o jusfilósofo, os operadores do Direito não o podem conceber apenas como encadeamento lógico de proposições. Devem entender que no sistema jurídico existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um processo de integração dialética (REALE, 1994, p. 580).

Assinala o autor que a lei, logo após promulgada pelo Legislador, já começa a sofrer alterações inevitáveis em sua significação, seja em função das mudanças no plano dos fatos (naturais, científicos, tecnológicos, econômicos etc.), ou então, em razão de alterações no plano dos valores. O novo texto normativo provoca no ordenamento jurídico e no meio social um complexo de reações, ensejando novas exigências fáticas e axiológicas:

É a razão pela qual não se pode concluir que, em última análise, o Direito seja só normativo: a norma é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou a sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico (REALE, 2002a, p. 564).

Quando a norma não mais se amolda à experiência fático-axiológica, o único caminho juridicamente possível é o da revogação ou ab-rogação.

De fato, as normas jurídicas não se tratam de simples captação descritiva do que constitui o fato, mas sim tomada de posição construtiva frente a um fato, estando sempre em estado de tensão, até culminar numa solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo, isto é, concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementariedade (REALE, 1994, p. 57).

Por conseguinte, o operador do direito não poderá deixar de valorar o conteúdo de tais regras segundo valores de seu tempo e em consonância com valores histórico e sociais, que precederam a atual normativa (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018).

3. Fundamento, vigência e eficácia da nova lei

O artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 deu nova redação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, revogando os incisos I e II, do artigo 11, da Lei n.

8.429/1992, os quais tipificavam como atos de improbidade aqueles que violassem princípios da Administração Pública, quais sejam: 1) a prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; e 2) o retardamento ou a omissão indevida na prática de ato de ofício.

Com o advento na Lei nº 14.230/2021, a nova redação dada ao *caput* do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 tornou taxativa (*numerus clausus*) a enumeração dos atos de improbidade administrativa que violem princípios da Administração Pública, em detrimento da redação anterior que encerrava rol exemplificativo de condutas (*numerus apertus*), permitindo qualificar como ímprobo outros atos graves¹¹², diminuindo o campo de punição aos atos e omissões que maculam o dever de probidade administrativa.

A punição do desvio de finalidade, da negligência na atuação estatal e a possibilidade de enquadramento de outros atos que violavam princípios da Administração Pública como improbidade administrativa, além daqueles descritos nos incisos do artigo 11, promovia espectro de maior proteção ao dever de probidade, previsto não apenas no § 4º do artigo 37, mas em diversas outras disposições da Carta Federal (art. 5º, LXXIII, art. 14, § 9º, 37, *caput* e 85, V).

Em sua redação original, a Lei n. 8.429/1992 se mostrou fundamental para viabilizar a efetividade das normas constitucionais que asseguram o dever de probidade na Administração Pública.

Todavia, a suavização promovida pelo artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 nos dispositivos acima mencionados, não se mostra em consonância com o princípio da proibição de proteção insuficiente¹¹³ de direitos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF).

Nesse sentido, oportuno lembrar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo

¹¹² - O revogado artigo 11 funcionava como norma residual de atos que violavam o dever de probidade, mas que não se encontravam expressamente descritos nos artigos 9º, 10 e no próprio artigo 11. A título exemplificativo citam-se como atos violadores dos princípios da Administração Pública, ainda que não expressamente previstos em seus incisos, o assédio moral, o assédio sexual, a contratação de servidores temporários sem concurso público, a fraude a concurso, a desobediência dolosa a decisões judiciais, a ausência dolosa de prestações de contas quanto a despesas com recursos públicos, a contratação para cargos comissionados em desvio de função.

¹¹³ - Por força do princípio da proibição de proteção insuficiente, nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais. O postulado cria um dever de proteção para o Estado (isto é, para o legislador e para o juiz), que não pode simplesmente ignorar ou se desfazer de mecanismos de tutela para o fim de garantir a proteção a direitos fundamentais.

constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo) (SARLET, 2005, p. 132).

A proteção deficiente, portanto, atua como critério da legitimidade constitucional para o controle da omissão ou da atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seu dever de proteção. O defeito de proteção deriva da opção legislativa tomada pelo legislador federal, sobre o qual recai o dever de proteção, em se desfazer de medidas que garantiam proteção efetiva e adequada ao direito constitucionalmente protegido.

Dito isso, adverte-se que o artigo 2º da Lei nº 14.230/2021 promoveu verdadeiro recuo legislativo na tutela da probidade administrativa, o que é vedado por força do princípio da vedação do retrocesso, implícito na Constituição Federal de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional, que veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de revogar leis que concretizam direitos fundamentais na medida em que o legislador venha a reduzir, de forma arbitrária e desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988, apesar de elencar os direitos fundamentais e os tornar intangíveis como cláusulas pétreas admite, e em determinados casos determina, que a concretização de vários desses direitos se faça por meio de lei infraconstitucional, como ocorre com o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), circunstância que pode levar à sua redução ou supressão por meio de lei posterior, conduzindo, por vezes, ao esvaziamento dos comandos constitucionais nelas previstos.

Nesse panorama, a teoria tridimensional do direito nos ensina que a vigência, a eficácia e o fundamento são qualidades inerentes a todas as formas de experiência jurídica, sem que se possa, contudo, romper o nexo que as vincula ao todo, como é próprio da estrutura do direito (REALE, 1994, p. 21).

A questão do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito põe-se, portanto, no âmago de todas as formas de pesquisa da juridicidade, apresentando aspectos filosóficos e técnico-científicos, constituindo-se em ponto essencial de conexão entre a especulação filosófica e a investigação positiva (REALE, 2002b, p. 561).

Nessa ordem de ideias, a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale apresenta como um dos aspectos da validade o problema das regras

jurídicas imperfeitas, destituídas de fundamentos éticos, nascidas inclusive do arbítrio ou de valores aparentes que só o legislador reconhece.

Tais normas não deixam de ser jurídicas, uma vez que possuem vigência, entretanto denotam um problema a ser enfrentado no que diz respeito à obediência ou não às leis destituídas de fundamentos éticos e a sua positividade (REALE, 2002b, p. 566).

Enfrenta-se, ainda, a problemática do fundamento, em que, muitas vezes, não se alcançam os resultados pretendidos pelo legislador, estando a lei a meio caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado, traduzida, na visão de Wilhelm Wundt sobre a heterogenia dos fins, da seguinte forma: muitas vezes o homem pratica um ato visando a certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados (REALE, 2002b, p. 566-567).

Certo é que existe sempre um valor atrelado à regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade, objetivando realizar ou amparar um determinado valor, ou, ainda, impedir a ocorrência de um desvalor, reconhecido como (des)necessário à coletividade (REALE, 2002b).

Uma advertência faz-se necessária:

Seria, no entanto, incompleta ou falha a compreensão do problema do fundamento se nos limitássemos a apreciá-lo de maneira estática, destacando atos singulares da totalidade da ordem jurídica, por estarem em desacordo com as exigências axiológicas informadoras de um ciclo cultural ou, mais ainda, com as conquistas universais da experiência histórica.

Uma lei em conflito com a tábua de valores, que dá sentido e fisionomia a um ordenamento jurídico, representa apenas um episódio, um momento de anormalidade e, como tal, deve ser apreciado em função de todo o sistema do Direito, que condiciona não só a norma particular, mas o Poder mesmo de que emana (REALE, 2002b, p. 570).

Dito isso, numa concepção puramente normativista, percebe-se que o problema da vigência confunde-se com o dos requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor (compatibilidade com outros de maior hierarquia, no caso da Lei nº 14.230/21 com a Constituição Federal), implicando necessariamente numa referência aos valores que determinaram o aparecimento da regra jurídica, assim como às condições fáticas capazes de assegurar a sua eficácia social (REALE, 2002b, p. 572).

Ademais, a análise da vigência em seu aspecto técnico-formal pressupõe todo um mundo jurídico já formado, com as suas normas integradas em sistema e um complexo de atos e de juízos que nele se praticam.

De conseguinte, a abstração normativa não se compreende sem referência ao plano da ação concreta à qual se destina, tão certo como toda regra de Direito vige com pretensão de eficácia, assim como não lhe pode faltar a pretensão de ser justa (REALE, 2002b, p. 578).

A norma jurídica surge como elemento integrante de um modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade, destinando-se a influir efetivamente no meio social. Todavia, a eficácia normativa abrange outras questões ligadas à história do Direito, não para reconstituir as linhas dominantes de uma experiência passada e explicá-la na sucessão de seus eventos, mas para indagar de seu sentido, das evoluções e involuções jurídicas, das tábuas de valores do Direito enquanto objetivados na história (REALE, 2002a, p. 608).

Do exposto, portanto, verifica-se a necessidade de o aplicador do Direito ter consciência da importância da manutenção do elo que deve existir entre a realidade social e as normas de Direito para que estas possam ter a devida eficácia e cumprir seu papel na sociedade, problema este a ser enfrentado com o advento da Lei nº 14.230/2021.

4. Conclusão

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente estudo propôs uma análise da Nova Lei de Improbidade Administrativa sob um aspecto jusfilosófico, tendo como principal referencial a Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale.

As profundas modificações realizadas pela Lei nº 14.230/2021 no sistema de tutela da probidade administrativa, regulado anteriormente pela Lei 8.429/92, incidiu em grande parte no conteúdo processual, trazendo significativas limitações quanto ao processo e ao procedimento, implicando numa perspectiva reacionária negativa por parte da comunidade jurídica.

A aplicação da teoria realeana à Lei nº 14.230/2021 mostra-se oportuna, na medida em que, se fato, valor e norma estão interpenetrados, é possível dizer que a aplicação da nova lei resta prejudicada na sua integralidade, visto estar ausente o elemento valor, aqui entendido no sentido axiológico, descomprometida, portanto, como Direito justo.

As falhas observadas com a edição da nova lei restam evidenciadas por romper com princípios e garantias fundamentais elencados no texto

constitucional, o que implica dizer que uma interpretação axiológica das novas disposições pode fomentar juízo de inconstitucionalidade.

O Estado Democrático de Direito clama por efetivação da justiça social, não admitindo espaço para manobras políticas, enrustidas através de um arcabouço legislativo falho, com a vigência e aplicação de normas injustas.

À guisa de conclusão, ressalta-se que a probidade administrativa é moralidade qualificada e expressa bem jurídico protegido, como elemento fundamental e imprescindível para o Estado Democrático de Direito, reconhecido no artigo 37, *caput* e § 4º, da Constituição da República, instituído para o enfrentamento do fenômeno mundial da corrupção.

Referências:

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 15 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429compilada.htm. Acesso em 04 mai. 2022.

CORDEIRO, Carlos José; GOUVEIA, Raíssa Vieira de. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. In.: **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico]. São Paulo, n. 989, mar.

2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92292703/v20180989/document/149461376/anchor/a-149417559> Acesso em 31 out. 2021.

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

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. 1ª Edição, 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2021.

NASCIMENTO, Silvio Firmo do. **A importância da Teoria Tridimensional do Direito e sua aplicabilidade nos Cursos de Direito: um estudo bibliográfico sobre Miguel Reale no período de 1986 a 2006**. Saberes Interdisciplinares. São João del-Rei, nº 3, p. 95-126, jul 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 16. ed. Saraiva, 2002a.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 20. ed. Saraiva, 2002b.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, junho/2005.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO

Fernanda Shimomura Zuffa
Pedro Alberto Alves Maciel Filho

CAPÍTULO

10

1. Introdução

Com o surgimento das sociedades, faz-se necessária a imposição de normas para a promoção da organização social, assim, pode-se afirmar que nasce, também, o próprio Direito, mesmo que composto por regras não escritas e com o objetivo de promover o arranjo das mais simples associações, como as tribos por exemplo.

Com o passar do tempo e a transformação das pequenas sociedades em grandes civilizações, uma concepção mais complexa do Direito passou a ser necessária, e vários importantes pensadores passaram a se dedicar ao seu estudo e apontar maneiras de estudar o fenômeno jurídico que melhores se aplicavam para explicar as mudanças sociais que buscavam.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito se mostra como o mais adequado à consecução do livre desenvolvimento humano e social buscado pelos homens, a partir da garantia da dignidade da pessoa humana, através de um governo pautado em uma soberania exercida pelo povo. Diante disso, indaga-se se seria o Direito positivo suficiente para a sua concretização.

Tem-se como hipótese que a efetivação do Estado Democrático de Direito seria impossível se fosse unicamente pautado em um estudo jurídico exclusivamente científico, como defendem os juspositivistas, que rechaçam a observância do preceito jusnaturalista de perseguição de um ideal de justiça.

Quanto à metodologia, será utilizado o método lógico dedutivo, a partir de revisão bibliográfica, para explicitar os princípios norteadores e principais pensadores tanto do jusnaturalismo e juspositivismo no primeiro e segundo capítulo, além de expor o posicionamento de tantos outros importantes juristas no que concerne aos preceitos necessários ao alcance do Estado Democrático de Direito.

2. Breves apontamentos sobre o jusnaturalismo

O jusnaturalismo é apontado pela doutrina como a mais antiga tentativa de compreensão teórica do Direito, entendendo-o como subordinado a um sistema de princípios naturais (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 31). Gilmar Antonio Bedin aponta que seus primeiros defensores foram o filósofo Heráclito de Éfeso e o escritor Sófocles, quem escreveu a famosa tragédia, *Antígona*, onde consta a questão central sobre o Direito Natural: existe um direito superior à

legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano (BEDIN, 2006, p. 240).

O mencionado direito superior é entendido pelos jusnaturalistas como as normas previamente fixadas na mente do homem, que as obedece para que viva como homem e em conformidade com a sua natureza, deste modo, estas regras são o “[...] fundamento último e a norma suprema da moralidade dos atos humanos e de toda a ordem moral e jurídica” (SOUZA, 1977, p. 55-56).

Assim sendo, a doutrina jusnaturalista argumenta pela existência de um Direito, que se contrapõe ao direito positivo e é permanente e imutável, que estaria contido em uma determinada ideia de natureza (TEIXEIRA, 2006, p. 182), entendida sob diferentes formas, que serão asseveradas a partir dos pensamentos dos principais filósofos a defendê-las, sem prejuízo da importância de tantos outros relevantes pensadores que deixarão de ser mencionados.

Para os defensores do direito natural cosmológico, a *physis* (natureza) era concebida como um corpo material vivo e detentora de diversos microcosmos regido pelo *logos*, que determinava os seus movimentos de acordo com a sua própria natureza qualitativa, não admitindo alterações essenciais em sua posição e pressupondo um movimento circular de eterno retorno do mesmo (TEIXEIRA, 2006, p. 184-185). Ou seja, estes filósofos asseveravam que existia uma ordem natural que regia os movimentos dos corpos do universo, sendo o homem um desses organismos.

Aristóteles é considerado um grande defensor desta corrente, sendo assim, entendia por justiça dar a cada um o que é seu, a partir de uma ação de distribuição com base em sua qualidade (MASCARO, 2019, p. 61), portanto, acreditava na necessidade de imutabilidade e manutenção de cada qual em seu lugar, o que também se aplica ao espaço de cada homem na sociedade, considerando injusto qualquer tipo de ascensão social.

Aristóteles admite uma certa parte mutável do direito natural, porém, a partir da análise de seus textos não fora possível a distinguir exatamente o que o filósofo entendia, reconhecendo-se a possibilidade de três hipóteses, como expõe Bodenheimer (1966, p. 26):

Ele parece mesmo sugerir que a justiça permanente só existe talvez entre os deuses, e que, nos limites do nosso mundo humano, embora exista algo como a justiça natural, todas as normas de justiça são variáveis. P que Aristóteles pode ter tido em mente – posto que o texto talvez nos tenha sido transmitido numa forma truncada – é que o que pudesse ser tido pelo homem, numa sociedade primitiva, como “naturalmente justo”, talvez repugnasse ao senso comum de justiça numa civilização altamente desenvolvida. A medida que o homem progride no controle das

forças cegas da natureza, no aperfeiçoamento de seu senso moral, na ampliação da sua capacidade de compreensão mútua, mais refinado se vai tornando o seu sendo de justiça e este pode ditar-lhe certas formas de conduta social e convivência que, ao contrário das normas de justiça convencional, seja, consideradas em verdade imperativas, e não apenas acidentais ou moralmente indiferentes. Ele pode também ter querido dizer que a lei natural é variável no sentido de que pode o esforço humano, até certo ponto, interferir na sua atuação. Daí dizer-nos que “a mão direita é naturalmente mais forte que a esquerda, embora seja possível que qualquer homem se torne ambidestro”. O modo um tanto misterioso pelo qual Aristóteles formula o seu pensamento torna meramente provável qualquer tentativa de dar-lhe a interpretação genuína.

Ademais, para o mencionado filósofo o Direito é resultado “[...] da natureza e da convenção, pois o legislador baseia-se na realidade empírica da sociedade humana, da natureza desse homem e dessa sociedade, mas irá acrescentar a esse entendimento a sua vontade própria, com vistas a assegurar o justo completo” (TEIXEIRA; BRAGATO, 2013, p. 35).

Portanto, sendo a lei positiva baseada no justo natural, deveria ser respeitada tanto quanto o próprio direito natural (VILLEY apud BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 35). No entanto, é importante observar que para Aristóteles a validade da lei não se baseava na sua forma, mas sim em seu conteúdo, de modo que uma lei injusta ao menos era considerada lei (MASCARO, 2019, p. 61).

Por sua vez, a concepção teológica ou medieval do direito natural entende a natureza, simultaneamente, como cada coisa e todas as coisas enquanto criadas por Deus, e assim sendo, com um modo próprio de ser (TEIXEIRA, 2006, p. 187). Deste modo, nesta concepção a natureza não mais é vista como fonte do justo por si só, mas como desígnio divino, já que dispostos por Deus.

Santo Tomás de Aquino foi um importante filósofo representante da mencionada perspectiva, construindo seu pensamento com base na doutrina aristotélica, assim, defende que medidas justas podem ser encontradas a partir dos mandamentos divinos alcançados pela revelação e pela fé, mas também a partir da observação da natureza, já que se trata de uma criação divina, defendendo a existência de leis tanto no sentido jurídico como moral e teológico, asseverando a existência da lei eterna, lei natural, lei divina e lei positiva (MASCARO, 2019, p. 100-101).

A lei eterna diz respeito ao governo universal através do qual Deus rege todos os movimentos do universo, assim, por se tratar de sabedoria divina, nenhum mortal a conhece inteiramente, com exceção de alguns bem-aventurados que veem Deus em sua essência (BODENHEIMER, 1966, p. 27-38).

A lei natural é aquela que se comunica com os homens a partir de

sua própria existência natural, sendo verificada na natureza, que é obra de Deus (MASCARO, 2019, p. 102). Deste modo, se trata da participação do ser racional na lei eterna por meio de conceito hermenêutico intitulado *synderesis*, correspondente à faculdade de conhecer os princípios supremos do direito natural, alcançada através da consciência como núcleo da subjetividade humana (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 41).

Por sua vez, a lei divina nunca erra, a tudo alcança e é anunciada aos homens através da revelação, inspiradora da lei natural e da lei humana sendo indispensável para a correta orientação da conduta humana, permitindo e potencializando a participação do homem na lei eterna (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 32-34). Além disso, a lei divina é uma complementação do direito natural, composto por princípios gerais e abstratos, por diretrizes mais particulares sobre a correta maneira de condução das vidas humanas, reveladas através das Sagradas Escrituras e registradas no Velho e Novo Testamento (BODENHEIMER, 1966, p. 24-25).

Já a lei humana é realizada pelo responsável por cuidar da comunidade, com o objetivo de busca pelo bem comum através da razão, devendo sempre se encontrar em harmonia com o direito natural e a lei divina para que sejam obrigatórias, uma vez que todos devem primeiro obedecer à Deus e depois aos homens (BODENHEIMER, 1966, p. 37-39). Segundo Vicente de Paula Barretto e Fernanda Frizzo Bragato, a lei humana tem o objetivo de especificar princípios constantes no direito natural para regular os casos particulares, afastando os homens depravados e predispostos ao vício pela força e pelo medo (2013, p. 32-33).

Santo Tomás de Aquino defendia a necessidade da existência da lei positiva em razão da própria natureza do homem e que a sua origem deveria preferencialmente ocorrer pela vontade do monarca combinada a da aristocracia ou sábios e os povos reunidos. Além disso, também apontava o reconhecimento da lei positiva somente enquanto realizar o propósito de justiça, devendo ser rejeitada caso contrário (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 45).

Por sua vez, a concepção mecanicista do direito natural passa a se destacar a partir de uma quebra com os conceitos religiosos de natureza, baseando-se na razão humana e se consolidando uma perspectiva individualista que posiciona o homem como figura central, substituindo a posição anteriormente ocupada por Deus.

Nesta perspectiva, o indivíduo passa a ocupar papel de raiz e fundamento da sociedade moderna, sendo reconhecido como agente transformador do mundo na medida em que todos os fenômenos naturais passam a ser explicados e manipulados cientificamente, pautando-se sob

o manto da razão para a construção de verdades objetivas e científicas (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 47-48), destacando-se os pensamentos de dois importantes filósofos, Thomas Hobbes e John Locke.

Thomas Hobbes indicava a existência de um estado de natureza humana como um “estado bélico” (MASCARO, 2019, p. 144), somente havendo a passagem para o Estado Civil por meio de um pacto social firmado para o alcance de sua salvação, “retirando-o da solidão, da pobreza, da brutalidade e da vileza, próprias do estado de natureza” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 49), em que inexistem ideias de sentido ético ou moral, de modo que todos tem direito a tudo.

Ainda assim, segundo Bodenheimer, os homens são naturalmente dotados de certas paixões que os inclinam a preferir a paz, como o grande medo da morte e o desejo de possuir coisas necessárias para se ter uma vida cômoda, por este motivo, a sua própria razão o conduz à busca de um estado em que “leis da natureza” sejam respeitados.

A primeira e mais fundamental lei da natureza é de que a paz deve ser procurada sempre que possa ser encontrada, decorrendo desta outras mais específicas como, todos devem deixar de fazer tudo o que era permitido pelo estado de natureza anteriormente, todos devem promover ajuda mútua até o ponto em que não seja perigoso para si ou sua família, ninguém deve constranger ou matar o seu semelhante, entre outros. Diante disso, o homem realiza pacto pelo qual todos os concordam em transferir o seu poder a um só poder, sob a condição de que os demais também o façam (1966, p. 55-56).

Como grande simpatizante do absolutismo, Thomas Hobbes afirmava que o “Leviatã” (poder soberano) era um “fiel guardião da lei natural”, podendo se utilizar da força para proteger a vida, os bens e a felicidade de seus súditos, sem qualquer tipo de restrição legal, havendo apenas uma exceção em que os súditos poderiam se insurgir contra o soberano, quando houver a perda de poder para a preservação da paz social e proteção da segurança dos cidadãos (BODENHEIMER, 1966, p. 55-57).

Ainda que acreditando em um poder soberano do governante e a total submissão dos homens, Thomas Hobbes não negava a existência de uma lei da natureza expressada pela razão, que deveria ser suplantada pela lei civil do soberano em razão da insuficiência humana em concretizá-la, deste modo, tinha por justo o direito estatal. Ademais, considerava que o direito a autopreservação não era alienável, de modo que qualquer pacto contrário deveria ser considerado nulo (MASCARO, 2019, p. 147-151).

Também considerado um contratualista, John Locke discorda de

Thomas Hobbes e acreditava em um estado de natureza pacífico e pleno, em que a execução das leis naturais se encontravam simultaneamente nas mãos de todos, de forma que o gerador da vontade de constituição de um estado civil é a possibilidade de um estado de guerra que ocorreria em razão de inconvenientes e excessos por parte de alguns homens (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 49-50).

Destarte, o homem opta pela realização do contrato social, buscando principalmente a garantia da propriedade privada, que é intrínseca ao direito natural do indivíduo, decorrente da personalização da natureza pelo esforço humano (MASCARO, 2019, p. 155-159).

Além disso, apesar do indivíduo concordar em ceder parte de sua liberdade ao soberano, este deveria possuir um poder limitado de ingerência em sua esfera privada, priorizando os direitos individuais preexistentes ao pacto social, bem como a vedação a arbitrariedade do poder estatal sobre a vida, a propriedade e a liberdade (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 49-50).

A partir de uma visão mais moderna, Immanuel Kant desenvolve seu pensamento sobre um direito natural extraído da razão como um sistema de leis jurídicas racionais *a priori*, que não foram embutidas no homem, mas são prévias a ele, que servem de guia para o direito posto (MASCARO, 2019, p. 196).

Ou seja, para Kant o Direito se constituiu de direito natural e direito positivo. O direito natural deve ser considerado em todos os atos tomados pelo Chefe de Estado, nas reformas na Constituição e na elaboração das leis positivas, que são provenientes da vontade do legislador que possui a obrigação de agir no sentido de forçar o cumprimento das leis naturais (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 58).

Portanto, o jusnaturalismo se mostra como uma corrente defensora de um pensamento voltado a um Direito pautado na busca da justiça a partir de uma espécie de subordinação do direito positivo a um conjunto de normas naturais, estabelecidos pela própria natureza, pela ordem divina ou ainda, gravados na mente humana pela própria razão, que podem ser reivindicados até mesmo contra o próprio Estado.

3. Breves apontamentos sobre o positivismo

Em meio a diversas mudanças sociais ocorridas na Europa ao final do Século XVIII e início do Século XIX, outras formas de pensar o Direito

surgiram, como o positivismo, que valoriza a tentativa de entender o Direito como um fenômeno social objetivo, negando sua dependência de juízos morais particulares e estimando as fontes sociais (BARZOTTO, 2006, p. 642-643).

Assim, em um ambiente voltado ao antropocentrismo e individualismo, o positivismo jurídico ganha destaque e apresenta as seguintes características:

- I – Passagem do modelo de concepção universalista do direito (jusnaturalismo) a um critério particularista que tem em conta os próprios traços de cada sistema jurídica;
- II – Passagem de uma concepção imutável a uma concepção de direito que pode variar como consequências das relações de poder;
- III – Passagem de uma concepção que situava a produção normativa em um autor supra-humano ou na natureza a uma concepção que a situa no poder soberano;
- IV – Passagem de uma concepção que permitia o conhecimento do direito através da razão a uma que necessita da publicação e da promulgação como atos de vontade do poder soberano;
- V – Passagem de uma concepção que fundava a validade do direito em sua racionalidade a uma concepção que o fundamenta no poder político (PACES-BARBA *apud* BARRETTTO; BRAGATO, 2013, p. 61).

Norberto Bobbio foi um importante representante do positivismo jurídico e buscava transformar o estudo do direito em uma ciência empírica, de modo a valorar a realidade fática, ou seja, promover o estudo do direito real sem que este dependa da definição de como deve ser para a satisfação de certo valor, pois este diz respeito ao campo da filosofia do direito e trata de definições ideológicas, valorativas ou deontológicas (BOBBIO, 1909, p. 135-138).

Diante disso, para Bobbio, a validade da norma depende exclusivamente de sua forma, ou seja, se é parte do ordenamento jurídico real, negando qualquer tipo de dependência relativa ao seu valor (ou desvalor) ou à sua eficácia, discordando da chamada escola realista do direito, considerando irrelevante para tal análise, a aplicação ou não da norma à realidade fática (1909, p. 136-143).

Assim, para os positivistas importa as definições factuais, avalorativas ou ontológicas, definindo o direito tal qual ele se apresenta, isto é, sem a indicação do que é justo ou injusto, tão somente apontando uma realidade fática através de um comando que o Estado faz valer coativamente (BOBBIO, 1909, p. 140-141).

Hans Kelsen, proeminente representante da corrente juspositivista e responsável pela obra *Teoria pura do direito*, defende o estudo da Ciência do Direito a partir da abstração dos fatos concretos e o estudo voltado para o que é o Direito propriamente dito, e não como deve ser ou como deve ser feito,

isto é, desconectando-o da psicologia, sociologia, ética e teoria política, por exemplo, não negando a conexão havida mas com o objetivo de “[...] evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (*apud* MASCARO, 2019, p. 296).

Assim, o objetivo de Kelsen era o de garantir a autonomia da Ciência do Direito em relação a outras áreas do saber, voltando as atenções para a análise das disposições jurídicas a partir de uma postura de descrição da realidade jurídica através de juízos de realidade e não prescrição de comportamentos, reservada para a vontade de atores políticos e verificáveis empiricamente (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 105-106)

A teoria do ordenamento jurídico de Kelsen é a mais coerente em comparação a outros pensadores, trazendo a unidade como uma das características do ordenamento jurídico que se aplica tanto ao jusnaturalismo como ao juspositivismo (BOBBIO, 1909, p. 198).

Em relação ao jusnaturalismo, a unidade é correspondente a uma ordem material, haja vista que é relativo ao seu conteúdo, versando sobre o ordenamento de modo estático, já que considera que todas as suas normas são constituídas por uma universalidade correspondente a um postulado moral geral (BOBBIO, 1909, p. 199-200).

Como característica advinda da visão juspositivista, a unidade decorre do modo como as normas são postas, se tratando de uma unidade formal e abordando as normas jurídicas de maneira dinâmica, ou seja, constituindo uma singularidade em razão de terem sido postas por um poder legítimo para a criação do direito e a ele podendo ser reconduzidas, pressupondo-se uma ordem hierárquica (BOBBIO, 1909, p. 200-201).

Assim, as normas hierarquicamente inferiores (individualizadas, como sentenças por exemplo) devem estar de acordo com as normas de escalão mais alto (como as leis), as quais, por sua vez, devem estar de acordo com a norma superior, a Constituição (MASCARO, 2019, p. 304).

Ademais, a obrigatoriedade de subordinação ao poder constituinte é decorrente da chamada norma fundamental, que não se encontra positivada, devendo ser suposta pelo jurista para a devida compreensão do ordenamento (BOBBIO, 1909, p. 201), já que para Kelsen há sempre a necessidade de uma norma superior hierarquicamente validar uma inferior.

Apesar de Kelsen abrir mão da concretude que permeia o pensamento juspositivista a partir de uma apreciação teórica que permite o refletir o ordenamento jurídico, o pensador não foge do realismo característico de sua

linha, haja vista que não se trata de uma reflexão teórica sobre um direito ideal, por exemplo, tão somente aborda uma condição para a compreensão lógica sobre as validades de um ordenamento (MASCARO, 2019, p. 305-306), pensamento que se altera ao longo de sua vida, admitindo-a como uma ficção, trazida em seu último livro:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas [...] não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma (KELSEN apud MASCARO, 2019, p. 307).

Portanto, o conceito de validade da norma para Kelsen depende exclusivamente da existência de outra superior que contém os preceitos para a sua criação, ignorando totalmente a subordinação a valores e permitindo que todo e qualquer conteúdo seja direito, sendo válida mesmo que contrária a moral (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 107-108).

Deste modo, Kelsen defendia a possibilidade de conversão de qualquer conteúdo em norma válida sem que fosse necessário qualquer tipo de preocupação com a justiça ou injustiça de seu conteúdo, negando a existência de valores considerados invioláveis e juízos de valor estabelecidos por uma vontade supra-humana (GOMES, 2021, p. 135-137).

Diante disso, o autor da “Teoria Pura do Direito” teceu diversas críticas ao jusnaturalismo, inclusive quanto aos conceitos de natureza e a falta de cientificidade em suas argumentações. Além disso, também afirmava que o direito natural não poderia ser considerado verdadeiro Direito, já que carente de eficácia e coercibilidade, não sendo capaz de garantir a paz e a segurança por si só (TEIXEIRA, 2006, p. 230).

Herbert Hart, outro importante representante da corrente juspositivista preocupava-se em promover o estudo do Direito considerando a complexidade da sociedade contemporânea, e para tal, distingue o ordenamento entre regras primárias, que impõem deveres positivos ou negativos, e regras secundárias, que são classificadas em regras de reconhecimento, regras de alteração e regras de adjudicação (BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 109).

Para explicá-las em sua obra “O Conceito de Direito”, Hart inicia seu pensamento em um conceito de comunidades primitivas que se utilizam tão somente dos costumes para a realização do controle social, a partir de regras primárias de obrigação. Deste modo, essas regras devem conter pelo menos

restrições ao uso da violência, ao fruto e a fraude, que são naturalmente reprimidos para que seres humanos possam viver em sociedade, devendo ser aceitas pela maioria da população para possibilitar a pressão social necessária para que sejam respeitadas por aqueles que não a acatam.

O mencionado sistema é possível em uma pequena comunidade, porém, facilmente passaria a apresentar problemas, como a incerteza, a estaticidade e a ineficácia. A incerteza porque diante de um conjunto de padrões separados de regras não organizadas, de modo que dúvidas acerca de sua extensão e cumprimento não serão facilmente sanadas. Já a estaticidade ocorreria em razão da lentidão de um processo de crescimento e mudanças de condutas necessárias para a alteração de uma regra, não havendo deliberadamente a eliminação de regras antigas e introdução de novas. Por sua vez, a ineficácia se dá diante de uma pressão exercida pelos próprios ofendidos para a garantia de sua aplicação, o que pode gerar a sua não observância em razão de falta de organização do grupo para prender e punir os que a violam. Para cada um dos mencionados defeitos, Hart criou uma espécie de regra secundária.

As regras de reconhecimento possuem o objetivo de sanar a incerteza e dizem respeito a regras com o objetivo de identificar concludentemente as regras primárias, a partir de regras proferidas por autoridade, decisões judiciais, práticas consuetudinárias, ou ainda, realizando referências a algum atributo geral contido na regra primária, introduzindo a ideia de um sistema jurídico organizado e unificado, funcionando como critério para outras normas.

As regras de alteração são tidas como um remédio para a estaticidade e possibilita a introdução de novas regras primárias para a eliminação de regras antigas por um indivíduo ou grupo legitimado, podendo ser simples, com poderes isentos de restrições, ou complexas, limitadas de diversas formas e definindo, por exemplo, o processo que deve ser seguido para a modificação.

No que lhe diz respeito, as regras de julgamento são destinadas a reparar o problema da ineficácia em razão de uma pressão social difusa, deste modo, identificam os responsáveis pelo julgamento, o processo a ser seguido e a maneira de prolação da sentença (HART, 2001, p. 101-109).

Luis Fernando Barzotto (2006, p. 645) nos explica que as regras de reconhecimento são o conjunto dos critérios que os funcionários, especialmente juízes, se utilizam para identificar o Direito, assim, funcionam como a mencionada norma fundamental de Kelsen, necessária para obtenção de lógica, uma vez que se fosse necessariamente positivada, precisaria de outra regra de reconhecimento para lhe destinar caráter jurídico e assim sucessivamente, portanto, é caracteriza-se como a fonte a validade das demais normas.

Além disso, Hart admite que muitas vezes as normas postas não são suficientes para o correto desenlace de um caso concreto, que pode ocorrer pela não previsão de um caso particular específico, por exemplo. Neste caso, o pensador atribui ao juiz o poder discricionário para criar o direito para o caso específico (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 110).

Destarte, os pensadores desta corrente defendem a ideia do estudo de uma Ciência do Direito e, assim, voltada a uma noção científica e factual a partir da convicção de autonomia do direito posto que prescinde de um ideal, abandonando concepções abstratas e subjetivas.

4. Sobre a concretização do Estado Democrático de Direito

A partir da evolução do Estado moderno, ocorrido através de diversas lutas, aprendizagens e construções de importantes pensadores, nos deparamos atualmente com o Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado regido pelas leis e pela vontade do povo.

Segundo Sérgio Alves Gomes (2021, p. 268-269), somente o Estado Democrático de Direito possibilita um convívio social capaz de promover o respeito entre os seres humanos, a partir da percepção de suas semelhanças e diferenças, incorporando princípios como a solidariedade sem incorrer no igualitarismo ou paternalismo, compatibilizando várias espécies de direitos fundamentais e promovendo o respeito à dignidade da pessoa humana.

O mesmo pensador nos lembra que o mencionado tipo de Estado é composto pelo princípio democrático e pelo Estado de Direito, isto é, que o poder político se origina da vontade do povo e encontra na dignidade da pessoa humana o seu objetivo e limite (GOMES, 2021, p. 271-272). Além disso, é importante mencionar que para que realmente haja um Estado Democrático de Direito deve se concretizar uma verdadeira democracia participativa em que se verifica a atuação popular, não somente como indivíduos ignorantes e votantes, mas, sim, como indivíduos conscientes de sua dignidade, seus direitos, suas garantias fundamentais e responsabilidade com as mesmas prerrogativas do outro (GOMES, 2021, p. 240-241).

Nesta perspectiva, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana apresenta papel fundamental na concretização do referido regime, que deve ser admitido tanto como mandamento à garantia dos direitos fundamentais, explícitos na Constituição Federal, quanto como o gozo de direitos humanos, positivados

em instrumentos de direito internacional (GOMES, 2021, p. 285-287).

Analisando as duas mencionadas correntes para o estudo do fenômeno jurídico, percebe-se que se trata de percepções contrastantes, sendo o jusnaturalismo uma corrente dualista que defende a existência de um direito positivo subordinado ao direito natural, concebido através de um ideal pautado na justiça a ser observada a partir de diferentes concepções; enquanto o juspositivismo prega a autossuficiência do direito positivo a partir de um estudo científico e pautado unicamente na realidade objetiva.

Porém, algumas similitudes podem ser encontradas em ambos pensamentos. Kelsen critica o jusnaturalismo pois a considera uma teoria idealista-dualista que considera a existência do direito positivo (criado por humanos e mutável) e do direito natural (ideal e imutável), sendo que a sua própria teoria também possui traços dualistas, haja vista que prevê a existência da norma fundamental, reconhecidamente fictícia (TEIXEIRA, 2006, p. 232-233).

No mesmo sentido se nota o pensamento de Herbert Hart, que indica as regras de reconhecimento como fonte de validade das demais normas, quase que como uma espécie de norma fundamental de Kelsen. Ademais, em sua doutrina passa a haver uma preocupação com a possibilidade de lacunas nas normas positivadas, que deve ser resolvida através de atribuição de poderes ao próprio julgador para a criação de regra necessária para a solução do caso concreto, de modo que apesar de não haver inferências quanto a observância de um critério moral (HART *apud* BARETTO; BRAGATO 2013, p. 110), não se pode negar a existência de uma mínima expectativa de busca pela justiça na prolação de uma sentença adequada.

Deste modo, verifica-se que esta ideia de um direito pautado tão somente no conjunto de normas positivadas se mostra insuficiente, até para os mais entusiastas deste pensamento, que acabam buscando no mundo ideal meios para conferir lógica para as suas construções.

Jesús Ballesteros (2007, p. 61) indica, em sua obra, que, com o passar dos anos, até mesmo Norberto Bobbio mudou a sua opinião sobre o positivismo:

Pelo quizá de toda la obra de Bobbio para el tema que nos ocupa sea especialmente relevante uno de sus últimos escritos, titulado Dalla struttura alla funzione, en el cual se lleva a cabo una importantísima revisión de la teoría clásica del derecho, como control social y coacción, propia del positivismo formalista, y en que incide naturalmente Kelsen, para pasar a destacar el papel fundamentalmente directivo o promotor del derecho. Lo que supone el paso de una visión estática estructural del

*derecho a una visión dinámica del mismo, en el que se tiene en cuenta la teleología del mismo*¹¹⁴.

Na atual sociedade contemporânea, que se encontra em constante transformação, o positivismo se mostra inadequado como uma teoria jurídica a ser aplicada, uma vez que se mostra necessária a atuação dos juízes na construção da jurisprudência, socorrendo-se dos princípios gerais do Direito para a solução dos novos conflitos e novos paradigmas que surgem diariamente e não encontram guarida na legislação.

Isto posto, observa-se que a tentativa de redução do Direito à esfera meramente normativa e a seu estudo através de um conceito unidimensional não prevaleceu, até porque o próprio fenômeno jurídico é complexo e envolve além das normas, os fatos e os valores (BARZOTTO apud GOMES, 2021, p. 216-217).

Negar o princípio absoluto da justiça é uma grave falha na construção de uma Teoria do Direito, uma vez que ignorá-lo é consentir que o Direito seja fruto de variações arbitrárias dos responsáveis pela promulgação das leis, como exemplifica Cícero que afirma que se a vontade dos povos, os decretos dos chefes e as sentenças dos juízes constituíssem o direito, então seria possível criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos caso houvesse aprovação da sociedade, e, por isso, deve o intérprete jurídico valer-se do direito natural a fim de evitar esta disparatada situação (SOUZA, 1977, p. 47-48).

Isto porque, como afirma Gilmar Antonio Bedin (2006, p. 241), o direito natural defende que o direito positivo deve sempre estar condicionado a um sistema superior de normas para que haja a sua validade, que seria o ideal de justiça, sem esta, resta ao legislador as ordens do poder, sendo manifestamente prejudicial ao livre desenvolvimento dos direitos e liberdades dos indivíduos, como nos mostra a história:

a) quando o poder político concentra-se nas mãos de um monarca, sob a justificativa de que isso se faz necessário para garantir a vida e a segurança dos súditos, em verdade, estes transformam-se em brinquedos nas mãos do rei que se vê livre inclusive para agir como *tirano*. Revela-se assim a face cruel do Estado absolutista;

114 - Tradução livre: "Talvez de todos os trabalhos de Bobbio sobre o assunto em questão, um de seus últimos escritos seja especialmente relevante, intitulado *Dalla Struttura alla funzione*, no qual é realizada uma revisão muito importante da teoria clássica do Direito, como controle social e coerção, típico do positivismo formalista, e no qual Kelsen naturalmente afeta, para passar a destacar o papel fundamentalmente diretivo ou promotor do direito. O que supõe é o passo de uma visão estrutural do direito para uma visão dinâmica do mesmo, no qual a teleologia do mesmo é levado em conta."

- b) quando, em nome da liberdade, da igualdade e da fraternidade, as revoluções burguesas vencem o despotismo real e o abuso da liberdade econômica coloca à margem do desenvolvimento milhares de pessoas, excluindo-as das condições mínimas para uma vida digna, e o Estado nada faz para superar tal situação de *injustiça social*, revela-se o paradigma do *Estado liberal*. Um Estado omissivo, passivo, não interventor. Este permite e até legaliza a institucionalização da escravidão dos não-proprietários pelos donos dos meios de produção dos bens econômicos. Tal cenário configura a face sombria do *Estado Liberal*;
- c) quando o *Estado Social*, ao se contrapor ao liberalismo, no afã de *tudo* prover e abranger, suprime as *liberdades individuais* e trata o indivíduo apenas como integrante de uma massa humana coisificada, ele acaba por engendrar as ditaduras e até mesmo o *Estado totalitário*. O primeiro passo para este consiste na seguinte inversão: ao invés de o Estado ser instituição a serviço da pessoa humana e de toda a sociedade, o indivíduo e a sociedade se submetem ao aparelho estatal e à vontade arbitrária de seus governantes (GOMES, 2021, p. 274-275).

E é por isso que tanto se valoriza a limitação do poder por uma superlegalidade, como a defesa da dignidade da pessoa humana. Além disso, para a garantia de um futuro melhor a todos, valoriza-se a construção de uma Constituição prospectiva e não engessada, focada também na resolução dos fenômenos futuros e não somente dos fenômenos presentes, o que é possível através do respeito aos princípios constitucionais (GOMES, 2021, p. 208).

Importantes movimentos revolucionários que transformaram o mundo naquele que hoje conhecemos pautaram-se no Direito Natural, como a abolição da escravatura e a maior liberdade feminina no casamento, por exemplo, uma vez que foram os jusnaturalistas estoicos os primeiros a apontarem que as elucidadas instituições contrariam a natureza, considerando que segundo a lei natural todos são iguais (BODENHEIMER, 1966, p. 31-32).

Seguindo a mesma lógica, o pensamento judaico-cristão representado pelos defensores do Direito Natural teológico também muito contribuíram para a construção do conceito da dignidade da pessoa humana porque ao considerar o homem como criado à imagem e semelhança de Deus, assevera que a todos é conferido valor próprio que lhe é intrínseco, vedando a sua transformação em mero objeto (SARLET *apud* GOMES, 2021, p. 277).

E é sobre esta convicção que se define a ideia dos direitos humanos como um direito que compete a todos os seres humanos pelo simples fato de assim os serem, independentemente de qualquer circunstância pessoal política ou histórica, o qual, ao lado dos direitos fundamentais, somente pode ser garantido mediante um Estado Democrático de Direito, que se concretiza

através do retorno aos princípios do direito natural.

Isto porque, para se efetivar um Estado de Direito há primeiro a necessidade de respeito por parte dos detentores de poder e dos legisladores a uma ordem superior às suas vontades, garantindo que a lei não seja vista como o próprio fim do Direito, mas sim como o meio para a garantia das condições para o exercício dos direitos subjetivos dos indivíduos.

Igualmente necessário para a materialização de um Estado garantidor da dignidade da pessoa humana é a educação dos operadores do Direito com base na hermenêutica constitucional, ou seja, com o objetivo de compreender e aplicar a ordem jurídica fundamentada em valores considerados fundamentais (GOMES, 2021, p. 213-214).

Além disso, como aponta Sérgio Alves Gomes, o próprio homem é um ser que leva a sua vida orientado por valores, sendo natural que assim seja o ensino do Direito, a fim de possibilitar que o intérprete jurídico possa aplicar seus conhecimentos com razoabilidade, proporcionalidade e prudência, de modo que o estudo do Direito como uma ciência, pautada tão somente em uma perspectiva normativista que ignora importantes preceitos como a realização da justiça, se mostra imprópria (2021, p. 145-147).

Deste modo, o mesmo doutrinador também assevera que o operador do Direito deve se afastar do estudo do Direito como um raciocínio voltado a certezas absolutas que podem ser copiadas em busca das mesmas soluções e do mero estudo das normas individualmente consideradas, sem respeito a um conteúdo voltado ao alcance do bem comum, e se aproximar de uma interpretação jurídica aberta a partir dos valores alçados pela Constituição Federal (2021, p. 212-213).

Assim sendo, um jurista verdadeiro também deve ser um hermeneuta constitucional, preocupado com a busca pela justiça em cada caso concreto específico, o que exige um profundo e complexo trabalho interpretativo, como explicita Sérgio Alves Gomes (2021, p. 213):

Daí a indispensável *prudência*, no exercício da *ponderação*, a fim de se chegar ao *razoável*. A *consciência* da impossibilidade humana de se alcançar, na maioria dos casos, uma “verdade plena” leva o jurista a ter que se conformar com as verossimilhanças e, em face destas, tomar decisão que seja ética e juridicamente aceitável à luz do princípio da *razoabilidade*.

Alcança-se, portanto, uma Teoria do Direito de corrente pós-positivista como garantidora do Estado Democrático de Direito, baseada no “[...] resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e

a Ética” (BARROSO apud GOMES, 2021, p. 217), o que é mais compatível com a busca pelas soluções dos anseios de uma sociedade contemporânea.

4. Conclusão

Desde os mais primórdios tempos o homem busca maneiras de explicar e justificar a sua própria realidade social a partir do estudo do fenômeno jurídico. Diante disso, buscou-se através desta pesquisa a exposição de diferentes doutrinas que compõem a Filosofia do Direito para melhor explicitar o necessário para a consecução de um Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela Constituição Federal de 1988.

Assim, busca-se subsídios para a efetivação de um Estado que encontra o seu limite e objetivo na dignidade da pessoa humana, através de um governo pautado na vontade do povo, confirmando-se a hipótese de que seria impossível a efetivação do Estado Democrático de Direito se unicamente pautado no estudo jurídico exclusivamente científico, sendo necessário o resgate a modelos antigos como o jusnaturalismo para a sua consecução.

Isto porque, apesar de mais moderno, o modelo positivista é deveras permissivo ao poder do governante e do legislador, uma vez que ignora a importância de um direito supremo que venha a limitar os seus atos, permitindo que com a confecção de novas normas, venha a se confeccionar também o próprio Direito, o que deve ser, no mínimo, incômodo a qualquer ideia de justiça, haja vista a grande possibilidade de legitimação de poderes autoritários e despóticos.

Além disso, depara-se, também, com outra problemática, a sociedade hodierna é marcada por grandes e velozes mudanças que fazem surgir novos conflitos e desafios. Deste modo, esperar uma reposta legislativa para todos problemas para só então poder solucioná-los contradiz as ambições de um governo voltado à garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Portanto, faz-se imprescindível o estudo da Teoria do Direito com base em valores e princípios para a consecução de um Estado Democrático de Direito, a partir da formação de hermeneutas constitucionais, capazes de interpretar o Direito e encontrar respostas individuais aos conflitos postos, apoiados na razoabilidade e prudência para a tomada de decisões pautadas na ética e na busca pela justiça.

Referências:

BALLESTEROS, Jesus. **Sobre el Sentido del Derecho: introduccion a la filosofia jurídica**. 3 ed. Madrid: Editorial Tecnos Grupo Anaya, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri: Manole, 2004.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2019

SOUZA, José Pedro Galvão de. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. 3 ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.



HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Clarissa Gaspar Massi
José Chapoval Cacciacarro

CAPÍTULO

11

1. Introdução

Em uma sociedade de risco, segundo Ulrich Beck (2010), não é possível distanciar a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em decisões judiciais, com relação aos fatos consumados, conexos ao poder econômico e de mercado. Tendo como ponto de partida um constitucionalismo ambiental garantista, de grandes premissas, procuram-se requisitos de limite e vínculo à jurisprudência ativista brasileira quando da discricionariedade judicial aceita pelo sistema normativo-constitucional fundamentada em princípios e regras, a partir da teoria de Dworkin (2002), possuindo como finalidade a procura de um real Estado Socioambiental de Direito na visão de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012).

Nesse diapasão, inicialmente, o trabalho discorre sobre o Estado Socioambiental de Direito em uma sociedade de risco e sua fundamentação constitucional vigente.

Posteriormente, demonstram-se as circunstâncias indispensáveis para um padrão adequado de constitucionalismo garantista dos direitos fundamentais ambientais, na procura de sua realização.

Em seguida, é abordado sobre os princípios e regras de acordo com Dworkin (2002), e sobre os princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção e especialmente sobre o princípio da vedação do retrocesso ambiental. Tais princípios são hermenêutico-aplicativos do direito pelos juízes e tribunais em sede de ativismo judicial.

Os princípios na ciência do Direito Ambiental, como postulado hermenêutico, hodiernamente, ganham relevância em face aos enormes desafios que os tribunais superiores, particularmente, vêm enfrentando na resolução de conflitos normativos. Deste modo, os direitos fundamentais ambientais frente aos outros direitos desenvolvem um intenso ônus argumentativo para o Juiz na fundamentação de sua decisão em afastar a tutela ambiental frente à lógica de mercado baseada no desenvolvimento econômico.

Discorreu-se sobre o princípio da vedação ambiental, destacando que a condição de sua posição implícita na Constituição, lhe confere status de maior significância, impedindo, por exemplo, a validade de legislação infraconstitucional que venha em confronto a seus mandamentos. O artigo foi desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa.

2. Do Estado Socioambiental de Direito e os Obstáculos da Sustentabilidade na Atual Sociedade

Em razão da degradação ambiental, consequência não apenas da extração dos elementos naturais, bem como das degradações ambientais geradas pelo descarte dos resíduos sólidos e efluentes do processo produtivo-econômico da sociedade contemporânea, integra-se ao novo Estado de Direito – padrão que ultrapassou o Estado Social pós-Segunda Guerra que, por seu turno já havia ultrapassado o Liberal – uma dimensão ecológica quanto à tutela de direitos, como outros já aclamados, em exemplos precedentes, como os direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012), o Estado Socioambiental de Direito, decorrência desse valor ecológico, caracteriza-se como um marco jurídico-constitucional adequado à precisão da tutela e ascensão, de modo interligado e independente:

[...]dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos fundamentais socioambientais ou direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 45).

Observa-se que o desígnio do Estado Socioambiental de Direito, é a sustentabilidade, com fundamento na tutela de direitos sociais, econômicos e ambientais. A sustentabilidade se constitui no princípio constitucional que estabelece, com eficácia de maneira direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela realização solidária do desenvolvimento, socialmente inclusivo, durável e equânime ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, com a finalidade de garantir, especialmente, com prevenção e precaução, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar e, em última análise, da própria vida (FREITAS, 2012).

Neste mesmo raciocínio, observa-se que a ideia central do conceito de sustentabilidade, é a questão ambiental, entretanto, o desenvolvimento sustentável não se limita a requisitos genuinamente ambientais, mas sim formam-se em longo processo histórico de compreensão pelos povos frente aos próprios direitos humanos, abrangendo, os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à cidade (SACHS, 2002, p. 65-66).

Porém, o desenvolvimento não precisa ser contraditório com a sustentabilidade. Para Freitas (2012), os elementos indispensáveis para um conceito de sustentabilidade eficaz são:

A natureza de princípio constitucional diretamente aplicável, (2) a eficácia (encontro de resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos jurídicos), (3) a eficiência (o uso de meios idôneos), (4) o ambiente limpo (descontaminado e saudável), (5) a probidade (inclusão explícita da dimensão ética), (6) a prevenção (dever de evitar danos certos), (7) a precaução (dever de evitar danos altamente prováveis), (8) a solidariedade intergeracional, com o reconhecimento dos direitos das gerações presentes e futuras, (9) a responsabilidade do Estado e da sociedade e (10) o bem – estar (acima das necessidades materiais. Nenhum desses elementos pode faltar ao conceito sob pena de reducionismo indesejável (FREITAS, 2012, p. 41).

Aparecem outros tipos de indicadores mais confiáveis que o PIB, de modo que, outros são redesenhados, como por exemplo, o Índice de Desenvolvimento Humano – o qual considera em seus indicadores a renda, longevidade e educação – que representou um considerável progresso, apesar de simples e limitado em sua métrica sintética.

No que diz respeito ao desenvolvimento sustentável, Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 74) destaca que é fundamental uma “harmonização dos interesses em jogo” cujo “preço” não pode ser a “desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental”, de maneira que, ao longo de muitos anos, “os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos”. Deste modo, a sustentabilidade, consiste em garantir, o bem estar material e imaterial, sem inviabilizar o bem-estar próprio e alheio no futuro.

Neste aspecto, abrange, três pilares centrais, quais sejam: a integração da tutela ambiental e o processo produtivo-econômico (princípio da integração); a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações (princípio intergeracional); e a exploração racional e equitativa dos recursos naturais (princípio do desenvolvimento sustentável).

De acordo com essa perspectiva principiológica, existem enormes obstáculos ao Estado Socioambiental de Direito da sociedade contemporânea, classificada por Ulrich Beck (2010) como sociedade de risco. Os progressos científicos e tecnológicos, particularmente pós-revolução científica (séculos XVI e XVII), em que pese tenham sido relevantes porque proporcionaram

inúmeras descobertas nos vários campos do conhecimento, ao mesmo tempo, prestaram, e ainda prestam, como ferramentas de intervenção antrópica no ambiente, conduzindo à sua degradação e depleção dos recursos naturais, de modo que a natureza é vista como mero objeto desprovido de qualquer valor inerente.

Em uma sociedade de risco, o conhecimento científico e tecnológico, no qual os desígnios deveriam ser o desenvolvimento, o bem-estar social, a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, pelo motivo da sua incoerente instrumentalização, com todo o seu poder de concepção e demolição, passa a ser a maior ameaça à manutenção e à vida da própria espécie humana, juntamente com todo o ecossistema (BECK, 2010).

O aludido autor compreende que, para um panorama futuro, existe a necessidade, de um processo de reindustrialização e democratização tecnológica, também dando importância para a proteção ambiental. Para ele, refere-se a uma alternativa ecológica de Estado do Bem-Estar, de modo que, existiria a formação de autoridades, providas de aptidões e atribuições, para combater eficientemente a herança industrial da natureza.

Em forma parecida, um sistema de prevenção poderia instaurar-se para combater os prejuízos no campo da saúde devido à contaminação do ambiente e dos alimentos. Para isso, naturalmente se requeria trocar os fundamentos jurídicos de modo que os prejudicados não suportarão a carga de terem que demonstrar o nexo causal de seus problemas (BECK, 2010, p. 284).

Isto posto, reivindica-se um novo conceito de desenvolvimento e de Estado, com base no progresso tecnológico. A sustentabilidade passa a ser o ponto inicial, produzindo, a responsabilização da sociedade e dos órgãos estatais quanto à proteção ambiental. No âmbito em que a solidariedade quanto aos deveres na conservação do equilíbrio ecológico declara dimensão jurídico-constitucional.

2.1 Estado socioambiental constitucional brasileiro

O embasamento do Estado Socioambiental de Direito, na procura de um desenvolvimento sustentável, encontra respaldo, primeiramente, no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, quando tutela o equilíbrio ecológico ao estabelecer que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de

vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nos dizeres de Antonio Enrique Pérez Luño (1995), o aludido direito constitucionalmente tutelado é fundamental, uma vez que recai de maneira direta na sobrevivência humana, de forma que o ambiente é o conjunto de características externas que compõem o cenário da vida do ser humano.

Compete ao Poder Público, garantir a efetividade desse direito, conforme previsto no §1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, por meio de condutas, listadas em rol exemplificativo, tais como: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético e fiscalizar as entidades de pesquisa e manipulação de material genético (inciso II); definir nas unidades da Federação espaços territoriais a serem especialmente protegidos, (inciso III); exigir na forma da lei para a instalação de obras ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) ao qual se dará publicidade (inciso IV); controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e ao meio ambiente (inciso V); promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública quanto à preservação ambiental (inciso VI); e proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, na forma da lei (inciso VII) (BRASIL, 1988).

São, a bem da verdade, deveres estabelecidos pela Constituição Federal como fundamentais para um Estado Socioambiental de Direito. Além disso, a responsabilidade ambiental, da mesma forma, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 225, §3º, que assim descreve: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (princípio do poluidor-pagador).

Isto posto, confere aos sujeitos (pessoas físicas e jurídicas), na esfera ambiental, a responsabilidade objetiva referente à tutela dos bens ambientais, reivindicando daquele que danifica o meio ambiente, mesmo sem ter a intenção de culpa, a recuperação através da obrigação de fazer ou de não-fazer, e/ou indenização do dano ambiental.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre a política econômica,

ainda prevê a defesa do meio ambiente como princípio de observância obrigatória¹¹⁵.

A Constituição estabelece uma percepção de desenvolvimento ecossocialista contrário ao do capital-expansionista, no qual o desenvolvimento social é medido, fundamentalmente, pelo crescimento econômico sucessivo, pautado na industrialização e progresso tecnológico, em total interrupção envolvendo o meio ambiente e a sociedade (SANTOS, 1997). Pelo modelo ecossocialista, por outro lado,

O desenvolvimento social afere-se pelo modo como são satisfeitas as necessidades humanas fundamentais e é tanto maior, a nível global, quanto mais diverso e menos desigual; a natureza é a segunda natureza da sociedade e, como tal, sem se confundir com ela, tão pouco lhe é descontínua; deve existir um estrito equilíbrio entre três formas principais de propriedade: a individual, a comunitária e a estatal [...] (SANTOS, 1997, p. 336).

Conforme previsto no artigo 170, caput, da CF/88, a justiça social, como embasamento da ordem econômica, orienta a uma gestão democrática quanto ao processo produtivo e ao desenvolvimento do Estado, possuindo, como finalidade, a geração de uma divisão equitativa dos benefícios decorrentes da exploração dos recursos naturais tanto pelo setor privado, como pelo desempenho estatal em âmbito socioeconômico.

Em busca do desenvolvimento sustentável, o Estado socioambiental constitucional brasileiro, em função da interação de direitos fundamentais de natureza social, econômica e ambiental, determina força normativa aos preceitos constitucionais a partir de um modelo interpretativo fundamentado em princípios que garantam, além da legalidade, a totalidade deontológica e sistêmica da tutela ambiental, com o intuito de se evitar alterações que possam danificar o real sentido jurídico-lógico e político-social da Carta Magna.

2.2 Do Constitucionalismo garantista ambiental

Diante desse cenário a Constituição Federal de 1988 coloca em

115 - “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (BRASIL, 1988).

evidência a tutela dos recursos naturais frente à atividade econômica criada pela iniciativa privada ou pelo Estado, em especial quando das prestações de serviços públicos e de infraestrutura, com impactos direto no meio ambiente.

Existem muitas críticas na interpretação fundamentada na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para beneficiar circunstâncias econômicas e da propriedade privada. Refere-se a uma “lógica de mercado”, e não de uma “lógica jurídico-constitucional”. É, de fato, uma alteração que se recria em uma sociedade de risco.

Deste modo, torna-se indispensável constituir um modelo de constitucionalismo contemporâneo fundamentado em premissas que, ao assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como princípio-normativo, manifeste validamente limites à deterioração dos direitos fundamentais relacionados pelos poderes da política e da economia.

Esse constitucionalismo garantista possui embasamento em Luigi Ferrajoli (2007), o qual estabelece como suas premissas a legalidade; completude deôntica; jurisdicionalidade/ justicialidade e acionabilidade.

Define o modelo garantista (MG) como o modelo teórico adequado ao constitucionalismo garantista baseado em quatro princípios ou postulados, dois vinculados às garantias primárias, dois vinculados às garantias secundárias: (a) princípio da legalidade (em sua dupla versão: legalidade lata, formal ou legal, também denominada mera legalidade; legalidade estrita, substancial ou constitucional); (b) princípio da completude deôntica (consistente na obrigação de introdução dos deveres correspondentes aos direitos fundamentais como garantias primárias, através de normas e instituições públicas de garantia, desvinculadas das funções de governo, destinadas a sua obediência – limites dos direitos de liberdade – e satisfação – prestações dos direitos sociais). Garantias primárias. (c) princípio da jurisdicionalidade (se existem garantias primárias deve existir uma jurisdição como garantia secundária que possa corrigir a sua não efetivação ou efetivação insatisfatória por omissão ou comissão); (d) princípio da acionabilidade (se existe uma jurisdição devem existir órgãos públicos voltados à satisfação das garantias primárias por via da judicialização das ações próprias a corrigir os atos omissivos ou comissivos dos Poderes Públicos e privados que tentem contra as garantias primárias) (ZANETTI JR., 2015, p.1371-1372).

Verifica-se que as referidas premissas podem ser aplicados, de maneira adequada, ao constitucionalismo brasileiro, visto que há a ampla judicial review, ou seja, o Poder Judiciário, conforme proposta de Ferrajoli (2007), opera como garantia de segundo grau, provocado pelo Ministério Público ou outro

legitimado – instituições igualmente de garantia de segundo grau –, para defesa da integridade dos direitos fundamentais, reavaliando a proibição do emprego dos precedentes judiciais como fontes formais do direito, em proveito da sua utilização de acordo com a Constituição e leis democraticamente constituídas.

Isso porque são exatamente os precedentes judiciais, aplicados como fechamento racional do ordenamento jurídico, decididos nos casos concretos mas de forma universalizável, que permitem a partir da garantia da segurança jurídica, da confiança legítima, da previsibilidade, da efetividade e da certeza, diminuir o espaço entre a previsão constitucional e legal e sua aplicação prática, implementando através do Judiciário as políticas públicas previstas abstratamente nos instrumentos legislativos direcionados a efetivar os direitos fundamentais todas as vezes que as condutas comissivas ou omissivas, do mercado ou da Administração Pública, frustrarem os mandamentos constitucionais. Trata-se, portanto, de função típica do Poder Judiciário, pelo menos no modelo brasileiro que aceita a ampla *judicial review*, interpretar e garantir o direito em face dos atos desconformes dos demais poderes (ZANETI JR., 2015, p. 1373).

De acordo com esse ponto de vista, a interpretação e aplicação dos princípios são essenciais para o controle da discricionariedade judicial, de modo que são evidentes os limites aos juízes e tribunais. Além disso, são vinculantes com relação aos bens ambientais, sendo sua insubordinação pela atuação jurisdicional, particularmente pelo movimento neoconstitucionalista, um equivocado cenário liberal-relativista do direito, transpondo-se, na realidade, em arbítrio judicial (e não discricionariedade), pré-moderno ou neoliberal fundamentado em valores que não coincidem com o Estado socioambiental de direito previsto na Constituição.

É importante destacar que o ativismo judicial, nessas circunstâncias, com base em um relativismo prejudicial pro mercado, deve ser modificados pela força normativa vinculante da Constituição cujos direitos fundamentais nela estabelecidos tem utilização direta e imediata.

Sugere-se um ativismo constitucional, desde a proteção dos bens ambientais e da em modificação do ativismo judicial deturpado, alegado em enganosa reflexão de princípios, em desacordo evidente de normas de tutela ambiental e da propriedade em sua percepção *latu*, qual seja, desde o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de determinado bem ou serviço (art. 5º, XXII, da CF/88, combinado com o art. 1.228 do Código Civil de 2002 (CC/02)), como o direito ao exercício da atividade econômica, com a apropriação dos fatores de produção (art. 170 da CF/88) (BRASIL, 1988).

Nos dizeres de Herman Benjamin, o controle do ativismo judicial quando contaminado de relativismo em prejuízo dos deveres ambientais estabelecidos pela norma jurídica:

No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. (STJ, Resp. 650.728/SC).

O legislador não consegue prever todas as hipóteses de degradação ambiental, nem mesmo o Executivo estabelecer políticas públicas isentas de adversidades de implementação, por temas orçamentárias, ou mesmo político-administrativas. Todavia, a inexistência ou desempenho deficiente dos mencionados órgãos estatais não valida a liberalidade econômica desmedida, ou mesmo a atuação pública ineficaz quando fiscalizada, ou causando impactos ao meio ambiente, quando de cunho econômico. Nesse cenário, o Judiciário, possui o dever-poder, quando acionado pelo jurisdicionado, de lhe garantir aquele direito ambiental fundamental infringido, ou não declarado por quem é de dever.

Ademais, se o desenvolvimento econômico aparenta ser o único, ou predominante, caminho de contentamento das expectativas precisamente materiais das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, neste mesmo sentido, nada mais correto, que os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das futuras gerações analisem igualmente a índole, o “caminhar somente para a frente”.

A proposta não é recente. Não é de hoje que se sustenta “que a civilização se moveu, move-se e se moverá numa direção desejável”, de acordo com J. B. Bury (1920, p. 2), em sua obra de início do Século XX; a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”. De acordo com esse pensamento, surge o princípio jurídico da proibição de retrocesso, que manifesta uma vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma, constitucional ou não, que vise do cerne um direito fundamental e, ao fazê-lo, evitar, dificultar ou obstruir a sua fruição, sem que sejam formados mecanismos equivalentes ou compensatórios (BENJAMIN, 2012).

3. Breves Comentários Acerca dos Princípios na Esfera do Direito Ambiental

Antes de ingressar na análise acerca dos princípios no direito ambiental, é importante abordar qual é a posição dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico? Essa é a pergunta que os filósofos do direito tentam explicar na atualidade.

Paulo Bonavides (2006, p. 288), ao lecionar sobre os princípios jurídicos no ordenamento jurídico, ressalta que “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade (...) a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie”.

O referido autor afirma que “a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional” (BONAVIDES, 2006, p. 259)

Uma das principais proezas do pós-positivismo incide em resgatar a centralidade dos princípios nos domínios da interpretação judicial, elevados agora à condição de protagonistas e não mais confinados a uma função de triviais coadjuvantes como na fase positivista tradicional.

[...]a jusnaturalista: cuida-se da fase mais antiga, na qual os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; ii) a juspositivista: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhe castrou a normatividade (BONAVIDES, 2006, pg. 259-266).

Assim sendo, indica que o pós-positivismo corresponde aos períodos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se exacerba a hegemonia axiológica dos princípios, versados legitimamente como direito, com força vinculante, que foram alterados em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2006).

Portanto, pode-se resumir que a teoria do sistema jurídico formada pelo binômio regras e princípios, cujo manejo depende de ponderação e

análise de valores teve, na doutrina constitucional brasileira, o reconhecimento de Paulo Bonavides quem, já em 1995, apontava Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus principais protagonistas.

Para descrever a tese, o constitucionalista brasileiro utilizou o termo “pós-positivismo”, cuja premissa contempla a incorporação dos princípios jurídicos e dos valores a eles atrelados e implicaria o abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico: a total separação necessária entre direito e outros valores sociais (BONAVIDES, 2006, p. 259-266).

Como desdobramento de suas novas funções na era do pós-positivismo, os princípios assumem um lugar de protagonista na resolução dos casos difíceis. Segundo Dworkin, nos “hard cases” os juízes devem estabelecer suas decisões com base nos princípios. Normalmente, estes casos destoam dos demais em razão do elevado grau de incerteza quanto ao seu deslanche conclusivo, seja porque se constata a ausência de uma norma pré-existente no ordenamento jurídico que regule aquela situação ou porque, acaso existente pode parecer inadequada para produzir um resultado satisfatório (DWORKIN, 2002).

O referido autor, entende os princípios como normas jurídicas e as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas (DWORKIN, 2002). Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizados como normas jurídicas. E continua:

[...]princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Os princípios contêm somente fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios para a aferição de seu conteúdo concreto. Os princípios não estabelecem de pronto os efeitos de sua aplicação, mas somente condições argumentativas para tanto. Se dois princípios entram em conflito, o que tiver o maior peso ou importância em um determinado caso concreto deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso (DWORKIN 2002, p. 39).

Já as regras “são aplicadas à maneira tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39). Quando um fato exerce controle à regra, ela deve ser empregada; de outro modo, não produz qualquer efeito. As regras oferecem “consequências

jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Deste modo, a subsunção é, o modelo apropriado para a aplicação das regras.

Os princípios possuem, diferentemente das regras, uma proporção de peso ou relevância, e que isso, inevitavelmente, conduzirá a uma discussão referente ao melhor trajeto a se percorrer, devendo o intérprete do direito, no caso real, examinar qual dos caminhos possuirá uma preferência em relação ao outro, por meio de uma ponderação (Dworkin, 2002 p. 42). Ou seja, os princípios são *prima facie*.

Marcelo Novelino faz referência a Ronald Dworkin dizendo que as diferenças existentes envolvendo os princípios e as regras

Enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário (NOVELINO, 2012, p. 127).

Vale ressaltar que o tema dos princípios jurídicos, especialmente sobre a ótica dos designados neoconstitucionalismo e pós-positivismo, marcos teóricos e filosóficos, dominam o cenário jurídico brasileiro há décadas. Para alguns juristas¹¹⁶, proporciona grande prejuízo ao desenvolvimento econômico, social e à sustentabilidade do país, os quais são fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto estado democrático de direito, a teor dos artigos 1º a 4º da Constituição de 1988. Esse dilema acaba se tornando muito discutido na esfera ambiental, onde vigora a principiologização do direito.

A lição de Humberto Ávila (2014), pormenorizada em sua obra *Teoria dos Princípios*, distancia de maneira ímpar as teorias de Dworkin e Alexy, no ponto, de modo que princípios são normas imediatas finalísticas, que não

116 - A principiologização jurídica é risco para o estado democrático de direito. Desse modo, tal qual Streck, afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 25.

HUMBERT. Georges Louis Hage. Princípios da “Vedação ao Retrocesso” e “Prevalência da Norma Mais Restritiva”: mais dois mitos do direito ambiental. Disponível em: <https://www.ambientelegal.com.br/principios-da-vedacao-ao-retrocesso-e-prevalencia-da-norma-mais-restritiva-mais-dois-mitos-do-direito-ambiental/>

descrevem diretamente o comportamento a ser adotado para se conseguir o estado de coisas ideal, no que se diferenciam das regras.

Deste modo, de acordo com o teor da norma — se princípio ou regra — é mais ou menos acentuado o ato de interpretação, pois, a regra já recomenda a atitude a ser adotada, o que não acontece com a outra forma normativa.

As regras são válidas ou inválidas, e as que não são devem ser retiradas do mundo jurídico. No conflito entre regras, apenas uma deve ser reconhecida como válida. Já o conflito entre princípios deve ser solucionado para determinando caso particular, mantendo-se todos sadios no mundo do Direito.

É provável, por exemplo, asseverar que em uma circunstância predomine o princípio constitucional da preservação da intimidade e da vida privada em prejuízo do, também constitucional, princípio da liberdade de expressão, vedada a censura — comumente realizado na publicação de biografias não autorizadas — e que em outra ocasião a decisão seja perfeitamente adversa.

A doutrina, inúmera uma vasta quantidade de compreensões de princípios. Para determinados autores, eles possuem força normativa; para outros, são apenas regras de pensamento. Ainda merece destaque, que os princípios podem ser implícitos, explícitos, inferiores, superiores etc. Segundo o doutrinador ambientalista Édís Milaré (2004, p. 136), ao tratar da conceituação do princípio, “a palavra princípio, em sua raiz latina última, significa aquilo que se torna primeiro (*primum capere*), designando início, começo, ponto de partida”.

Isto posto, no interesse de legitimar o Direito do Ambiente como esfera autônoma da ciência jurídica, os juristas têm se debruçado no reconhecimento dos princípios que alicerçam o desenvolvimento da doutrina e que dão constância aos seus entendimentos (MILARÉ, 2004, p. 136).

Vale ressaltar que o direito ambiental é uma ciência nova, autônoma. Essa autonomia lhe é assegurada porque o direito ambiental detém os seus próprios princípios norteadores, presentes no art. 225 da Constituição Federal (FIORILLO, 2009, p. 26).

Deste modo, será apresentado o Princípio da Vedação do Retrocesso Ambiental¹¹⁷.

¹¹⁷ - Alguns doutrinadores associam esse princípio às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. “(...) garantia constitucional implícita, com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2012, p. 63).

Compreende-se por vedação ao retrocesso ambiental uma proteção contra mudanças legislativas - ou mesmo administrativas - que restrinjam a proteção de um direito fundamental que tenha sido adquirida em determinado tempo histórico. De acordo com Anizio Pires Gavião Filho (2005, p. 83.), utilizando-se essa garantia, “uma vez concretizada uma norma constitucional, será vedado ao legislador ordinário o retrocesso à situação de estado anterior”.

O primeiro ponto que se refere quanto à proibição do retrocesso é se realmente tal critério tem embasamento constitucional e deve ser empregado com peso argumentativo no exame da constitucionalidade das leis ambientais. Respondida essa questão de maneira positiva, o segundo ponto se debruça sobre os eficientes contornos desse princípio. Ou seja, é necessário possuir entendimento sobre quando e em que medida a ele se pode recorrer.

De acordo com Marcelo Casseb Continentino (2015), o surgimento da doutrina da vedação ao retrocesso social se remete à década de 70, ocasião em que a Alemanha passou por uma crise econômica que teria sido sobrecarregada pelo enorme custo do Estado Social. Essa crise fez aparecer debates voltados para a hipótese de se restringir o alcance dos direitos sociais já garantidos. A discussão adquiriu força naquele país, uma vez que, a Lei Fundamental de Bonn não estabelecia um rol de direitos sociais, os quais haviam sido reconhecidos pela legislação infraconstitucional.

Deste modo, inicialmente, não existia proteção constitucional contrariamente à sua supressão, sendo suficiente uma pequena mudança legislativa. A vedação ao retrocesso surgiu exatamente como uma maneira encontrada para blindar esses direitos da atuação do legislador ordinário.

Observa-se que no ordenamento jurídico brasileiro o cenário é bem diferente, tendo a Constituição de 1988 estabelecido um vasto rol de direitos sociais. Ainda assim, parece existir um movimento da doutrina nacional em admitir que a vedação do retrocesso social - e de maneira mais recente da vedação ao retrocesso ecológico - tem também por aqui embasamento constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p 67), defendem a existência do referido princípio ao associá-lo aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da confiança. Existem autores que associam esse princípio às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

De outro modo, verifica-se o posicionamento de autores, tanto na doutrina nacional como na estrangeira, que resistem à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental e rejeitam seu fundamento constitucional.

No Brasil, segundo a autora Susana Toledo de Barros (1996. p 163),

esse princípio esbarra no princípio da autonomia do legislador. Em Portugal, é conhecido o posicionamento restritivo de José Carlos Vieira de Andrade. Para referido autor, “a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição” (1976, p. 408). Também, merece destaque a posição de Joaquim José Gomes Canotilho que, mesmo sendo um dos precursores do tema em língua portuguesa, vem indicando em seus trabalhos mais recentes para a ausência de sustentação do referido princípio, como se pode verificar no trecho abaixo:

O rígido princípio da <não reversibilidade> ou, em formulação marcadamente ideológica, o <princípio da proibição da evolução reacionária>, pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de <menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos>, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social (CANOTILHO, 2008, p. 110- 111).

Ainda, mesmo entre os autores que admitem o princípio da vedação do retrocesso, há necessidade de uma limitação conceitual mais clara, existindo discordância entre eles neste aspecto. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012), por exemplo, atribuem a esse princípio um conceito abrangente, compreendendo que a vedação funcionaria como uma blindagem contra qualquer retrocesso que possa comprometer os direitos fundamentais, como se observa na passagem abaixo:

[...] garantia constitucional implícita, com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança, objetivando ‘blindar’ as conquistas legislativas – e, em certa medida, também as administrativas – no âmbito dos direitos fundamentais socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer o gozo e o desfrute de tais direitos. Tal garantia evidencia o processo evolutivo e cumulativo que subjaz ao reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da trajetória histórico-constitucional, de modo a implicar uma cada vez mais ampla e intensa tutela da dignidade da pessoa humana, incluindo uma blindagem (sempre relativa) contra qualquer retrocesso que possa comprometer os direitos fundamentais, aqui com destaque para os direitos socioambientais, de modo especial no que diz com a salvaguarda de seu núcleo essencial, inclusive naquilo em que tenham sido objeto de concretização na esfera infraconstitucional. Além do mais, não há como negligenciar (e aqui se poderia falar de uma espécie

de dupla face normativa da garantia constitucional em questão) que em matéria de realização (eficácia social) dos direitos socioambientais se registra um dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 63).

Ainda assim, é importante observar que os próprios autores identificam que essa garantia é relativa, admitindo, deste modo, seu distanciamento em certos acontecimentos. Porém, sustentam a existência de um núcleo essencial absoluto para o direito fundamental ao meio ambiente que impediria a mudança de leis que tenham colaborado para sua concretização (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 68).

A proibição de retrocesso, mesmo que não se encontre, com nome e sobrenome, celebrada na Constituição Federal, nem nas normas infraconstitucionais, e mesmo diante de sua relativa inexistência, como visto anteriormente, solidificou-se como princípio geral do Direito Ambiental.

Presta-se a ser alegada na apreciação da legitimidade de iniciativas legislativas designadas a restringir o patamar de tutela legal do meio ambiente, sobretudo naquilo que prejudique em particular: a) processos ecológicos essenciais; b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso e c) espécies ameaçadas de extinção (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 69).

O princípio da proibição de retrocesso não surge, portanto, como consequência de referência em dispositivo específico e isolado; todavia, se encontra como um princípio sistêmico, que se estabelece e resulta da leitura conjunta e diálogo multidirecional das normas que constituem a totalidade do arcabouço normativo do Direito Ambiental. Ademais, configura princípio geral, uma vez que os suportes e conteúdo ecológicos da proibição de retrocesso estão explicitamente declarados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras, uma vez que a legislação ambiental e a jurisprudência optaram por esse “caminhar somente para a frente” (BENJAMIN, 2012).

Observa-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, em torno de bem revelados e fixos núcleos jurídicos duros (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que não aceitam ser desprezados ou desobedecidos pelo legislador, administrador ou Juiz, genuínos imperativos jurídico-ambientais mínimos, conforme previsto no artigo 225, § 1º, I, II e VII: as obrigações de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”; “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”; “proteger a fauna e a flora”; e impedir “práticas

que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (BRASIL, 1988).

É considerado princípio geral, porque tanto a legislação¹¹⁸ (a Lei 6.938/1981, p. ex.) como a jurisprudência¹¹⁹ brasileiras reconhecem, o princípio da melhoria ambiental. Estabelecer, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até afirmar mais do que pretende o princípio da proibição de retrocesso, pois, não será suficiente preservar ou conservar o que já existe, determinando melhorar, avançar (= progresso) no espaço do que já foi um dia ecológico, e se extinguiu, ou atualmente se encontra destruído, e, se não protegido de modo correto, de maneira breve ou futura irá desaparecer (BENJAMIN, 2012).

Se dinâmico e relativo, o princípio cumpriria a lógica do controle de proporcionalidade, o que impediria, na ausência de motivos imperiosos ou justificativa concludente, uma redução do nível de proteção jurídica. Como consequência, terá, sempre, de se exigir do legislador rigorosa motivação de inocuidade da regressão realizada – a manutenção do status quo de tutela dos bens jurídicos em questão.

De outro modo, deve-se asseverar a equidade material envolvendo a fórmula legal anterior e a recomendação, a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada, abrindo-se, para o Juiz, fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que se imiscuir nas escolhas políticas.

3.1 Hermenêutica Intergeracional e Controle Judicial do Retrocesso Ambiental

Na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas constitucionais, sejam princípios ou regras. Além disso, até mesmo a identificação de princípios

¹¹⁸ - Segundo a Lei 6.938/81, “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, caput).

¹¹⁹ - O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., já se pronunciou no sentido de que “Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretenso direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie” (REsp 769753/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011).

passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos.

Para Gomes (2021, p. 207) ao intérprete é importante ter entendimento de sua pré-compreensão e preconceitos (no sentido negativo destes) e continua:

[...] deve nova pré-compreensão, num processo circular e espiral infinito de contínua abertura de horizonte – graças às “fusões de horizontes” – para compreender cada vez melhor o seu papel, nas circunstâncias jurídicas, políticas e sociais que atua e com as quais se encontra comprometido.

É necessário possuir a compreensão da relatividade dos métodos de interpretação, em razão da oportunidade que possui o intérprete de optar dentre os vários métodos presentes aquele ou aqueles que lhe aparentam mais adaptados à sua argumentação (GOMES, 2021, p. 308-309).

As escolas, métodos e princípios hermenêuticos compõem um acervo de experiência e conhecimento jurídicos que não deve ser menosprezado, porém bem utilizado. Toda interpretação de um texto normativo deve levar em conta a possível complementariedade dos vários procedimentos interpretativos, tais como: literal, lógico, sistemático, histórico-evolutivo, teleológico, sociológico. São perspectivas indispensáveis, embora não suficientes, para se lidar com o fenômeno jurídico fazer deste um caminho para a Justiça. Têm a ver com a linguagem, o pensamento, a história, a teleologia, o contexto social. E, por isso, revelam dimensões não apenas do Direito, mas também, do próprio ser humano. Métodos e princípios não solucionam por si nenhuma questão jurídica. Contudo, se adequadamente compreendidos em suas possibilidades e limitações podem apontar caminhos para se chegar à melhor interpretação (GOMES, 2021 p. 314).

De acordo com o Ministro Herman Benjamin (2012), no controle judicial de retrocesso ambiental é importante lembrar que os impactos ambientais, tendo como perspectiva valor social, não advém de taxaço das futuras gerações, tais responsabilidades que da sua exigência política os descendentes não participaram. Não é uma tarefa simples ao Juiz da pequena e longínqua comarca, nem ao dos Tribunais de apelação, do STJ e do STF, chegar a juízo de valor que decorra de um balanceamento equânime envolvendo os prós e contras – materiais e imateriais, econômicos e ecológicos – de decisão legislativa ou política de implementação do presente, onde as consequências prejudiciais só se manifestarão por completo no futuro, até o mais remoto.

Na realidade, o magistrado, no traçado da Constituição de 1988,

é convidado a fazer supostos juízos, numa dimensão de complexidade que ultrapassa a categoria dos lucros cessantes, tão comuns nas ações de responsabilidade civil. Esse trabalho se demonstra mais difícil quando o suposto juízo transpõe o caso concreto traduzido na lide, ao demandar uma apreciação no texto da lei, de sua índole geral, do grau de proteção ou desproteção de inteiros habitats. Os magistrados também devem ter em mente que as ferramentas do Direito Ambiental não danificam, nem ameaçam a produtividade do Brasil e a velocidade de sua inserção entre as grandes economias do Planeta; sequer pesam na capacidade financeira do Estado ou se mostram como contrabando legislativo, motivado de um legislador que não possui juízo, bom senso ou irresponsável (BENJAMIN, 2012).

Ao contrário, se introduzem na extensão da função social e da função ecológica da propriedade, estabelecidas na Constituição de 1988 (arts. 5º, XXIII, e 186, II, respectivamente). Por conseguinte, restringir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que outorgar enorme estímulo econômico a quem não podia examinar partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passa a podê-lo (BENJAMIN, 2012).

No cenário da proteção jurídica ambiental, o retrocesso legislativo produzirá grandes consequências para as presentes e futuras gerações, possivelmente irreversíveis. É a deterioração da lei levando à degradação ambiental.

4. Conclusão

Em uma sociedade de risco, é impossível distanciar a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em decisões judiciais, da análise do poder econômico e de mercado e, isso faz com que seja primordial, partindo de um constitucionalismo ambiental garantista, o estabelecimento de limites e vínculos para a jurisprudência ativista brasileira, quando do exercício da discricionariedade judicial, aceita, hodiernamente, pelo sistema normativo-constitucional fundada em princípios e regras, o que permite a obtenção de um real Estado Socioambiental de Direito.

Consequência da degradação ambiental e dos impactos gerados pelo descarte de resíduos decorrentes do processo produtivo-econômico – algo

necessário para o desenvolvimento social – foi o surgimento do chamado Estado de Direito pautado em uma dimensão ecológica que prioriza a proteção dos direitos, incluindo-se os ambientais.

Assim, forma-se o que se convencionou denominar de Estado Socioambiental de Direito, decorrência desse valor ecológico arraigado na Constituição Federal, que se consubstancia como um marco jurídico-constitucional.

Em uma sociedade de risco, evidencia-se, portanto, que o conhecimento científico e tecnológico, passa a ser a maior ameaça à manutenção e à vida da própria espécie humana, juntamente com todo o ecossistema, razão pela qual se faz necessária, para salvaguardar a própria vida, o desenvolvimento de mecanismos jurídicos voltados para garantir o desenvolvimento, sem, entretanto, sacrificar o bem-estar social, a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que há necessidade do desenvolvimento de um novo processo de reindustrialização e democratização tecnológica, com a devida importância voltada para a proteção ambiental.

É diante deste quadro que a Constituição Federal consagra a proteção dos recursos naturais quando comparados com o desenvolvimento da atividade econômica, de modo que, sem que se esqueça da importância dessa para o desenvolvimento da sociedade, não se sacrifiquem aqueles, que servem como pressuposto da própria vida.

É fato que há diversas críticas quando se fala na interpretação das normas jurídicas com maior ênfase para o Direito ambiental, sobretudo quando pautada na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para colocar em segundo plano as circunstâncias econômicas e da propriedade privada, que movem o mundo moderno.

Entretanto, por se tratar de realidade existente atualmente no mundo jurídico, ganhou a denominação de constitucionalismo garantista que estabelece como seus postulados a legalidade; completude deôntica; jurisdicionalidade/ justicialidade e acionabilidade, de modo que, considerando a existência da previsão constitucional de proteção ao meio ambiente, faz-se necessária a existência de garantias que permitam que as questões sejam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, a quem compete, por excelência, a tarefa de hermenêutica.

E, considerando a atuação mais liberal do Poder Judiciário quando da tarefa de criação do próprio Direito, mostra-se demasiadamente relevante a interpretação e aplicação dos princípios como algo essencial para o controle

dessa discricionariedade judicial, se revelando como verdadeiros limites aos juízes e tribunais.

Além disso, são vinculantes com relação aos bens ambientais, sendo sua insubordinação pela atuação jurisdicional, particularmente pelo movimento neoconstitucionalista, um equivocado cenário liberal-relativista do direito, transpondo-se, na realidade, em arbítrio judicial (e não discricionariedade), fundamentado em valores que não coincidem com o Estado socioambiental de direito previsto na Constituição.

É importante destacar que o ativismo judicial, nessas circunstâncias, com base em um relativismo prejudicial em prol mercado (degradação ambiental fundamentada em condições determinadas como “fato consumado” ou mesmo *periculum in mora* (in) reverso deve ser modificado pela força normativa vinculante da Constituição, cujos direitos fundamentais nela estabelecidos têm utilização direta e imediata.

Sugere-se um ativismo constitucional, a partir da proteção dos bens ambientais e da em modificação do ativismo judicial deturpado, alegado em enganosa reflexão de princípios, em desacordo evidente de normas de tutela ambiental e da propriedade em sua percepção *latu*.

Na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas constitucionais, sejam princípios ou regras. Além disso, até mesmo a identificação de princípios passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos.

Entretanto, no que toca à interpretação e criação das normas, quando um dos valores em jogo é a tutela ao meio ambiente, por tudo o que se viu, a melhor – e única – interpretação viável capaz de salvaguardar os valores objetivamente descritos na Constituição Federal, é aquela que, a despeito do desenvolvimento econômico e social, proteja o meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque, ao interpretar assim, o hermeneuta, em última análise está protegendo a própria vida em todas as suas formas e, conseqüentemente, dando ênfase maior ao princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro do sistema normativo constitucional vigente.

Referências:

- ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 408.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROS, S. T. de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996. p 163.
- BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENJAMIN. A. H. **Princípio de proibição de retrocesso ambiental**. In. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.
- BURY, J.B., *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co, 1920.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CONTINENTINO, M. C.. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorioconstitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf> . Acesso em: 15 dez. 2021.
- DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.
- FERRAJOLI, L. **Principia iuris: teoria del diritto e teoria dela democrazia**. Roma/Bari: Laterza, 2007.

FREITAS, J. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAVIÃO FILHO, A. P. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, S. A. **Hermenêutica Constitucional: Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. (2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2021.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 20 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, B. S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

ZANETI JR., H. **Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente**. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional: novo direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II (Coleção Doutrinas Essenciais).

**DIREITO FUNDAMENTAL
AO TRABALHO DIGNO NO
MUNDO GLOBALIZADO: DA
PRECARIZAÇÃO DO MEIO
AMBIENTE DE TRABALHO**

Franciele Barbosa Santos
Lillian Zucolote de Oliveira

CAPÍTULO
12

1. Introdução

O trabalho humano adquire posição central na vida da grande maioria das pessoas, haja vista que é por meio dele que o ser humano não só busca o seu sustento, mas também a sua realização pessoal, a construção da própria identidade, a integração e o reconhecimento social. Diante disso, é que o trabalho é concebido como elemento de concretização do homem e da sua própria dignidade. Nesse viés, é inegável que a existência digna do ser humano está intrinsecamente ligada à garantia do trabalho digno em ambiente seguro e equilibrado.

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito ao trabalho foi erigido ao status de direito fundamental e impôs-se o dever de que o trabalho seja estruturado em consonância com os princípios da valorização do trabalho, da justiça social e da função social da propriedade em prol da consagração da dignidade do trabalhador. Contudo, o que se vê no plano fático é a construção de ambientes de trabalho pautados na lógica do capital, na obtenção do lucro em detrimento do ser humano, no agravamento das desigualdades sociais e na exploração do trabalhador.

Nesse ínterim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a precarização do meio ambiente de trabalho e a consequente dificuldade da concretização da dignidade do trabalhador. A pesquisa se justifica diante da possibilidade de o ambiente de trabalho poder ser tanto o local de concretização quanto de violação de direitos fundamentais, a depender das condições em que se estrutura.

A pesquisa terá cunho teórico e será desenvolvida à luz do método dedutivo. Para tanto, será realizada a pesquisa exploratória a partir da revisão bibliográfica de importantes doutrinadores pátrios que tratam acerca do Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito-Civil Constitucional, bem como da pesquisa documental por meio do exame de documentos legislativos do ordenamento jurídico brasileiro. A fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho está estruturado em quatro partes. A primeira tratará acerca do caminho percorrido até a consolidação do trabalho como expressão da dignidade humana e como direito fundamental merecedor de especial proteção. A segunda parte abordará sobre a proteção constitucional conferida ao trabalhador. A terceira e quarta parte se voltará para o estudo da precarização do ambiente de trabalho, bem como ações para a efetivação da dignidade humana nas relações laborais.

2. Evolução valorativa do trabalho humano: de castigo a direito fundamental

Ao longo dos anos as concepções em torno do valor do trabalho se alteraram reiteradamente a depender dos fenômenos jurídicos, econômicos, sociais e religiosos presente em cada época. Diante disso, mostra-se relevante o estudo acerca do caminho percorrido até a consolidação do trabalho como expressão da dignidade humana e como direito fundamental merecedor de especial proteção.

É inegável que a origem do trabalho humano está intimamente relacionada com a gênese do próprio homem haja vista que, ainda que inconscientemente, o homem se viu compelido desde sempre a buscar sua sobrevivência. Durante a Idade Antiga, especificamente em relação à sociedade grega ateniense, o trabalho era visto como humilhante e desprezível. Segundo Benjamin Constant (1985, p. 11-14), os povos antigos valorizavam sobremaneira as questões públicas de modo que tinha especial relevância atos como deliberar em praça pública, votar leis e examinar contas. Diante disso, era essencial que os cidadãos atenienses se mantivessem livres do trabalho e se dedicassem exclusivamente à política, razão pela qual se valiam da exploração do trabalho escravo.

Na Idade Média, os escravos foram substituídos pelos servos, os quais eram caracterizados pelo fato de serem trabalhadores que estavam hereditariamente ligados a uma terra ou a um senhor feudal. Durante esse período, o trabalho foi concebido como um castigo. A Idade Média chegou ao fim no século XV em decorrência da expansão do capitalismo, da ascensão da burguesia e do crescimento das relações comerciais. Nesse contexto, interessava a nova classe política (burgueses) a existência de mão de obra vasta e livre para contratação (CALIXTO, 2021, p. 30-31).

Inicia-se, assim, a Idade Moderna marcada a princípio pela preponderância do Estado Absolutista caracterizado pela defesa do poder absoluto do monarca sobre o Estado. Contudo, posteriormente, a partir do desenvolvimento do Iluminismo e da Revolução Industrial, nota-se a expansão das ideias liberais. Nesse contexto, o Estado Liberal se estrutura como uma reação ao Estado Absolutista, sendo caracterizado pela defesa da mínima intervenção estatal e da liberdade (quase que absoluta) de contratar. Nesse sentido, destaca-se o sociólogo e economista Max Weber que, influenciado pela visão protestante, contribuiu para que o trabalho deixasse de ser visto

como um castigo e passasse a ser valorizado. A visão weberiana esteve presente na Revolução Industrial e concorreu para o desenvolvimento do capitalismo ao consolidar o trabalho como fator de desenvolvimento econômico e social (HANSEN, 1999, p. 170).

Nesse contexto, instaurou-se nova dinâmica social pautada no consumo, acumulação de riquezas, agravamento das desigualdades sociais e exploração do trabalhador. Os contratos trabalhistas sob a ótica do liberalismo clássico e da autonomia privada “tornavam as relações de trabalho objeto de mercantilização”, de modo que o ambiente de trabalho era marcado por jornadas exaustivas, atividades insalubres, condições subumanas, baixa remuneração e escassas normas trabalhistas (CALIXTO, 2021, p. 52).

Diante disso, constatou-se que a abstenção do Estado se mostrou insuficiente para solucionar os problemas gerados durante a expansão do capitalismo e do desenvolvimento de novos meios de produção. Assim, o Estado deixa de ser visto como a única ameaça aos direitos fundamentais e torna-se evidente que a atuação dos particulares (especialmente aqueles com amplo poder social e econômico) sem qualquer restrição abre espaço para o cometimento de excessos e criação de situações injustas e degradantes, especialmente quando não há simetria entre os contratantes, tal como ocorre nas relações trabalhistas.

Referido quadro evidenciou a necessidade da adoção de medidas direcionadas à proteção do ser humano. Emerge, assim, o Estado Social¹²⁰ voltado para a reformulação do liberalismo clássico e busca da justiça social visando o desenvolvimento da pessoa humana (SILVA, 2012, p. 117). Nesse sentido, destaca-se o cenário pós-Primeira Guerra Mundial marcado pela inclusão, nas constituições, dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), entre eles o direito ao trabalho (merece destaque a Constituição do México de 1917 e Constituição de Weimar de 1919).

Progressivamente a inclusão de direitos sociais nos textos normativos se expandiu, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período no qual se constata “não só a incorporação de normas justrabalhistas, mas, principalmente, diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano que labora empregaticamente para outrem”, tal como se observa nas constituições da França, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha. Nota-se, assim, que a proteção aos trabalhadores é retirada da esfera contratualista

¹²⁰ - Ao longo dos anos e das transformações econômicas, políticas e sociais, o Estado Social se consagrou como Estado do Bem-Estar Social e posteriormente como Estado Democrático de Direito.

sob a ótica do liberalismo e consolidada como direito humano fundamental (DELGADO, 2007, p. 110; CALIXTO, 2021, p. 59).

Nesse contexto, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que erigiu, no artigo 1º, a dignidade humana como o valor central que deve fundamentar tanto o direito internacional quanto o nacional. À vista disso, Flávia Piovesan (2004, p. 87) afirma que referido documento “ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos”. Dinaura Gomes (2017, p. 29) segue esse entendimento ao afirmar que essa Declaração tem como “núcleo central o respeito à dignidade da pessoa humana” de modo que viabiliza a “reconstrução da sociedade, no âmbito dos Estados-partes e em prol da defesa de todas as pessoas”.

Nesse sentido, ressaltam-se os ensinamentos de Ingo Sarlet (2006, p. 41) acerca da conceituação de dignidade humana ao afirmar que a dignidade é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais”. Sendo assim, basta a condição humana para que o sujeito seja titular de direitos.

De acordo com Piovesan (2004, p. 92-93), a dignidade da pessoa humana configura-se como sendo o próprio sentido da ordem jurídica de modo que se consagra como “verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno” diante do fato de ser o valor central de todo o sistema normativo. Nessa linha, Sergio Gomes (2015, p. 4) entende que a preservação da dignidade da pessoa humana é requisito essencial para a construção de uma sociedade democrática.

Ainda, em relação à Declaração de 1948, é importante destacar que ela também é considerada como o marco da universalização dos direitos relativos ao trabalho humano, especialmente em face dos direitos dispostos no artigo 23 que prevê o seguinte (LA CUEVA, 1969, p. 10):

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.
4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Assim, a partir da Declaração de 1948, “esses direitos trabalhistas adquiriram a natureza de direitos humanos” e paulatinamente foram inseridos nos ordenamentos jurídicos internos (GOMES, 2017, p. 30). Nesse contexto, o trabalho passa a ser concebido como elemento fundamental na concretização da dignidade do homem e da justiça social. No Brasil, o ápice da consolidação dos direitos fundamentais do trabalho se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. Direito fundamental ao trabalho digno e ao meio ambiente de trabalho equilibrado

A dignidade da pessoa humana configura-se como o princípio orientador de todo o sistema normativo brasileiro, sendo inclusive um dos fundamentos da República Federativa do Brasil por força do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Diante disso, é inquestionável que o princípio da dignidade deve orientar o Direito do Trabalho¹²¹.

Segundo Dinaura Gomes (2018, p. 229), a principal finalidade do Direito do Trabalho é equilibrar a relação assimétrica existente entre empregado e empregador que em face do sistema capitalista de produções é desprovida, desde a sua origem, de qualquer igualdade econômica e social. Sendo assim, o Direito do Trabalho deve servir como instrumento de democratização da sociedade, mecanismo de garantia do tratamento digno ao trabalhador, bem como ferramenta capaz de assegurar o império da lógica da dignidade e não da lógica do mercado.

Nesse esteio, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º elevou o trabalho ao status de direito social, o que impõe ao Estado o dever de adotar condutas positivas visando a sua concretização. Imperioso ressaltar que o direito ao trabalho não se resume meramente ao direito a um posto de trabalho, mas vai além, conforme se extrai a partir da análise conjunta dos princípios constitucionais do trabalho, são eles: o princípio da dignidade humana, da valorização do trabalho, da justiça social e da submissão da propriedade à função socioambiental. Em consonância com o que foi anteriormente explanado, o princípio da dignidade humana representa o valor central do ordenamento jurídico brasileiro.

121 - É importante esclarecer que a expressão “Direito do Trabalho” representa o direito social voltado à proteção do trabalhador em face da sua condição de hipossuficiência, enquanto que a expressão “direito ao trabalho” diz respeito a um direito individual subjetivo.

Nesse sentido, é inegável que a existência digna do ser humano está intrinsecamente ligada à valorização do trabalho, haja vista a centralidade do trabalho na vida da ampla maioria das pessoas o que faz com que sem a devida valorização do trabalho seja impossível a realização plena da dignidade do trabalhador. Segundo Maurício Delgado (2007, p. 16), o princípio da valorização do trabalho é reiteradamente enfatizado pela Carta Magna. Em suas palavras:

Desde seu “Preâmbulo” essa afirmação desponta. Demarca-se, de modo irreversível, no anúncio dos “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil e da própria Constituição (Título I). Especifica-se, de maneira didática, ao tratar dos “direitos sociais” (arts. 6º e 7º) – quem sabe para repelir a tendência abstracionista e excludente da cultura juspolítica do País. Concretiza-se, por fim, no plano da Economia e da Sociedade, ao buscar reger a “Ordem Econômica e Financeira” (Título VII), com seus “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (art. 170), ao lado da “Ordem Social” (Título VIII) e sua “Disposição Geral” (art. 193).

O princípio da valorização do trabalho é de especial relevância diante do fato de o trabalho representar muito mais do que a busca pelo sustento material, mas simbolizar também a busca pela realização pessoal, a construção da própria identidade, a integração e o reconhecimento social. Ou seja, o trabalho deve ser entendido como elemento de concretização do homem. Diante disso é que, sob a vigência do Estado Democrático de Direito, é inaceitável que o trabalho seja tratado como mera mercadoria e o trabalhador como objeto voltado à consecução de lucro.

Nesse sentido são os ensinamentos de Immanuel Kant ao conceber que os seres racionais jamais devem ser tratados simplesmente como meios, mas sempre como fins em si mesmos. Nas palavras de Kant (1995, p. 76-77):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente então ela tem dignidade. [...] O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades, anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade.

Nota-se, assim, que a valorização do trabalho está intimamente relacionada com a garantia do trabalho digno, de modo que referido princípio só restará concretizado nos casos em que o trabalho for prestado em condições dignas. Nesse esteio, imperioso destacar o conceito de trabalho decente formalizado em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Segundo a OIT (online):

[...] o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, insere-se também o direito ao trabalho em condições salubres e seguras, ou seja, o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado. É importante esclarecer que o termo “meio ambiente” abrange tanto aquele que é composto por aspectos naturais como aquele construído pela ação do homem de modo a abarcar o meio ambiente do trabalho. Além disso, ressalta-se que o ambiente de trabalho não se limita ao espaço físico da empresa, mas abrange todo o conjunto de elementos que se inter-relacionam com o trabalhador e são capazes de afetar a sua saúde física e mental.

As condições de trabalho dizem respeito a todos os elementos físicos, químicos ou biológicos que envolvem o exercício do labor, o local e suas características. A organização da atividade se volta para os processos estabelecidos e destinados à sua execução, o ritmo do trabalho, as metas, os movimentos exigidos. Por derradeiro e, exatamente por se considerar a pessoa humana que trabalha, não há ignorar, enquanto fator de risco do meio ambiente de trabalho, as relações interpessoais, das quais podem emergir agentes agressores, em especial à saúde mental e social (PEREIRA, 2019).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido a todos os indivíduos por força do artigo 225 da Constituição Federal, sendo que o artigo 200, inciso VIII do referido diploma legal prevê expressamente como competência do sistema único de saúde a colaboração na proteção do meio ambiente, no qual é compreendido o do trabalho. A título de definição e enquadramento doutrinário, é interessante destacar que o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado é um direito fundamental de terceira geração marcado pela sua natureza coletiva e transindividual, enquanto que o direito

ao trabalho é um direito de segunda geração.

O ambiente de trabalho será equilibrado quando for capaz de assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, ou seja, um ambiente apto a proteger a integridade física, moral e psicológica do trabalhador. É inegável que a dignidade humana, consagrada como o valor norteador do Direito do Trabalho, somente será salvaguardada por meio da garantia de um ambiente de trabalho equilibrado e seguro.

Feitas as devidas considerações acerca dos princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho passa-se para a análise do princípio da justiça social previsto no artigo 1º, inciso IV, artigo 3º, inciso I e III, artigo 170 e artigo 193 da Constituição Federal. Referido princípio reafirma o caráter social do Estado Democrático de Direito e impõe ao Estado a obrigação de retificar as injustiças sociais. Além disso, a leitura conjunta dos artigos citados permite concluir também que a ordem econômica deve ser sempre orientada para o bem comum e a consagração da justiça social, de modo que o desenvolvimento econômico jamais poderá se dar em detrimento da dignidade da pessoa humana, mas sim em prol desta.

Constata-se, pois, que as relações entre empregado e empregador deverão se estruturar em consonância com os princípios da valorização do trabalho e da justiça social em prol da consagração da dignidade da pessoa humana. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro condiciona o direito à propriedade à sua função social e, na mesma medida, à função ambiental. O princípio da função social da propriedade está previsto especialmente nos artigos 5º, inciso XXIII, e artigo 170, inciso III, da Constituição Federal.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que, em que pese o sistema normativo brasileiro consagre o direito à propriedade privada (artigo 5º, caput, da Constituição Federal) e estabeleça a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal), os condiciona ao cumprimento de determinados requisitos, tais como: o dever de utilizar a propriedade como instrumento de realização do bem-estar comum e da concretização da justiça social.

Sendo assim, o princípio da função social relativiza o direito à propriedade, haja vista que “os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (SILVA, 2012, p. 275). Referido princípio deve ser interpretado de forma ampla a fim de abranger também a propriedade dos meios de produção, ou seja, a empresa. De acordo com José Afonso da Silva (2012, p. 780) a função social da propriedade é plenamente

aplicável à empresa, razão pela qual será inconstitucional toda e qualquer prática empresarial voltada à obtenção de lucro em detrimento do trabalhador:

O art. 170, III ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, caput), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial.

A partir da análise dos quatro principais princípios do trabalho, é possível constatar que o direito fundamental ao trabalho não se resume meramente ao direito a um posto de trabalho, mas abrange também o direito ao trabalho digno e decente, o direito ao trabalho em ambiente sadio e seguro, o direito a não discriminação, o direito ao recebimento de salários equitativos, sendo que toda prática empresarial deverá estar voltada para a concretização da dignidade humana do trabalhador.

No entanto, mesmo diante da ampla proteção constitucional e infraconstitucional, o que se vê no plano fático é a reiterada violação dos princípios elucidados anteriormente. Diante disso, é que o próximo tópico se voltará para a análise da precarização do meio ambiente do trabalho.

4. Da precarização do meio ambiente do trabalho

Em que pese as proteções e garantias previstas ao trabalhador, violações aos direitos humanos e fundamentais do cidadão são comuns no meio ambiente de trabalho, o que de fato gera entraves à concretização da dignidade humana. Importante ressaltar que a dignidade humana é um princípio basilar da República Federativa Brasileira, o qual orienta as demais áreas. Assim, medidas devem ser tomadas em todos os setores com o intuito de que, direta ou indiretamente, seja promovida a realização da pessoa em sua integralidade e, ao mesmo tempo, haja a prevenção de qualquer tipo de ofensa aos direitos basilares da pessoa humana.

Ocorre que, com o avanço do neoliberalismo e consequente

influência das principais economias mundiais, o ser humano passa a ser relativizado. Isso acontece diante da centralização do capital nas mãos de grandes conglomerados, da especulação do mercado financeiro, bem como em face da globalização. Nesse contexto, vislumbra-se maior enfoque ao capital e crescimento econômico do que propriamente ao ser humano, razão pela qual “[...] a proteção e a efetiva realização dos direitos humanos são ainda consideradas um desafio no hodierno mundo do trabalho, diante de frequentes ocorrências de violação dos mesmos”. Dessa forma, mesmo que existam medidas que assegurem que grandes conglomerados, multinacionais e demais empresas atuem de forma a garantir os direitos dos trabalhadores, as condições de degradação do meio ambiente do trabalho ainda perduram (CALIXTO, 2021, p. 66; GOMES, 2018, p. 225).

A globalização derruba fronteiras, integra economias e costumes, mas ao mesmo tempo é necessário avaliar de que modo a globalização econômica afeta as relações de trabalho. Ressalta Dinaura Gomes (2018, p. 225-226) que a transnacionalização da economia tem gerado a diminuição da capacidade do Estado-nação de promover justiça social, uma vez que tende a satisfazer outras exigências, o que gera também a desvalorização do trabalho humano e consequente condições indignas para o trabalhador.

Por se tratar de economias transnacionais, o intuito principal é o lucro, a sua promoção. Em razão da ausência de fronteiras, já não é mais necessário que a cadeia produtiva se forme em um único local, as empresas, então, buscam estruturar a sua cadeia produtiva em locais que possuam maiores vantagens econômicas e com tendências menos interventivas (CALIXTO, 2021, p. 69-70). Nessa conjuntura, não faz parte dos objetivos centrais dessas empresas a promoção da valorização do trabalho humano, do desenvolvimento pessoal e social, nem a conquista do pleno emprego.

Ao contrário, vislumbra-se que quanto menores as garantias trabalhistas e sociais, mais atraídas são as empresas para se instalarem em determinados locais, ou seja, quanto menos o garantismo ao trabalhador, mais explorado ele será e, consequentemente, maior o lucro e interesse dos grandes conglomerados. Nessa toada, a transformação social por meio da mão de obra valorizada torna-se de difícil concretização, principalmente diante das “[...] imposições da economia de mercado globalizada que não leva em conta os valores éticos, morais e de solidariedade, mas que facilita a manutenção de uma alarmante desigualdade social a imperar em todo o planeta” (GOMES, 2017, p. 28).

Nota-se que esse contexto se dá diante de uma sociedade capitalista cujo intuito principal é o aumento do lucro nas atividades, o qual é acirrado diante de

uma concorrência internacional e um mercado de trabalho e capital globalizado, o que acarreta maior flexibilização das garantias trabalhistas, implicando numa redução de empregos estáveis e aumento de empregos com baixos salários.

Nessa conjuntura, a integração do capital gera uma certa pressão para “[...] a minimização do custo de trabalho que leva à compressão do número de efectivos e à externalização de um número crescente de tarefas, bem como à deslocalização de tarefas e de empresas para zonas com salários mais baixos.” (KOVÁCS, 2003, p. 471). Assim, consequentemente, diminuem-se empregos estáveis e aumentam-se cargos terceirizados com salários mais baixos.

Dessa forma, aponta-se como uma das causas da precarização do meio ambiente de trabalho a terceirização, a qual, muitas vezes, objetiva a contratação de mão de obra barata e com poucas garantias. Ainda, em decorrência da terceirização, as empresas acabam por tornar cargos que eram em tempo integral – com um empregado contratado, por exemplo-, em cargos ocupados por trabalhadores temporários ou em caráter intermitente, o que acarreta diminuição na segurança do trabalhador.

A terceirização e desvalorização da mão de obra é consequência da alta concorrência que o mercado de trabalho globalizado apresenta e, para otimizar o lucro, as empresas diminuem os seus custos e reorganizam seus empregados. Assim, “numa economia globalizada, com a predominância da lógica financeira e da rendibilidade a curto prazo, as empresas procuram, antes de tudo, aumentar a flexibilidade e reduzir os custos” (KOVÁCS, 2003, p. 472). Tal conjuntura acaba por afastar as possibilidades de se buscar um crescimento com enfoque humanista (GOMES, 2018, p. 231).

Nesse sentido, a flexibilização na contratação do trabalhador cumulado com a diminuição de ofertas de empregos típicos ou permanentes geram o crescimento de trabalhadores no mercado informal, uma vez que ao perder seus empregos no mercado formal, os trabalhadores são compelidos a adentrar no setor informal, no qual não possuem quaisquer direitos ou garantias (ARAÚJO; MORAIS, 2017, p. 4).

Um modelo de emprego ideal seria aquele que garantisse a subsistência do empregado, seu livre desenvolvimento, com acesso a benefícios sociais e assistências, além de ser meio para a concretização de garantias fundamentais do ser humano. Entretanto, conforme citado alhures, a globalização do capital, influências de grandes conglomerados, terceirização em massa e a informalização do mercado de trabalho, acarretaram a precarização do meio ambiente do trabalho. O trabalhador, então, se torna descartável.

Uma justificativa para a flexibilização da proteção e de garantias do

trabalhador se dá diante da forte convicção que a flexibilidade das garantias do trabalhador e desregulação do mercado de trabalho seriam formas e condições indispensáveis para a melhoria da competitividade do setor (KOVÁCS, 2003, p. 474). Dessa forma, o crescimento econômico seria incompatível com a manutenção de garantias básicas ao trabalhador, justificando-se por quanto menor o formalismo, menores entraves e maior o crescimento de uma empresa com consequente geração de empregos.

Entretanto, referida flexibilização nem sempre se apresenta vantajosa ou proporciona os resultados esperados, uma vez que a flexibilização e baixo investimento na mão de obra acarretam um baixo nível de produtividade, bem como baixa qualidade no serviço prestado (KOVÁCS, 2003, p. 475). Ainda, aponta a autora que:

Um conjunto de factores em interacção condiciona os padrões de emprego e dos contratos de trabalho: as necessidades dos empregadores, a competição, o mercado de vendas, a disponibilidade de competências específicas, o poder de negociação dos empregados, as perspectivas de gestão, as tradições e a legislação laboral. Contrariamente a ideia muito divulgada segundo a qual é urgente aumentar a flexibilidade para poder reduzir o desemprego, não foi encontrada ligação directa entre flexibilidade e a taxa de desemprego (KOVÁCS, 2003, p. 477).

Nessa perspectiva, a concepção de que a flexibilização de direitos dos trabalhadores geraria aumento de empregos e oportunidades consiste numa falácia. Dessa forma, não há justificativas para que o trabalhador seja tratado como um meio ou instrumento para o aumento do lucro da empresa.

Tal contexto consiste na quarta Revolução Industrial, a qual se caracteriza pela utilização de tecnologias avançadas e de trabalho vinculado à Internet, com aplicativos flexíveis e interconectados, na qual o trabalhador se insere como empreendedor ou colaborador, assim permanece à disposição da empresa, mas não é considerado empregado por esta (CALIXTO, 2021, p. 75). Além do mais, o tempo à disposição via *online*, já que não existem fronteiras para a prestação de serviços de forma remota após a globalização, não é computado e, muitas vezes, não é pago.

Dessa forma, o trabalhador presta um serviço para a empresa, permanece à sua disposição, independentemente do horário, uma vez que não há controle de jornada, mas não possui quaisquer direitos ou garantias, haja vista que não integra um corpo social, não possui sindicatos ou estruturas que possam lhe servir. Possui, apenas, a possibilidade de negociar individualmente, podendo, facilmente, ser substituído.

Outro entrave para a concretização de um meio ambiente de trabalho digno e justo é a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.647 de 2017) aprovada no Brasil, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho (Lei n. 5.452 de 1943), a qual trouxe uma série de modificações a fim de atender “[...] interesses patronais tendentes à redução de custos e ao consequente aumento de lucros, através da flexibilização de direitos e normas trabalhistas” (GOMES, 2018, p. 30).

A nova dinâmica trabalhista impede que vínculos de lealdade e comprometimento sejam formados. Isso porque empregado e empregador já não mais se inserem na mesma dinâmica empresarial ou comunitária (GOMES, 2018, p. 32). A autora ainda aponta como uma das inovações não benéficas ao trabalhador trazida pela Reforma Trabalhista a possibilidade do empregado negociar individualmente com o empregador e sem a presença do sindicato da categoria, o que vai de encontro com a simetria entre as partes (GOMES, 2018, p. 233-234).

Ressalta-se que um dos objetivos dos direitos trabalhistas é resguardar o trabalhador, promovendo por meio de concessão de direitos uma certa paridade para negociações, uma vez que se trata de partes desiguais na relação trabalhista. Dessa forma, por meio da equidade, tentam se promover condições justas para negociação, as quais são deixadas de lado com a Reforma Trabalhista.

A precarização do trabalho consiste numa exteriorização da reestruturação produtiva adotada por empresas que visam ampliar seus lucros a partir do aumento de produtividade e diminuição de direitos trabalhistas e de ofertas empregatícias. Dessa forma, há menos postos de trabalho e mais pessoas à procura de emprego e dispostas a aceitar quaisquer condições laborais, as quais são flexíveis e marginalizadas (ARAÚJO; MORAIS, 2017, p. 6).

Ressalta-se, ainda, que a precarização do meio ambiente do trabalho não é produto da falta de crescimento econômico, mas fruto do desenvolvimento econômico, principalmente do modelo toyotista ou pós-fordista de produção, os quais se moldam de acordo com a necessidade do mercado, visando uma produção mais rentável e flexível. Assim, os modelos de relação de emprego duradouro e sólidos cedem espaço para uma mão de obra mais volúvel (CALIXTO, 2021, p. 72-73). Nesse contexto,

[...] o trabalho precário assume diversas dimensões ou indicadores: comparece nas formas de inserção e de contrato, na informalidade, na terceirização, na desregulação e flexibilização da legislação trabalhista, no desemprego, na intensificação do trabalho, no adoecimento, nos acidentes de trabalho, na perda salarial, na fragilidade dos sindicatos e de identidades coletivas. (ARAÚJO; MORAIS, 2017, p. 6).

Vislumbra-se, portanto, que o trabalhador acaba numa situação de vulnerabilidade em face do empregador e os direitos trabalhistas, que deveriam promover maior paridade entre as partes, são postos de lado e afastados. Nessa conjuntura, os trabalhadores sofrem com as consequências da flexibilização do trabalho, possuindo menos garantias, recebendo salários menores e, muitas vezes, sem emprego fixo.

Nota-se, portanto, que cada vez mais o mercado de trabalho fomenta o individualismo e a competitividade no mercado de trabalho, o que gera fadiga e cansaço mental (ARAÚJO; MORAIS, 2017, p. 10). Faz isso, ainda, em prol da melhora do crescimento econômico e aumento do rendimento individual, mas sem promover o mínimo de garantias e bem-estar do trabalhador que têm trabalhado mais e ganhado menos.

Entretanto, nota-se que tais alterações, ou seja, a promoção de mudanças no Direito do Trabalho a fim de diminuir garantias dos trabalhadores e, conseqüentemente, aumentar o lucro dos empregadores, estão longe de promover algum impulso na economia ou em qualquer empreendimento econômico, isso porque “desse ponto de vista restrito, inclusive, reproduzindo a eterna cantilena de que o progresso econômico do país depende da redução dos custos dos direitos trabalhistas, as propostas são um tanto quanto inócuas e mesquinhas.” (MAIOR, 2019, np).

Dessa forma, em prol de um crescimento econômico acelerado, as empresas e grandes conglomerados têm flexibilizado os seus cargos, promovendo redução nos custos com o empregado, o que acarreta insegurança, doenças, perdas, aumento de acidentes de trabalho e diminuição de empregos estáveis. Entretanto, não se pode buscar um crescimento econômico com o sacrifício dos direitos dos trabalhadores, uma vez que a economia, o emprego, deve ser um meio para a realização do ser humano e não o oposto. Não se justifica, portanto, em nenhuma hipótese, a relativização do ser humano em face da economia, devendo se garantir a efetivação dos direitos fundamentais e humanos.

5. Da efetivação da dignidade humana no meio ambiente do trabalho

Conforme já demonstrado, a globalização e o domínio da economia por grandes conglomerados acarretaram significativas mudanças na esfera trabalhista, as quais são prejudiciais aos trabalhadores que já não possuem

mais garantias mínimas ao seu desenvolvimento pessoal exteriorizado pela promoção e manutenção de um meio ambiente de trabalho equilibrado. Isso ocorre, principalmente, diante da busca por lucro desenfreado de grandes empresas e redução de custos. Assim, nota-se que muitos direitos básicos dos trabalhadores são postos de lado, o que afasta a promoção de condições para que a pessoa possa se realizar, ou seja, deixa de promover um meio ambiente de trabalho adequado ao pleno desenvolvimento e garantia dos direitos humanos.

O Direito do Trabalho, contudo, não deve ser visto como um conjunto de normas aptas a proteger o trabalhador do empregador, numa dicotomia entre opostos, mas seu papel engloba “[...] construção, progressiva e constante, de uma racionalidade que possa ser útil ao resgate do mundo humano, solapado que fora na lógica da produção capitalista a qual tem como fundamento o individualismo, o empreendedorismo egoísta, [...]” (MAIOR, 2013, p. 179).

Dessa forma, vislumbra-se que o Direito do Trabalho vai além da mera regulamentação de direitos trabalhistas, deve buscar a efetivação do pleno desenvolvimento da pessoa humana, por ser condição de subsistência do ser humano. Nessa toada, o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio não se caracteriza tão somente como um espaço adequado no qual o trabalhador exerce as suas funções por um determinado período de seu dia, mas sim como um ambiente que visa a realização do ser humano na sua plenitude.

Para tanto, se faz necessário que a empresa vise para além do lucro momentâneo e redução de custos dentro de um mercado competitivo cujo foco se dá no crescimento empresarial, independentemente da observância da promoção de direitos básicos do trabalhador. Isso porque “reconhecida a dignidade humana como valor inviolável, resta fixado o limite para exercício de qualquer modalidade de poder, seja este político, econômico, social, religioso, ou de qualquer outra natureza” (GOMES, 2011, p. 284).

Nesse sentido, a valorização do ser humano e a sua centralidade nas atividades econômicas deve ser observada. Assim, o trabalho e as atividades econômicas devem servir ao ser humano e não o ser humano ser instrumento de crescimento econômico para as grandes corporações e conglomerados. O trabalho, portanto, é meio de sobrevivência e realização para o ser humano e não um fim em si mesmo. Dessa forma:

Resta saber qual o modelo econômico o Brasil pretende defender: aquele que prioriza a valorização do trabalho, a proteção à livre iniciativa e a redução de desigualdades dentro do modelo constitucional de 1988 ou aquele de plataforma neoliberal, contraditório e sem limites para a precarização em prol da livre concorrência. (CALIXTO, 2021, p. 139).

Para a realização do ser humano e promoção da dignidade humana é necessária a atuação em todas as esferas em prol da defesa do disposto na Constituição Federal de 1988 para a promoção da construção de um Estado Democrático de Direito, o qual resguarda e atua comprometido com a valorização da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 170 o fundamento da ordem econômica na valorização do trabalho e da livre iniciativa de acordo com os ditames da justiça social e com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna. Nessa toada, percebe-se que o constituinte privilegia o modelo econômico capitalista sem, entretanto, se esquecer da finalidade da ordem econômica, ou seja, assegurar a existência digna da pessoa (LENZA, 2011, p. 1138).

Outrossim, na atuação econômica a empresa deve observar a sua função social. É o que apregoa a Lei das Sociedades Anônimas que obrigam os acionistas a fazer com que a empresa cumpra com a sua função social.¹²² Assim, a empresa não deve promover o lucro em detrimento da pessoa humana, ou seja, a realização da atividade econômica não deve se dar diante de sacrifícios de direitos fundamentais e humanos. Nos dizeres de Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 43):

Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios. A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício da liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho.

A empresa, então, somente cumpre com a sua função social quando as suas atividades visam a promoção de uma sociedade livre, justa, solidária, bem como a diminuição das desigualdades por meio da garantia de um emprego decente, com salário adequado, justo e digno para a realização do trabalhador na sua integralidade e, ainda, quando promove formas de combate à discriminação no meio ambiente de trabalho.

O conceito de responsabilidade social empresarial resgatou valores

¹²² - “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: [...]”

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.” (BRASIL, 1976).

morais que não eram associados às empresas em geral. Assim, considera o compromisso dos empresários com o meio ambiente e com o respeito aos direitos humanos, e, além de tais compromissos pressupõe postura ética nos negócios e transparência com a sociedade no geral (VINHA, 2003, p. 187-188).

Além da obrigação da empresa em promover a função social, incumbe ao Estado agir como promotor de condições para a busca do pleno emprego, “[...] dividindo com justiça a riqueza socialmente produzida e o desenvolvimento econômico do país” (CALIXTO; CENCI, 2019, p. 76). Vislumbra-se, portanto, uma obrigação conjunta da esfera pública e privada a fim de promover condições dignas no meio ambiente de trabalho em busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para além das obrigações impostas ao particular e ao Estado, se faz necessária a constante reflexão acerca dos valores presentes na sociedade, bem como do meio social. Nessa conjuntura, destaca-se a importância da educação na formação de crianças, adolescentes, jovens e adultos. Salienta-se a busca por uma formação cidadã pautada no respeito ao próximo e na busca de condições de pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Para tanto, ressalta-se o paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana não podendo ser violado. Além da obrigação de não violação do princípio maior, a observância do princípio da dignidade humana pressupõe ações afirmativas do Estado (GOMES, 2011, p. 186). Assim, “[...] com o intuito de promover concretamente o respeito a tal dignidade, afastando-se todas as formas de exclusão social que inviabilizam o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização enquanto cidadão integrado em uma sociedade” (GOMES, 2011, p. 186).

Nessa conjuntura, a efetivação da dignidade humana no meio ambiente do trabalho envolve ações afirmativas entre Estado e empresa em prol do cidadão. Não há que se falar no pleno desenvolvimento da pessoa em um ambiente de trabalho desestruturado, hostil ou inadequado, uma vez que o trabalhador passa a grande parte do dia no meio ambiente do trabalho.

Assim, trata-se de uma atuação conjunta que engloba o Poder Público, a esfera privada e a formação basilar do ser humano por meio da educação para que se promova uma formação cidadã, com a conscientização de seus direitos e deveres dentro de uma sociedade cujo modelo é de Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, para que se tenha a efetivação da dignidade da pessoa humana em todos os meios, se faz necessário uma construção democrática em todas as esferas, é necessário que cada pessoa na sua atuação aja em prol do ser humano, do outro, respeitando a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento.

Não basta somente o cumprimento de leis que visam a garantia de direitos mínimos ao trabalhador, mas a construção de espaço no qual cada ser humano tenha a sua dignidade resguardada. Para tanto, deve-se promover a conscientização pessoal de cada um para a construção de um Estado Democrático de Direito e atuação diária com o mesmo objetivo.

6. Conclusão

Elevado ao status de direito fundamental, o meio ambiente de trabalho desempenha papel central na vida dos cidadãos. Isso porque é o local em que grande parte dos seres humanos passa a maior parte de suas vidas, além de ser o espaço no qual o trabalhador busca não só o seu sustento material, mas também a sua realização pessoal, a construção da própria identidade, a integração e o reconhecimento social. Diante disso é que o Direito ao Trabalho não se resume ao direito de ocupar um posto de trabalho, mas sim o direito a um ambiente sadio e digno, capaz de efetivar os direitos humanos e garantir o desenvolvimento pleno da pessoa.

Entretanto, vislumbra-se que, com a globalização do mercado econômico e concentração do capital nas mãos de grandes conglomerados – os quais buscam o lucro desenfreado a partir da exploração de mão de obra barata, em locais com baixa proteção –, os direitos humanos e fundamentais são postos de lado. Nesse contexto, a busca pelo crescimento econômico em detrimento do trabalhador vai de encontro às garantias fundamentais. Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, é inaceitável que, sob a vigência do Estado Democrático de Direito, o trabalho seja tratado como mera mercadoria e o trabalhador como objeto voltado a consecução de lucro.

Conclui-se que, para a promoção de um meio ambiente de trabalho decente e apto a viabilizar a dignidade do ser humano, é necessário o cumprimento da função social pela empresa, a atenção às legislações pertinentes, bem como a promoção de uma educação humana e cidadã a fim de que possam vislumbrar os direitos e deveres de cada um em prol da construção de uma sociedade justa, igualitária e com menos desigualdades. Diante disso, é necessária a reflexão constante para verificar se o ambiente de trabalho, as atitudes tomadas no âmbito empresarial e o pessoal se voltam à construção de uma sociedade capaz de efetivar os valores previstos na Constituição Federal de 1988, ou seja, se todos atuam em prol da realização do ser humano e efetivação dos seus direitos humanos e fundamentais.

Referências:

ARAÚJO, Marley Rosana Melo de; MORAIS, Kátia Regina Santos de. Precarização do trabalho e o processo de derrocada do trabalhador. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, 2017, vol. 20, n. 1, p.1-13.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

CALIXTO, Eduardo da Silva. **A dinâmica da economia na valorização do trabalho humano e no desenvolvimento econômico em tempos de crise**. Londrina: Thoth, 2021.

CALIXTO, Eduardo da Silva; CENCI, Elve Miguel. Perspectivas constitucionais econômicas da busca pelo pleno emprego e a valorização do trabalho humano por meio de políticas públicas. In.: **XXVIII Encontro Nacional do Conpedi**, Goiânia-GO, 2019. Anais [...] Gt Direito do Trabalho e Meio do Trabalho I, 2019, p. 60-79.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In.: MONTEIRO, João Paulo. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 11-40, 2007. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>. Acesso em: 15 mar. 2022.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A internacionalização do Direito ao Trabalho Decente. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio Cesar (coord). **Direito internacional do**

trabalho e a organização internacional do trabalho – trabalho decente. São Paulo: LTr, 2017.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Humanos e Fundamentais Sociais em face do retrocesso civilizatório espelhado na Reforma Trabalhista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 26, n. 109, p. 221-247, set./out., 2018.

GOMES, Sergio Alves. Exigências dos Direitos Humanos Como Núcleo Ético- Jurídico e Político da Democracia. In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (orgs.). **Estudos em Direito Negocial: Relações Privadas e Direitos Humanos**. Biriçui-SP: Boreal, 2015.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção de um Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, utopia e trabalho**. Londrina: Edições CEFIL, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KOVÁCS, Ilona. Reestruturação empresarial e emprego. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 21, n. 02, p. 467-494, jul./dez. 2003

LA CUEVA, Mario de. **Panorama do Direito do Trabalho**. Tradução Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Capitalismo, crise, meio ambiente e direito do trabalho. **O direito alternativo**, v. 2, n.1, p. 174-186, junho de 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Mp 881: a ruptura democrática fazendo escola**. In: Jorge Luiz Souto Maior, 2019. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mp-881-a-ruptura-democratica-fazendo-escola>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 dez. 2021.

PEREIRA, André Souza. **Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador**: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais. 1. ed. São Paulo: LTr, 2019.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. I, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810.

VINHA, Valéria da. As empresas e o desenvolvimento sustentável: da eco-eficiência à responsabilidade social corporativa. In. MAY, Peter H; LUSTOSA, Maria Cecília; VINHA, Valéria da. (org.) **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

**INTERFACES DA GLOBALIZAÇÃO
ECONÔMICA NAS RELAÇÕES
JURÍDICAS TRABALHISTAS: DA
NECESSIDADE DE UMA NOVA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO
DESVIO PRODUTIVO**

Rennan Herbert Mustafá
Ana Flávia Mortati Vanzella
João Lauro Serpeloni

CAPÍTULO

13

1. Introdução

As diferentes maneiras pelas quais o ser humano organiza-se em sociedade trazem implicações de diversas vertentes, do ponto de vista particular e coletivo. Pensar a respeito destas organizações e suas peculiaridades é imprescindível não só à compreensão da realidade em que determinada coletividade se situa, como, também, nas consequências que determinadas estruturas podem gerar e, mais que isso, se ditas estruturas devem ser preservadas ou repensadas.

Para o fim específico deste estudo, escolheu-se perquirir como a globalização econômica modificou os cenários global e nacional, quais reflexos trouxe à organização dos Estados e, sobretudo, quais influxos passaram a ser experimentados em âmbito social e, mais estritamente, nas relações laborais. Assim, num primeiro instante, visa-se explanar as razões por trás da flexibilização e da precarização das relações trabalhistas, do ponto de vista político, social e jurídico, com base no fenômeno aventado.

Na sequência, delimitados os principais reflexos da globalização econômica no âmbito laboral, aborda-se a necessidade recorrer-se à hermenêutica jurídica como forma de evitar a perda de sentido de valores fundamentais à preservação do trabalho humano digno. Para tanto, elucidase a evolução da importância, das definições e das funções referentes à hermenêutica, a fim de situá-la em um novo contexto, a saber, o Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, justificada a necessidade de uma nova hermenêutica jurídica constitucional, busca-se questionar se esta traria, como consequência, a possibilidade de ampliar-se o reconhecimento das hipóteses de indenização na seara trabalhista, mais especificamente, nas situações em que o tempo de determinado trabalhador é comprometido de maneira contrária à sua vontade. Assim, aborda-se a Teoria do Desvio Produtivo, mediante o questionamento da aplicação desta ao Direito do Trabalho.

2. Dos influxos da globalização econômica nas relações jurídicas trabalhistas

A integralização do mercado, decorrente de um processo de superação de fronteiras burocráticas e geográficas pelos fluxos econômicos, fez emergir

uma reconfiguração no modo de produção capitalista, evidenciando, de forma veloz, um rompimento entre as atividades econômicas e a sua gênese social, em razão, fundamentalmente, da busca incessante pelo aumento da eficiência logística, mediante a tomada de decisões com fulcro em análises de indicadores econômicos e financeiros.¹²³

Com a consolidação do processo de globalização econômica, os Estados-nacionais defrontaram-se com uma certa incapacidade de resolver problemas derivados de negócios jurídicos transnacionais, dada a delimitação territorial das organizações políticas modernas, a qual assegura a existência de um sistema único e soberano de governo, ao mesmo tempo que limita o alcance dos instrumentos legais de regulação econômica em um mundo gradativamente mais “sem fronteiras”. Como leciona Luigi Ferrajoli, frente à economia contemporânea, o Estado se demonstrou “pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela” (FERRAJOLI, 2002, p. 51).

Torna-se, assim, inviável que um país aplique políticas sociais de forma isolada,¹²⁴ em consequência da hipermobilidade das atividades capitalistas, que permite a comparação dos custos das legislações nacionais e seus mecanismos de intervenção.¹²⁵ Ademais, a multiplicação de regras econômicas internacionais de autorregulação definidas pelo próprio mercado acentua a preferência dos agentes econômicos privados por um ambiente sem intervenções estatais. Diante disto, afasta-se do Estado o papel de principal agente econômico, do mesmo modo que se mitiga o seu monopólio do poder de regulação do mercado, em detrimento dos atores privados transnacionais¹²⁶ (BAPTISTA, 2019).

Há, portanto, um paradoxo de difícil resolução, no qual a inflação legislativa gera concomitantemente um aumento de ineficácia do próprio poder

123 - L. M. Luzio-dos-Santos esclarece que “a economia contemporânea revestiu-se de uma pretensa neutralidade, comum às ciências exatas, mas distante das ciências sociais, sua verdadeira gênese” (LUZIO-DOS-SANTOS, 2020, p. 15).

124 - Neste sentido, Rudá Ryuiti Furukita Baptista considera ser impraticável que um país institua políticas de cunho keynesianas de forma isolada em relação aos demais Estados (BAPTISTA, 2019). É mister destacar que a doutrina Keynesiana defende a intervenção do Estado na economia quando necessária. “O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir (...) eu entendo, portanto, que uma socialização ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada” (KEYNES, 1996, p. 345).

125 - Sobre o tema, Jürgen Habermas assevera que “a administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições de produção relevantes” (HABERMAS, 1995, p. 99).

126 - As empresas transnacionais representam o mais elevado estágio do processo de internacionalização da economia, atuando de forma a transpassar os limites fronteiriços, compondo-se por um complexo sistema de coordenação de empresas em diferentes países. Nas palavras de Peter Dicken, são “empresas que têm o poder de coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa” (DICKEN, 2000, p. 37).

regulatório estatal. Nesse contexto, José Eduardo Campos de Oliveira Faria considera que há um distanciamento entre a “atuação global dos mercados financeiros e a atuação doméstica dos órgãos públicos de supervisão e controle, a soberania estatal parece estar sendo diluída por um crescente fluxo de interdependências e espaços globalizados” (FARIA, 2013, p. 39).

Soma-se, ainda, a falta de recursos à disposição dos Estados, resultando em uma competição entre os próprios países para atrair investimentos privados internacionais. Segundo Kenichi Ohmae, “atualmente, mesmo eles têm de procurar auxílio na economia global e implementar as mudanças domésticas necessárias para atraí-lo” (OHMAE, 1999, p. 18). Fato que tem se agravado com o vertiginoso acúmulo de capital por empresas transnacionais, com faturamentos anuais que superam, por vezes, a somatória do resultado do Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países.

De modo geral, a flexibilização de legislações trabalhistas, sociais e ambientais são justificadas pelos governantes com base na necessidade de se alcançar um hipotético crescimento econômico. Porém, ressalva-se que o aumento do índice do Produto Interno Bruto (PIB) não ocasiona, necessariamente, o aumento do desenvolvimento econômico, sendo esse compreendido como a “construção de modelos que explicitem questões estruturais, como renda, distribuição dessa renda e evolução tecnológica” (BENFATTI, 2021, p. 21).

Consequentemente, origina-se uma crise de autonomia do modelo clássico do Estado moderno nacional – instituído, essencialmente, por sua soberania interna e externa –, o qual passa a sofrer interferências de empresas privadas, não democráticas, na elaboração e na condução de políticas públicas, invertendo-se, assim, a relação hierárquica entre Estado e economia.¹²⁷ Isto representa uma afronta aos princípios e regras constitucionais, especialmente nas relações de trabalho, em que os trabalhadores sofrem diretamente as consequências decorrentes da flexibilização de direitos, na tentativa de assegurar o nível competitivo almejado pelos Estados.

Nessa toada, Eros Roberto Grau aduz que o mero enfraquecimento do Estado sucede “(...) inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social” (GRAU, 1991, p. 56). Pois, uma das funções mais

127 - As interferências do mercado sobre o processo político provocam a “substituição do Estado pela lógica de mercado na ordenação social e econômica” (CALDEIRA; CENCI, 2018, p. 6). Como consequência, as diretrizes da “ordem econômica” (mundo do ser) passam a ser disciplinadas pela lógica do mercado e não mais pelos valores e objetivos constitucionais.

relevantes na ordem social é a desempenhada pela Constituição formal, ao estipular um sistema semântico ideologizado que fundamenta o modo de institucionalização do mundo capitalista. Logo, cabe ao Estado-nação, além da função de integração e modernização da economia interna, o papel de legitimar e de reprimir o sistema (GRAU, 1991).

Observa-se, assim, que o Direito positivo é instrumento essencial na unificação de uma sociedade complexa e economicamente fragmentada, separada por inúmeros grupos com interesses diversos, ao promover a transformação da luta social¹²⁸ (GRAU, 1991). Para Aristóteles, “ainda que valha a pena atingir esse fim (realização social) para um homem apenas, é mais admirável e mais divino atingi-lo para uma nação ou para cidades-estados” (ARISTÓTELES, 2015, p. 2). Sob a lógica capitalista, o trabalho visa a obtenção de riqueza, entretanto, em tese, não se trata do fim almejado, mas sim de meio para obtenção de outro bem, sendo, por isso, indispensável para a promoção da dignidade humana.

Contudo, mesmo com a promulgação de tratados internacionais e do reconhecimento de direitos trabalhistas pela Constituição da República de 1988, “a proteção e a efetiva realização dos direitos humanos são ainda consideradas um desafio no hodierno mundo do trabalho, diante das frequentes ocorrências de violação dos mesmos” (GOMES, 2018, p. 225).

A atenuação de direitos trabalhistas conquistados com muita luta social ocorre, dentre outros motivos, como reflexo dos efeitos da globalização, ao permitir que as empresas flexibilizem e fragmentem suas atividades produtivas, por meio do desenho de plantas industriais mais leves e enxutas (FARIA, 1997, p. 45). Com isto, os agentes privados possuem um extraordinário poder de barganha em desfavor dos governos nacionais, diante da possibilidade de realocarem suas atividades fabris em diferentes territórios do globo¹²⁹.

Essa tragédia tem sido propiciada, com mais frequência, por empresas transnacionais, sem afastar as médias e grandes empresas nacionais, que vêm terceirizando sua produção em busca da maximização de seus lucros e da insaciável acumulação de capital (GOMES, 2017, p. 22).

Constata-se, assim, uma progressiva tentativa de dissociação da

¹²⁸ - Eros Roberto Grau assevera que a ordem pública econômica possui duas vertentes, sendo: a) de direção, ao determinar uma organização da economia nacional, e; b) de proteção, com a finalidade de proteger a parte economicamente mais fraca (GRAU, 1991).

¹²⁹ - Outras características importantes da globalização econômica são: o desenvolvimento tecnológico associado à difusão de dados; a internacionalização da atividade empresarial e; a criação de um mercado global de integração de investimentos (BAPTISTA, 2019).

economia moderna de sua origem ética e a predileção pelo desenvolvimento de aspectos da *engenharia*. Decerto, a engenharia proporcionou inúmeros avanços nas atividades produtivas, resultando na maior eficiência em questões logísticas. No entanto, o que explicaria os reais problemas da forma individual e coletiva no mundo contemporâneo mesmo em situações de grande e crescente disponibilidade de alimentos? Nesse sentido, vale-se da indagação socrática de “como devemos viver?” (SEN, 2017).

Por esse motivo, Dinaura Godinho Pimentel Gomes defende a imprescindível necessidade de se preservar as conquistas dos trabalhadores, a fim de “disseminar e promover a prática de trabalho decente em plena sintonia com os direitos humanos e fundamentais, por meio de uma atuação de dimensão ética capaz de gerar transformações sociais (...)” (GOMES, 2017, p. 25).

A Constituição brasileira de 1988, denominada de Constituição Cidadã, proclama a supremacia da proteção aos direitos humanos (artigo 4º, II), assim como a garantia dos direitos sociais (artigos 6º, 7º e 8º). No mais, a dignidade humana é definida como fundamento da República (artigo 1º, III) e da Ordem Econômica (artigo 170).

Deste modo, em última instância, o Poder Judiciário tem a função essencial de aplicação das normas constitucionais, assegurando a prevalência dos direitos humanos e a exigibilidade plena desses direitos, em harmonia com o direito internacional. Trata-se de medida paliativa de redução dos efeitos negativos da globalização, como as desigualdades sociais e as dificuldades de acesso ao trabalho decente (GOMES, 2018, p. 277).

Neste contexto, pós globalização, a hermenêutica constitucional e o Estado democrático de Direito tornam-se instrumentos indispensáveis para a garantia e efetivação dos direitos humanos, em particular nas relações de trabalho, mediante a diminuição de desigualdades e a garantia do trabalho digno, uma vez que elevados a classificação de direitos humanos e refletidos perante o ordenamento jurídico dos Estados-partes.

3. Perspectivas da hermenêutica jurídica constitucional: um enfoque sobre o Direito do Trabalho

Como visto até então, a compreensão das mudanças engendradas pela globalização econômica é fundamental à percepção do contexto em que as relações jurídicas trabalhistas estão inseridas. Não é demais destacar que esta

intelecção deve ser associada, também, ao fato de que a modernidade, marcada pelo pluralismo de concepções, ideais e interesses antagônicos, levou “a um enorme relativismo dos sistemas de valores e da interpretação” (BERGER; LUCKMANN, 2004, p. 50).

As disfunções provocadas pelo relativismo assinalado estão não apenas na crise de sentido dele decorrente, como também na dificuldade que os indivíduos e a sociedade têm demonstrado de eleger e preservar determinados valores e interpretá-los adequadamente. Não raras vezes, esta questão tem sido descuidada, inclusive na seara trabalhista. Seja como for, é preciso ter-se em conta que o ataque feito pela modernidade à tradição não teve êxito em deslocar a vida do centro de prioridade que lhe é próprio. Em outro dizer, “a era moderna continuou a operar sob a premissa de que a vida, e não o mundo, é o bem supremo do homem” (ARENDT, 2005, p. 332).

Como consequência, mostra-se indispensável, para a preservação da própria vida e das nuances que lhe são inerentes – a exemplo das relações laborais –, assimilar como os valores galgados pela humanidade no decorrer da história devem preservados e, acima de tudo, compreendidos, a despeito das consequências da modernidade e da globalização. Noutras palavras, importa perquirir no que consistem, de fato, tais valores; quais são as suas razões de ser; como devem ser apreendidos e, especialmente, quais são as consequências de sua aplicação. Dita tarefa, a saber, a determinação de como tais valores operacionalizam-se em sociedade – especialmente no âmbito jurídico –, está atrelada, até mesmo, ao bom funcionamento da justiça, voltada ao consenso enquanto condição da paz judiciária (PERELMAN, 1996, p. 468).

Deste modo, recorrer à hermenêutica é imprescindível.

Com efeito, a origem da palavra hermenêutica remonta ao verbo grego *hermeneuein*, ligado, por sua vez, à mitologia antiga, ao fazer referência ao deus Hermes (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Referida figura mítica era o mensageiro responsável por intermediar deuses e homens, considerando a inacessibilidade destes à linguagem utilizada por aqueles (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Dito de outro modo, era o deus Hermes quem unia a esfera divino-transcendental à civilização humana, ao transmitir, de maneira cognoscível, a mensagem da primeira à segunda. Por este motivo, Tércio Sampaio Ferraz Junior elucida que a dogmática hermenêutica é responsável por fazer a lei falar (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 335). Para Ricardo Maurício Freire Soares, a hermenêutica, se levada à sua raiz grega mais antiga, denota o processo de compreensão, de se tornar algo compreensível, “especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem” (SOARES, 2019, p. 19).

Importante salientar que a hermenêutica, em sentido estrito, não é sinônimo de interpretação. Interpretar, no âmbito jurídico, consiste na “compreensão e reprodução intelectual de uma dada realidade conceitual ou normativa” (DELGADO, 2019, p. 261). A hermenêutica, a seu turno, representa o conjunto de princípios, teorias e métodos que informam e orientam referido processo de apreensão e reprodução intelectual do Direito. Significa dizer, “a hermenêutica apreende e fixa os critérios que devem reger a interpretação – que os absorve e concretiza na dinâmica interpretativa” (DELGADO, 2019, p. 261).

De acordo com Carlos Maximiliano, a interpretação consiste, na verdade, na aplicação da hermenêutica, porquanto cabe a esta elucidar e fixar os princípios que regerão a interpretação. Em suas palavras, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2017, p. 15). Neste contexto, a importância da hermenêutica e da interpretação reside na necessidade de extrair o real sentido, alcance e extensão das normas, considerando que estas são, em regra, formuladas em termos gerais e amplos, não adentrando às especificidades do caso concreto e dos fatos sociais.

A hermenêutica orienta, pois, o jurista na interpretação dos textos legais, a fim de alcançar-se o correto significado destes em consonância com a *voluntas legis* e a *voluntas legislatoris* (LEITE, 2020, p. 135). Este exercício, isto é, a descoberta do real sentido e do verdadeiro alcance dos enunciados normativos, apenas é alcançado se inspirado “nos princípios e valores que integram dado ordenamento jurídico” (LEITE, 2020, p. 140).

Com lastro nisto, importa destacar a existência das diferentes propostas (ou sistemas) de interpretação de textos normativos que a evolução da hermenêutica jurídica aponta. A depender do sistema adotado, ter-se-á uma sistematização mais próxima ou mais distante da mera reprodução da norma ou, em contrapartida, da efetiva interpretação do intérprete. Tanto é assim que os primeiros sistemas exegéticos de interpretação – do que são expoentes a Escola da Hermenêutica Tradicional e a Escola Francesa de Exegese – “procuram reduzir ao mínimo o campo de atuação do intérprete, vinculando-o a uma extrema fidelidade ao texto formal da lei” (DELGADO, 2019, p. 271). Tais sistemas foram seguidos por aqueles que buscaram maior equilíbrio entre a reprodução da norma e a adequação desta à realidade, o que culminou, mais tarde, na ampliação do papel do intérprete.

Inspirada na cultura jurídica romana, num contexto em que não se notava número expressivo de conceitos jurídicos abstratos, a Hermenêutica Tradicional destacava-se por orientar a atividade interpretativa com suporte

naquilo que efetivamente se encontrava-se nos textos normativos. O intérprete restringia-se ao conhecimento literal da linguagem (DELGADO, 2019, p. 271). Esta conduta justificou-se, há época, pela suposta consistência teórica das normas vigentes, tidas, por este motivo, como suficientes e acabadas.

Mais tarde, as codificações, a exemplo do Código Civil Napoleônico, de 1804, fizeram despontar a Escola Exegética Francesa. Dita corrente baseava-se na concepção de que “o processo interpretativo deveria consistir, exclusivamente, na explicação da lei escrita”, motivo pelo qual “a lei seria fonte exclusiva do Direito, estando insculpida em sua palavra a soberania legislativa” (DELGADO, 2019, p. 271). Não se questionava, assim, os fins da norma, tampouco critérios externos ou abstratos. As construções silogísticas eram tidas por suficientes à aplicação da norma.

O jurista Friedrich Carl von Savigny foi responsável por formular as concepções da Escola Histórico Evolutiva, as quais se contrapunham à Escola Exegética Francesa. Agora, cumpria ao intérprete compreender o texto normativo levando em conta a vontade do legislador, a qual, todavia, deveria ser apreendida “segundo o momento histórico vivenciado no contexto da interpretação” (DELGADO, 2019, p. 272).

As ideias deste sistema exegético foram aprimoradas pela Escola da Interpretação Científica, de acordo com a qual haveria uma atualização inevitável e constante do sentido lançado na norma jurídica originalmente. Para os estudiosos desta vertente, “a interpretação deve se dobrar às exigências da dinâmica da vida: a norma interpretada deve ser moldada aos fatos e circunstâncias novas” (DELGADO, 2019, p. 272).

No entanto, foi com a Escola da Livre Investigação – também referenciada como Escola do Direito Livre – que a intensificação do papel do intérprete no processo interpretativo ganhou destaque. Assente nisto, a ampliação da dimensão adaptativa da norma ganhou destaque sobre a mera reprodução desta. Por conseguinte, o Direito passa a ser reconhecido como “um fenômeno em constante elaboração” (DELGADO, 2019, p. 272).

Para Maurício Godinho Delgado, entretanto, tanto as vertentes que defendem a assimilação literal da norma, como aquelas que dão significativa importância ao papel do intérprete dissociando-o do parâmetro normativo original, são insuficientes à compreensão da complexidade jurídica (DELGADO, 2019, p. 272). É que, para o jurista em questão, as dimensões da reprodução e adequação da norma, embora pareçam, a princípio, distintas, devem ser concatenadas no processo interpretativo. Em seu dizer:

Mitigar-se uma dessas dimensões em benefício da outra certamente acentuará resultados normativos ora mais conservadores, ora mais inovadores, mas de certo modo sempre questionáveis. É que tal desequilíbrio entre as duas dimensões combinadas compromete que se apreenda, com justeza e precisão, tanto o caráter essencial do Direito em uma sociedade democrática — enquanto critério mais igualitário e universal de aferição de condutas —, como o papel decisivo do Direito nessa sociedade — enquanto instrumento de generalização e democratização social (DELGADO, 2019, p. 273).

Do ponto de vista filosófico, destaca-se a acepção da hermenêutica feita por Friedrich Schleiermacher no século XIX, segundo quem o discernimento de determinado texto deve ser feita com base na relação deste com seu autor, com o ser humano concreto (SOARES, 2019, p. 24). Por esta razão, a leitura implica no diálogo com o respectivo autor, visando o reencontro da intenção originária deste (SOARES, 2019, p. 24). A interpretação literal — ou gramatical — é relegada a um segundo plano, dando-se lugar à denominada interpretação psicológica, feita a partir do mapeamento das conjunturas que influenciaram a escrita.

Distanciando-se do denominado “eu transcendental” dos idealistas alemães, Wilhelm Dilthey situa a hermenêutica num processo histórico, “propondo a explicação e a compreensão (...) como modos de cognição da natureza e da realidade sociocultural” (SOARES, 2019, p. 25), atribuindo-lhe métodos próprios da ciência natural.

Mais tarde, Martin Heidegger associa a hermenêutica à concepção de existência, aproximando-a das ciências humanas. Para este estudioso, a compreensão é “um prolongamento essencial da existência humana” (SOARES, 2019, p. 25), de modo que a conciliação das diversas dimensões da temporalidade do ser — passado, presente e futuro — são necessárias às experiências da hermenêutica.

Hans Georg Gadamer, em complemento, defende que a interpretação se traduz na expressão de uma situação do ser humano, não sendo simples método (SOARES, 2019, p. 29). Para esta vertente, “o ato de compreender é sempre uma fusão de horizontes” (SOARES, 2019, p. 29). Como consequência:

(...) o significado emerge à medida que o texto e o intérprete envolvem-se na dialética de um permanente diálogo, norteados pela compreensão prévia que o sujeito cognoscente já possui do objeto — a chamada pré compreensão. É esta interação hermenêutica que permite ao intérprete mergulhar no oceano linguístico do objeto hermenêutico, aproveitando-se da abertura interpretativa de uma dada obra (SOARES, 2019, p. 30).

A contribuição de Paul Ricoeur se dá, por sua vez, por meio da hermenêutica estruturalista-fenomenológica. Para o filósofo, o significado está além do conteúdo manifesto do texto. A acepção do significado depende da reflexão daquilo que está por trás da linguagem utilizada. A verdade estaria, assim, no desvelamento do que se quis dizer, mas não só. Importa, também, que o texto seja compreendido com suporte em uma explicação possível (SOARES, 2019, p. 31) .

Com base nisto, Ricardo Maurício Freire Soares explica que o papel da interpretação consiste em “reconstruir o duplo trabalho do texto através do círculo ou arco hermenêutico: no âmbito da dinâmica interna que preside à estruturação da obra (sentido) e no plano do poder que tem esta obra para se projetar fora de si mesma, gerando um mundo (a referência)” (SOARES, 2019, p. 31).

Malgrado as diferentes acepções históricas e filosóficas apontadas, nota-se que a hermenêutica está associada ao conhecimento dos textos normativos a partir de um determinado contexto. Desta maneira, não se vislumbra a possibilidade de compreender o Direito ou interpretar as normas dele decorrentes sem que se reconstrua ou se dê significado ao texto com lastro numa estrutura de valores delimitada pelo ordenamento jurídico.

Não é outra a realidade da interpretação das normas próprias do Direito do Trabalho. Sim, porque também a seara trabalhista se sujeita “às linhas básicas que a hermenêutica jurídica traça para qualquer processo interpretativo do fenômeno do Direito” (DELGADO, 2019, p. 273). Por conseguinte, e dada às especificidades que permeiam a esfera laboral, defende-se que o processo interpretativo no Direito do Trabalho deve ter um enfoque valorativo, mediante a prevalência de valores e princípios que lhe são essenciais. A eleição destes valores e princípios – mediante a superação do relativismo outrora destacado – é, pois, indispensável e determinante às soluções interpretativas que serão adotadas nos casos concretos, sobretudo no contexto da pós globalização.

Hodiernamente, esta orientação deve considerar o fenômeno da constitucionalização do direito privado – civil e trabalhista –, também responsável por fundamentar uma nova hermenêutica do Direito e, sobretudo, do Direito do Trabalho. Com efeito, os princípios da liberdade – própria do Estado Liberal – e da igualdade real – própria do Estado Social – passam a ser insuficientes para nortear a interpretação a aplicação dos contratos trabalhistas (LEITE, 2020, p. 500). Tais princípios, agora inseridos em um Estado Democrático de Direito, devem ser compreendidos segundo a força normativa da Constituição.

Em outras palavras, a hermenêutica das relações laborais não deve ser orientada ora pela liberdade, ora pela igualdade, tão somente. O que se mostra imperativo, na verdade, é que a compreensão se dê, também, com base nos princípios fundamentais constantes da Constituição, a exemplo da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do valor social do trabalho, a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) e da solidariedade (artigo 3º, inciso I). Tanto é assim, que são estes os princípios que compõem o sistema constitucional da Ordem Econômica, consoante artigo 170, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme assinalado alhures.

Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 908) aduz:

A função interpretativa exige uma nova hermenêutica constitucional, de modo que, havendo conflito entre as interpretações possíveis de uma dada norma jurídica, o intérprete deve adotar a interpretação que se coadune com a gênese dos princípios fundamentais. Daí a adoção da moderna técnica da interpretação conforme a Constituição.

Não é demais ressaltar que, para além da importância de a nova hermenêutica estar adstrita aos valores constitucionais, também é fundamental que dito processo de interpretação conte com a participação dos agentes vinculados ao poder público, sobretudo do Poder Judiciário, mas não só. Antes, importa que os destinatários das normas participem ativamente deste processo, numa sociedade aberta, na qual a democracia galga ainda mais espaço (HABERLE, 2022, p. 33).

Para Peter Haberle (2022, p. 33), na sociedade aberta, a democracia “se devolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e na práxis cotidiana, especialmente na relação de direitos fundamentais”. O desenvolvimento, pois, da democracia e da nova hermenêutica constitucional (e trabalhista) depende da abertura às controvérsias, às possibilidades e às necessidades da realidade. A solução destas, no entanto, reclama a implosão do modo de pensar linear que se tinha até outrora, mediante a abertura para o desenvolvimento interpretativo a partir dos valores e princípios constitucionais, sem os quais o ser humano sequer se realiza de maneira digna, sobretudo na esfera laboral.

4. Os reflexos da nova hermenêutica constitucional e a (im) possibilidade de aplicação da Teoria do Desvio Produtivo às relações laborais

A partir do que foi exposto até então, apurou-se que as transformações engendradas pela globalização econômica, notadamente pela superação das barreiras físicas outrora existente entre os Estados, favoreceram a precarização das relações de trabalho. Este fator, associado aos reflexos da modernidade, implicaram a necessidade de reavaliar o contexto em que a esfera laboral se encontra inserida, a fim de preservar-se o ser humano enquanto trabalhador; mas, para além disto, enquanto pessoa, dotada de dignidade e direitos cuja tutela revela-se imprescindível a preservação desta condição.

Para tanto, justificou-se a utilização da hermenêutica jurídica como instrumento capaz de extrair o real sentido e significado dos valores e princípios constantes do texto constitucional e das demais normas do ordenamento jurídico e, em consequência, daquilo que será considerado na solução de casos concretos. Importa, agora, examinar de maneira mais específica uma das situações que se circunscreve às relações trabalhistas, a fim de verificar sua compatibilidade com a nova hermenêutica apontada.

Com efeito, é certo dizer que os direitos trabalhistas são, em regra, irrenunciáveis. Isto porque possuem caráter fundamental, sendo assegurados até mesmo internacionalmente, como no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos. De acordo com o artigo 23 do referido documento:

Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho (ONU, 1948).

Sendo assim, podemos concluir que a principal finalidade dos direitos trabalhistas é a manutenção do trabalho digno e a qualidade de vida do trabalhador. Desta forma, qualquer infração que cause danos ao trabalhador, em seu trabalho ou vida privada, enseja reparação - como ocorre com outros danos tutelados pelo ordenamento jurídico nas demais áreas - mas, principalmente, por se tratar de supressão de direitos considerados como fundamentais.

Assim, mesmo aqueles danos causados de maneira extrapatrimonial ao trabalhador, ensejam indenização por parte de quem os causou. Nesta toada, toda reparação exige um dano a determinado objeto tutelado pelo

direito. Ou seja, antes de falarmos sobre compensação, devemos definir qual o objeto será tutelado.

A tutela de bens extrapatrimoniais no Brasil é relativamente recente. Como se sabe, por muito tempo perdurou o pensamento de que somente danos causados a bens de valor certo (patrimoniais) poderiam ser indenizados, pois seus valores eram certos ou fáceis de serem mensurados.

Contudo, com o tempo, introduziu-se o conceito de que os bens que o indivíduo possui extrapolam a simples matéria, incluindo, portanto, aqueles que não são palpáveis, mas são essenciais para a vida humana.

Dentre estes bens existe um que carece de especial amparo legislativo. Por este motivo, sua tutela vem ganhando forma e presença neste cenário jurídico. Trata-se do tempo. O tempo é, sem dúvida alguma, um dos bens nucleares pertencentes ao indivíduo, já que, além de possuir caráter fundamental, também é irrecuperável.

Para o Direito do Trabalho, o tempo constitui, ainda, a ideia de ócio do trabalhador, que em sentido amplo, é a cessação do trabalho, ou melhor dizendo, sua folga. Este ócio é constituído por todo o tempo em que uma pessoa não esteja trabalhando, competindo a cada indivíduo, portanto, decidir como e quanto dele gastar em cada atividade, de acordo com suas necessidades e vontades.

Neste aspecto, se o tempo é particular, a cada indivíduo compete o poder de escolha da melhor maneira de aplicá-lo. Assim, pode-se concluir que o tempo é um bem consideravelmente precioso, pois uma vez perdido, não se pode recuperá-lo. A partir disto, Marcos Dessaune discorre:

(...) o tempo total de vida de cada pessoa é um bem finito individual; é o capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor segundo a própria consciência (DESSAUNE, 2017, p. 179).

Com base nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que o tempo está inteiramente ligado à vida do indivíduo, porque compete a ele escolher onde e como gastá-lo. Escolha esta que é subjetiva ao ser humano, fazendo parte, então, das livres escolhas que permeiam sua vida privada. Por conseguinte, fazer com que alguém desperdice tão precioso bem, iguala-se a violar sua vida privada.

A visão de que o tempo é um bem que engloba a vida privada do ser humano pode ser tida como uma interpretação extensiva do contido no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, ao mencionar:

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Diante desta questão, pergunta-se: se o tempo é um bem, irrecuperável, quando por conduta ilegal de outrem, acaba-se tendo que desperdiçá-lo em outra atividade que não a da vontade de determinado indivíduo, este deve ser recompensado, assim como seria com qualquer outro bem que lhe fosse suprimido?

Com a já mencionada crescente valorização doutrinária do tempo e o reconhecimento de sua escassez, adveio a necessidade da criação de uma modalidade indenizatória capaz de compensar os danos causados a esse bem irrecuperável, com a finalidade de amenizar o prejuízo suportado pelos indivíduos vítimas dessas situações em razão de atos omissivos ou comissivos de outrem.

A solução para essa problemática pode ser encontrada na Teoria do Desvio Produtivo, desenvolvida pelo jurista Marcos Dessaune, a qual é constatada quando:

O consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável (DESSAUNE, 2011).

A teoria em referência, como resultado da crescente valorização do tempo na doutrina civilista e consumerista, considera o tempo como bem fundamental. Devido a isto, dito tempo pode ser revertido em prol de finalidades materiais ou imateriais, da maneira pela qual o indivíduo – dono deste tempo – preferir. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano:

É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social? Em situações de comprovada gravidade,

pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil (GAGLIANO, 2013).

Então, a teoria ora examinada busca defender que as condutas que façam o indivíduo perder parte de seu tempo, ou ainda desviar o seu aproveitamento para a realização de uma outra atividade, que se fez necessária devido a uma negligência ou serviço mal prestado da outra parte, ensejem indenização pecuniária, visto que a recuperação, de fato, do tempo desprendido, não poderá ser alcançada.

Vale, ainda, ressaltar que, no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (BRASILCON), a seguinte tese, formulada pela jurista Maria Aparecida Dutra Bastos, foi aprovada: “O reconhecimento social do tempo perdido pelo consumidor como um novo dano a ser indenizado e a rasa tutela do tempo como bem jurídico a ser protegido” (BASTOS, 2018, p. 195).

Segundo Marcos Dessaune, a responsabilização pela perda do tempo seria objetiva (DESSAUNE, 2011). Isso implica dizer que o principal fator a ser levado em consideração será o nexo causal. Ao lado disso, o autor elenca alguns outros requisitos essenciais para que possa ser caracterizado o desvio produtivo.

Com base nisto, as características essenciais do desvio produtivo são: a) o consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, fazendo com que o mal atendimento do fornecedor cause dano ao seu ócio; b) a esquiva do fornecedor em se responsabilizar pelo problema na relação de consumo; c) o desprendimento de tempo vital do consumidor, pelo adiamento ou supressão das suas atividades existenciais planejadas ou desejadas, desviando seu tempo para deveres e custos causados pelo fornecedor; e d) o nexo de causalidade entre a negligência do fornecedor e os deveres e custos assumidos pelo consumidor.

Com isto, presentes estes requisitos essenciais, tem-se que o consumidor do produto ou serviço sofreu um dano ao seu tempo útil que guarda total relação com a falta de cumprimento dos preceitos legais pelo fornecedor e, por conseguinte, merece ser compensado por estes danos.

Vislumbra-se ainda que, segundo a jurisprudência atual, essa teoria já sofre frequente aplicação, sobretudo na esfera consumerista, valorizando o tempo dos consumidores ou contratantes de determinados produtos ou serviços, reconhecendo a utilidade temporal e a responsabilização pela indenização diante da perda ou desvio do ócio.

Mas, afinal, esta teoria poderá somente ser aplicada ao direito

do consumidor? Por óbvio que não, isto porque até mesmo o Direito do Consumidor possui inúmeras semelhanças com outras áreas do direito. Dentre elas, temos o Direito do Trabalho. A semelhança mais profunda entre estes ramos do direito, se encontra na relação fornecedor-consumidor e empregador-empregado, onde, tanto consumidor quanto trabalhador, são hipossuficientes com relação às outras partes das relações.

Ainda, observamos que a própria Consolidação das Leis do Trabalho prevê, atualmente, a possibilidade de indenização decorrente de atos omissivos ou comissivos do empregador, sejam eles de qualquer espécie, sobretudo os que causem danos extrapatrimoniais ao empregado, em seus artigos 223-A e seguintes.

Desta maneira, do mesmo modo que o fornecedor, quando faltar com suas obrigações, fazendo com que o consumidor perca tempo resolvendo um problema por ele criado ou até mesmo ingressando em juízo para reaver direitos – que deveriam ser cumpridos pelo fornecedor – seja indenizado, o trabalhador, nos casos onde o empregador, por ato omissivo ou comissivo, deixar de realizar os pagamentos dos encargos trabalhistas e previdenciários, suas verbas rescisórias ou até mesmo negligenciar a devida anotação em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) a que fazia *jus*, também possa pleitear indenização, para compensar o tempo perdido, com fundamento na “Teoria do Desvio Produtivo”.

Vale salientar que, nestes casos, deve-se fazer presente o requisito principal da aplicação dessa teoria (dada sua responsabilização objetiva e *in re ipsa*), o nexo de causalidade entre a omissão ou comissão do empregador que ensejou a perda do tempo útil do trabalhador, pois caso tivesse realizado os pagamentos de maneira correta, assim como as devidas anotações na CTPS de seu empregado, este não teria que despender tempo para reaver seus direitos e garantias que deveriam anteriormente terem sido cumpridos.

Deste modo, calçado no exercício da nova hermenêutica constitucional, pode-se concluir que o trabalhador, assim como o consumidor – apesar de não conseguir recuperar o tempo perdido, devido a inalcançabilidade do *status quo ante* desse objeto tutelado – tem direito a ser ressarcido pelo tempo que poderia estar utilizando em outras atividades mais produtivas ou de seu agrado, porém teve de gastá-lo para buscar direitos que foram infringidos por meio do descumprimento dos deveres do empregador/fornecedor.

5. Conclusão

Como visto, a reconfiguração da organização da vida em sociedade, mediante o fenômeno da globalização econômica, trouxe consequências significativas ao Estado e aos indivíduos que dele fazem parte, porquanto inseridos em uma realidade não mais delimitada pelas fronteiras burocráticas, econômicas, linguísticas, culturais e sociais de outrora. Dentre tais consequências, destacou-se a flexibilização e a precarização das relações trabalhistas, dado – entre outros fatores – a multiplicação de regras econômicas internacionais de autorregulação definidas pelo mercado.

Neste contexto, contudo, apontou-se que o Direito positivo se revela instrumento essencial à unificação de uma sociedade complexa e economicamente fragmentada. Por esse motivo, demonstrou-se que pensar o verdadeiro sentido e real significado das normas jurídicas é de suma importância. Referida tarefa, qual seja, buscar quais são os princípios e o alcance que estão por detrás de uma determinada norma depende, inexoravelmente, da hermenêutica jurídica.

A hermenêutica, concebida como o processo de apreensão e reprodução intelectual do Direito, deve orientar-se por valores constitucionais voltados à preservação da dignidade do ser humano. Do contrário, o indivíduo sequer é tutelado ou mesmo subsiste em suas mais variadas vertentes e potencialidades. Importa, pois, devolver uma nova hermenêutica, lastreada na Constituição, mediante o enaltecimento dos valores, princípios e objetivos que dela fazem parte, a exemplo do valor social do trabalho (artigo 1º, inciso IV), da justiça e da solidariedade (artigo 3º, inciso I).

Os desdobramentos da nova hermenêutica constitucional, própria de um Estado Democrático de Direito, se fazem sentir em diversas nuances, mas sobretudo nas relações trabalhistas. E isto, não por acaso. É nas relações laborais que o ser humano busca garantir sua subsistência, mas também realizar-se do ponto de vista intelectual e profissional. E, justamente por este motivo, defendeu-se a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo, própria do direito consumerista, também à esfera trabalhista, como forma de preservar alguns dos fatores mais caros ao ser humano: o tempo.

Referências:

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Roberto Raposo (Trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Luciano Ferreira de Souza (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2015.

BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. **A cooperação internacional e o tratamento especial e diferenciado no âmbito da integração econômica: possíveis soluções de assimetrias decorrentes da globalização econômica**. 2. ed. Londrina: Thoth, 2019.

BASTOS, Maria Aparecida Dutra. A responsabilidade civil decorrente da perda do tempo no contexto dos chamados “novos danos” e a necessidade de categorização do dano temporal. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. **Dano Temporal: o tempo como valor jurídico**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 195-216.

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito à inovação**. Curitiba: CRV, 2021.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. Edgar Orth (Trad.). Petrópolis: Vozes, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

CALDEIRA, Túlio Santos; CENCI, Elve Miguel. As cinco atitudes do Estado no combate à corrupção no mundo pós-nacional e na economia globalizada. In: CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo. MESSA; Ana Flávia. **Direito Negocial & corrupção no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018, v. 1, p. 1-34.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2.

ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DICKEN, Peter. **Mudança global: mapeando as novas fronteiras da economia mundial**. 5. ed. Teresa Cristina Feliz de Souza (Trad.). Helio Henkin (Trad.). São Paulo: Bookman, 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão**. Estudos Avançados. USP, v. 11, p. 43-53, 1997.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O direito e a crise financeira**. Julgar. Lisboa: Coimbra Editora, n. 20, p. 39-50, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/05/039-050-Direito-e-crise-financeira.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Carlo Coccioli (Trad.); Márcia Lauria Filho (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925>. Acesso em: 28 mar. 2022.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A internacionalização do Direito do Trabalho Decente In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, v. 1. p. 29-40.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos humanos e fundamentais sociais em face do retrocesso civilizatório espelhado na reforma trabalhista**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 26, p. 221-247, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2022.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-nação Europeu frente aos desafios da**

globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Antonio Sérgio Rocha (Trad.). São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 43, nov. 1995.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Mário R. da Cruz (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUZIO-DOS-SANTOS, Luís Miguel. **Ética e democracia econômica: caminhos para a socialização da economia.** São Paulo: Ideias & Letras, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

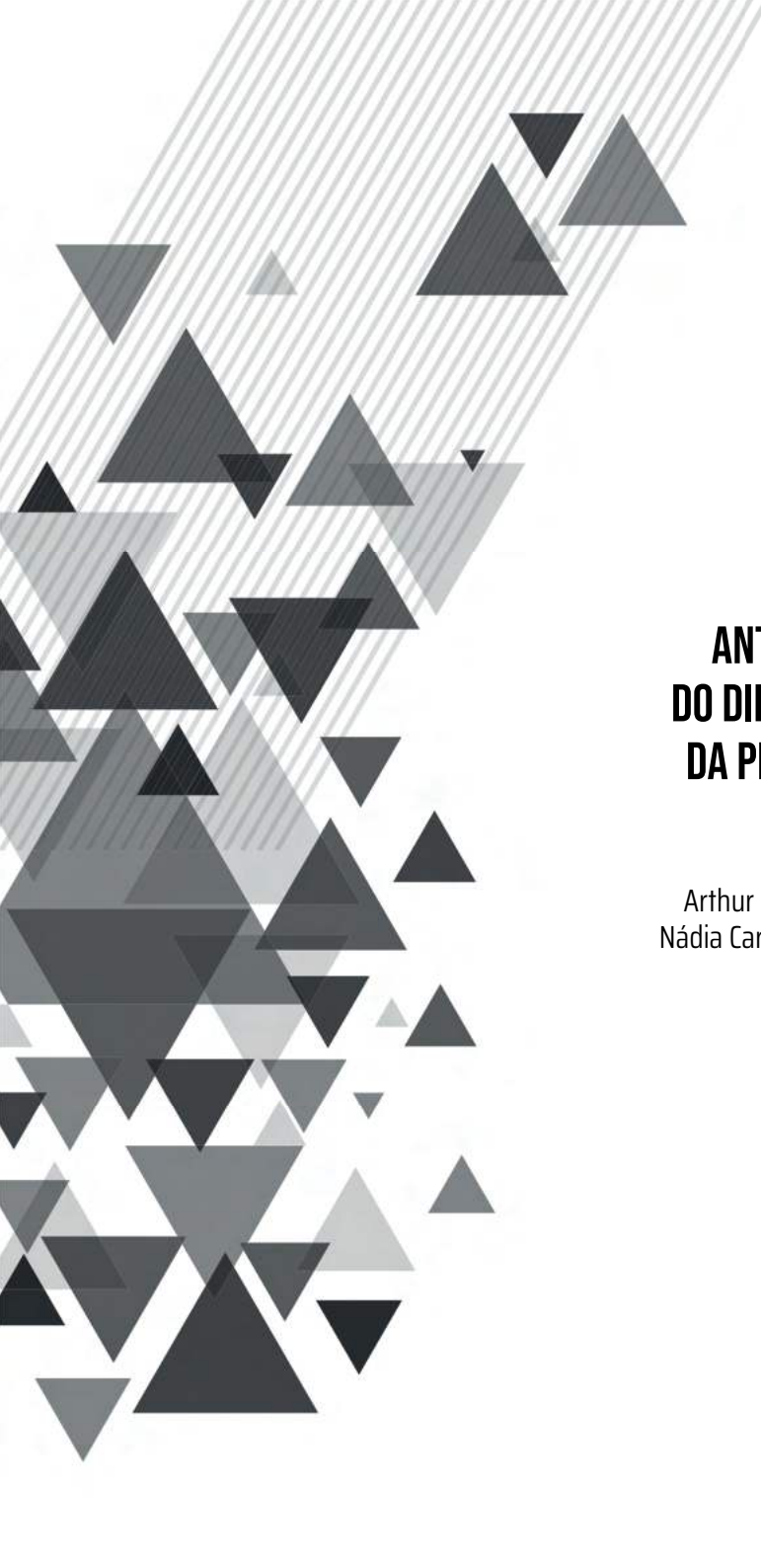
OHMAE, Kenich. **O fim do Estado-nação.** Ivo Korytowski (Trad.). Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Publifolha, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 28 mar. 2022.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Maria Ermantina Galvão (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia.** Laura Teixeira Motta (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



ANTROPOLOGIZAÇÃO DO DIREITO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DANO MORAL

Arthur Lutiheri Baptista Nespoli
Nádia Carolina Brencis Guimarães

CAPÍTULO

14

1. Introdução

O ordenamento jurídico é feito pelo homem e para o homem. Trata-se de construção cultural que experimenta modificações ao longo dos séculos, sob influência das concepções filosóficas dominantes, que paulatinamente vão sendo incorporadas no sistema jurídico.

Neste sentido, surge a necessidade de investigar como se dá a influência da noção de homem, ou da natureza humana, sobre o direito, identificando se há relação entre a antropologia jurídica e a construção da dignidade da pessoa humana como valor absoluto que distingue o homem de outros seres. Portanto, pretende-se analisar como se deu a antropologização do direito, a noção de dignidade da pessoa humana e seu conteúdo mínimo para o ordenamento jurídico, bem como seu desdobramento para a aplicação do dano moral no ordenamento jurídico pátrio.

No primeiro capítulo, será analisada a antropologização do direito, a influência da identificação dos traços distintivos do ser humano para a ordem jurídica, os elementos que perpassam essa investigação e as visões em que podem ser agrupadas as interpretações sobre a essência do homem. No segundo capítulo, será exposto o racionalismo de Immanuel Kant e sua contribuição para a identificação da dignidade da pessoa humana como valor absoluto do ser humano e seu conteúdo mínimo. Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a influência da absorção da noção de dignidade da pessoa humana pelo ordenamento como princípio jurídico na aplicação do dano moral, pela previsão legal de sua reparação como direito fundamental, ou por sua definição como violação à dignidade da pessoa humana.

Assim, por meio de pesquisa teórica-bibliográfica, pretende-se demonstrar que a busca pela identificação da essência do ser humano, bem como a visão que se tem do homem, influencia a ordem jurídica e seus institutos, guardando relação direta com a temática do dano moral.

2. A antropologização do direito

A concepção moderna do Direito surge em contraposição à visão jusnaturalista. Já que “os sinais de uma desestabilização da ordem cosmoteológica, na qual até então a filosofia inseria o direito, ficaram perceptíveis já no final do século XIII [...]” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 40-

41). O movimento de “desnaturalização” do Direito Natural se dá por meio da descoberta do homem como tema, afastando o fundamento da ordem jurídica seja da potência sobrenatural divina, seja da ordem da Natureza:

[...] numa notável consonância com as teses scotistas, disseminava-se a ideia segundo a qual as leis positivas do reino são deduções ou aplicações, por parte do legislador ou do magistrado, das disposições gerais da lei natural divina: procedimento lógico através do qual se exprimem correlativamente os atos da vontade e da razão humanas. Iniciava-se, assim, a antropologização da ordem jurídica, já que se reconhecia que esta tem necessidade da intervenção expressa do legislador humano (GOYARD-FABRE, 2007, p. 41).

A noção do homem como fundamento da ordem jurídica implicou na articulação de três noções-chaves: o humanismo, o individualismo e o racionalismo (GOYARD-FABRE, 2007, p. 43). O humanismo renascentista emprestou protagonismo ao indivíduo não apenas no palco político e filosófico, mas centrou a investigação sobre a inteligibilidade da ordem jurídica no racionalismo: “[...] o problema da ordem jurídica insere-se mais numa filosofia do conhecimento que numa filosofia prática com finalidade ética” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 45).

Essa guinada não implica necessariamente em materialismo ateu, não pressupõe a rejeição da ideia de Deus criador. Significa, sobretudo, conferir ao individualismo a posição de uma categoria epistemológica, afastando-se da ideia de comunidade, típica do jusnaturalismo tradicional. A filosofia do direito passou por duas transformações. A primeira consistiu em não mais se buscar o fundamento do direito positivo “no horizonte metafísico desenhado pela Natureza ou decidido por um Deus todo-poderoso” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 48). A segunda verificou-se numa alteração semântica do que se entendia por direito natural, o qual não mais haure seu significado na harmonia comunitária dada por valores transcendentais, mas na busca racional pelo próprio indivíduo.

Essas mudanças culminam em uma reviravolta sobre a concepção do direito. A ordem jurídica desliga-se “da natureza das coisas” e passa conectar-se com a “natureza do homem”:

Graças a esse deslocamento das “fontes” do direito, firmam-se correlativamente o humanismo e o racionalismo: já que a razão é a determinação essencial da natureza humana, ela é, em sua irredutibilidade, o princípio do corpus jurídico pelo qual os homens são chamados a governar suas Cidades e organizar suas condutas (GOYARD-FABRE, 2007, p. 71).

Dentro desse contexto, a tentativa de definição sobre o que seria o homem é absolutamente relevante para o estudo e prática do Direito, apesar de ser um “desafiador enigma”. Conforme frisado por Ângela Vidal Gandra da Silva Martins (2017, p. 230), a concepção antropológica influencia diretamente sobre a visão do que é o Direito, suas características, objetivos, meios de aplicação e criação válidos, sua legitimidade etc.

Definir homem implica confessar a existência de uma “natureza humana”, ou seja, admitir traços permanentes e universais que constituem ou caracterizam o objeto da conceituação. Como pontuado por Admarco Serafim de Oliveira (1998, p. 120-121), mesmo aqueles que negam a existência da natureza, ainda assim admitem que algumas condições são verificáveis em todo ser humano; caso contrário, não seria possível a utilização desse termo a identificar qualquer ente. O esvaziamento completo de qualquer significação do termo impossibilitaria sua inteligibilidade: afinal, se não há qualquer traço distintivo no ser humano, como diferenciá-lo de qualquer outra coisa? Sem qualquer referibilidade, não há como sequer negar-lhe uma natureza.

De toda forma, como observado por Sérgio Alves Gomes (2008, p. 62-63), a reflexão sobre o que seria o homem ajuda a desvelar muitos de seus aspectos, auxiliando na sua compreensão, a fim de que seja respeitado. A pergunta, antes de dogmática, é uma verdadeira provocação: trata-se de um convite à reflexão. Perscrutar a humanidade do homem, seus traços distintivos, seus limites, possibilidades e aspirações naturais, importa em descobrir simultaneamente a melhor forma de regular sua convivência. Das relações intersubjetivas brota a percepção da alteridade. Mas, “a riqueza de sua complexidade dificulta qualquer tentativa de defini-lo de uma vez por todas” (GOMES, 2008, p. 91).

Nas palavras do filósofo Julián Marías (1971, p. 33):

O tema da pessoa é dos mais difíceis e esquivos de toda a história da filosofia, e por razões nada causais: a seu redor aconteceu – ou está acontecendo – a transformação talvez mais radical de toda essa história: trata-se a rigor, mais que das diferentes maneiras de estudar ou interpretar uma realidade, da emergência dessa mesma realidade, de sua constituição como tal no horizonte mental do Ocidente.

A Antropologia Filosófica, de acordo com a definição de Admarco Serafim de Oliveira (1998, p. 119), visa responder, fundamentalmente, a questão “o que é homem?”. Esse questionamento traz em si a premissa inapelável de que há algum traço distintivo no ser humano que o diferencia dos

demais animais ou entes da natureza. A investigação dessa nota diferenciadora culmina em se tentar delinear a “natureza humana” ou a essência do homem. Já que há um relativo consenso sobre a existência de uma “natureza humana”; e a divergência reside na sua caracterização (OLIVEIRA, 1998, p. 120).

Nesse sentido, Admardo Serafim de Oliveira ressalta quatro aspectos que perpassam essa investigação: a influência de fatores externos no desenvolvimento da personalidade; a influência do conceito de evolução na “natureza humana”; negacionismo da natureza humana; e uma dimensão existencial.

Na investigação da influência de fatores externos no desenvolvimento da personalidade, questiona-se até que ponto o ambiente cultural em que está inserida a pessoa tem importância na sua formação. A admissão de influência externa não necessariamente culmina na negação de uma natureza humana, como poderia concluir a escola behaviorista. Segundo essa linha de pensamento, “a psicologia é pura e simplesmente o estudo do comportamento humano” (OLIVEIRA, 1998, p. 124), ou seja, o homem deve ser estudado objetivamente por suas ações, que, em última análise, são determinadas pelo seu ambiente (SACCO, 2013, p. 29).

Entretanto, adverte Eduard Spranger (1976, p. 208) que:

[...] quem apenas estuda friamente os homens, quem os considera em sua realidade objetiva, não percebe suas possibilidades adormecidas, que se podem desenvolver sob o leve sopro de um pouco de calor. A mera compreensão dos homens é uma atitude puramente teórica. Só quando à compreensão se associa um traço de simpatia, de elevação ou de abandono, eventualmente de perdão, é que nos encontramos no domínio social.

Em outras palavras, reconhecer a interferência de condicionantes externas, seja pela convivência social, seja pelo ambiente cultural, não implica em negar a existência de uma essência humana, uma vez que há de se ter um sujeito a receber, internalizar e transformar em comportamento esses elementos que não o constituem, mas influenciam seu agir. De toda forma, independentemente da visão que se adote, Admardo Serafim de Oliveira chama a atenção para esse fator que atua sobre a personalidade humana como um dos aspectos a serem considerados na investigação da essência do homem (1998, p.129).

Já pela influência do conceito de evolução na “natureza humana”, pondera-se que: se o homem muda, o que constituiria sua essência, na medida em que esta pressupõe estabilidade? Admitindo-se a hipótese evolucionista

de que o homem, biologicamente, é fruto de um ser mais simples e inferior, inegavelmente não se pode estancar sua trajetória na sua atual conformação, pois em mudança (evolução) ainda. Daí surge o problema de como aceitar a noção de essência – que pressupõe uma forma acabada – em relação ao homem que, dentro dessa visão, estaria em evolução.

Acerca dos negacionistas da natureza humana, existem pensadores que negam a existência de uma essência humana e não admitem traços universais constitutivos a caracterizar o homem (OLIVEIRA, 1998, p. 120). Neste sentido, para Jean-Paul Sartre (1970, p. 34), filósofo existencialista francês, expõe que é “[...] impossível encontrar em cada homem uma essência universal que seria a natureza humana, [...]”. Porém, Admardo Serafim de Oliveira (1998, p. 121) ressalva que mesmo esses autores admitem “que há determinados atributos que são comuns a todos os seres humanos”.

Por fim, a natureza humana possui uma dimensão existencial, que não se limita a responder aos seus impulsos ou instintos animalescos; mas consegue problematizar a natureza e controlá-la, para além de simplesmente participar dela. A partir da sua consciência, o homem questiona sua posição no mundo, interpreta e descobre o significado da vida e o seu lugar na História (OLIVEIRA, 1988, p. 121).

Ressaltados esses aspectos que interferem na investigação sobre a essência do homem, tem-se que as diversas interpretações sobre a natureza humana podem ser agrupadas em três grandes “visões”: a racional, a religiosa e a científica.

A visão racionalista é resumida como aquela que lança como traço distintivo do homem em relação aos demais animais o fato de que ele é um animal racional. Haurindo seus princípios fundamentais na filosofia grega, essa interpretação sustenta que a razão é a parte mais elevada da alma, tendo por função ser refratária dos impulsos instintivos e das emoções: possibilita ao homem dominar-se e ter controle de si próprio. Neste sentido, “Para Sócrates, Platão e seus discípulos, o homem inteligente é o homem virtuoso. Conhecer o que é certo é praticá-lo. O vício é resultado da ignorância” (OLIVEIRA, 1998, p. 122). Em última análise, a singularidade do homem, sua humanidade, reside justamente na sua capacidade enquanto ser racional de se comportar de acordo com o que é determinado pela parte mais elevada de seu espírito, distinguindo o certo do errado, buscando a virtude e evitando o vício.

A visão religiosa fulcra sua análise na dualidade constitutiva do homem: a dialética entre seu aspecto mundano e sua abertura à transcendência. O homem é caracterizado pela relação tensional entre a virtude e o pecado. A

noção de bem, de certo, é dada pela abertura espiritual ao eterno, a Deus, o que permite ao homem vislumbrar o correto caminho a trilhar, evitando os tropeços e desvios mundanos. Na visão judaico-cristã, “ele é um ser criado por Deus à sua imagem e semelhança. O homem se situa onde a natureza e o espírito se encontram” (OLIVEIRA, 1998, p. 122). No que se refere às religiões orientais, mesmo que completamente diversas uma das outras, sempre se verifica nelas a mesma tensão entre o aspecto passageiro do mundo material e a permanência da eternidade.

Na visão científica, o homem “é tido como a mais complexa forma de vida e pode ser entendido pelas mesmas leis que governam todas as outras matérias” (OLIVEIRA, 1998, p. 123). Nessa concepção, analisa-se o ser humano somente pelos fatos objetivos, sensíveis, mensuráveis, preponderando as ciências da Física e da Química. Pondera Admardo Serafim de Oliveira (1998, p. 124) que o método científico tem sido aplicado nos estudos humanos, fazendo surgir “novas disciplinas, hoje conhecidas por ‘ciências sociais e humanas’: Sociologia, Ciências Políticas, Antropologia, Psicologia etc.”

3. O racionalismo de Kant e a dignidade da pessoa humana

A atenção que a filosofia do direito moderna dispensou ao indivíduo resultou no “refluxo quase total da tradição metafísica da ontoteologia”, declarando-se o século XX “humanista”, pedindo “ao *homem* para fundar o direito” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 107). A razão humana passa a ser o elemento emancipatório do fundamento da ordem jurídica. Por esse motivo, dado que o Direito é construído pelo homem e para o homem, observa-se, ainda nas últimas décadas do século XVIII, um processo de “nomofilia” que:

[...] impõe às regras de direito uma estrutura lógica e hierarquizada que, de patamar em patamar, determina-lhe o funcionamento e a existência, pois só as forças constituintes e organizadoras da razão garantem a legitimidade da legalidade e da juridicidade. Sem dúvida, os constituintes pensavam inicialmente, num projeto fundamentalmente político, em combater o absolutismo e a arbitrariedade régia. Mas, em seu otimismo jurídico, lançam um desafio simultaneamente às figuras da transcendência e às vertigens da espontaneidade natural: contra o poder pessoal, contra o direito divino, contra a ordem natural, afirmam a ordem racional do corpus das regras de direito e atribuem ao Estado do cálculo, cujo soberano poder provém do contrato social, a pesada e sublime tarefa de se constituir, sob a Constituição, como desejava Rousseau, em instituidor de justiça e de liberdade. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 122).

Essa preocupação contra a arbitrariedade (estatal ou entre os indivíduos) pode ser, de certa maneira, vislumbrada no pensamento de Immanuel Kant, não como objeto direto e explícito de análise em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, mas como decorrência lógica das premissas que lança ao investigar a razão humana. Antes de se avançar sobre a origem kantiana da noção de dignidade, pertinente trazer a conceituação e distinção feita pelo filósofo entre imperativo hipotético e categórico, enquadrando-se neste último aquela noção:

Cada coisa na natureza atua segundo certas leis. Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade. Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática. [...] A representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se imperativo. [...] Ora, todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim (KANT, 2005, p. 43-46).

O imperativo categórico não apresenta conteúdo fixo, mas consiste numa fórmula (ou forma). O dever moral não é um catálogo de virtudes, configurando-se como proposição que valha universalmente. Assim, “compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto, ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si” (MORAES, 2017, p. 80).

A noção do indivíduo como ser racional e dotado, portanto, de dignidade – e não de preço – inaugura as bases da concepção (jurídica) atual de dignidade da pessoa humana:

Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais se denominam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). [...] O fundamento deste princípio é: a natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações

humanas. [...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (KANT, 2005, p. 59).

Essa concepção de ser racional como fim em si mesmo decorre da lei (natural) que interdita a instrumentalização do homem pelo homem. A obrigatoriedade não é elemento externo, não se trata de heteronomia, mas da própria vontade, enquanto legisladora universal. A “universalidade” dessa lei é ambígua: significa que ela é universalizável e que é universalmente encontrada nos seres racionais:

A moralidade consiste, pois, na relação de toda a ação com a legislação, somente mediante a qual é possível um reino dos fins. Essa legislação deve se encontrar em todo ser racional, podendo mesmo brotar de sua vontade, cujo princípio é: jamais praticar uma ação senão em acordo com a máxima que se saiba poder se tornar uma lei universal, isto é, só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma, ao mesmo tempo, universalmente legisladora. (KANT, 2005, p. 64)

O dever de obediência decorre da relação entre os seres racionais e não de impulsos, inclinações ou sentimentos; “relação esta em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não poderia ser pensada como fim em si mesma” (KANT, 2005, p. 65). Essa é a noção de autonomia que Immanuel Kant traz em sua obra: ausência de imposição externa no que se refere ao dever – imperativo categórico – de cumprimento da lei universal de respeito à dignidade dos seres racionais. E arremata: “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2005, p. 66).

Nesse ponto, o próprio filósofo reconhece uma certa circularidade no fundamento da dignidade na autonomia da vontade:

E é exatamente aí que reside o paradoxo: que a simples dignidade do homem considerado como natureza racional, sem qualquer outro fim ou proveito a alcançar por meio dela, isto é, só o respeito por uma mera ideia, deve servir, no entanto, de imprescindível regra da vontade, e que precisamente nessa independência máxima em relação a todos os impulsos semelhantes consista a sua sublimidade e torne todo o sujeito racional digno de ser um membro legislador no reino dos fins, pois de outro modo teríamos de representá-lo somente como submetido à lei natural de suas necessidades (KANT, 2005, p. 70).

A articulação desses conceitos culminou na construção da noção fundamental de dignidade da pessoa humana que atualmente serve de princípio basilar à ordem jurídica e de vetor axiológico ao Direito.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2010, p. 17-18) explica que:

Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no "reino dos fins", como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia. O tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana incorporou e refinou boa parte das idéias expostas acima que, condensadas em uma única proposição, podem ser assim enunciadas: a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

Da noção kantiana de homem como ser dotado de dignidade (e não de preço) decorrem três aspectos – ou conteúdos mínimos – da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco, autonomia e valor social.

O valor intrínseco esteia-se no imperativo categórico de que o homem não pode ser meio, somente fim em si mesmo (postulado anti-utilitário). Também alberga o postulado anti-autoritário, no sentido de que o Estado existe para o indivíduo e não o contrário. A inviolabilidade da dignidade da pessoa é a matriz de vários direitos fundamentais – no plano jurídico –, dentre os quais pode-se apontar o direito à vida, à igualdade, à integridade física e

moral ou psíquica (BARROSO, 2010, p. 21-23).

A autonomia está ligada à razão e é tida como o “elemento ético da dignidade” (BARROSO, 2010, p. 24). Dela decorre a capacidade de autodeterminação, entendida como a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade, da perfectibilização das escolhas pessoais sem limitações ou ingerências ilegítimas. Juridicamente, a autonomia ostenta duas dimensões: a privada e a pública. A privada consiste no exercício dos direitos individuais fulcrados na ideia de liberdade (autonomia privada), autodeterminação sem cerceamento arbitrário ou ilegal. A autonomia pública manifesta-se no exercício dos direitos políticos, na participação efetiva no processo democrático: “[...] a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial” (BARROSO, 2010, p. 25).

O valor social afasta-se da noção kantiana de autonomia, pois funda-se na restrição heterônoma à liberdade do indivíduo. O cerceamento à pessoa é dado pelos valores comunitários que moldam a liberdade individual, estabelecendo limites ao seu exercício e modulando seu conteúdo. É o aspecto promocional da dignidade, visando “objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade” (BARROSO, 2010, p. 28).

Atualmente, sustenta-se que a noção moderna do Direito cedeu espaço para a denominada “pós-moderna”. Dentre outras características, o estágio hodierno da ciência jurídica é marcado pela era da insegurança e incerteza. A ética da responsabilidade e solidariedade ganhou corpo em detrimento da ética da autonomia ou liberdade. E, “como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção da proteção da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2017, p. 72). Essas transformações implicam em importantes consequências no que se refere à aplicação do dano moral.

4. Dano moral e dignidade da pessoa humana

O conceito de dano moral não é unânime na doutrina pátria. Em que pese a tentativa do legislador de fixar contornos objetivos à lesão extrapatrimonial – alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 –, em razão de sua matriz constitucional

ser aberta, remanesce a discussão sobre quais bens seriam tutelados e em que medida. O comando constitucional de reparação do dano moral, previsto no artigo 5º, inciso V e X da Constituição Federal, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, demonstra a relação entre a dignidade da pessoa humana e a forma como o intérprete deve orientar a construção e análise desse tipo de lesão, mostrando-se insuficiente eventual estipulação taxativa em sede de lei ordinária.

Nesse sentido, como já exposto anteriormente, não há como dissociar a busca do tratamento do dano moral da influência decorrente tanto da mudança de enfoque do Direito para o ser humano, que na modernidade é um valor supremo e fundamental (BEDIN, 2007, p. 359), quanto da concepção de dignidade da pessoa humana. Isso porque “a pessoa humana é o elemento mais importante no âmbito do Estado Democrático de Direito” (GOMES, 2008, p. 105).

Embora o dano moral seja uma noção aberta e de problemática definição, é um instituto jurídico construído historicamente pela comunidade política como digno de proteção:

Portanto, em um sentido amplo, dano é a violação a um interesse, patrimonial ou existencial, concretamente merecedor de tutela jurídica, entendido como aquele que historicamente foi construído por uma comunidade política como digno de proteção, de modo que não existe rol de interesses jurídicos pretensamente válido para todos os casos, havendo uma verdadeira cláusula geral de reconhecimento de danos [...] (BONNA; LEAL, 2019, p. 3)

A inclusão do dano moral dentre os direitos fundamentais demonstra a importância a ele atribuído pelo legislador e pela comunidade jurídica. Os direitos fundamentais são expressões dos “trunfos civilizatórios” que, juntamente com os princípios, sustentam o Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008, p. 99). O Direito em sua perspectiva antropológica significa um fenômeno jurídico “essencialmente humano e social; mais ainda, é criação e comunicação, produto da história e da evolução cultural da humanidade e também uma forma de comunicação social” (COELHO, 2004, p. 155).

A definição de dano moral está em constante evolução, na medida em que avança a importância da tutela dos mais variados âmbitos do ser humano pelo ordenamento jurídico. Inicialmente, a reparação do dano moral sequer era aceita jurisprudencialmente, porque considerava-se que era imoral reparar a dor por meio de um valor pecuniário, ou seja, não se admitia o denominado *pretium doloris*:

Para além da “imoralidade” em se atribuir um valor pecuniário a bens que não são “objeto”, mas sim “sujeito”, ou dele são parte integrante, as motivações para tal posicionamento apresentavam uma aparência de substancialidade, a começar pela dificuldade em se verificar a existência e a extensão do dano sofrido. [...] A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a “medida” do dano. Assim, tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável (MORAES, 2017, p. 146).

Por meio da evolução jurisprudencial, passou-se a aceitar a reparação do dano moral, quando vinculado a prejuízos materiais, por exemplo, nos casos em que se indenizava a morte do filho menor com a finalidade de restituir aos pais os valores gastos em sua criação e posteriormente com a finalidade de compensar a ajuda que o filho poderia proporcionar aos genitores quando ingressasse no mercado de trabalho ou apoiá-los na velhice (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.2). Isso, porque “cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios necessários para repará-los” (MORAES, 2017, p. 150).

Com a previsão constitucional da tutela dos danos morais como direito fundamental, a controvérsia sobre sua reparabilidade restou superada. Mas emergiu para o intérprete o desafio de definir o que é o dano moral, seus contornos e hipóteses de compensação.

O dano moral é definido por alguns como dor, sofrimento, angústia decorrentes do ato ilícito. No entanto, essa definição não se mostra a mais adequada, já que permite uma subjetividade ao intérprete e porque “trata-se de uma confusão entre o sintoma e a causa” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.2), ou seja, confunde-se o dano moral com os seus efeitos.

Outros, definem o dano moral como lesão aos direitos da personalidade, e eventual influência sobre o estado anímico do lesado teria relevância apenas para a quantificação do dano. Os direitos da personalidade podem ser entendidos como “[...] o meio de tutela de um mínimo essencial, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa” (DONEDA, 2005, p. 76), um “mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem” (ASCENSÃO, 2013, e-book, item 35).

Essa definição, por sua vez, recebe críticas, porque alguns aspectos da dignidade humana não estariam contemplados nos direitos da personalidade.

O dano moral também é definido pela natureza do interesse lesado, ou seja, “lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica” ou pela natureza da repercussão (“efeito não patrimonial”) da lesão (MORAES, 2017, p. 155-156).

A distinção entre os danos morais subjetivos e objetivos torna possível identificar um ponto de equilíbrio entre o dano moral como lesão a direito da personalidade (objetivo) e o efeito não patrimonial da lesão que atingiu a subjetividade do ofendido (subjetivo), “sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro” (MORAES, 2017, p. 156).

Há ainda os que entendem o dano moral como violação à dignidade da pessoa humana. Maria Celina Bodin de Moraes (2017) vincula a dignidade da pessoa humana à integridade psicofísica, igualdade, solidariedade e liberdade, explicando as consequências geradas:

[...] toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum ‘direito subjetivo’ da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse não patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação (MORAES, 2017, p. 188).

A definição do dano moral como violação à dignidade humana, decorre da importância que a tutela da pessoa conquistou em nosso ordenamento jurídico:

A dignidade constitui um valor ético, parte da própria essência do ser humano, pelo que ela antecede e fundamenta a ordem política e, ainda, promove a inserção da pessoa na condição de protagonista do sistema jurídico, com o fulcro de evitar qualquer ato atentatório à necessária estima e respeito em face da inerente dignidade de cada indivíduo, bem como objetiva incitar o próprio ordenamento a propiciar um ambiente de liberdades com a concessão de um mínimo invulnerável, a fim de que todos possam desenvolver as suas aptidões e exercer os seus fins em conformidade com as condições humanas (LEAL; MORAES, 2017, p. 136).

No entanto, ao definir-se o dano moral como violação à dignidade humana, corre-se o risco de adotar-se um conceito demasiadamente aberto, culminado em eventual banalização do instituto. Para se evitar essa

inconveniência, propõe Maria Celina Bodin de Moraes a identificação de quatro postulados, representantes do substrato material da dignidade da pessoa humana, a saber:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2017, p. 85).

Assim, é possível identificar o dano moral como violação à dignidade da pessoa humana, quando “decomposto” o substrato material. A igualdade consiste no “direito de não receber tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais” respeitadas as desigualdades (MORAES, 2017, p. 86). A tutela da integridade psicofísica, compreende diversos direitos da personalidade tais como, “vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal”, compreendendo-se o “completo bem estar psicofísico e social” (MORAES, 2017, p. 94). O direito à liberdade identifica-se com uma “perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (MORAES, 2017, p. 107), porém não de forma irrestrita, porque deve-se observar a solidariedade social. A solidariedade social é um “direito-dever” consequência das experiências da Segunda Guerra e que tem origem “nos efeitos da criação e assimilação do conceito de ‘humanidade’” (MORAES, 2017, p. 109) e que tutela o “respeito devido a cada um” (MORAES, 2017, p. 116).

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2010, p. 21-23) explica que enquanto no plano filosófico, o valor intrínseco da pessoa humana é o elemento ontológico da dignidade, ou seja, o que distingue sua natureza e é inerente a todos os humanos, no plano jurídico, representa a determinação da inviolabilidade da dignidade humana e a causa de ser de diversos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem o direito à vida, igualdade, integridade física, moral e psíquica, incluindo neste último o direito de ser reconhecido como pessoa.

No entanto, o reconhecimento como pessoa não implica, como já afirmado anteriormente, em identificar características de identidade entre os

indivíduos, mas sim, em alteridade, na medida em que respeita “a diversidade de culturas e formas de pensar” tornando possível “a dialética com o ‘outro’” (MORAES, 2017, p. 88).

Nesse contexto, importante mencionar que a dignidade da pessoa humana é o “acordo” no mínimo ético que possibilitará a convivência humana e civilizada em um mundo multiculturalista (GOMES, 2008, p. 98). Isso, porque há na dignidade humana um sentido libertador pelo qual se atribui a qualquer forma normativa ou interpretativa do Direito, com “vista a libertação de seres humanos das amarras e barreiras impostas pelo egoísmo que impossibilitam o desenvolvimento do projeto existencial em que consiste toda pessoa” (GOMES, 2008, p. 106).

Em decorrência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e correlatos, a dignidade da pessoa humana foi estabelecida como “um valor que não deve jamais ser violado, e que deve ser preservado e defendido pelo Direito” (GOMES, 2008, p. 124/125), o que implica não apenas a disposição normativa dos direitos fundamentais, mas também a previsão de instrumentos para sua garantia (GOMES, 2008, p. 125).

Assim, a reparação dos danos morais enquanto violação à dignidade da pessoa humana é um dos meios de sua salvaguarda, através do caráter compensatório e preventivo da responsabilidade civil. Este último para aqueles que visualizam a responsabilidade civil não apenas como resposta ao dano já ocorrido, mas também como forma de evitar a ocorrência de lesões. Eduardo Bittar (2002, p. 100), ao abordar os princípios éticos constantes da Constituição Federal, explica que por meio do texto normativo constroem-se os comportamentos sociais e direcionam-se condutas, e expõe que há uma “ética da não-invasividade à personalidade humana (art. V e X), que se expressa pela proteção contra o dano à moralidade, a repressão ao abuso invasivo dos caracteres, da intimidade, da personalidade humana, com a proteção à honra, à imagem e à vida privada” (BITTAR, 2002, p. 101).

Evidente que os princípios que compõem a dignidade da pessoa humana poderão estar em conflito no caso concreto e se deve “ponderá-los, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, com vistas à própria dignidade humana” (MORAES, 2019, p. 13).

Ainda, é possível identificar a conceituação do dano moral como “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela” e que depende de “um aprofundamento da própria noção de dignidade da pessoa humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3). A verificação da ocorrência do dano moral se daria por meio de uma “aferição

intersubjetiva e relacional do fenômeno da dignidade da pessoa humana”, no qual por meio da análise do caso concreto, buscar-se-ia identificar “o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3).

Isso, porque, a título de exemplo, não basta que o lesado afirme que sofreu uma lesão em sua dignidade ou personalidade, para que se conclua pela existência do dano moral (*in re ipsa*). Mas, cabe ao lesado demonstrar a ocorrência objetiva e concreta da violação por meio da conduta narrada (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3).

Tal proposta não representa que se deve verificar a gravidade da ofensa ao direito existencial, até porque toda violação a um bem jurídico da personalidade é grave, mas sim que “a tarefa do magistrado consistirá em perscrutar se na concretude do caso se deu a ofensa a um interesse existencial. Se a resposta for positiva a gravidade será inerente ao dano moral, posto decorrente de sua própria essência” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3). Assim, evitar-se-ia a ocorrência de situação em que as reparações são

injustas e desarrazoadas, incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade política, econômica e social. Isso impõe a compatibilização entre a justiça da reparação com a liberdade e autonomia e as exigências de uma verdadeira solidariedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3).

Da mesma forma, que caso verificado na ponderação do caso concreto que, o “interesse digno de proteção se encontra na tutela da autonomia do suposto lesante, inexistirá dano a ser compensado” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, e-book, item 5.7.3.3).

Identifica-se, ainda, a influência da noção de dignidade de pessoa humana na extensão da reparação. Isso, porque em razão da necessidade de tutela da pessoa humana, a reparação deve corresponder à intensidade da lesão experimentada. Embora nos danos não patrimoniais seja impossível a verificação matemática da extensão da lesão, por meio da teoria da diferença, verifica-se que não é possível que a reparação fixada seja irrisória e nem exorbitante.

A indenização exorbitante pode implicar em violação a dignidade humana quando fixada em desproporção a condição financeira do ofensor, principalmente levando-se em consideração que “não se compensa a dignidade de um negando a do outro” (VIANNA, 2008, p. 452). E a indenização

irrisória é incompatível com a “dignidade dos direitos fundamentais dos seres humanos” (VIANNA, 2008, p. 453).

Outra situação em que é de grande relevância a dignidade da pessoa humana na reparação do dano moral, é a impossibilidade de se considerar a situação econômica do ofendido como critério de quantificação. Isso porque “implica verdadeira e direta violação dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da solidariedade, e acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, criando sérias distorções no campo da reparação de danos e na sua aplicação social” (VIANNA, 2008, p. 458). Aceitar tal prática, implica afirmar que a dignidade de um lesado com excelentes condições financeiras tem valor maior do que a de um pobre (VIANNA, 2008, p. 459); o que não se sustenta diante do fato de que a dignidade é justamente a condição comum a todos dos homens sem comportar graduação em decorrência de condições econômicas ou sociais.

Por conseguinte, verifica-se que a incorporação da noção filosófica de dignidade da pessoa humana pelo ordenamento jurídico traz consequências práticas para o Direito. Uma vez absorvida como princípio, a dignidade da pessoa humana implica na reformulação de diversos institutos, dentre os quais a concepção, extensão e reparabilidade do dano moral.

5. Conclusão

O processo de antropologização do Direito ocorreu em razão da descoberta do homem como tema e fundamento da ordem jurídica, em detrimento do “divino” e da ordem da natureza. Com isso, o homem assumiu o papel de protagonismo, reformulando a noção jusnaturalista para a busca racional do próprio indivíduo e ensejando a conexão da ordem jurídica com a natureza do homem, de forma que a concepção antropológica tem influência direta em todos os âmbitos do Direito.

Embora não exista um consenso, admite-se a existência de uma “natureza humana”, ou seja, traços ou características universais a todos os homens que os distinguem dos demais entes. Embora seja impossível definir o homem de forma taxativa ou cabal, é por meio da identificação do que é o homem ou sua humanidade que será possível identificar a maneira mais adequada de regular a convivência com os demais, respeitando-se a alteridade.

A busca pela natureza humana perpassa por aspectos que visam

identificar: a influência de fatores externos no desenvolvimento da personalidade (não importa anulação da “natureza humana”, mas sim em reconhecer que esses elementos influenciam seu agir); a influência do conceito de evolução na “natureza humana” (o homem está em constante construção); o negacionismo da natureza humana (não implica na impossibilidade de identificar a essência humana); a dimensão existencial (representa a possibilidade de o homem controlar seus impulsos naturais e compreender sua participação e significado na vida e na História).

Em razão disso, identificam-se três agrupamentos acerca das visões da natureza humana: racionalista, para a qual o homem se distingue dos demais animais por ser racional, podendo se dominar e ter controle de si próprio; a religiosa, que revela a constituição tensional do homem, a relação dialética entre o mundano e o eterno; e a científica, por meio da qual o homem é analisado pelos postulados das ciências naturais.

A alteração de foco e centralização no indivíduo tornou a razão humana o elemento emancipatório do fundamento da ordem jurídica, preocupando-se em combater arbitrariedades. Nesse sentido, por meio do imperativo categórico de Immanuel Kant, identifica-se que o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo e, portanto, possuidor de uma dignidade que lhe é intrínseca, vedada sua instrumentalização. Nesse contexto, a noção de autonomia, entendida como ausência de imposição externa do dever de cumprimento da lei universal de respeito à dignidade dos seres racionais, é o fundamento da dignidade da natureza humana.

A partir disso, verifica-se que a dignidade da pessoa humana foi constituída como base da ordem jurídica e vetor axiológico do Direito. Pode-se, então, verificar que a dignidade da pessoa humana teria três conteúdos mínimos: pelo valor intrínseco, o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado por outros ou pelo Estado e devendo sua inviolabilidade ser preservada por meio dos direitos fundamentais; a autonomia, referente ao livre desenvolvimento da personalidade, a salvo de interferências de terceiros, por meio do exercício dos direitos individuais e políticos; e o valor social, que compreende as limitações ao indivíduo em favor dos valores comunitários com vistas a salvaguardar os direitos de terceiros e o próprio indivíduo em face do exercício exacerbado de sua liberdade.

Houve, portanto, uma alteração de paradigma da ordem jurídica de defesa das liberdades do indivíduo para a proteção da dignidade da pessoa humana. E essa alteração de orientação axiológica, por certo, influencia toda a ordem jurídica, desde a criação e alteração das normas de direito positivo até

sua interpretação e aplicação no caso concreto.

Dessa forma, no tocante ao dano moral, verifica-se que, junto com o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, por meio da Constituição de 1988, o legislador assegurou sua tutela e reparabilidade. Ainda, a dignidade da pessoa humana como vetor do ordenamento jurídico, influenciou a aplicação do dano moral como violação desse vetor, adotada por parte da doutrina como critério objetivo a se evitar o excessivo subjetivismo de sua definição pelo isolado aspecto da repercussão psicológica.

Por conseguinte, verifica-se que a incorporação da noção filosófica kantiana trouxe importantes repercussões no ordenamento e seus institutos, o que restou demonstrado no presente artigo pela abordagem do dano moral e sua redefinição sob o prisma da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral** 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 20 dez. 2021.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Unisinos: São Leopoldo/RS, 2007.

BITTAR, Eduardo. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-quantificacao-do-dano-moral/>. Acesso em 05 jan 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri/SP: Manole, 2004.

DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a.VI, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>. Acesso em 15 jan. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Editora Martin Claret. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEAL, Pastora Do Socorro Teixeira; MORAES, Pedro Sarraff Nunes De Moraes. A tutela compensatória dos danos morais e o princípio da reparação integral. In: COSTA; Ilton Garcia Da, DIAS, Clara Angélica Gonçalves, FIUZA, César Augusto de Castro. (Org.) **Direito civil constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 129-147. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/n29p82p2/69d5y8k24xNy2mrQ.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

MARÍAS, Julian. **Antropologia metafísica**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

MARTINS, Ângela Vidal Gandra da Silva. **Antropologia Filosófica e Direito: um confronto entre Lon Fuller e Richard Posner**. São Paulo: Noeses, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v.1, n.1, p. 01-24, nov.-fev./2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/4/3>. Acesso em 15 jan 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

OLIVEIRA, Admardo Serafim de. Antropologia Filosófica. *In: Introdução ao Pensamento Filosófico*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um Humanismo**. Tradução Rita Correia Guedes. Fonte: L'Existentialisme est un Humanisme. Paris: Les Éditions Nagel, 1970. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/455404/Existencialismo+reciclado.pdf>. Acesso em 26 dez 2021.

SPRANGER, Eduard. **Formas de vida**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

VIANNA, Ragner Limongeli. A dignidade humana comporta indenização módica. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 442-474.



O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA SOB A PERSPECTIVA DE PAULO BONAVIDES

Glaucio Francisco Moura Cruvinel
Leonardo Grillo Menegon

CAPÍTULO
15

1. Introdução

Um dos poderes da República, o Judiciário tem sido cada vez mais importante na manutenção da ordem constitucional. Desta forma, entender seu funcionamento, sua estrutura e limites é essencial para compreensão da própria democracia.

Com efeito, com o desenvolvimento do Estado e o aumento da complexidade das relações sociais, o Judiciário passa a ter função mais ativa e relevante, seja por ser mais solicitado diante das inúmeras demandas que lhe são propostas, seja pela complexidade de tais demandas. Apenas a título exemplificativo, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação”.¹³⁰

No Brasil, o problema ainda é agravado pela ausência de soluções alternativas à solução de conflitos. Para Fernando Gustavo Knoerr e Gabriela Cristine Buzzi (2017, p. 95):

Justamente pelo fato da sociedade estar vivendo a Era do Direito, idealizada por Bobbio, é que o indivíduo busca no Poder Judiciário a resolução de seus inúmeros direitos garantidos e por diversas vezes são feridos. Todavia, a resolução ou busca pela efetividade de tais direitos não são resolvidos apenas junto ao judiciário, mas deve ser reconhecida a possibilidade de solução de maneira alternativa, como através da conciliação, mediação ou arbitragem, muito embora, para tanto, deve ser reconhecido também o direito do outro, enxergar este outro como um ser detentor de tantos direitos quanto aqueles que estão sendo reivindicados.

Se em séculos passados as relações sociais possuíam a marca da horizontalidade, com relações entre iguais, a modernidade, especialmente no último século, trouxe a experiência da verticalização das relações jurídicas. Isso se deu tanto pelo acréscimo das funções e responsabilidades estatais, como pelo domínio do mercado por grandes corporações, muitas vezes de abrangência multinacional. É exatamente nesse contexto que a importância do Judiciário se agiganta:

Na imensa maioria dos povos civilizados, neste novo século, o Poder Judiciário assume de vez a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições. Pode-se afirmar, pois,

130 - Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 10 mar. 2022.

a íntima correlação entre Poder Judiciário, direitos fundamentais e democracia. Soam paradoxal, desta forma, as cíclicas campanhas desmoralizadoras movidas pela mídia em geral contra o Poder Judiciário. Mais incompreensíveis, ainda, são ataques que partem de outros Poderes da República, que deveriam, antes, buscar harmonia. A sociedade que se deixa tomar pela descrença no Poder Judiciário está deixando que lhe retire os derradeiros instrumentos de sua defesa. (MATTA, 2003, p. 256).

Especificamente no que diz respeito à relação entre Estado e indivíduo e à modificação dessa relação com o Estado Moderno, o posicionamento dos autores Knoerr e Knoerr é cirúrgico: “A relação Estado-indivíduo passa a ser uma relação de direito e dever, passa a ser uma relação jurídica e, com isso, o Poder Judiciário torna-se o principal controlador do Estado” (KNOERR; KNOERR, 2017, p. 371).

Com o crescimento, em importância e extensão, de atribuições do Poder Judiciário, patenteia-se a imprescindibilidade do estudo de sua estrutura e funcionamento para correta compreensão de nossa democracia.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é descrever o Poder Judiciário como idealizado perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, analisar a forma de ingresso de seus membros, relacionando-a à legitimação do exercício de seu Poder.

Averiguar se há e qual a extensão da crise existente no Poder Judiciário sob a perspectiva do autor Paulo Bonavides. Identificar, em primeiro plano sua existência para, posteriormente, vislumbrar possíveis ajustes. Para Paulo Bonavides (2004, p. 83), não há dúvidas acerca da existência da crise no ramo da Justiça:

Enfim, o Poder Judiciário neste País se nos afigura, em grande parte, intimidado pela crise do Estado, cujos efeitos se abatem sobre as instituições pública, o governo e, sobretudo, a pirâmide social, onde o regime assenta as bases do seu *status quo*.

Entretanto, busca-se, na própria obra do autor, nos elementos de crise trazidos por ele, bem como no desenho constitucional traçado pela Constituição Federal, investigar a existência e amplitude de tal crise, bem como fatores de correção.

2. Poder judiciário na constituição federal de 1988 e a relação com os demais poderes da república

O Poder Judiciário tem papel destacado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os artigos 92 a 126 lhe são exclusivamente dedicados. Tratam, os dispositivos constitucionais mencionados, desde a forma de ingresso na carreira da magistratura, passando pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais até a estrutura dos Tribunais, com destaque para competência e número de membros.

O artigo 92 da Carta Magna (BRASIL, 1988, *on-line*) inicia o tratamento ao poder judiciário elencando todos os seus órgãos. Está assim disposto:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

I – A o Conselho Nacional de Justiça;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

II – A – o Tribunal Superior do Trabalho;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O Supremo Tribunal Federal, composto por 11 (onze) ministros, nomeados pelo Presidente da República, possui competência para julgar, salvo exceções relacionadas à competência originária ou decorrente dela em relação a outros tribunais superiores, as causas pertinentes à matéria constitucional.

O Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 membros e é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um órgão com competência administrativa e não jurisdicional. Segundo o artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (BRASIL, 1988, *on-line*).

O Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 (trinta e três) ministros, que também são nomeados pelo Presidente da República, com peculiaridade de vinculação de 1/3 (um terço) com origem nos Tribunais Regionais Federais; 1/3 (um terço) dentre os desembargadores dos Tribunais de Justiça, todos indicados por lista tríplice pelo respectivo órgão, e, por fim, um terço dentre advogados e Membros do Ministério Público Federal, Estadual, dos Distrito Federal e Territórios.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, salvo exceções relacionadas

à competência originária ou decorrente dela em relação a outros tribunais, as causas relacionadas à matéria infralegal. O Superior Tribunal de Justiça é, também, conhecido como Tribunal da Cidadania e é fruto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

Ao lado da Justiça comum, composta por tribunais e juízes federais e estaduais, há, ainda, a Justiça especializada, com competência para julgar as relações de trabalho, relações de direito eleitoral e competência militar. O esgotamento da definição de cada um desses órgãos extrapolaria o objeto do presente trabalho.

Descritos os órgãos da Justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe contextualizá-la em relação à estrutura de Poder configurada pela Carta Magna.

O Brasil adotou a forma republicana de governo, com sistema representativo e regime democrático, conforme se infere do artigo 34, VII, alínea ‘a’ da Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se de princípio sensível da Constituição Federal. Isso significa que sua violação é motivo autorizador de intervenção Federal. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, *e-book*):

Nesse contexto, assumem relevo também os *assim chamados princípios sensíveis da Federação*, que, a despeito da existência de uma vinculação, não se confundem com os elementos essenciais do Estado Federal e que corresponde, por assim dizer, aos seus elementos estruturantes, como é o caso da autonomia dos entes federados e da proibição de secessão. Com efeito, os princípios sensíveis da Federação correspondem essencialmente àqueles elencados no inc. VII do art. 34 da CF e que, em caso de sua violação, ensejam a utilização do instituto da Intervenção Federal.

Nessa estrutura republicana e democrática da República Federativa do Brasil, ainda se encontra cristalizada a separação e independência de Poderes. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

Observa-se que o Judiciário é apenas um dos Poderes da República. Coexiste com os poderes Executivo e Legislativo, e essa coexistência deve ser harmônica, segundo o imperativo constitucional. Para Mendes (et. al., 2018, *e-book*):

Os três poderes são, na doutrina – enfatize-se – harmônicos e independentes. Por isso, um não invade o campo do outro. Nem são delegáveis de um para outro as tarefas a cada um cometidas pela

Constituição – delegata potestas delegari non potest. O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de *jurisdictio*, jurisdição, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), de onde vem o termo em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei.

Alguns autores preferem a utilização da expressão “divisão de funções estatais”, já que o Poder seria apenas um, derivado da Soberania do Estado. Utilizando-se, também, de referida terminologia, tem-se a definição do Ministro Luís Roberto Barroso (2019, *e-book*):

As funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.

A coexistência harmônica entre os Poderes de Estado, ou funções estatais, caso se opte por esta última definição, é essencial para o pleno exercício da democracia. As funções estatais, os Poderes constituídos, possuem características diversas, com pontos de força e de fragilidade específicos. O excesso ou omissão do exercício de cada função pode gerar desequilíbrio entre eles, com um se sobrepondo ao outro e tendo como consequências crises ao Estado Democrático. Com enfoque no Poder Judiciário, Paulo Bonavides (2004, p. 74) destaca essa relação e expõe método para análise de crises entre os poderes:

A forma presidencialista, pela natureza mesma de tal sistema de governo, de certo modo concentra ao redor do Executivo faculdades cuja amplitude extrapola a esfera de mecanismos constitucionais de ação e poder. (...). Mister, por conseguinte, fortalecer o Poder Judiciário por todos os meios possíveis. Dos três poderes é congenialmente o mais fraco e, de tradição, aquele que mais dificuldades teve, no passado, para sobrepor-se às pressões executivas de dominação. (...). Separar poderes para governar é possível, e o filósofo do Espírito das Leis os separou ao ministrar a lição constitucional da melhor forma de governo; separá-los, contudo, para examinar-lhes a crise, sem consideração da respectiva interdependência, qual intentaram fazer alguns publicistas, sobre ser falso e perfunctório, jamais conduzirá alguém às raízes do problema.

De tal conclusão se extrai, portanto, que não é possível analisar a crise

de um dos Poderes da República sem compreender a interrelação que possui com os demais, os pontos de contato e de atrito, as semelhanças e diferenças. Por esse motivo, para compreensão de eventual crise do Poder Judiciário, e ainda que de forma breve, há necessidade de análise da estrutura dos demais poderes.

O Poder Executivo é composto por Presidente da República, Governadores dos Estados Federados e Prefeitos Municipais. São eleitos por voto direto e universal para mandatos com prazo determinado e com limitação de reconduções.

O Legislativo é representado por Senadores da República e Deputados Federais, no âmbito da União; Deputados Estaduais com relação aos Estados Federados e vereadores nos Municípios. Da mesma forma como ocorre no Poder Executivo, os ocupantes dos cargos do Poder Legislativo são eleitos por voto universal e direto para mandatos com prazo limitado. Entretanto, não há limitação para reconduções.

O Poder Judiciário, por sua vez, não possui representação municipal e seus membros não passam por eleição. Via de regra, assumem o cargo após concurso público. Os cargos não possuem restrição temporal, há a garantia da vitaliciedade, e os integrantes podem permanecer até aposentadoria, voluntária ou compulsória.

A relação de interdependência entre os Poderes no exercício de suas funções é ditada pelo sistema de freios e contrapesos em que o exercício de um poder regula eventuais excessos ou omissões de outro. “Uma das virtudes mais encarecidas da separação de poderes é erigir um sistema de freios e contrapesos. Em decorrência dele, espera-se que ‘o poder detenha o poder’, evitando-se com isto os abusos” (FILHO, 2017, *e-book*).

Destaca-se que, além das funções típicas, cada um dos Poderes possui funções atípicas, ou seja, funções legislativas excepcionalmente praticadas pelo Executivo, administrativas excepcionalmente praticadas pelo Judiciário etc. Especificamente quanto a essa relação, e com destaque à preponderância do Poder Executivo no sistema presidencialista, assevera o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017, *e-book*):

Pode-se dizer que, à luz do direito comparado, a separação dos poderes tem, como já se disse, um caráter heterodoxo. Significa na atualidade que a condução geral de um Estado – o Governo – compete essencialmente ao antigo Executivo. Por essa razão, ele goza não apenas da iniciativa de leis, mas de um poder legiferante, sujeito, contudo, ao controle do Legislativo. Este não perde, em termos gerais, o poder próprio de legislar, mas é essencialmente um poder de controle dos atos de governo, que eventualmente tem de autorizar, ou deve aprovar, nisto

incluída a legiferação governamental. O Judiciário, embora continue com a tarefa de aplicar a lei contenciosamente a casos concretos, seja para dirimir litígios, seja para punir delitos, se projeta noutros planos. Com efeito, exerce uma fiscalização da constitucionalidade, além da fiscalização tradicional de legalidade (conceito hoje alargado para uma ‘justicialidade’), controla com isto, pelo prisma jurídico, o Governo e o Legislativo, bem como de mais em mais assume o posicionamento de defensor dos direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, que a par de todas as funções típicas e atípicas dos Poderes da República, que o Poder Judiciário, além das soluções de conflitos, atua como importante agente para manutenção da ordem constitucional e democrática. Isso porque a ele incumbe, de forma primordial, o controle da ordem vigente, seja constitucional ou infraconstitucional. É o Judiciário que será o poder chamado a restaurar a ordem em momentos de crises institucionais.

Por esse motivo, eventual crise no Poder Judiciário, seja relacionada à legitimação estrutural, ou mesmo de excessos ou omissões, compromete a própria vigência do estado democrático.

3. Formas de ingresso no poder judiciário e legitimação do poder

Como visto no capítulo anterior, o Poder Judiciário é, dentre os Poderes da República, o único pelo qual o acesso não se dá pelo voto direto e universal. Ainda, é o único em que seus membros não possuem mandato, com prazo delimitado. Tal sistema de ingresso e permanência no Poder possui justificativa. Com efeito, por ser baluarte da ordem constitucional e legal, o Poder Judiciário não pode ficar sujeito às intempéries e oscilações do jogo político. Claudia Maria Barbosa (2006, p. 08) explora o problema:

A forma de investidura no Poder Judiciário não pode ser estudada de forma simplista. Há muitas variáveis que impedem uma análise binária que afirma ou nega a correção/conveniência de uma investidura via eleição popular, ou uma seleção técnica, que assegure o ingresso dos ‘melhores quadros’. A eleição aproxima, ao menos retoricamente, o candidato do eleitor, mas não se pode afirmar que seja essa a melhor solução para garantir, por exemplo, a independência do magistrado. O próprio controle feito pelo eleitor poderia induzir o magistrado interessado em permanecer no cargo a decidir de acordo com os

interesses do grupo que o elegeu, subvertendo a função do Poder Judiciário, cujas decisões devem ter sustentação no ordenamento jurídico vigente.

A forma de ingresso na carreira da magistratura por meio de concurso público e com destaque ao conhecimento técnico, no Brasil, está vinculada de forma profunda à nossa tradição jurídica. Em pesquisa sobre o tema Norton Thomé Zardo (2020, p. 151) esclarece:

O período do Império do Brasil, por fim, revela como a adoção da concepção da Justiça como Poder independente acabou tornando possível, mesmo sem o abandono do sistema de nomeação pelo monarca, consolidar o mérito intelectual como fator determinante para a escolha dos magistrados e, através de um conjunto claro de garantias, observar as características inerentes a um sistema de escolha por concurso já próprio do século XX.

Como se observa, a forma de ingresso na carreira da magistratura, com a regra do concurso público, portanto, é essencial para que se garanta a imparcialidade do Poder. Com efeito, se cabe ao Poder Judiciário manter a ordem constitucional de forma imparcial e respondendo apenas à própria Constituição, não pode haver influência externa em suas decisões. Certamente, campanhas eleitorais influenciariam sobremaneira no papel do juiz e na atividade jurisdicional.

Juiz não pode julgar pensando em agradar ou desagradar um grupo de eleitores ou grupos políticos, tampouco reservar sentimento de gratidão por nomeações para o cargo que ocupa, deve cumprir a Constituição e as Leis.

Não por outro motivo a Lei Orgânica da Magistratura veda expressamente, em seu artigo 26, inciso II, alínea 'c', o exercício da atividade político-partidária aos integrantes da magistratura. A atividade judicante é completamente incompatível com o jogo político, caso contrário, correr-se-ia o risco de as decisões judiciais serem proferidas de acordo com perspectiva de vantagens eleitorais.

Em verdade, o papel do Judiciário é justamente o oposto. É o Poder da República que exerce a força contramajoritária. Ou seja, mesmo que o direito violado pertença a uma minoria, incapaz de eleger um representante, e sobretudo nessas hipóteses, o Poder Judiciário deve intervir com independência, imparcialidade e altivez, para que se garanta o direito conforme a Constituição e o ordenamento jurídico. Sobre o tema, João Paulo Marques dos Santos (2019, p. 07):

Como manifestação do princípio democrático, jamais a maioria poderá se utilizar do próprio sistema político para sobrepujar direitos fundamentais e, se assim o fizer, colocar-se-á em risco a existência do princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, o próprio constitucionalismo, baseado em limitação dos abusos absolutos.

Demonstradas as vantagens da forma de ingresso na carreira da magistratura por intermédio de concurso público, poder-se-ia indagar qual a fonte de sua legitimação na estrutura dos Poderes da República.

Quanto a este ponto, tem-se claramente que o fator primordial de legitimação do magistrado é o conhecimento técnico, a erudição em relação ao arcabouço jurídico nacional. Se ao Poder Judiciário compete, essencialmente, a guarda da Constituição e das leis, mais legítimo será quanto mais conhecedor do seu objeto de atuação. José Renato Nalini (2015, p. 85) é contundente quanto a esta forma de legitimação:

O sufrágio não é a única forma de se conferir legitimidade ao detentor do cargo público. A experiência brasileira é bastante a evidenciar que o sistema de representação político-partidária não é destituído de vícios. (...). A legitimação é um processo permanente. A cada dia a Magistratura precisa cuidar de aferir qual é o grau de legitimidade que obtém junto ao povo a que deve servir. Uma das formas densas de legitimação é motivar as decisões. A fundamentação da sentença e dos acórdãos é dogma constitucional alicerçado na convicção de que é imprescindível ao juiz, no Estado de Direito, exercer de maneira transparente a sua atividade de solucionador de controvérsias.

Evidente que o dever de motivar está diretamente ligado ao conhecimento do que se motiva, e à capacidade técnica no trato com o Direito. Destaca-se que, ao se afirmar sobre ser o conhecimento do ordenamento jurídico o fator preponderante de legitimação do magistrado, não se está concluindo que o juiz deva se restringir à aplicação da literalidade da Lei. Isso se torna evidente quando se analisam as disciplinas constantes, obrigatoriamente, dos certames para o cargo e que inclui, dentre outras, “noções gerais de direito e formação humanística” (CNJ, 2009).

O conhecimento que se exige do juiz, portanto, é amplo e abrange não somente a literalidade da Lei, mas noções de humanística, costumes, princípios gerais do direito e exigências do bem comum, nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Portanto, equívoca é a conclusão de que somente o conhecimento literal da Lei basta para legitimação do magistrado, num posicionamento positivista.

4. Crise constituinte ou constitucional no poder judiciário

Evidenciados os fatores de legitimação do juiz no sistema de ingresso no Poder Judiciário estabelecido pela Constituição, resta entender se há algum elemento de crise ou enfraquecimento de legitimação em sua estrutura e qual a modalidade dessa crise. Paulo Bonavides (2004, p. 76-77) diferencia Crise constituinte e crise constitucional:

A crise constituinte, crise geral, crônica e permanente das instituições e da Constituição, não deve ser confundida com a crise constitucional. (...). A crise constitucional é, sobretudo, peculiar àqueles países que já se alçaram a um subido grau de civilização ou lograram um nível de costumes políticos compatível com o exercício da democracia e a limitação de poderes. É, muito mais, uma crise de governo que de regime.

Portanto, de acordo com a classificação dada pelo professor Paulo Bonavides, o primeiro questionamento que se coloca é se há uma crise institucional no Poder Judiciário, e se essa crise possui características de crise constituinte ou constitucional. Em outras palavras, se é uma crise sistêmica, crônica, permanente e ligada à própria estrutura do Poder; ou se é uma crise circunstancial.

O autor Paulo Bonavides (2004, p. 78-79) entende que o sistema constitucional brasileiro padece de crise constituinte, ou seja, de grau mais severo. Isso fica claro da seguinte conclusão extraída de sua obra:

Em razão de não ser possível, até hoje, debelar no Brasil a crise constituinte, a qual permanece latente, apesar das várias Constituições que o País já teve, a conclusão a que se há de chegar é que todas essas Cartas Magnas padecem, por sua origem, natureza e aplicação alguma deficiência de legitimidade.

Em relação ao Poder Judiciário o autor elenca alguns fatores que podem prejudicar seu bom funcionamento. Todos eles são relacionados à imparcialidade, independência e aos resultados da atuação. Um dos problemas relacionados à independência e enumerados pelo autor diz respeito à remuneração:

A par do problema da insuficiência quantitativa de magistrado em atividade, a prestação jurisdicional no País se acha, também, afetada pela baixa remuneração dos juízes em todos os quadros da carreira, tanto da justiça estadual como federal. Essa situação poderá desviar

da magistratura as vocações mais qualificadas. Não há Poder Judiciário tranquilo e independente, em nenhum ordenamento jurídico, se aos seus membros falecerem condições materiais bastante dignas, com que afiançar-lhes a autonomia do espaço existencial (BONAVIDES, 2004, p. 82).

Outro ponto de destaque é a influência externa, dos demais poderes “liberdade que urge agora assinalar, em favor do Judiciário, a fim de que este erga um dique às usurpações do Executivo e às abdicações do Legislativo” (BONAVIDES, 2004, p. 84).

A análise atenta da obra do autor, em especial nos pontos relacionados ao Poder Judiciário, indica que a crise por ele relatada em relação a este Poder é circunstancial, e não propriamente estrutural. Ousa-se, dessa forma, discordar do autor quanto à gravidade da crise que assola o Poder Judiciário. Não há, em verdade, no sistema jurídico brasileiro, grave interferência no funcionamento do Poder Judiciário que decorra da fragilidade ou da sua Legitimidade como Poder.

Poder-se-ia elencar fatores que otimizem a atuação do Poder Judiciário, vinculando-o integralmente à sua fonte de legitimação (conhecimento do ordenamento jurídico, como visto no capítulo anterior). Entretanto, não se pode dizer que são problemas que ocasionam crises graves, estruturais no Poder.

Tais medidas seriam a composição dos Tribunais Superiores exclusivamente por integrantes da carreira e a total eliminação da composição heterogênea dos Tribunais (o chamado quinto constitucional).

Atualmente a composição dos Tribunais Superiores é realizada por indicação do Poder Executivo, podendo haver participação, ainda, do Legislativo. Em relação aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, o Executivo poderá indicar 1/5 de seus membros, dentre pessoas de fora do quadro (advocacia ou Ministério Público).

Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, parte de seus integrantes também tem origem fora do Poder Judiciário (art. 103-B, X a XIII da Constituição Federal), além dos que integram o Poder Judiciário, mas com origem diversa (como é o caso das vagas provenientes de Tribunais Superiores).

A adoção do modelo proposto contribuiria para fomentar o modelo de gestão autônoma do Poder Judiciário, contribuindo para a vedação de influência e atuação dos demais Poderes em sua estrutura. Afinal, se ao Judiciário não é dado interferir de forma direta e decisiva na formação dos demais poderes, não pode, da mesma forma, estar sujeito a essa interferência. Tampouco integrantes do Judiciário compõem ou indicam a composição dos Ministérios do Poder Executivo, ou das mesas e órgãos do Poder Legislativo. Assim, não caberia a

indicação, seja para órgãos jurisdicionais, como Tribunais Superiores.

O Judiciário deve centrar-se, unicamente, em cumprir a Constituição e as Leis do país, devendo se distanciar, o tanto quanto possível do jogo político, sujeito naturalmente às especulações para formação de maiorias. Para Paulo Bonavides (2004, p. 80):

Devendo obediência exclusivamente à Constituição, é nesta que reside a garantia suprema da independência dos magistrados para solver ‘todas as controvérsias que envolvam os cidadãos, as instituições e as próprias instâncias governamentais.

Não se quer dizer, definitivamente, que aqueles que não ingressaram no Judiciário por meio de concurso público não tenham conhecimento do ordenamento jurídico. A própria Constituição Federal exige notório saber jurídico para tais indicações. Entretanto, trata-se de questão relacionada à autonomia e independência do Poder que, por desempenhar a missão de guarda da Constitucional Federal e da preservação do ordenamento jurídico, demanda, conforme sustentou-se neste trabalho, absoluta autogerência de sua composição.

Deve ser salientado que a prevalência do conhecimento técnico não se restringe ao conhecimento teórico jurídico. Demanda diálogo com a realidade, com informações da atualidade, dinâmicas sociais, ciências políticas e antropológicas, o que também poderá ser utilizado na fundamentação das decisões. A interpretação da norma jurídica deve se dar não pela vontade subjetiva do juiz, mas amparada em conhecimento objetivamente verificável da realidade que o circunda.

Essa exigência dirigida ao magistrado mostra-se mais relevante na medida em que grassa no universo jurídico a hermenêutica neoconstitucionalista, a qual propõe a interpretação de todas as normas do ordenamento à luz da Constituição Federal, visando conferir maior prestígio aos seus valores e objetivos. Dentre as características dessa nova hermenêutica constitucional, merece destaque a força normativa dos princípios, normas que, sendo dotadas de maior grau de indeterminabilidade, em sua aplicação demandam elevado esforço interpretativo e argumentativo por parte do julgador, como deixam antever Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 203):

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. E

a busca de legitimidade para essas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costuma desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Evidentemente que ao se afirmar que papel hermenêutico do juiz não se deve restringir ao de simples repetidor do texto legal positivado, não implica em reconhecer que a atuação do julgador deve ser dotada de tal amplitude que se descole da realidade, da formação histórica do país, de seu povo e de sua tradição jurídica. Lembrando-se que a Lei é formada por um costume social anterior e que, portanto, a sociedade é a fonte do Direito Positivo, somente na própria sociedade é que se pode buscar elementos de interpretação para a Lei, e não em conceitos vagos e abstratos. Sobre essa relação entre Lei, Sociedade e o Juiz, vaticina Carnelutti:

Não obstante, a verdade é que, sem o juízo, a lei nem poderia surgir nem poderia servir aos fins do direito. Em termos históricos, o juízo é anterior à lei; a formação primitiva das leis é o costume, e este supõe uma sequência de juízos. Por outro lado, sem o juízo, a lei seria um mandato não cumprido e frequentemente inativo. (...). Uma lei, pois, nunca funciona sem ser integrada a um juízo de partes. Por sua vez, esse juízo não é suficiente, na medida em que as partes são impulsionadas por seus respectivos interesses e, assim, não têm a serenidade necessária para julgar. Então, no lugar da parte, atua o juiz, cuja sentença integra a lei (CARNELUTTI, 2015, p. 83-84).

O conhecimento do Direito por parte do Juiz, portanto, deve ser amplo, abrangendo a ligação da norma jurídica com sua fonte criadora, a Sociedade. Justamente por esse motivo, o conhecimento da Lei passa, necessariamente, pelo documento legal político que regula o Estado, a Constituição Federal. O correto exercício da função jurisdicional pressupõe o exercício da adequada hermenêutica constitucional, em todas as suas hipóteses. A hermenêutica constitucional, por seu turno, pressupõe análise sistemática do direito, mas também o estudo e reconhecimento de sua fonte criadora, a realidade social que o formou.

Sérgio Alves Gomes (2021, p. 362), ao destacar esse novo papel do magistrado, delinea que “a jurisdição exercida pelo juiz apresenta dimensões e finalidades que são ao mesmo tempo de natureza ética, jurídica, política e social”, para em seguida complementar magistralmente:

Cabe ao magistrado desenvolver não só uma capacidade interpretativa, mas também argumentativa, capaz de ler e compreender, além do explícito, o que há de implícito nos textos normativos. O universo do implícito pode ser até maior do que o que já vem explicitado. Para isso o intérprete precisa lançar mão da argumentação (GOMES, 2021, p. 371)

Nessa perspectiva é possível antever que deve estar à disposição do magistrado uma ampla gama de competências, não exclusivamente jurídicas, a fim de interpretar a constituição de forma verticalizada, em hermenêutica conectada com fundamentos que melhor se coadunem com o objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da Constituição Federal).

Discorrendo sobre o ofício do jurista e a aplicação do texto Constitucional, José Pedro Galvão de Souza descreve a multiplicidade da análise exigida do julgador ao aplicar a Constituição Federal:

Se as leis pouco valem *sine moribus*, sem estarem assentadas na realidade social e no direito histórico, isto também é verdade em se tratando da lei fundamental do Estado, mesmo na hipótese de um novo regime político a estrutura, quando importa ajustar instituições a um determinado meio, levando em conta os hábitos sociais, as tradições locais e regionais, o caráter geral do povo, enfim todo um *background* psicossociológico, político e econômico. Nesta subestrutura se acha o que há de mais fundamental ou constitucional numa nação, a sua constituição social, o suporte da constituição política. Esta última não deve ser um produto concebido aprioristicamente ou fabricado como um artefato, pois não é obra de engenho mecânico, mas de prudência legislativa, e o legislador prudente sabe auscultar os condicionalismos sociais (DE SOUZA, 2020, p. 140)

Portanto, parece coerente afirmar que apenas o julgador dotado de largo cabedal de interesses e conhecimento, além de acurada técnica jurídica, poderá fazer frente à missão que a Constituição e as leis o incumbiram.

Nessa seara, perfaz se súbita importância a discussão quanto aos preceitos que conferem legitimidade ao papel do Juiz, e sua posição na sociedade.

5. Conclusão

Realizou-se estudo demonstrativo da estrutura e funcionamento do Poder Judiciário na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

com descrição de seus órgãos e competências. A partir dessa análise descritiva, aprofundou-se na questão da forma de ingresso na carreira da magistratura, comparando-a com a dos demais Poderes da República.

Identificou-se o fator de legitimação do Poder Judiciário como sendo a erudição, o conhecimento técnico, não apenas em relação às leis, de forma literal, mas também de todo ordenamento jurídico e de matérias anexas, como formação humanística, ciência política, filosofia e sociologia jurídica.

Partindo-se da classificação tomada pelo professor Paulo Bonavides, em relação à crise constitucional ou crise constituinte, sendo esta última mais grave e crônica que a primeira, identificou-se que o Poder Judiciário no Brasil não passa por crise institucional de elevada gravidade.

Entretanto, há medidas que podem aprimorar seu funcionamento, desde que o vinculando de forma integral ao seu fator de legitimação (o profundo conhecimento do ordenamento jurídico). Tais medidas evitariam ingerência dos demais poderes, e tornaria o Judiciário ainda mais independente e imparcial, tornando-o apto, através da jurisdição constitucional, a equalizar o atual cenário de forças divergentes entre os poderes da república.

Dentre as soluções apresentadas para incremento da imparcialidade e independência do Poder Judiciário estão a composição dos Tribunais Superiores exclusivamente por membros do Poder Judiciário, e a exclusão da composição heterogênea (quinto constitucional). Além disso, salutar a composição de órgãos administrativos exclusivamente por integrantes da carreira da magistratura nacional.

Por fim, procurou-se demonstrar que a atual hermenêutica neoconstitucional, ao ampliar a aplicabilidade em casos concretos de normas de reduzida densidade normativa, exigiu que magistrado, mais do que amplo conhecimento técnico-jurídico, disponha de capacidade para avaliar a dinâmica sociopolítica que o circunda.

Com tais medidas se aprimoraria o exercício da função do Judiciário, isto é, ligar-se-ia de forma integral o Poder ao fundamento de sua legitimidade, resguardando de forma mais apropriada e técnica a Constituição, atendendo ao que foi conhecidamente salientado por Paulo Bonavides (2004, p. 85), no sentido do reconhecimento das futuras gerações e da sobrevivência da democracia, acaso o Poder Judiciário cumprisse a sua missão de salvaguarda do texto constitucional.

Referências:

BARBOSA, Cláudia Maria. **O processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Fortaleza. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4. edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009**. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Brasília, DF: Senado Federal, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Tradução Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

DE SOUSA, José Pedro Galvão. **Direito e Política**. Obras Reunidas, vol. 1. Anápolis/GO: Editora Magnificat, 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. 1. ed. (ano 2008), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2021.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto; revisão técnica: Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KNOERR, Fernando Gustavo. BUZZI, Gabriela Cristine. O resgate das relações fraternas como solução para o aumento dos conflitos no Brasil. **Revista jurídica Unicuritiba**, v. 2, n. 39, 2015.

KNOERR, Fernando Gustavo. KNOERR, Viviane Sellos. A formação do Estado na contemporaneidade a partir da revolução russa – um século determinante dos novos rumos da sociedade e do direito. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 18, n. 7, p. 363-373. Set/Dez, 2017.

MATTA, José Eduardo Nobre. Rui, os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, p. 250/261, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

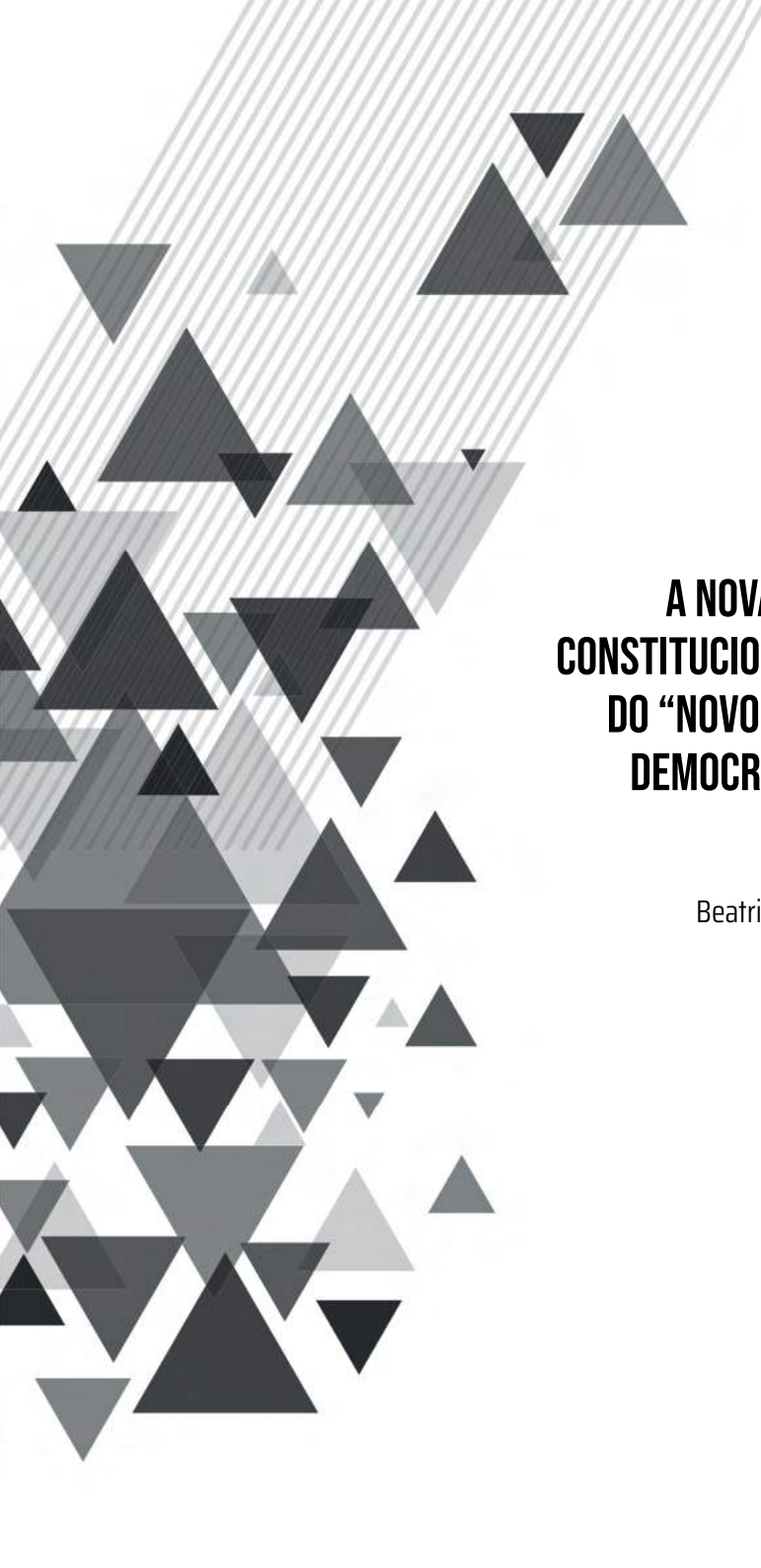
NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, João Paulo Marques dos. Justiça Constitucional e a sua função contramajoritária: da limitação à sua legitimação. Revista dos Tribunais Online. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 116/2019. p. 107-132. Nov.-Dez. 2019.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZARDO, Norton Thomé. **Para além dos organogramas: a história da organização judiciária brasileira no período pré-republicano sob a perspectiva da figura do magistrado**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, 2020.



A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO “NOVO JUIZ” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Beatriz Scherpinski Fernandes
Daniela Braga Paiano
Isabela Nabas Schiavon

CAPÍTULO
16

1. Introdução

A sociedade contemporânea vive em um cenário de hipernormatividade e de controle das massas. Diante dessa conjuntura, se o homem dispensa a dimensão filosófica pode acabar se tornando escravo da técnica, mecanizado, distante da sua própria essencialidade e incapaz de determinar critérios racionais para conduzir as suas necessidades. A Filosofia busca as causas primeiras, procura explicar e desenvolve a crítica, favorecendo a liberdade humana de pensar.

Já a Filosofia do Direito é a própria Filosofia voltada para a realidade jurídica, compreende um pensar sobre o Direito, sobre a sua universalidade. Quando se pensa em Filosofia do Direito, deve-se refletir na relação da norma com a justiça, observa-se que a justiça não é apenas ideal ou teórica, mas se encontra intimamente relacionada com as estruturas materiais da sociedade.

A compreensão da realidade está relacionada com a perspectiva que se adota para a busca do saber, depende da maneira pela qual se observa e do viés que se pretende ter como enfoque. A conexão da Filosofia com as relações sociais marca, portanto, a questão entre pensamento, realidade e justiça.

A perspectiva do discurso jusfilosófico busca o conhecimento filosófico do fenômeno jurídico e o que existe de universal no Direito, a sua essência, o seu alcance finalístico. Nesse sentido, o viés jusfilosófico do Direito se apresenta como um componente essencial para a discussão teleológica e de entendimento da realidade, principalmente diante da constante mutação social frente à dinamicidade das relações sociais.

O pensamento jusfilosófico deve ser considerado, na contemporaneidade, como essencial à formação de uma consciência constitucional e democrática, indispensável à construção do Estado Democrático de Direito. A Filosofia do Direito, ao lado da Hermenêutica Constitucional, é responsável por apresentar ao juiz a investigação e a interpretação dos interesses e das necessidades humanas a partir de uma análise crítica e abrangente.

Diante dessa conjuntura, o estudo terá como objeto o exame da Hermenêutica Constitucional, sob o viés jusfilosófico. Dessa forma, a problemática da pesquisa fundamentar-se-á em investigar a influência da Hermenêutica Constitucional na atuação do *novo juiz* no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa apresenta relevância na medida em que se coaduna com o cenário atual das aspirações da sociedade na solução de seus conflitos pelo Judiciário brasileiro. O objetivo da pesquisa é analisar de que forma o *novo juiz*

se utiliza da Hermenêutica Constitucional para interpretação dos casos e para fundamentação das decisões judiciais, a fim de compreender a extensão do neoconstitucionalismo no cenário jurídico da pós-modernidade. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A problemática da pesquisa foi desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória.

A fim de atingir o objetivo almejado, o estudo foi dividido em quatro partes. Primeiramente, abordará o tema da Filosofia e a sua relação com a nova Hermenêutica Constitucional, após versará sobre a atuação do *novo juiz* no ordenamento jurídico, posteriormente tratará do neoconstitucionalismo e das decisões judiciais e, por fim, discorrerá sobre uma perspectiva jusfilosófica na compreensão do Estado Democrático de Direito pelo *novo juiz* na seara da Hermenêutica Constitucional.

2. A Filosofia e a Nova Hermenêutica Constitucional

No formato atual de sociedade, o contexto social e, conseqüentemente, os ordenamentos jurídicos das nações, se modificam constantemente, sistemática que impõe a investigação e interpretação dos comportamentos e das regras de conduta vigentes a partir de um viés jusfilosófico.

Nesse sentido, a necessidade do intérprete se debruçar sobre questões sociais e jurídicas se dá em razão dessa mutabilidade social. De acordo com Alaôr Caffé Alves (2004, p. 98), “a exigência da hermenêutica é resultante do processo de transformação do próprio sistema jurídico, em face das alterações das bases socioeconômicas da sociedade”.

No estudo da hermenêutica, considera-se essencial estabelecer, inicialmente, uma relação entre esse modelo de interpretação e a própria Filosofia, diante da “proximidade da ideia de Hermenêutica com a de Filosofia” (GOMES, 2008, p. 49), já que “a filosofia, expressão da autoconsciência, está condicionada não só pelo passado, mas também pela vida do presente, pelo modo como se produz ou se reproduz a vida social e material no presente” (ALVES, 2004, p. 89).

A Filosofia pode ser compreendida como “a ciência dos objetos do ponto de vista da totalidade” (MORENTE, 1980, p. 31), sendo, portanto, “a disciplina que considera o seu objeto sempre do ponto de vista universal e totalitário” (MORENTE, 1980, p. 31). Todavia, a Filosofia se difere da ciência,

uma vez que o fazer filosófico não integra o fazer científico. Isso porque a ciência se relaciona a um corpo teórico inserido em interesses particulares de investigação, alinhados a um método, já a Filosofia se relaciona à condição de saber ordenado. A Filosofia não se ocupa, em sua essencialidade, com a comprovação ou verificação, nem ao menos para os cálculos ou quantificação da verdade, na realidade, “[...] o fazer filosófico requer uma atitude dialogal, em que a filosofia é essa experiência da racionalidade humana capaz de estabelecer aproximações e construir saberes” (PIRES, 2003, p. 39). A Filosofia se encontra em um espaço teórico que busca compreender o cotidiano e a sua história, por meio da razão.

O saber filosófico se diferencia das outras formas de conhecimento, especificamente na área da Filosofia do Direito, que no seu aspecto zetético vem investigar o fenômeno jurídico através da transdisciplinaridade com outros campos do conhecimento (CÂNDIDO, 2003, p. 61). Trata-se do campo investigativo do Direito, no qual os conceitos estão abertos a atualizações ou superações, levando-se em consideração não somente o conhecimento, mas também o agir humano no mundo (GOMES, 2008, p. 42).

Há de se observar que o ser humano, em suas ações no mundo, também realiza interações e um dos caminhos da Filosofia se dá nessas interações, por meio do diálogo, sem o qual não se faz possível realizar a busca dos saberes e avançar novos horizontes do conhecimento. No diálogo, é mais importante ser capaz de perguntar do que obter respostas sem reflexão, “a preponderância das perguntas sobre as respostas faz parte da atitude zetética inerente ao ato de filosofar, independentemente de qual seja o objeto de tal Filosofia. Isso vale também para a Filosofia do Direito” (GOMES, 2008, p. 45).

A Filosofia do Direito compreende “um pensar sobre o Direito. Não apenas a respeito de alguns fragmentos deste, mas sim, sobre sua totalidade, essência, universalidade e fins.” (GOMES, 2008, p. 45). Para Miguel Reale (1987, p. 10), a Filosofia do Direito tem uma missão que consiste na “crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível”.

Partindo das funções e atribuições da Filosofia do Direito, verifica-se uma intenção de uma investigação desvinculada de pressupostos, visto que a “ênfase da investigação serve como forma de abrir os horizontes para outras possibilidades de sentido, para alternativas” (BITTAR; ALMEIDA, 2016, p. 66). Nesse aspecto, no âmbito jurídico, considerando a contínua evolução do Direito, o estudo de novas possibilidades se torna imperioso.

A Filosofia do Direito, ao lado da Hermenêutica e, em especial, da Hermenêutica Constitucional, tem, portanto, o importante papel de investigar, interpretar e compreender os interesses e as necessidades humanas a partir de uma análise crítica e abrangente, como, por exemplo, acerca do papel do homem e das instituições na sociedade.

Acerca do compreender, destaca-se que não significa, “em todo caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa.” (GADAMER, 2000, p. 23).

Para a compreensão da nova Hermenêutica Constitucional e de suas funções e exigências, imperioso se torna o breve estudo acerca de o que é um ordenamento jurídico e de o que é o Estado Democrático de Direito.

Para Miguel Reale (1994, p. 89), na noção de macromodelo de ordenamento jurídico, que se aplica ao ordenamento jurídico-estatal, o ordenamento jurídico consiste no “conjunto de normas que constituem o conteúdo das quatro fontes¹³¹ do direito já analisadas, as quais, em virtude dessa vinculação direta ou indireta à soberania do Estado, no âmbito da incidência constitucional de cada povo, existem em *numerus clausus*” (grifo do autor).

O mesmo autor estabelece uma importante reflexão ao expor que o ordenamento jurídico não coincide apenas com o complexo de normas abrangido pela Constituição de cada país:

Na realidade a Constituição, sobretudo a de tipo liberal ou social-liberal, ao mesmo tempo que disciplina o ordenamento jurídico-positivo estatal, preserva outros tipos de ordenamento, de juridicidade não-estatal, como sistemas autônomos que consubstanciam a expressão da liberdade e da autonomia dos indivíduos e dos grupos em múltiplas e distintas formas de vida social (REALE, 1994, p. 90).

Na conclusão de sua análise sobre a temática, Miguel Reale (1994, p. 90) propõe que, em sentido técnico:

[...] ordenamento jurídico é apenas aquele componente da experiência jurídica que se põe e evolui como conteúdo das fontes que diretamente se submetem ao poder estatal, quer em razão de atos originários estatais (fontes legislativa e jurisdicional), quer derivadamente em virtude de atos, cuja autonomia normativa é reconhecida com validade jurídica própria (fontes costumeira e negocial).

131 - Miguel Reale classificou as fontes do direito em quatro: lei, jurisprudência, costume e ato negocial. Sendo que a doutrina, na visão do autor trata-se de um instrumento complementar as fontes. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p.176-178.

Partindo da noção geral do macromodelo do ordenamento jurídico, estuda-se o ambiente necessário para o desenvolvimento harmônico da natureza humana que “somente pode ser construído no âmbito de uma sociedade democrática, que possibilite a realização das potencialidades humanas de forma mais plena possível. A construção de tal sociedade há de partir do ser humano e tê-lo como centro desse objetivo” (GOMES, 2013, p. 189).

Na contemporaneidade, é possível considerar que esse papel está atribuído ao Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal brasileira define a República Federativa do Brasil como tal.

A fórmula política de uma Constituição se trata “do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico” (GUERRA FILHO, 2005, p. 16-17). Pela sua dinamicidade ao se apresentar como um programa de ação, justifica-se o estudo da Constituição como um processo.

Essa concepção ‘procedimental’ da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de ‘pós-moderna’, em que caem em descrédito ‘as grandes narrativas’ (*grand-récits*), legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular ‘saber, para prever’. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o Direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou coisa do tipo), para justificá-lo (GUERRA FILHO, 2005, p. 18-19).

Na compreensão contemporânea da Constituição como um processo, retoma-se a importância da Filosofia do Direito e da Hermenêutica no papel de interpretação constante, em atenção ao seu desenvolvimento.

Nessa ideia hermenêutica, questiona-se: de onde veio a fórmula política do Estado Democrático de Direito?:

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência, tanto do modelo liberal do Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação

dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado (GUERRA FILHO, 2005, p. 24).

Nesse sentido, a harmonização dos interesses situados nas esferas pública, privada e coletiva se torna o compromisso básico do Estado Democrático de Direito, sendo que, em relação a esta última, considerada como traço característico da pós-modernidade, “entidades coletivas requerem igualmente que se discipline suas atividades políticas e econômicas, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses na natureza individual e política” (GUERRA FILHO, 2005, 24-25).

Logo, no Estado Democrático contemporâneo, o centro de decisões politicamente relevantes se direciona ao judiciário, que se torna um instrumento de participação política e exercício permanente da cidadania mediante a propositura de ações de dimensão constitucional ou de natureza coletiva (GUERRA FILHO, 2005, p. 26). Em razão desse deslocamento, o papel do *novo juiz* assume especial relevância, conforme se estudará mais adiante.

Diante do direcionamento pós-moderno das decisões politicamente relevantes ao judiciário, se evidencia a essencialidade da hermenêutica, compreendida por Hans Gadamer (2000, p. 18-19) como “uma visão fundamental acerca do que significa em geral, o pensar e o conhecer para o homem, na vida prática, mesmo se trabalhando com métodos científicos”.

Assim, estuda-se a Hermenêutica Constitucional, indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito, a partir do direcionamento de Sergio Alves Gomes (2008, *passim*) sobre as suas necessidades, origens, características, objetivos e exigências.

A necessidade da Nova Hermenêutica Constitucional consiste na ideia de que:

Para ‘dar vida à Constituição’ do Estado Democrático de Direito exige-se uma hermenêutica que combata a morte do ideário democrático. Por isso, urge se pense em uma hermenêutica capaz de desenvolver em todos os intérpretes – e na democracia todos têm o direito e o dever de interpretar a Constituição, visando a sua compreensão - a consciência de que a Constituição deve ser entendida como algo muito superior a uma simples ‘folha de papel’ (lembrando da expressão de Lassalle). Tal compreensão há de estar presente na consciência de todos e deve ser exteriorizada de modo exemplar pelo comportamento de quem exerce o poder público e, sobretudo, daqueles a quem compete, institucionalmente, a defesa substancial e processual da Constituição, como é o caso dos que exercem a advocacia, integram o Ministério Público ou são órgãos do Poder Judiciário (GOMES, 2008, p. 321).

Nesse caminho, tendo como correta a compreensão da Constituição do Estado Democrático de Direito que percebe “uma síntese ética, política e jurídica resultante do caminhar da humanidade [...] um entendimento em torno de valores básicos da convivência a serem salvaguardados mediante o respeito a *princípios fundamentais de uma sociedade democrática*” (GOMES, 2008, p. 321, grifo do autor)”, entende-se que “somente a atitude hermenêutica pode produzir tal compreensão” (GOMES, 2008, p. 321).

Nessa reflexão, denota-se que a necessidade de uma Nova Hermenêutica Constitucional está diretamente relacionada ao próprio funcionamento dos preceitos da Constituição do Estado Democrático de Direito.

O termo “nova hermenêutica” surge da indispensável distinção entre esse modelo e àquele chamado de “velha hermenêutica” que, “fulcrada na visão positivista, valorizava mais os códigos em detrimento da Constituição e recusava juridicidade aos princípios”. (GOMES, 2008, p. 322).

Ao mesmo tempo em que não menospreza os códigos e métodos tradicionais de interpretação, a Nova Hermenêutica reconhece a sua insuficiência e “cria métodos e princípios de hermenêutica constitucional, sem a ilusão, porém, de transformá-los em dogmas capazes de solucionar, mediante mera aplicação técnica, questões que exigem prudente ponderação, como são as questões jurídicas em geral” (GOMES, 2008, p.322).

Para Sergio Alves Gomes (2008, p. 323), o nascimento da Nova Hermenêutica Constitucional decorre de fatores que se resumem no desenvolvimento da consciência ético-jurídica, segundo a qual chegam-se, entre outras, às seguintes percepções: “a Constituição [...] deve ser o elemento catalisador de toda a ordem jurídica”, que “a justificativa para o posicionamento da Constituição no topo da hierarquia das normas componentes do ordenamento jurídico [...] decorre da [...] percepção racional e democrática de relevância, para o indivíduo e a sociedade, em se conseguir o respeito e a realização prática de tais valores, com o intuito de construir um convívio justo e pacífico”, e que a Constituição “compõe-se de um conjunto de normas em forma de princípios e regras conectados a valores a serem concretizados por meio do *Estado Democrático de Direito*” (grifo do autor).

Entre os princípios que regem a lógica democrática, estão o da razoabilidade, do entendimento e da argumentação, apostando em uma capacidade racional e afetiva do ser humano, visto que “laços de solidariedade, capazes de garantir a pluralidade de valores que produzem, por exemplo, a distinção de um Estado-nação em relação aos demais” (GOMES, 2008, p. 332).

No aprofundado estudo de Sergio Alves Gomes (2008) acerca da

Nova Hermenêutica Constitucional são apresentadas quatorze exigências a serem atendidas para a construção do Estado Democrático de Direito, a serem apresentadas adiante.

Exige-se “a) interpretação adequada e respeito exemplar da Constituição pelo Poder Constituído, em sua tríplice divisão de atividades: legislação, administração e jurisdição”; “b) uma teoria do Direito que seja adequada a trabalhar com as perspectivas do Estado Democrático de Direito” e a “c) percepção do Estado Democrático de Direito como paradigma superador de outros que o antecederam historicamente (absolutista, liberal, social, socialista...)” (GOMES, 2008, p. 333-336).

No âmbito da Nova Hermenêutica Constitucional, portanto, a interpretação da Constituição, pelos três poderes, deve estar adequada aos princípios e objetivos definidos em seu texto, além de que a teoria do Direito deve estar alinhada ao paradigma democrático estatal. Ademais, o hermenauta deve ter como esclarecida a percepção de superioridade do Estado Democrático de Direito frente os modelos anteriores, em especial em razão da possibilidade de compreensão da natureza humana e de suas necessidades fundamentais.

Seguindo no estudo das exigências, propõe-se a “d) formação adequada do intérprete comprometido com a Democracia, e, conseqüentemente, com a defesa da Constituição do Estado Democrático de Direito”; “e) no que concerne à Constituição e ao Estado, exige-se o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional e de uma Teoria do Estado em consonância com o Estado Democrático de Direito” e “f) investimento maciço e prioritário em educação” (GOMES, 2008, p. 336-344).

A necessidade de formação adequada do intérprete impõe uma formação humanística, que realmente lhe dê uma base a ser utilizada futuramente no ato interpretativo, como a forma de valorar a vida e o ser humano, o que se relaciona com a importância da formação do ser humano crítico e reflexivo, não apenas no ambiente do estudo jurídico, mas em toda a sociedade, desde a educação básica.

Ainda, é exigida a “g) percepção pelos ‘poderes constituídos’, de que no Estado Democrático de Direito é a legitimidade que garante a diferenciação entre o abuso de poder e o exercício correto deste”; e o “h) desenvolvimento de uma compreensão da Constituição capaz de produzir um *sentimento constitucional* de respeito e fidelidade aos propósitos que ensejam a opção pela Democracia e pelo Estado Democrático de Direito” (GOMES, 2008, p. 344-345, grifo do autor).

Sobre a legitimidade, determina-se que:

[...] a legitimação de seus atos não se confunde com a mera legalidade destes. A Democracia não se contenta com a lei. Exige que esta esteja em consonância com os valores e princípios constitucionais, entre os quais figura com proeminência a justiça. Portanto, no Estado Democrático de Direito, ato legítimo não é apenas o ato legal, mas sim, aquele que acrescenta ao requisito da legalidade o da legitimidade, sem a qual não se realiza a *justiça*. Isso assim é porque o Estado Democrático de Direito é paradigma estatal comprometido com a concretização histórica também da justiça. (GOMES, 2008, p. 344, grifo do autor).

Em relação ao sentimento constitucional, merece destaque a percepção de que este somente é possível no presente paradigma estatal, no qual o ser humano se tornou o centro do Estado.

Exige também a “i) percepção de que a hermenêutica constitucional – fiel à idéia de *conexão* presente nas ações do deus grego Hermes em suas mensagens que ligavam os mortais ao Olimpo - é uma constante elaboração de *conexões produtoras de sentido*”; e que, “j) em razão do contido na letra anterior, a nova hermenêutica não parte do nada. É inclusiva de múltiplos conhecimentos que interessam ao Direito para o auto-esclarecimento deste” (grifos do autor) (GOMES, 2008, p. 345).

Para Sergio Alves Gomes (2008, p. 319-320) , a teoria constitucional busca o:

[...] significado da Constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito, significado este, construído com o auxílio de várias perspectivas em diálogo, dentre as quais participam: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria do Estado, Filosofia Política, Antropologia Filosófica, Sociologia Jurídica... todas elas levadas em conta pela Hermenêutica Constitucional.

Nesse sentido, a contribuição da Filosofia para a Hermenêutica Constitucional está na visão universalista, no comprometimento do estudo a partir do todo.

Por fim, o autor apresenta as seguintes exigências: “k) a nova hermenêutica constitucional exige recusa ao retrocesso”; “l) a nova hermenêutica constitucional não compactua com a indiferença”; “m) a nova hermenêutica constitucional quer relacionar o ter e o ser para que o ter (ter poder, bens materiais...) em excesso, nas mãos de poucos, não impossibilite o desabrochar do ser de milhões de seres humanos”; “n) a nova hermenêutica constitucional, ao buscar a superação dos unilateralismos juspositivista e jusnaturalista, requer seja o horizonte jurídico ampliado para a compreensão das razões humanas

que fundamentam o Direito” (GOMES, 2008, p. 347-352).

A recusa ao retrocesso, em especial em matéria de direitos humanos e fundamentais, é necessária para impedir a perda de conquistas “que trazem em sua base a expansão da consciência ética, política e jurídica da humanidade” (GOMES, 2008, p. 347). Já a exigência de não compactuar com a indiferença se relaciona a importância da dignidade de todos no Estado Democrático de Direito.

A relação do ter e do ser também se mostra como uma importante reflexão, já que demonstra a superação do patrimonialismo exacerbado e a busca pela prevalência da dignidade da pessoa humana.

Após apresentar as quatorze exigências da nova hermenêutica constitucional a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, destacou o autor que “perceber a conexão que deve existir entre o Estado, sua Constituição, o Direito e os seres humanos é passo fundamental a ser dado pela nova hermenêutica constitucional” (GOMES, 2008, p. 352).

Compreende-se, portanto, que o teor ético, presente em todas as exigências estudadas, consiste na própria garantia da dignidade da pessoa humana a partir da valorização do ser humano como sujeito de direitos, e se concretiza e se expressa a partir de princípios norteadores da convivência pacífica e harmônica.

Com o cumprimento de todas as exigências da Nova Hermenêutica Constitucional, verifica-se como possível o alcance dos objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito, desde que tais exigências sejam também consideradas na interpretação a ser realizada pelo *novo juiz*, que surge da necessidade de reestruturar essa função a partir da opção da sociedade pela instituição do Estado Democrático de Direito, e que se depara com questões como lacunas normativas, a ideia da proporcionalidade, formalismos e subjetividades.

3. A Atuação do “Novo Juiz”

A figura do *novo juiz*¹³² surge da necessidade de se reestruturar essa função, tendo em vista a opção da sociedade, refletida no texto constitucional, pela instituição do Estado Democrático de Direito. O *novo juiz* deixa de ser um magistrado inanimado, inerte e inexpressivo e passa a ser aquele que

132 - Tal expressão, *novo juiz*, é trazida ao texto com base na compreensão e nos ensinamentos de Sergio Alves Gomes, na seguinte obra: GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 361.

visa corrigir as desigualdades presentes nas relações entre os indivíduos a partir de um “[...] conhecimento teórico e prático suficientes para encontrar solução juridicamente válida e justa, inclusive quando inexistente previsão legal e específica para o caso.” (GOMES, 2008, p. 376).

Nesse sentido, o *novo juiz*, como o intérprete que atua no Estado Democrático de Direito, precisa fundamentar suas decisões utilizando-se de uma argumentação convincente, bem necessita “ser capaz de ver além das questões formais e procedimentais do Direito” (GOMES, 2008, p. 373).

O *novo juiz*, tem uma atuação voltada não somente para as regras, mas também se utiliza dos princípios constitucionais, que são o reflexo dos valores adotados pela sociedade na norma jurídica, com a função de interpretar o Direito e de o aplicar de maneira diversa em relação aos juízes dos modelos de Estado anteriores ao Estado democrático.

No Estado Democrático de Direito, o *novo juiz*, não se encontra adstrito à aplicação mecânica da lei, não é *la bouche de la loi* (a boca da lei), pautando-se também nos princípios inseridos na Constituição como postulados democráticos postos pela vontade da sociedade em ordenar o convívio social, os quais todos se submetem, inclusive o juiz.

Tendo em vista a significação do *novo juiz* no Estado Democrático de Direito, Sergio Alves Gomes (2008, p. 376-377) destaca o seu caráter conciliador e terapêutico. Sobre o tema, explica que “estão abertas muitas possibilidades para o juiz atuar como conciliador entre as partes” e, quando age adequadamente, “o resultado de sua atuação é, do ponto de vista das patologias sociais, uma verdadeira terapia. Uma *terapia* exercida por meio do melhor dentre os *remédios jurídicos*: a Justiça” (GOMES, 2008, p. 376-377, grifo do autor).

No exercício do papel de conciliador e terapêutico, o juiz necessita de um saber de ponderação e prudência para, mesmo em meio a um conflito, abrir o caminho do diálogo entre as partes. Isso porque, quando as pessoas passam a ser corresponsáveis pela solução do conflito e não somente o judiciário, trata-se de uma mudança cultural pela qual as partes tomam para si a responsabilização pelos conflitos e tal situação enseja soluções mais eficazes.

Surge, então, a cultura da pacificação na qual se ganha-ganha, diferente da cultura da judicialização e resolução pela sentença onde se ganha-perde. Por essa perspectiva verifica-se que apenas através da resolução integral do conflito (lide processual e lide sociológica) é que se realiza a pacificação social.

A pacificação social vai além da resolução da lide processual, solucionando também a lide sociológica, que é um fim almejado pelo Estado

Democrático de Direito e pelo *novo juiz*, uma vez que por meio da utilização dos meios consensuais de solução dos conflitos se garante o direito fundamental ao acesso à justiça com fins à ordem jurídica justa.

4. O Neoconstitucionalismo e as Decisões Judiciais

O neoconstitucionalismo tem sua origem na Espanha e na Itália (SARMENTO, 2009, p. 114), com o movimento teórico de revalorização do Direito Constitucional no período pós Segunda Guerra Mundial, consistindo em uma crescente aplicação dos princípios, em contraposição ao modelo normativo restrito (MÖLLER, 2011, p. 282). Sobre o neoconstitucionalismo, Alfonso García Figuera (2003, p. 164) aduz que reflete “a teoria, ou conjunto de teorias que proporcionaram uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa, da constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas”.

No neoconstitucionalismo, influenciado pelo fundamento jusfilosófico da teoria pós-positivista, os princípios têm valor de norma jurídica. Segundo Dworkin (2002, p. 36) o princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Dessa forma, reconhece-se a força normativa dos princípios constitucionais revestidos de uma carga axiológica voltada para a dignidade da pessoa humana, base fundante do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, que alcançou o status de norma jurídica, e do processo de redemocratização do país, o Judiciário passou a desempenhar maior protagonismo na Justiça brasileira. Foi consagrada no art. 5º, inc. XXXV da Constituição, a inafastabilidade da tutela judicial, houve também a criação dos remédios constitucionais e foram ampliados e robustecidos os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Nessa fase, o neoconstitucionalismo brasileiro passa a enfatizar o caráter normativo dos princípios constitucionais e a estudar as peculiaridades da sua aplicação, projetando os princípios sobre o campo de influência dos direitos fundamentais, superando antigos dogmas e definindo um novo paradigma marcado pela valorização dos princípios, por uma maior flexibilidade na hermenêutica jurídica, destacando-se a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à moral, também pela constitucionalização

do Direito e pela atuação do Judiciário na implementação dos princípios constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 129).

No Brasil, deve-se atentar para que a valorização dos princípios e da ponderação no novo paradigma da constitucionalização do Direito não venha atrelada a discricionariedade das decisões, que devem sempre serem justificadas e fundamentadas. Nesse sentido, é necessário que se observem

[...] os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social, os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no “jeitinho” uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 114).

Na visão de Daniel Sarmento (2009, p. 131-132), a tendência é de que o paradigma do neoconstitucionalismo se consolide em razão da formação dos novos juízes sob a égide dessa teoria contemporânea, bem como pela descrença do povo nos partidos políticos e no desprestígio do Poder Legislativo imbuído de escândalos de corrupção, aproximando a Justiça com a opinião pública, isto é, as decisões do *novo juiz* com a vontade de constituição da sociedade.

5. Hermenêutica Constitucional: uma perspectiva jusfilosófica na compreensão do Estado Democrático de Direito pelo “Novo Juiz”

A compreensão da realidade está relacionada com a perspectiva que se adota para a busca do saber, depende da maneira pela qual se observa e do viés que se pretende ter como enfoque. A conexão da Filosofia com as relações sociais marca a questão entre pensamento e realidade. A linha filosófica e as bases ideológicas adotadas por cada um reflete a própria realidade em que se vive, as dimensões reais da própria vida, a forma de se encarar o mundo (ALVES et al, 2004, p. 77-78).

A sociedade é um conjunto de relações sociais, de relações interpessoais. Mas, também as relações estruturais constituem a sociedade, que se dão pela relação dos homens entre si mediante bens, coisas, objetos (ALVES et al, 2004, p. 78). Em uma perspectiva funcionalista ou organicista, tem-se a visão

de que a realidade existe de forma harmônica. Todavia, na verdade, existem contradições na sociedade, divergências entre as forças sociais, antagonismos entre grupos e interesses opostos.

Em um ambiente democrático o indivíduo é parte da sociedade em sua singularidade, mas também como parte integrante do todo, da coletividade, do governo do povo para o povo. Assim, para que o povo governe de forma democrática, é necessário que o indivíduo tenha consciência não apenas de sua dignidade, mas também da dignidade do outro, com quem compartilha um núcleo de valores básicos em comum (GOMES, 2008, p. 241).

E esses valores básicos com sentido comum são colocados na norma jurídica, criando uma conexão entre ética e o direito, isto é, um “dever-ser que seja, ao mesmo tempo, ético e jurídico” (GOMES, 2015, p. 3). Diante disso, Sergio Alves Gomes (2015, p. 3) elucida que para que se crie uma conexão entre a ética e direito é necessário que haja “cooperação entre consciência, vontade e sensibilidade humana”. A consciência implica na compreensão interna do que significa “ser humano”, já a vontade é compreendida pela motivação em criar um “mundo melhor” e, por fim, a sensibilidade humana “permite a intuição emocional dos valores e o consequente reconhecimento da pessoa humana como valor capaz de congrega a vivência dos demais valores” (GOMES, 2015, p. 3).

Isso posto, nos traz uma reflexão no sentido de questionar e buscar entender que na falta de um desses elementos é que muitos indivíduos não enxerguem ou não conseguem vislumbrar a conexão entre a ética e o direito, e nesse caso, a consciência, a vontade e a sensibilidade humana são elementos inerentes à própria condição de ser humano, sem as quais pode-se dizer que não há humanidade, que não há preocupação com a dignidade do ser humano e que se está a um passo da barbárie, do autoritarismo e do totalitarismo.

É por isso que se faz importante que o indivíduo “além de ser livre para escolher, tenha plena consciência das consequências de suas escolhas e exercite livremente sua vontade ao fazê-las” (GOMES, 2015, p. 8) e, nessa tomada de consciência, é que se reconhece que existem sim valores mínimos universais que visam garantir a boa convivência entre os seres sociáveis, e que reconheçam o respeito mútuo e a dignidade humana do outro. Tais valores mínimos é que compõem os direitos humanos, tidos como universais e reconhecidos pelos Estados, no âmbito internacional, na Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

No âmbito interno, a Constituição é a norma jurídica, é o documento que reflete o estado atual da sociedade e os seus anseios, é uma “expressão

ideológica que organiza a convivência política de uma estrutura social” (GUERRA FILHO, 2005, p. 16), que guia e orienta a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Ademais, para Guerra Filho (2005, p. 16), a Constituição é um processo, pelo qual o seu texto é continuamente construído e reconstruído pela sociedade. Nesse sentido, a Hermenêutica Constitucional atua na construção do Estado Democrático de Direito quando busca a efetivação dos princípios constitucionais, nela incluídos como reflexo dos valores da sociedade, cabendo ao *novo jui* encontrar a melhor interpretação e compreensão do conflito.

Assim, para o *novo jui* a “hermenêutica consistirá, em síntese na busca da compreensão da realidade posta como objeto de interpretação, isto é, objeto a respeito do qual se pergunta pelo significado, pelo sentido” (GOMES, 2008, p. 48). E a hermenêutica constitucional busca a compreensão da esfera jurídica por meio dos pressupostos, fundamentos e valores constitucionais.

Isso porque a efetivação do Estado Democrático de Direito depende do sentido atribuído à Constituição que se dá dentro dos espaços de possibilidades para a atuação da Hermenêutica Constitucional. Dessa forma, a construção do sentido das normas, deve considerar que o Estado Democrático de Direito possui dimensões jurídicas, éticas, políticas, econômicas, sociais e histórico-culturais que representam valores sociais (GOMES, 2008, *passim*).

A atuação da Hermenêutica Constitucional na construção do Estado Democrático de Direito é possível quando se compreende o “sentido de constituição”, quando se desenvolve a consciência, bem como quando se forma uma “vontade de constituição” e um “sentimento constitucional” que é fruto de uma educação voltada e desenvolvida para a convivência democrática (GOMES, 2008, p. 383).

A Constituição não deve ser vista unicamente sob o seu aspecto formal, mas também pela perspectiva da justiça material, uma vez que os princípios constitucionais são essenciais para a realização das possibilidades inerentes ao ser humano. A concretização do Estado Democrático de Direito, portanto, depende fundamentalmente da “vontade de constituição”, do agir, do desejo de transformar a realidade jurídica, política e social para melhor, por meio do agir humano no mundo. Segundo preceitua Sergio Alves Gomes (2008, p. 402), encontram-se no homem “as raízes das possibilidades transformadoras de tudo aquilo que só muda mediante a concorrência da vontade humana. Daí decorre também que, quando a transformação de algo depende do querer humano, nada muda sem a atuação do querer”.

Deve-se observar que as vontades não podem ser exercidas de

forma absoluta, busca-se o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, onde limites são impostos ao exercício da liberdade individual na busca por uma convivência justa e pacífica entre os indivíduos que vem a compor uma coletividade, em razão do convívio social, do bem-estar social, visando-se conciliar as múltiplas liberdades, os direitos individuais e os demais direitos, quais sejam sociais, econômicos, culturais e ambientais, possibilitando o desenvolvimento das tantas dimensões da pessoa humana e um convívio mais justo e solidário entre os humanos (GOMES, 2008, p. 393), e esse deve ser o norte do *novo juiz*.

A concretização de um Estado Democrático de Direito no plano material não acontece com a mera promulgação do texto constitucional, isso porque a “vontade de constituição”, entendida como boa vontade, é que orienta as ações humanas para a efetivação da Constituição e dos seus valores, “em cuja base está o respeito ao princípio maior da democracia: dignidade da pessoa humana” (GOMES, 2008, p. 404).

Ao passo que a má vontade, seja por ação ou por omissão, é vista como um empecilho à realização dos valores constitucionais e mantém o status quo, as injustiças, os privilégios, a corrupção e as desigualdades e caminha para a destruição do sistema jurídico (GOMES, 2008, p. 406-407) e impede a concretização dos direitos fundamentais, que nada mais são do que os direitos humanos internalizados no âmbito do direito brasileiro. O valor da primazia da dignidade da pessoa humana adotado constitucionalmente representa que o sistema nacional de proteção interage com o sistema internacional, buscando proporcionar uma maior efetividade para a tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2004, p. 93-94).

Por fim, o grande obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais no Brasil se dá pela dificuldade enfrentada pela Hermenêutica Constitucional na formação e difusão de uma consciência capaz de compreender e desejar a concretização dos valores democráticos, ao passo que uma vez esclarecidos sobre o núcleo ético-jurídico da convivência democrática, muitas possibilidades são abertas para a construção do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008, p. 390-391).

Na Nova Hermenêutica, os princípios constitucionais (justiça, liberdade, igualdade e dignidade) são vistos como alicerces que sustentam a ordem jurídica e não mais apenas em um plano teórico de compromisso de valores (GOMES, 2008, p. 57). Esses princípios, valores e fins do Direito dialogam não só com a Hermenêutica Constitucional, mas também com a Filosofia do Direito.

A Hermenêutica Constitucional (nova hermenêutica) adotada pelo *novo juiz* se destina a superar a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, vislumbrando novas possibilidades hermenêuticas, novas compreensões que posicionam a Constituição no centro do ordenamento jurídico como na virada de Copérnico e que interpretam o Direito tendo como norte a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, tal qual preceitua o neoconstitucionalismo.

6. Conclusão

Buscou-se com o presente estudo esclarecer o significado e a importância da Nova Hermenêutica Constitucional, que surge em superação à chamada Velha Hermenêutica por ter como objetivo compreender além do positivismo dos códigos, já que se atenta a diversos ramos de estudo como a Filosofia e a Antropologia.

Diante do contexto contemporâneo do Estado Democrático de Direito, no qual o ser humano, suas necessidades e a relevância da sua dignidade se apresentam como norteadores das regras e princípios constitucionais, concluiu-se que a Nova Hermenêutica Constitucional não deve se limitar à positividade das leis, mas sim considerar questões históricas, a formação do intérprete e, especialmente, o agir ético.

Apartir dos objetivos que pautam a Nova Hermenêutica Constitucional, surgiu o papel do *novo juiz*, que passou a corrigir desigualdades presentes nas relações entre os indivíduos a partir de um conhecimento teórico e prático, necessário na fundamentação de suas decisões.

Na significação do *novo juiz* diante do Estado Democrático de Direito, verificou-se que ele trabalha não somente com regras, mas também com princípios, e tem a função de interpretar o Direito e de o aplicar de maneira diversa em relação aos juízes dos modelos anteriores de Estado, que aplicavam a lei de forma mecânica, como *bouches de la loi*.

Em conclusão, considerou-se que alguns dos desafios encontrados pelo *novo juiz* do Estado Democrático de Direito devem ser resolvidos com base na Hermenêutica Constitucional e com fundamento nos princípios constitucionais, reflexos do neoconstitucionalismo.

O *novo juiz* é capaz de perceber a insuficiência da velha hermenêutica calcada no mecanicismo e automaticidade dos métodos de solução dos

conflitos estabelecidos com base exclusivamente nas regras jurídicas, ao passo que observa que o novo paradigma da constitucionalização do Direito é principiológico, tendo como fundamento a argumentação, o raciocínio jurídico e os valores da sociedade, normatizados nos princípios constitucionais.

Referências:

ALVES, Alaôr Caffé. As Raízes Sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica. *In: ALVES, Alaôr Caffé et al. O que é filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂNDIDO, Celso. A Filosofia Hoje. *In: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. O que é Filosofia?* São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

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

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. *In: CARBONEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia. *In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GOMES, Sergio Alves. A teoria tridimensional do direito segundo Miguel Reale: por um humanismo jurídico comprometido com a justiça. *In: ANDRÉASSA JUNIOR, Gilberto; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. Novos rumos do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Sergio Alves. Exigências dos Direitos Humanos como Núcleo Ético Jurídico e Político da Democracia. *In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Ettinger; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (orgs.). Estudos em Direito Negocial: Relações Privadas e Direitos Humanos*. Birigui: Boreal, 2015.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia**: Lições Preliminares. 8 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

PIRES, Cecília. Filosofia, como pronunciá-la? *In*: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. **O que é Filosofia?** São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

REALE, Miguel (coord.). **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p.176-178.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL COMO DIRETRIZ PARA UM JULGAMENTO POLÍTICO MUNICIPAL JUSTO

Rafael Rodrigues Soares
Luiz André dos Santos

CAPÍTULO
17

1. Introdução

Os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, insculpidos na Constituição Federal de 1988, asseguram a todos, sem exceção, o direito a um julgamento justo, levado a cabo por um juízo imparcial, peça fundamental para a concretização da garantia mencionada.

Juízo imparcial já declarado como direito de toda pessoa no texto do artigo X, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. E, neste sentido, em que pese a suspeição e o impedimento dos julgadores já constarem insertos na redação original do vetusto e ditatorial Código de Processo Penal de 1941, foi o Código de Processo Civil de 2015, com seus artigos 144 a 148, ao tratar desta temática, pela sua contemporaneidade, que se constituiu em uma das mais importantes ferramentas a corroborar com a garantia do julgamento justo na seara judicial. Assim, a problemática enfrentada é a imparcialidade do julgamento político.

O presente trabalho tem, ainda, o objetivo de demonstrar a como a inconstitucionalidade dos ritos adotados pelas casas legislativas municipais, durante os julgamentos políticos, podem afetar, profundamente e de maneira negativa, os direitos políticos daqueles que a eles forem submetidos ou, no viés contrário, os direitos da coletividade e o patrimônio da municipalidade e como a ausência de uma hermenêutica devidamente aplicada gera essas consequências nefastas.

Valendo-se do método dedutivo, através da revisão bibliográfica, é possível constatar que os julgamentos políticos realizados pelas casas legislativas municipais, por falta de normas gerais que estabeleçam um rito estadual ou nacional a ser seguido, muitas das vezes, não observam as necessárias garantias da ampla defesa e do contraditório, assim como são silentes diante de situações claras de impedimentos ou de suspeição dos julgadores, de modo que o único impedimento legal encontrado, no que alude aos julgamentos políticos municipais, foi aquele constante do inciso I do artigo 5º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, o qual estabelece que, “se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação”.

Exigindo ainda que “se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quórum de julgamento”.

Nesse sentido, Jacinto (2017, p. 334), assevera que “o vereador

denunciante fica impedido de votar sobre a denúncia e integrar a comissão processante, mas poderá praticar todos os atos de acusação”.

No entanto, ignorando o fundamento constitucional – e diretriz hermenêutica - da dignidade da pessoa humana, ferindo, com isso, o direito a um julgamento justo e desconhecendo o princípio da impessoalidade e o princípio da moralidade, a regra geral, salvo algumas raras exceções, é a de que os agentes políticos municipais (em especial prefeitos ou vereadores) sejam submetidos a julgamentos pelas Câmaras Municipais, sem que as suas relações com seus julgadores sejam cotejadas, com a devida adaptação ao caso concreto, com aquelas constantes do Código de Processo Civil, de modo a evitar que sejam julgados por seus notórios desafetos ou por parentes e amigos íntimos.

E, na mesma esteira, fere os princípios da moralidade e da imparcialidade, um vereador julgar as contas de um governo no qual atuou como Secretário Municipal ordenador de despesa, assim como um vereador – ex-prefeito –, participar do julgamento das contas do seu próprio governo.

Tais situações tanto podem beneficiar, quanto podem prejudicar, em ambos os casos, de modo imoral, um agente público que for levado a um julgamento político, sendo que, diante do quadro desenhado pela pandemia do novo coronavírus, que retrata a atual administração pública brasileira, a qual passou a ser regida por diversas Leis e Decretos flexibilizadores das regras atinentes às compras públicas, muitas aquisições, inclusive de medicamentos e de equipamentos hospitalares, bem como contratações de médicos, enfermeiros e outros servidores, extremamente necessários para o enfrentamento da crise sanitária, se tornaram e se tornarão alvos de investigações e julgamentos políticos, que, diante da falta de normas e ritos próprios, poderão ser utilizados para extirpar das próximas eleições diversos gestores cujas oposições sejam maiorias nas respectivas casas legislativas.

Assim, nota-se que uma revisão legislativa ou uma virada jurisprudencial, capaz de impor aos julgadores políticos a exigência da observação dos mandamentos explícitos e dos princípios constitucionais, se faz necessária no sentido de trazer para tais julgamentos as mesmas garantias ínsitas aos julgamentos judiciais, como forma de preservar a dignidade humana daqueles a eles submetidos, assim como observar os princípios da moralidade e da imparcialidade nos aludidos julgamentos.

2. Infração político-administrativa

A partir de uma interpretação constitucional baseada na limitação entre os poderes, com o sistema de freios e contrapesos bem definidos no texto constitucional, visando o equilíbrio entre as funções do Estado, coube à legislação infraconstitucional estabelecer o delineamento legal sobre as infrações político-administrativas e a forma de julgamento em âmbito municipal.

A origem das infrações político-administrativas nos trazem, segundo ensinamentos de Rocha (1999, p. 397), que a questão da prática de lícitos ensejadores de julgamentos dos gestores pelas Casas Legislativas vem de muitos séculos, sendo o impeachment originário da Inglaterra, onde

por volta do século XIV (sob o governo de Edouard III), teve as suas primeiras aplicações. Ali, em 1376, teve lugar o primeiro processo de impeachment movido contra Nevill y Latimar. Deixando de ter aplicação sob a dinastia dos Tudors, voltou a ser praticado durante a dos Stuarts, entrando em declínio no século XV. Os processos de Clive, no final do século XVIII, e o de Lord Melville, em 1805 (julgamento processado em 1806 com a sua absolvição sob a condição de renúncia de todos os cargos públicos que ocupava), não tiveram significação maior no processo político-jurídico dos britânicos, tendo, por isso mesmo, parca repercussão para o instituto. A sua trajetória estabeleceu a responsabilidade ministerial, donde se ter considerado desde os primeiros momentos de sua configuração constitucional, como o exercício de uma jurisdição política. A marcante influência das instituições inglesas nas revoluções americana e francesa inspiraram nos norte-americanos a absorção do impeachment como forma de responsabilização de seus agentes políticos e aos franceses como fonte de adoção do princípio da responsabilidade, ainda que não sob o mesmo figurino e forma.

No que alude ao Brasil, é inconteste que o país foi bastante negligente no tocante ao estabelecimento de regras relativas à prática de infrações políticos-administrativas pelos gestores municipais, de modo que somente em 3 janeiro 1959 veio a lume a Lei 3.528, a qual, determinou a aplicação da Lei n. 1079, de 10 de abril de 1950, que “define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento”, para os prefeitos municipais, no que coubesse.

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari (1994, p. 56), a Lei 3.528, de 1959, “depois de tipificar as condutas qualificadas como crime de responsabilidade (em seu art. 1º), dizia em seguida, que a punição pelo cometimento de crime de

responsabilidade (perda do cargo e inabilitação para o exercício de função) não impediria o processo de julgamento por crime comum, ‘perante a justiça ordinária’, quando a mesma conduta também fosse tipificada como infração penal”.

A Lei n. 3.528, de 1959, teve vigência por um período bastante curto, pois em 27 de fevereiro de 1967, foi revogada pelo Decreto-Lei n. 201, expedido com base no Ato Institucional n. 4, no auge do último período ditatorial vivenciado pelo Brasil.

Boa parte da doutrina insiste em dizer que o Decreto-Lei n. 201/67 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mesmo depois de o próprio Supremo Tribunal Federal já ter se manifestado pela recepção¹³³.

Tal discussão acerca da recepção do aludido decreto não tem o condão de influenciar neste trabalho, uma vez que além do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Parlamento Federal também reconhece a sua validade, a ponto de já ter aprovado vários projetos de lei atualizando a sua redação.

Por muitos anos houve grande divergência entre os juristas brasileiros, e os legisladores responsáveis pelas primeiras leis que cuidaram da responsabilização político-administrativa, uma vez que o Decreto-Lei n. 201/67, em seu art. 1º se utilizou de uma terminologia equivocada, denominando de crimes de responsabilidade os crimes ali elencados, sendo que aqueles, em verdade são crimes comuns.

Aquilo que ao longo da História ficou conhecido como crimes de responsabilidade, são as infrações político-administrativas, e não os crimes comuns. Logo, os parlamentos brasileiros estão habilitados a promoverem julgamentos dos respectivos Chefes dos Poderes Executivos, apenas por crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), ao passo em que ao Poder Judiciário compete apenas os julgamentos dos crimes comuns.

Em que pese, atualmente ainda ocorrerem utilizações equivocadas, a questão da errônea terminologia utilizada no aludido Decreto-Lei, teve seu deslinde em 13 de abril de 1994, data em que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o HC 70.671.1-PI, sob a relatoria do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, estabeleceu que:

Primeiro que tudo, esclareça-se que o Dec.-lei 201, de 27/02/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, estabelece, no seu art. 1º, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara. Seguem-se, então, os incs. I a XV, a

133 - Conforme súmula 496, do Supremo Tribunal Federal.

tipificarem os crimes de responsabilidade dos prefeitos. Esses crimes são, na verdade, crimes comuns: são julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ordem pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º). Estatui o § 2º do art. 1º que a condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Neste contexto, sanada a questão terminológica, coube à doutrina apresentar o conceito atualmente mais aceito para o instituto da infração político-administrativa, e nesta esteira, Costa (2011, p. 205), reconhecido como o maior escritor brasileiro da atualidade acerca do tema abordado, ensina que infrações político-administrativas, “são as que resultam de procedimento contrário à lei, praticadas por agentes políticos, ou quem lhe faça legitimamente as vezes, e relativas a específicos assuntos de administração”, ou seja, as infrações político-administrativas devem ser impingidas aos mandatários públicos que, no seu atuar, traem o mandato e a confiança dos seus “governados” e ferem de forma grave a dignidade e a responsabilidade do cargo.

O último período ditatorial vivenciado pelo Brasil deixou profundas marcas na história do país, e nas vidas de milhares de pessoas, entre as quais diversas autoridades públicas municipais, estaduais e federais eleitas pelo voto popular, cujos mandatos foram cassados sem nenhuma reserva de pudor por parte dos governos ditatoriais.

Segundo Adilson Dallari, por ocasião do prefácio à obra “A defesa dos Prefeitos e Vereadores em face do Decreto-Lei n. 201/67”, de autoria de Castro (2011, p. 13):

Durante os tenebrosos anos de governo militar, os detentores do poder impingiram ao povo a crença de que a virtude era monopólio das autoridades federais, ao passo que a incompetência e a desonestidade grassavam apenas no campo municipal (os governos estaduais estavam fora de cogitação, dado que os governadores eram simples delegados do governo federal). Na realidade, descerrados os véus que encobriam a verdadeira face da ditadura, revelou-se no âmbito federal, um nível de corrupção jamais alcançado e verdadeiramente inatingível por qualquer governo democrático.

Assim, no âmbito municipal, o instrumento legal que legitimava as cassações de prefeitos e vereadores era o vetusto Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que, recepcionado parcialmente pela Constituição

Federal de 1988, continua vigente e estabelecendo o rito a ser seguido nos julgamentos políticos de prefeitos e de vereadores, por cometimento de infrações político-administrativas, quando tal rito não estiver previsto nas leis orgânicas municipais.

As infrações político-administrativas possíveis de serem cometidas pelos prefeitos estão tipificadas no art. 4º e seus incisos, do Decreto-Lei n. 201, de 1967, já as infrações político-administrativas atribuíveis aos vereadores são aquelas relacionadas no art. 7º, incisos I, II e III, de modo que cometida a infração político-administrativa, a sanção, nos termos do Decreto-Lei nº 201, de 1967, é a cassação de mandato, pela Câmara Municipal, após o exaurimento do processo regular, preservada sempre a mais ampla e irrestrita defesa.

Mesmo já estando pacificado que ao prefeito não se aplica o impeachment, que é o afastamento liminar de suas funções, antes do julgamento final pela Câmara Municipal, é certo que a responsabilização político-administrativa dos prefeitos, inserta no Decreto-Lei n. 201/67, encontra em tal instituto as razões de sua existência, e dele extraiu o seu processamento e suas sanções, uma vez que, em observância ao princípio da simetria, seria inadmissível que o Presidente da República pudesse ser julgado pelo Senado Federal por crimes de responsabilidade, sem que, respeitadas as peculiaridades de cada esfera de governo, os prefeitos também se submetessem ao julgamento pelo Poder Legislativo municipal.

Escólio de Paulo Mascarenhas (2001, p. 89), afirma que:

O processo de julgamento das infrações político-administrativas é de competência exclusiva da Câmara de Vereadores, na forma prevista na Lei Orgânica Municipal. É um processo autônomo e completamente independente da ação penal do crime de responsabilidade, sendo vinculado às normas municipais e ao Regimento Interno da Câmara no que diz respeito à tramitação e aos motivos ensejadores da cassação do mandato do Prefeito.

Face a essa compreensão doutrinária e também jurisprudencial, Edilene Lôbo (2003, p. 2), demonstra bastante preocupação com a questão da utilização de julgamentos políticos, ao afirmar que:

Não podemos, ainda, aceitar julgamentos, arbitrários, abusivos, imotivados e despedidos de finalidade pública, comportamentos condenáveis que, muitas vezes, causam danos irreparáveis à honorabilidade e à imagem de homens públicos injustamente execrados à margem de qualquer controle social.

Na mesma esteira de pensamento, e em homenagem ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, Lôbo (2003, p. 141), expõe, em uma curta e sintética frase, a essência da conduta a ser seguida pelos julgadores, afirmando que “O julgamento político, assim como o jurídico, é extremamente vinculado, não deixando margem à discricionariedade”, sob pena de responderem, os julgadores, por prevaricação, abuso e desvio de poder, no caso das provas carreadas não apontarem autoria e materialidade.

Portanto, impende registrar que, no tocante aos vereadores, o julgamento político somente tem sido possível pelo cometimento das infrações político-administrativas insertas no art. 7º, I, II e III, com rito previsto no Decreto-Lei n. 201, de 1967, quando não previsto na Lei Orgânica municipal, e nem no Regimento Interno da Câmara Municipal. Podendo a casa legislativa estabelecer em seu próprio regimento outras situações em que o parlamentar municipal poderá ser julgado pelos seus pares.

3. Julgamento político de prefeitos e vereadores

Inicialmente, cumpre destacar que as Câmaras Municipais julgam politicamente os prefeitos em duas situações totalmente distintas, sendo a primeira delas em decorrência de cometimento de infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade), e a segunda, nos casos de julgamentos das contas anuais, após expedição de parecer prévio pelo Tribunal de Contas do Estado, o qual, nos termos do art. 31, da Constituição Federal, somente poderá ser contrariado por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

No que alude aos vereadores, o julgamento político se dá apenas em decorrência do cometimento de infrações político-administrativas.

As controvérsias alcançam ambas as modalidades políticas de julgamentos de prefeitos, bem como os julgamentos políticos dos vereadores, mas se revelam mais evidentes no tocante aos julgamentos afetos aos crimes de responsabilidade cometidos pelos prefeitos.

Registra-se ainda, que diante da acalorada divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da recepção ou não do Decreto-Lei 201/67, pela Constituição Federal, diversos municípios brasileiros optaram por não adotar o rito processual previsto no contestado Decreto-Lei para os julgamentos, valendo-se do rito processual previsto na Lei Orgânica municipal, ou no

Regimento Interno da Câmara Municipal.

No tocante aos julgamentos decorrentes de cometimento de infrações político-administrativas, diante da grande quantidade de municípios existentes no Brasil, e considerando que a maioria absoluta deles não adotaram rito próprio para o julgamento de seus agentes políticos ocupantes de cargos eletivos, optou-se nesse estudo abordar a temática à luz do Decreto-Lei n. 201, de 1967, que é a lei de regência vigente, complementado, de forma subsidiária, por normas administrativas, pelo Código de Processo Penal e pelo Código de Processo Civil, sem deixar de aplicar, também de forma subsidiária, quando cabível e necessário, normas regimentais.

Neste contexto, de acordo com o rito processual estabelecido no art. 5º Decreto-Lei 201/67, cometida uma daquelas infrações político-administrativas tipificadas no art. 4º e seus incisos, por um prefeito, qualquer cidadão — aquele nacional que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos — é parte legítima para oferecer denúncia perante a Câmara Municipal de Vereadores, com exposição de fatos e indicação de provas, como se constata no art. 5º, I, do aludido decreto-lei.

Edilene Lôbo (2003, p. 131), ao interpretar o texto legal, aponta que a recepção da denúncia não é automática, cabendo sobre ela o exercício do juízo de admissibilidade antes de seu encaminhamento para a apresentação plenária:

Protocolizada a denúncia, caberá ao presidente da Câmara enviá-la aos órgãos técnicos da Casa, a fim de que verifiquem os requisitos legais essenciais: se a forma está adequada, se possui fundamentos jurídicos, se está devidamente instruída. Enfim, se pode ser submetida à deliberação plenária. Ato contínuo, se, da análise formal, não restarem óbices, o presidente, numa espécie de “despacho saneador”, determinará a produção de cópias, formando os avulsos, que serão encaminhados a todos os membros da Casa. Na primeira reunião da Câmara, após a distribuição dos avulsos, o presidente determinará a leitura da peça e consultará o plenário sobre seu recebimento.

Superada a fase do juízo de admissibilidade, a denúncia contra o prefeito municipal, por prática de crime de responsabilidade, deverá, por força da norma de regência, ser apresentada aos vereadores e à sociedade no expediente da primeira sessão plenária a ser realizada, sendo que nesta mesma sessão plenária, salvo motivo de força maior, será sorteada a Comissão Processante que conduzirá todo o processo, e ao final do prazo de 90 dias apresentará parecer, que será deliberado pela membresia da Casa Legislativa.

Estabelece a parte inicial do inciso II, do art. 5º, do Decreto-Lei 201/67, que o Presidente da Câmara, de posse da denúncia, determinará sua leitura e consultará os vereadores sobre o seu recebimento logo na primeira sessão.

Sobre a constituição da Comissão Processante, mesmo não adotado rito próprio, em que pese o Decreto-Lei n. 201/67, ser a Lei específica e já estar pacificado sua parcial recepção pela atual ordem constitucional, se faz necessário observar também a compatibilidade dos atos processuais com a Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica, leis esparsas e regras regimentais, de forma que o sorteio dos membros e a composição da Comissão ocorra entre os vereadores desimpedidos, obedecida a proporcionalidade da representação das bancadas partidárias e dos blocos parlamentares, separadamente, de acordo com a atribuição de seus membros.

De forma didática, José Nilo de Castro (2011, p. 254-255), externa entendimento que não deixa dúvidas no que alude à questão do sorteio dos membros para a composição da Comissão Processante:

A propósito do sorteio dos Vereadores na proporção da representação partidária, esta proporção não existirá se a Câmara contar apenas com uma representação partidária. O princípio da imparcialidade na condução do processo, bem como o do equilíbrio das forças políticas na edilidade, impõem o critério da proporção, no sorteio de Vereadores, para composição da Comissão. Revelando-se possível a utilização do critério, sua inobservância acarretará irregularidade passível de reparação por via de mandado de segurança, a ser impetrado pelo denunciado. A Constituição é clara e taxativa: assegura aos partidos representação proporcional em cada comissão, e a Comissão processante, a par de temporária, qualifica-se como destinatária do conteúdo normativo constitucional. Porque a lei fala em sorteio, para a efetivação deste, sendo possível e porque a Carta Magna prescreve “tanto quanto possível”, impõe-se a proporcionalidade partidária na constituição da Comissão processante. Resulta de sorteio, não de deliberação plenária, a escolha dos membros. O sorteio aqui não se incompatibiliza com o critério da proporcionalidade. Desde que possível, ela se impõe, apesar do sorteio, conforme visto. Constituída a Comissão, exclusivamente para esse fim, eleger-se-ão, na sua intimidade, o Presidente e o Relator. Esta escolha se fará pelos membros da Comissão, não pelo Plenário da Câmara.

Lecionando acerca da situação, no processo, do vereador denunciante, Paulo Mascarenhas (2001, p. 100), ensina que:

Se o denunciante for Vereador, portanto, integrante do Legislativo Municipal, não poderá votar sobre a denúncia por ele mesmo

formulada, e não poderá, também, fazer parte da comissão processante a ser constituída. Poderá, contudo, funcionar na acusação, caso assim o deseje, mas sem direito a voto.

Sobre o rito processual, o Decreto-Lei n. 201/67, ainda no art. 5º, no seu inciso III, estabelece que o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos e notificará o denunciado, com a remessa de cópias e documentos para apresentação da defesa escrita em dez dias.

Assim, o texto legal é explícito ao estabelecer que incumbe ao presidente da comissão processante, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo, iniciar os trabalhos, sendo que o primeiro ato processual consiste na notificação do prefeito, com cópia da denúncia e dos documentos que a instruem.

A contar da notificação do refeito, abre-se o prazo de dez dias para este apresentar defesa prévia, por escrito, e indique as provas que pretende produzir, podendo arrolar até dez testemunhas.

Estabelece, ainda, o Decreto-Lei 201/67, que se o prefeito estiver ausente do Município, a Comissão poderá notificá-lo por edital, o qual deverá ser publicado duas vezes, em órgão oficial, com intervalo de três dias, no mínimo.

Após o exaurimento do prazo para defesa prévia, tendo esta sido apresentada ou não, a Comissão processante deverá, no prazo de cinco dias, emitir parecer opinando pelo prosseguimento ou pelo arquivamento da denúncia, sendo que, no caso de a opinião ser pelo arquivamento, o parecer deverá ser submetido ao plenário, que poderá acolhê-lo ou não.

Ainda, tratando do parecer previsto pelo art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 201/67, que rejeita a defesa prévia ou determina o arquivamento da denúncia, o ilustre mestre Tito Costa (2011, p. 330), observa que é

importante destacar que o parecer da comissão processante deve ser fundamentado, sob pena de, não o sendo, comprometer a validade de todo o processo. Em verdade, o parecer há de conter, sempre, a opinião fundamentada de quem o emite, pois que ele pressupõe o fruto de um juízo, acerca de elementos objetivos, submetidos à apreciação de seu subscritor (ou subscritores, no caso da comissão processante).

Caso o plenário não acolha o parecer da Comissão Processante, o feito deverá prosseguir, por decorrência de sua soberania, e neste caso será iniciada a instrução, designando os atos, diligências e audiências que se mostrarem necessários para oitiva do denunciado, produção de outras provas e inquirição de testemunhas.

Imperioso registrar que, em decorrência da separação constitucional

de poderes, o prefeito municipal, mesmo na qualidade de denunciado, não está obrigado a atender às convocações da Câmara Municipal conforme já pacificado no judiciário brasileiro.

Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2006, ao ser instado a apreciar o tema:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE QUARAÍ. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL QUE, EM SEU ARTIGO 26, INCISO IX, FIXA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA CONVOCAR O PREFEITO E SEU VICE PARA PRESTAREM ESCLARECIMENTOS SOBRE MATÉRIAS DE SUAS COMPETÊNCIAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. VIOLAÇÃO DAS REGRAS INSERTAS NO ART. 2º DA CARTA FEDERAL E NOS ARTS. 10 e 53, XX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL OU SUBSTANCIAL, COM REDUÇÃO DE TEXTO. OFENSA CONSTITUCIONAL NÃO VERIFICADA, PORÉM, NO TOCANTE À PREVISÃO NORMATIVA DE CONVOCAÇÃO DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS OU DE DIRETORES RESPONSÁVEIS POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. ACÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70015074230, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 30/10/2006)

Também o Supremo Tribunal Federal estabeleceu ser inconstitucional a convocação de prefeito municipal por Câmara de Vereadores, como segue:

A Constituição estadual não pode impor, ao prefeito municipal, o dever de comparecimento perante a câmara de vereadores, pois semelhante prescrição normativa, além de provocar estado de submissão institucional do chefe do Executivo ao Poder Legislativo municipal (sem qualquer correspondência com o modelo positivado na Constituição da República), transgredindo, desse modo, o postulado da separação de poderes, também ofende a autonomia municipal, que se qualifica como pedra angular da organização político-jurídica da Federação brasileira. (...) O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de ilícitos político-administrativos, ainda mais se as normas estaduais definidoras de tais infrações tiverem por finalidade viabilizar a responsabilização política de agentes e autoridades municipais. [ADI 687, rel. min. Celso de Mello, j. 2-2-1995, P, DJ de 10-2-2006.]

Para que se cumpra o devido processo legal, o denunciado deverá, nos

termos do inciso IV, do art. 5º do Decreto-Lei n. 201/67, ser notificado de todos os atos, pessoalmente ou através de seu procurador, com a antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas. E ainda, poderá assistir às diligências e às audiências, formular perguntas às testemunhas e requerer o que for interesse da defesa.

Ao término da fase instrutória, de acordo com a norma inserta no inciso V, da norma de regência, a Comissão Processante, concederá vista do processo ao denunciado, para que, no prazo de cinco dias, sejam apresentadas razões escritas. Após o recebimento e a análise das razões finais escritas, a comissão emitirá parecer final. O parecer pugnará pela procedência improcedência da acusação e se fará acompanhar de um requerimento endereçado ao Presidente da Câmara solicitando a convocação da sessão de julgamento.

Na sessão de julgamento, de acordo com a parte final do inciso V, do art. 5º, do Decreto-Lei n. 201/67, com redação dada pela Lei n. 11.966, de 2009, “serão lidas as peças requeridas por qualquer dos vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas para produzir sua defesa oral.

O julgamento, propriamente dito, ocorre de acordo com o texto legal do inciso VI, do art. 5º do Decreto-Lei 201/67 e, neste sentido, Altamiro de Araújo Lima Filho (2012, p. 422-423), informa que:

O acatamento das acusações somente se dará por maioria qualificada, isto é, um mínimo de dois terços da totalidade dos membros da Câmara. Encerrado o julgamento o resultado será imediatamente proclamado, lavrando-se, de tudo, a respectiva Ata e onde constará a votação nominal obtida para cada uma das infrações atribuídas ao acusado. Acordada a absolvição, o processo será arquivado por ordem do Presidente da Edilidade. Em havendo condenação, o Presidente expedirá o decreto de cassação. Em qualquer dos casos emitirá comunicação do resultado ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral competente para os devidos fins. A decisão da Câmara Municipal é irrecorrível, porquanto decidida em instância única. E de observar-se, contudo, que a irresignação, em qualquer caso, deverá ser levada ao Judiciário através de ação autônoma e própria.

O processo deverá estar concluído no prazo de noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do prefeito, sendo que se transcorrido o prazo sem o julgamento, ocorrerá o arquivamento, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.

O mesmo Decreto-Lei n. 201/67, que nos arts. 1º à 6º cuidou da responsabilização do prefeito, muda radicalmente de foco e passa, a partir do

seu art. 7º, a tratar da responsabilização dos vereadores, que seguirá, no que couber, o mesmo rito estabelecido para a cassação do prefeito, se sujeitando às mesmas legislações subsidiárias, quando necessárias complementações legislativas.

Abordadas as situações em que a Câmara Municipal julga o prefeito, bem como os próprios integrantes do parlamento, por cometimento de infrações político-administrativas, entra no foco deste estudo a situação envolvendo o julgamento político do prefeito municipal, desta feita, naquilo que alude às suas contas anuais.

No tocante à apreciação das contas anuais do prefeito, boa parte da doutrina entende que também se trata de um julgamento político, obediente a um rito regimental, uma vez que a Câmara Municipal pode aprovar ou desaprovar tais contas.

Neste diapasão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2016, p. 110), acerca do tema, ensina que:

O modelo federativo foi estendido simetricamente para o julgamento das contas dos estados e dos municípios, preservando, desse modo, sempre a competência do Poder Legislativo para julgar as contas do chefe do Poder Executivo. No julgamento dessas contas, a matéria é exclusiva do Poder Legislativo, não se sobrepõe a ampla revisibilidade judicial.

Entendimento correto este externado acima pelo mestre Jacoby Fernandes, no entanto se faz necessário registrar que, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que pese serem julgamentos políticos, sempre estarão sujeitos ao reexame por parte do Poder Judiciário, naquilo que concerne às formalidades exigidas pelo arcabouço jurídico pátrio, motivo pelo qual o devido processo legal deverá ser observado à exaustão.

Nesta seara, no que concerne à apreciação das contas anuais do prefeito pela Câmara Municipal, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 31, *caput*, e §§ 1º e 2º, que o controle externo será exercido com auxílio dos Tribunais de Contas, mediante parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas do Prefeito e que somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores na ocasião do julgamento político.

Nos termos da Legislação eleitoral, art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar Federal n. 64/90, com redação dada pela Lei Complementar n. 135, de 2010, a seguir colacionada, o prefeito que tiver alguma de suas contas anuais rejeitadas pela Câmara Municipal ficará inelegível pelo prazo de 8 anos, de modo que o julgamento das contas anuais possui assim uma repercussão muito impactante

sobre os direitos políticos do gestor responsável pelas contas julgadas.

Assim, em decorrência dos referidos impactos, foi estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 31, § 2º, a necessidade de quórum qualificado de 2/3 (dois terços) da membresia para contrariar o parecer prévio do Tribunal de Contas, evitando, ou mitigando a possibilidade de que contas sejam aprovadas ou rejeitadas em total desacordo com as análises técnicas feitas pelos Tribunais de Contas.

Já o prazo para julgamento das contas, que deve ser contado do primeiro dia útil seguinte ao que o parecer prévio for protocolizado na Casa Legislativa é estabelecido pelas Constituições Estaduais, sendo que as ações que compõem o rito do julgamento deverão constar do Regimento Interno de cada Câmara Municipal.

Não existe lei de abrangência nacional a estabelecer um rito uniforme para o proceder das Casas Legislativas durante a tramitação do processo alusivo ao julgamento das contas anuais dos prefeitos, porém, é certo que os princípios da legalidade, plenitude de defesa, contraditório, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade deverão oferecer o norte necessário para que o resultado final do julgamento não se apresente eivado de nulidades.

Nessa linha de entendimento se manifestou o STF ao apreciar o RE: 682011 SP:

JULGAMENTO DAS CONTAS DE EX-PREFEITO MUNICIPAL. PODER DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (CF, ART. 31). PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV). DOUTRINA. PRECEDENTES. TRANSGRESSÃO, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA. CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR CONSUBSTANCIADA EM DECRETO LEGISLATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.[...] - A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local há de respeitar o princípio constitucional do devido processo legal, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Lei Fundamental da República. [...]. O fato irrecusável é que a supressão da garantia do contraditório e o consequente desrespeito à cláusula constitucional pertinente ao direito de defesa, quando ocorrentes (tal como sucedeu na espécie), culminam por fazer instaurar uma típica situação de ilicitude constitucional, apta a invalidar a deliberação estatal (a resolução da Câmara Municipal,

no caso) que venha a ser proferida em desconformidade com tais parâmetros. (STF - RE: 682011 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 08/06/2012, Data de Publicação: DJe-114 DIVULG 12/06/2012 PUBLIC 13/06/2012).

Assim, recebido o parecer prévio do tribunal de contas, pela Câmara Municipal, nos termos do regimento interno, caberá ao Presidente da casa de leis notificar o gestor responsável pelas contas em exame para que, em um prazo razoável, apresente defesa prévia abordando cada irregularidade apontada no parecer prévio.

Após o decurso do prazo estabelecido, normalmente de 5 dias úteis, oferecidos ou não os esclarecimentos solicitados, o processo será enviado à Comissão de Economia, Finanças, Orçamento e Fiscalização Financeira, ou outra que lhe fizer as vezes.

Neste sentido, escólio de Petrônio Braz (2009, p.152), ensina que:

O Prefeito Municipal deverá ser notificado do recebimento e, sendo o Parecer contrário à aprovação das contas ou aprovação com ressalvas, deverá ser aberto prazo para a prestação de informações, em presença do princípio constitucional do contraditório.

Ofertadas ou não as informações, o processo será enviado à Comissão regularmente constituída, que terá prazo definido no Regimento Interno para apresentar ao Plenário seu pronunciamento, acompanhado do projeto de decreto legislativo ou de resolução, conforme dispuser o Regimento, pela aprovação ou rejeição.

Após o recebimento do processo, é recomendável que a comissão responsável proceda a oitiva de testemunhas, diligências e análise de documentos, lembrando que, conforme entendimento de Petrônio Braz (2009, p.152), “o Prefeito Municipal poderá acompanhar, através do Procurador do Município ou advogado constituído, todos os atos do processo”.

Encerrada a instrução, cabe ao Relator, por intermédio do presidente da comissão, antes de elaborar o seu relatório, notificar o gestor responsável pelas contas em exame para apresentar alegações finais à comissão acerca dos achados remanescentes.

De posse das alegações finais do gestor, o Relator, após a necessária análise, expedirá seu relatório, que será levado à apreciação do plenário da Comissão. Se aprovado constituirá o Parecer Final da Comissão. Se rejeitado, será elaborado pelos membros divergentes, um Parecer Final da Comissão, contendo a decisão majoritária.

Incumbe ao presidente da Câmara Municipal, após a expedição do

Parecer Final da Comissão, encaminhá-lo ao gestor responsável pelas contas, para que este apresente defesa escrita, a ser encaminhada a todos os vereadores com antecedência razoável da data do julgamento, ou, se preferir compareça pessoalmente ou por procurador, à Casa Legislativa durante o julgamento para fazer sustentação oral.

Após o encerramento das discussões e da defesa, será levado à votação no plenário da Câmara Municipal um projeto de decreto legislativo ou um projeto de resolução (entende-se que o mais indicado seja o projeto de decreto legislativo), aprovando ou rejeitando as contas anuais em exame.

Por fim, o resultado deverá ser publicado na imprensa oficial e comunicado oficialmente ao tribunal de contas do respectivo estado da federação, bem como ao gestor responsável pelas contas julgadas.

4. Postulado principiológico do devido processo legal

A todo momento devemos chamar a atenção para observância dos postulados básicos do processo presentes no texto constitucional visando estabelecer a metodologia e técnicas adequadas a um julgamento político efetivamente justo, mediante uma hermenêutica adequada, devendo os participantes desse processo observar e aplicar o devido processo legal de acordo com a interpretação que o texto da Constituição de 1988 confere.

Segundo Canotilho (2003, p. 1126-1132), interpretar “uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo – constitucionalmente fundada”, concluindo que a interpretação constitucional deve ser como toda a interpretação jurídica, que envolve “compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional”.

Portanto, tais linhas mestras devem ser observadas na condução dos trabalhos processuais, de modo que, sobre os princípios presentes no texto constitucional, Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 99) afirma que

[...] os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo um conjunto de regras sobre as quais incidirão. Os princípios constitucionais demonstram sua transcendência ao encampar valores, impedindo que a Constituição se torne um corpo sem alma, uma vez que nos fornecem a ótica pela qual a Constituição será manuseada de forma segura.

E, neste sentido, é preciso criteriosa observância dos princípios processuais inerentes ao julgamento político, tais como, por exemplo, a isonomia, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, dentre os quais se destaca este último, tendo em vista que anulações dos julgamentos políticos de prefeitos e vereadores processados e julgados pelas Câmaras Municipais causam muita instabilidade política, com prejuízos à população local, de modo que eventual despreparo técnico dos agentes políticos pode vir a macular o devido processo.

Ocorre que mesmo sendo ações preponderantemente políticas, os julgamentos proferidos pelas Casas Legislativas não escapam da análise jurisdicional, a qual recai não sobre o mérito julgado, mas sim na preservação do devido processo legal e do respeito aos princípios norteadores do sistema jurídico brasileiro.

O art. 5º da Constituição 1988, um dos portadores da boa nova dos direitos fundamentais, exige em seu inciso LIV, para a existência do estado democrático de direito, o cumprimento do devido processo legal, seja em processos judiciais, administrativos ou legislativos, não admitindo procedimentos à revelia da lei.

E este devido processo, ou como diz Nelson Nery Júnior (2016, p. 115) “justo processo – ou *faïres Verfahren* – nada mais é do que a *procedural due process clause*, ou seja, o devido processo legal processual”, que homenageia a segurança jurídica que se pretende exaltar.

Diversas são as situações nas quais constantemente é desrespeitado o devido processo legal durante o processamento da autoridade denunciada, como por exemplo: recebimento de denúncia inepta, quórum de acatamento, afastamento liminar, cerceamento de direito de defesa, falta de fundamentação das decisões, participação de autoridade impedida, concessão de prazos exíguos para manifestação do denunciado, composição da Comissão Processante sem respeito ao princípio da representação partidária e negativa do direito do denunciado acompanhar todos os atos do processo, entre outros.

Assim, tangente ao processamento do julgamento político, a denúncia deverá ser recebida pelo Presidente da Câmara, instruída com os elementos probatórios capazes de lastrear tal denúncia e, passando pelo juízo de admissibilidade, será levada à apreciação da Casa Legislativa para apreciação em sessão que definirá se acatará ou não a denúncia.

Sob a batuta do princípio da simetria, o Supremo Tribunal Federal estendeu tal entendimento para o caso dos governadores, como se constata no trecho do voto do Ministro Nelson Jobim, a seguir colacionado, com destaque,

quando da apreciação da ADI 1628-8, em 30 de junho de 1997, relacionada à Lei nº 1.079, de 1950, ocasião em que o eminente Ministro afirmou que

O art. 77 da Lei dispõe: ‘Apresentada a denúncia e julgada objeto de deliberação, se a Assembleia Legislativa, por maioria absoluta’ – leia-se, aqui, maioria de 2/3, em decorrência do quórum da Constituição de 1988, matéria essa superada nessa Corte – ‘decretar a procedência da acusação, será o Governador imediatamente suspenso de suas funções’.

No âmbito dos tribunais estaduais, no que alude ao recebimento de denúncia contra prefeitos municipais, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, também invocando o princípio da simetria com o centro, decidiu pela necessidade de quórum qualificado:

MANDADO DE SEGURANÇA - RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA O PREFEITO PELA CÂMARA MUNICIPAL - PROCESSO DE CASSAÇÃO - “QUORUM” NECESSÁRIO - DEC. LEI 201/67 - MAIORIA QUALIFICADA - PRINCÍPIO DA SIMETRIA COM O CENTRO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Para o recebimento de denúncia contra o Prefeito Municipal pela Câmara, necessária a maioria qualificada dos vereadores. Aplicação do princípio da simetria com o centro, em atenção ao art. 86, da CF e § 30, do ad. 91 da Constituição Estadual. (AC 1.0395.02.003753-1/001 (1) - Relator: Des. Silas Vieira - 8ª Câmara Cível – Data publicação: 21/10/2005.)

E diferentemente do que ocorrem com Presidente e Governadores, que são automaticamente afastados dos seus cargos tão logo seja recebida a denúncia, no tocante aos prefeitos, entende-se que, na atualidade, o recebimento da denúncia tão somente autorizará o início do processo, sem qualquer limitação ao mandato da autoridade, que poderá ser afastada de seu cargo após a instauração da comissão processante e esteja o prefeito impedindo os trabalhos da comissão ou esteja em comprovada continuidade delitiva.

5. Conclusão

No tocante aos julgamentos das contas anuais, mesmo cada Câmara Municipal estabelecendo em seu próprio regimento interno o rito a ser seguido, para a garantia de higidez do processo, é necessário garantir a observância das normas regimentais, no sentido de proporcionar a plenitude da defesa, a legalidade, respeito ao contraditório e ao devido processo legal.

Em suma, a doutrina é uníssona no entendimento de que as infrações político-administrativas são aquelas faltas resultantes de procedimentos contrários à lei, sempre relativas a assuntos específicos de administração, praticadas por agentes políticos, ou por quem legitimamente os estejam substituindo.

O Decreto-Lei 201/67 estabelece que o seu rito processual será utilizado quando outro não for estabelecido pela Constituição Estadual, porém no desenvolver das atividades, com foco no cumprimento do desígnio do segundo objetivo específico, constatou-se, que o Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio federativo, tem entendido que cabe aos Municípios, por meio de suas leis orgânicas, e não aos Estados estabelecerem os ritos processuais dos julgamentos, porém em total observância aos princípios da plena defesa e do contraditório, sob pena de nulidade.

Nesta seara, é possível notar que as normas locais que tratam do assunto têm extrapolado a competência legislativa dos municípios, chegando inclusive a criar infrações político-administrativas e a estabelecer quóruns mais rigorosos para abertura de processos de cassações, sendo então questionadas judicialmente, e como não poderia ser diferente, anulados os julgamentos por elas norteados.

Ainda, é conduta basilar a identificação do devido processo legal e constitucional a ser observado durante os julgamentos políticos dos prefeitos e vereadores e neste desígnio, é possível constatar que o rito processual a ser seguido, pode ser aquele estabelecido no Decreto-Lei nº 201, de 1967, ou na Lei Orgânica, ou ainda na Constituição Estadual, desde que se esteja estabelecido em um normativo, qual o rito será seguido, e assim, superada essa fase, é necessário que sejam observadas as normas subsidiárias a serem adotadas para colmatar as lacunas, bem como para compatibilizar o rito processual aos princípios: da plena defesa, contraditório, razoabilidade, proporcionalidade, fundamentação legal, da legalidade, entre outros.

Imperioso ainda, atentar para o fato de que o julgamento político é antes de tudo um processo administrativo, de modo que as normas administrativas deverão ser as primeiras a serem observadas quando necessária a aplicação de normas subsidiárias, e somente depois será cabido se socorrer das normas processuais civis e processuais penais.

Nesse sentido, pode-se avançar para reafirmar e concluir que os julgamentos políticos de prefeitos e vereadores, pelos parlamentos municipais, além de assegurar aos cidadãos o direito de, pelos seus representantes legítimos, julgarem as autoridades faltosas, proporcionam ainda, um maior poder fiscalizatório à Câmara Municipal no monitoramento e no controle das ações praticadas por agentes públicos, trata-se, portanto, de importante mecanismo de prevenção da corrupção.

Referências:

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. – São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967 e retificado em 14 mar. 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 64**, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. **Lei n. 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm. Acesso em 18.mar.2022.

BRASIL. **Lei n. 11.966**, de 3 de julho de 2009. Altera o art. 5º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. Brasília: 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11966.htm. Acesso em 18.mar.2022.

BRASIL. **Lei n. 3.528**, de 3 de janeiro de 1959. Aplica aos Prefeitos Municipais, no que couberem, as disposições da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: 1959. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3528.htm. Acessado em 10.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 687/PA**. Distrito Federal, 2 de fevereiro de 1995. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266491>. Acesso em 20.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1628-8/SC**. Distrito Federal, 30 de junho de 1997. Relator: Min. Nelson Jobim. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347174. Acesso em 17.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 682011/SP**. Distrito Federal, 8 de junho de 2012. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo678.htm>. Acesso em 19.mar.2022.

BRAZ, Petrônio. **O vereador**: atribuições, direitos e deveres. Campinas: Servanda Editora, 2009.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. São Paulo – Almedina, 2003.

CASTRO, José Nilo de. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei n. 201/67**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. Crime de responsabilidade do Prefeito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 121, p. 55-59, jan./mar. 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. Prefácio. In: CASTRO, J. N. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei n. 201/67**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Prefeitos e vereadores**: crimes e infrações de responsabilidade. 4. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2012.

LÔBO, Edilene. **Julgamento de prefeitos e vereadores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito**. 2. ed. Leme: Editora de Direito, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça - 8ª Câmara Civil. **Apelação Cível n. 1.0395.02.003753-1/001 (1)**. Belo Horizonte, 21 de outubro de 2005. Relator: Des. Silas Vieira. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/diarios/99896942/djba-caderno4-14-09-2015-pg-107. Acesso em 13.mar.2022.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça - Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70015074230**. Porto Alegre, 30 de outubro de 2006. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7991448/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-70015074230-rs?ref=serp>. Acesso em 13.mar.2022.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça - 10ª Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento n. 2013852-33.2018.8.26.0000**. São Paulo, 10 de abril de 2018. Relator: Des. Torres de Carvalho. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565209922/201385233_20188260000-sp-2013852-3320188260000. Acesso em 13.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 70.671.1/PI**. Distrito Federal, 13 de abril de 1994. Relator Min. Carlos Veloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72599>. Acesso em 19.mar.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 out. 1988. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 10.mar.2022.



ESTADO E VIOLÊNCIA

Murilo Meneguello Nicolau

CAPÍTULO

18

1. Introdução

A História humana é permeada por momentos de injustiças. Regimes ditatoriais, crimes contra da humanidade e outros tantos absurdos que ocorrem desde os primórdios da raça humana.

Com a História recente do Brasil não seria diferente. No período de 1964 a 1985 nosso país foi assolado por um regime ditatorial que matou, prendeu injustamente e torturou seres humanos.

Mesmo que este regime tenha processado, prendido e torturado, o fez travestido de ato legítimo, legal. Sentenças criminais eram proferidas com a falsa observância de princípios básicos como a ampla defesa.

Apesar do acusado muitas vezes poder exercer seu direito de defesa assistidos por advogados, esses criavam teses que eram absolutamente ignoradas pelas autoridades. A lei era, desse modo, só mais uma engrenagem da intrincada máquina de opressão.

A legitimidade dos atos de um Estado encontra fundamento nas leis que ele mesmo produz. Assim, uma lei injusta é ainda uma lei? Um Estado belicoso e violento é, ainda, um Estado Soberano? A aplicação das leis por meio da hermenêutica pode revelar apenas um exercício de subjugamento. São justamente estes pontos que a presente pesquisa aborda, afastando a premissa de que apenas o positivismo, deitado na letra fria da lei, seja o bastante para afirmar a existência de um Direito.

2. Desenvolvimento

2.1. Terceiro Reich Alemão e o Brasil Ditatorial

Os episódios de violência cometida por Estados e Regimes são inúmeros e recheiam os livros de História. Um dos mais repisados na História recente é o Terceiro Reich Alemão e o Holocausto.

Assim como o período ditatorial vivenciado pelo Brasil, o Terceiro Reich fundou-se na legalidade: estava escorado e amparado por leis válidas e vigentes do ponto de vista jurídico.

Em 15 de novembro de 1935, foi proibido por lei o casamento entre judeus e não judeus. O artigo 1º da conhecida Lei para a Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, uma das Leis de Nuremberg (Nürnberger

Gesetze), estatuída¹³⁴ (ALEMANHA, 1935, *online*):

§1 São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei.

§2 É proibida a relação extraconjugal entre judeus e nacionais de sangue alemão ou aparentado.¹³⁵

As Leis de Nuremberg inverteram o processo de emancipação dos judeus na Alemanha e os tornou pessoas de segunda classe, sequer cidadãos. De modo, ainda mais significativo, estas leis foram base para futuras medidas antissemitas que desembocaram no Holocausto. Esta legitimação da violência pelo sistema legal nacional ocorreu de forma parecida no Brasil no citado período da Ditadura.

Sobre o contexto histórico da Ditadura Militar brasileira, os militares criaram leis que lhes davam poderes extraídos de outros segmentos sociais e, assim, diziam-se cumpridores da legislação vigente (TAMAS, 2004, p. 640). Apesar da manutenção do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal o regime cassava abertamente deputados e magistrados.

Na obra denominada “História Constitucional Brasileira”, Leonardo Augusto Barbosa expõe como a lógica de uma república constitucional foi deturpada pelo poder formal legiferante baseado na força:

Como visto, o regime ditatorial foi marcado pela suspensão e alteração de normas constitucionais por força de atos institucionais editados pelo governo ou de emendar à Constituição ora outorgada, ora votadas por um Congresso rigidamente controlado. Essas medidas procuraram assegurar aos militares o controle das principais instituições republicanas, de forma a permitir o adimplemento dos “objetivos nacionais” permanentes ou conjunturais e a garantia da “paz e tranquilidade social” (BARBOSA, 2012, p. 139).

134 - No texto original: “»Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. § 1 Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes sind verboten. Trotzdem geschlossene Ehen sind nichtig, auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind. § 2 Außerhehlicher Verkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes ist verboten.

135 - Tais relações eram rotuladas como “poluidoras da raça” (Rassenschande). Um famoso pôster que circulava no país à época, denominado justamente Rassenschande estatuiu: Poluição Racial. Desde 1923, Julius Streicher esclareceu o público sobre a poluição racial. Em 1933, o Führer declarou a poluição racial um crime, punível com prisão. No entanto, milhares de crimes raciais continuam sendo cometidos na Alemanha por judeus. O que é Poluição Racial? Por que o Führer proclamou as Leis de Nuremberg? Por que os judeus, sistematicamente e em grande número, cometem crimes raciais contra a mulher alemã? Quais são as consequências da poluição racial para a donzela alemã? Quais são as consequências da poluição racial para o povo alemão? (USHMM, 2021). Tradução livre.

Conforme explicitado no livro “Brasil: Nunca Mais”, a política econômica adotada pelo novo governo procurava propiciar condições atraentes para os investidores estrangeiros e rentabilidade para o grande capital nacional:

Para a aplicação desse modelo econômico, foi necessário alterar a estrutura jurídica do país, reforçar o aparato de repressão e controle, modificar radicalmente o sistema de relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Em outras palavras: foi necessário montar um Estado cada vez mais forte, apesar de se manterem alguns disfarces de normalidade democrática. No momento mesmo da deposição de Goulart, procurou-se apresentar a sucessão não como o que ela foi de fato – a derrubada de um mandatário eleito pelo povo e sua substituição por um general indicado pelas Forças Armadas – e sim uma “eleição indireta”, levada a cabo pelo Legislativo (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 60).

Referida obra, conhecida como uma das mais amplas pesquisas realizadas pela sociedade civil sobre a tortura política no país, decorreu de uma iniciativa do Conselho Mundial de Igrejas e da Arquidiocese de São Paulo, que trabalhou sigilosamente durante cinco anos sobre 850 mil páginas de processos do Superior Tribunal Militar.

O resultado foi a publicação de um relatório e do citado livro, em 1985, que revelaram a gravidade das violações aos direitos humanos promovidas pela repressão política durante a ditadura militar.

Uma análise do contexto jurídico-legal dos atos institucionais editados explicita a preocupação do Governo em manter a sua atuação dentro das esquadras objetivas da lei. Havia, sem dúvidas, preocupação com a manutenção da boa imagem do Brasil perante a comunidade internacional, já globalizada. Assim consta do preâmbulo do Ato Institucional no 1, de 9 de abril de 1964:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e radical do Poder Constituinte. Assim a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma... Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País (BRASIL, 1964, online).

Esta narrativa foi mantida no preâmbulo do AI-2. Havia clara preocupação em justificar o suposto Poder Constituinte, na tentativa de

adequação destas novéis normas à estrutura jurídica já existente:

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o Poder Constituinte não se exauriu, tanto que é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a nação se levantou contra a situação anterior (BRASIL, 1965, online).

Porém, com a promulgação do Ato Institucional 2 (AI-2), houve o aprofundamento do arcabouço legislativo para a institucionalização da violência, demonstrando esta instrumentalização da lei e, portanto, de todo exercício hermenêutico que dele pudesse derivar, porquanto plenamente cívico de qualquer racionalidade intimamente humanista.

Uma alteração no §1º do artigo 108 da Constituição Federal estendeu o foro da Justiça Militar aos civis que atentassem contra a segurança nacional ou instituições militares.

A partir de 1968, instituiu-se o AI 5, que vedava a impetração de Habeas Corpus nos casos de crimes políticos contra a Segurança Nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Esta talvez seja a previsão jurídica mais aviltante de todas deste período.

Em claro contrassenso com o princípio da legalidade, o Ato Institucional 5 também excluía qualquer apreciação judicial sobre os atos praticados de acordo com aquele Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. (BRASIL, 1968, online)

Uma simples leitura dos textos normativos desnuda a ilegitimidade jurídica deste período histórico, todavia, eram lei em sentido formal e, ao menos aos olhos formalistas, esta instrumentalização da norma que pode ser cumprida meramente por ser norma, ainda que seu conteúdo seja diametralmente oposto a qualquer razoabilidade, põe em xeque o reducionismo jurídico à lei. Por coincidência ou não, o AI-5 foi editado na mesma semana do aniversário de 20 anos da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sobre o AI 5 ensina Barbosa que foi o ápice e conclusão da dissimulação institucional pretendida pelo Regime:

A conjunção do Ato Institucional nº 5 e da Emenda Constitucional nº 1 forneceu a versão definitiva do jogo normativo que turvava os limites entre a normalidade constitucional e a adoção de medidas excepcionais, quando a própria Constituição passou a afirmar a possibilidade de que suas normas fossem excepcionadas conforme a vontade do governante (BARBOSA, 2013, p. 141)¹³⁶

Todo este contexto social, político e jurídico desembocou em milhares de processos judiciais eivados de nulidades e atentados à dignidade humana e, ironicamente, embasados pela norma.

2.2. Casos Judiciais Relevantes do Brasil Ditatorial e seus contrastes

Diversos destes casos são relatados no livro “Brasil: Nunca Mais”, dentre eles, descreve-se a condenação criminal de um brasileiro por ter passado nove anos na União Soviética, o que serviu como prova da intenção de delinquir contra a Segurança Nacional.

Thomas Antônio da Silva Meirelles Netto foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão por “constituir, filiar-se ou manter organização do tipo militar com finalidade combativa” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 60), tipo penal previsto no art. 42 do Decreto-lei 898/69: “Art. 42. Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa: Pena: reclusão, de 3 a 8 anos” (BRASIL, 1969, *online*).

O texto relata que, na apelação no. 39.473 os ministros do STM, posteriormente, desclassificaram o crime para o artigo 14 do Decreto-lei no. 898:

Art. 14. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional:
Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

¹³⁶ - Previsão parecida está nas disposições gerais e transitórias da Emenda Constitucional nº 1 que prevê em seu Art. 182 que continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados. Já o parágrafo único prevê que o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários (BRASIL, 1969)

Interessante (e lamentável) é o principal argumento do acórdão proferido: “É de acrescentar ainda que o réu viveu nove anos na Rússia, onde certamente se instruiu ou recebeu instruções para a prática a que se referem os autos” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 191).

Outro caso relevante relatado é o de frades dominicanos que estavam encarcerados. Seus advogados foram comunicados com 6 dias de antecedência da designação de audiência de instrução, porém tiveram imensa dificuldade em se comunicarem com seus clientes em razão da não cooperação da instituição carcerária.

Os procuradores requereram ao juízo a dilação de prazo pela razão de não terem obtido os nomes das testemunhas do caso e, logo, também requereram a acareação dos acusados. Ambos pedidos foram negados, incorrendo em claro cerceamento de defesa.

Alegada referida matéria como preliminar de apelação ao STM, este silenciou-se sobre aduzida nulidade. Este ponto sequer consta no acórdão. O mesmo ocorreu no STF. “Neste, o ministro Aliomar Baleeiro, relator do recurso, ao proferir seu voto, fez silêncio sobre a matéria, no que foi acompanhado pelos demais ministros” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 192).

Necessário destacar que nesta época já vigia a Constituição de 1967, que trazia gravado que a lei asseguraria a ampla defesa e que a instrução criminal seria contraditória. Fora, porém, ignorada pelo próprio guardião da Constituição Federal:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

E na Constituição de 1946:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

Esta histórica previsão também já era contida na Constituição de 1946, estava engendrada no ordenamento jurídico há décadas e ainda hoje ocupa espaço relevante na Constituição Federal de 1988.

2.3. A Ambiguidade dos Governos Militares

Sobre isto, Aquino (2004, p. 91) chama a atenção para a existência de uma ambiguidade no regime militar brasileiro que reprimia sem admitir seu caráter repressor, diferentemente dos outros regimes observados na América Latina. A vida social seguia normalmente enquanto presos políticos, os inimigos, apodreciam nos porões da Ditadura.

Esta ambiguidade estendia-se, também, ao Judiciário. Em que pese os relatos mencionados, Aquino (2004, p. 99) menciona que se observava, em vários casos, a utilização de elementos processuais de defesa, como a alegação de inobservância do princípio do contraditório, que levava a absolvições com base na inexistência de provas, negando-se a validade exclusiva do depoimento do inquérito, frequentemente obtido sob tortura, e utilizado para apresentação da denúncia pelo Ministério Público:

Ora, isto não significa pouca coisa. Estava-se num tribunal de exceção, com uma legislação de exceção e dentro de um regime de exceção. Utilizando-se um raciocínio linear, esperar-se-ia deste tribunal discricionário o uso da brutalidade, da irracionalidade, do excesso, em suma. O que se vê, às vezes, pelo contrário, é a obediência às normas da lei que, mesmo sendo de exceção, tinha regras, e estas deveriam ser cumpridas (AQUINO, 2004, p. 99).

Esta ambiguidade demonstrada pelo regime político, vinculado a uma ordem constitucional enquanto submetido a um regime de exceção, culminou num contexto de verdades encobertas e, ao mesmo tempo, surpreendentes em certos aspectos:

Submetidos a torturas brutais e aviltantes, perpetradas à margem da lei, presos políticos sobreviventes contavam com o “beneplácito” da Justiça que, como se tivesse despertado com atraso, recordava-se, repentinamente, da existência de normas legais, exigindo o seu cumprimento (AQUINO, 2004, p. 99).

Por causa de sua aparente ausência de repressão aos “cidadãos comuns”, a ditadura no Brasil ficou conhecida como um regime “soft” e dita, até mesmo branda, o que certamente a tornou tolerável por mais tempo, de

modo que o regime militar no Brasil foi o mais longo, durando 21 anos. A ambiguidade se justifica, em certa medida e, principalmente, pelo caráter da sociedade brasileira e do funcionamento do regime jurídico à época.

Diferente do Terceiro Reich, que ocorreu na primeira metade do século XX, o momento histórico de globalização mundial na época da Ditadura no Brasil forçou maior atenção estatal para amenizar a ditadura perante a comunidade internacional. Principalmente porque o Governo contava com a injeção de capital estrangeiro no país.

2.4. Ética e Validade

Está claro, porém, que o Estado violento ainda é um Estado. A norma que dele emana, ainda que aviltante aos mais básicos direitos, ainda é norma. Legalidade, assim, não pode ser medida para eticidade.

Olgária Matos, em sua obra “Discretas Esperanças”, faz uma análise da construção histórica sobre o estudo da Ética no âmbito da ciência e da política. Segundo ela, a etimologia da palavra ética, do grego *ethos*, significava “morada”, representando o “corpo do homem” (2006, p. 147).

A autora faz alusão à sistemática Aristotélica, segundo a qual a Ética é entendida como aproximação entre caráter e hábito, ou seja, o costume que se desenvolve em caráter, com a realização da virtude.

Cita a autora que Aristóteles defendia que a ética e a política deveriam se guiar pelo equilíbrio entre dois extremos. É a “justa medida” que nos permitirá evoluir enquanto sociedade. E é desse desenvolvimento evolutivo que nos afastamos, quando ignoramos o passado, enaltecemos os extremos e, como tal, deixamos de viver eticamente em sociedade (2006, p. 151).

Eticidade, portanto, envolve o agir voltado ao bom e justo. A história humana recente comprovou que a Ética é indissociável do Direito. A eticidade deve ser um filtro adicional à validade, vigência e eficácia da norma.

Não poderia ser diferente. Como GOMES (2008, p. 150) explica, a partir do pós-Segunda Guerra, com a reconstrução da democracia, surgiu a preocupação com os denominados princípios fundamentais constitucionais, e estes tornaram-se basilares na construção do Estado Democrático de Direito.

Este movimento também chegou ao Brasil, no período pós ditadura. A Constituição Federal de 1988 é prova inequívoca desta preocupação com fundamentos éticos e objetivos humanos do Estado.

Para o neoconstitucionalismo e para a hermenêutica constitucional, a

teoria dos princípios passa a constituir-se paradigma, ao considerar princípios os elementos mais importantes da ordem jurídica: o seu núcleo duro. Desta forma, todos os valores constitucionais seriam caminhos para um agir ético no bojo da sociedade brasileira.

Estes paradigmas, no contexto jurídico atual, são tão fortes e concretos que resvalam diretamente nos caminhos políticos do Estado. Não é à toa que os fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, *online*) estão todos relacionados à dignidade humana e demais direitos 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:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Além do mais, há previsão dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Muito mais do que mera previsão legal que poderia ser atropelada por um tribunal, estas previsões constitucionais e tantas outras legais, obrigam que os direitos básicos humanos não sejam tratados apenas do ponto de vista formal e avancem para prático da execução estatal.

Por isso, reflete-se sobre as possibilidades de a hermenêutica constitucional participar de tão desafiador e indispensável empreendimento: a concretização do Estado Democrático de Direito, conforme escreve o professor Sérgio Alves Gomes. E completa o respeitável jurista:

Este modelo estatal orienta-se por leis democraticamente elaboradas e não por ordens oriundas da vontade arbitrária de um monarca. Ele une, na mesma fórmula política, dois princípios: o do Estado de Direito e o da

Democracia. Esta última ganha em seu bojo uma ampla concepção que traz em seu núcleo ético-jurídico-político os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões: direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais... Tais dimensões foram incorporadas, ao longo da história, ao acervo da civilização como conquistas da consciência ético-jurídica por meio das quais ocorreu a afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais (GOMES, 2008, p. 269).

Neste mesmo sentido, conforme alerta Marchionni (2008, p. 24), não basta um direito civil evoluído se faltam valores morais prévios que levem à obediência da lei. E mais: os tormentos da vida pessoal, da família, da sociedade, das relações internacionais e da ecologia, não serão eliminados de cima para baixo pela soberania da lei, da política, da norma e da punição.

Assim, como o emocionante epílogo do livro “Brasil: Nunca Mais” ensina, este período violento e opressor vivenciado pelo Brasil manterá vivos na memória do povo brasileiro os ensinamentos sobre os limites estatais.

Meu pai contou pra mim;
e eu vou contar para o meu filho.
Quando ele morrer?
Ele conta para o filho dele;
É assim: ninguém esquece
- Kelé Maxacali
Índio da aldeia de Mikael,
Minas Gerais, 1984.

A ética é o último campo de batalha da legitimidade do ordenamento jurídico das leis que o suportam. É a justa medida que nos permitirá evoluir enquanto sociedade.

3. Conclusão

Admitir hodiernamente que o Direito se reduz à lei é ignorar erros de um passado não tão distante. E, pior, é legitimar atos atrozés que foram cometidos com base na aplicação cega da lei.

A hermenêutica, se desacoplada de uma base minimamente ética, apenas carrega um sistema perverso de conteúdo mesmo que hígido na forma.

Impossível outra conclusão senão a de que ética perpassa o próprio direito. Um sistema jurídico não ético ainda será válido e vigente.

A história comprovou, porém, que a falta de avaliação ética das leis e

normas tende a desembocar em violência e tirania. Em última análise: impede o avanço da sociedade na busca utópica de seu fim último, a convivência fraterna dos seres humanos.

É por esta razão que se se pretende afastar uma legitimação de violência por parte do Estado, deve-se, primeiramente, reconhecer que o Direito alberga valores, cujo peso supera a forma. Há, por assim dizer, uma vitória do conteúdo sobre a forma no neoconstitucionalismo, que pode alavancar não apenas promessas de uma maior justiça, mas, principalmente, um maior respeito ao ser humano, condição essa que é a diretriz máxima de qualquer exercício hermenêutico.

Referências:

AQUINO, Maria Aparecida de. **Brasil: Golpe de Estado de 1964. Que Estado, País, Sociedade são esses?** In: Projeto História: revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, (29), tomo 1, p.87-105, dez.2004.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis: Editora Vozes, p. 60, 1985.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, p. 139, 2012

BRASIL. **Ato Institucional nº. 1**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.html. Acesso em setembro/2021

BRASIL. **Ato Institucional nº. 2**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.html. Acesso em setembro/2021

BRASIL. **Ato Institucional nº. 5**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.html. Acesso em dezembro/2021

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.html. Acesso em dezembro/2021

BRASIL. **Decreto-Lei nº 898, de 29 de Setembro de 1969**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei->

898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em janeiro/2022

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, p. 269, 2008.

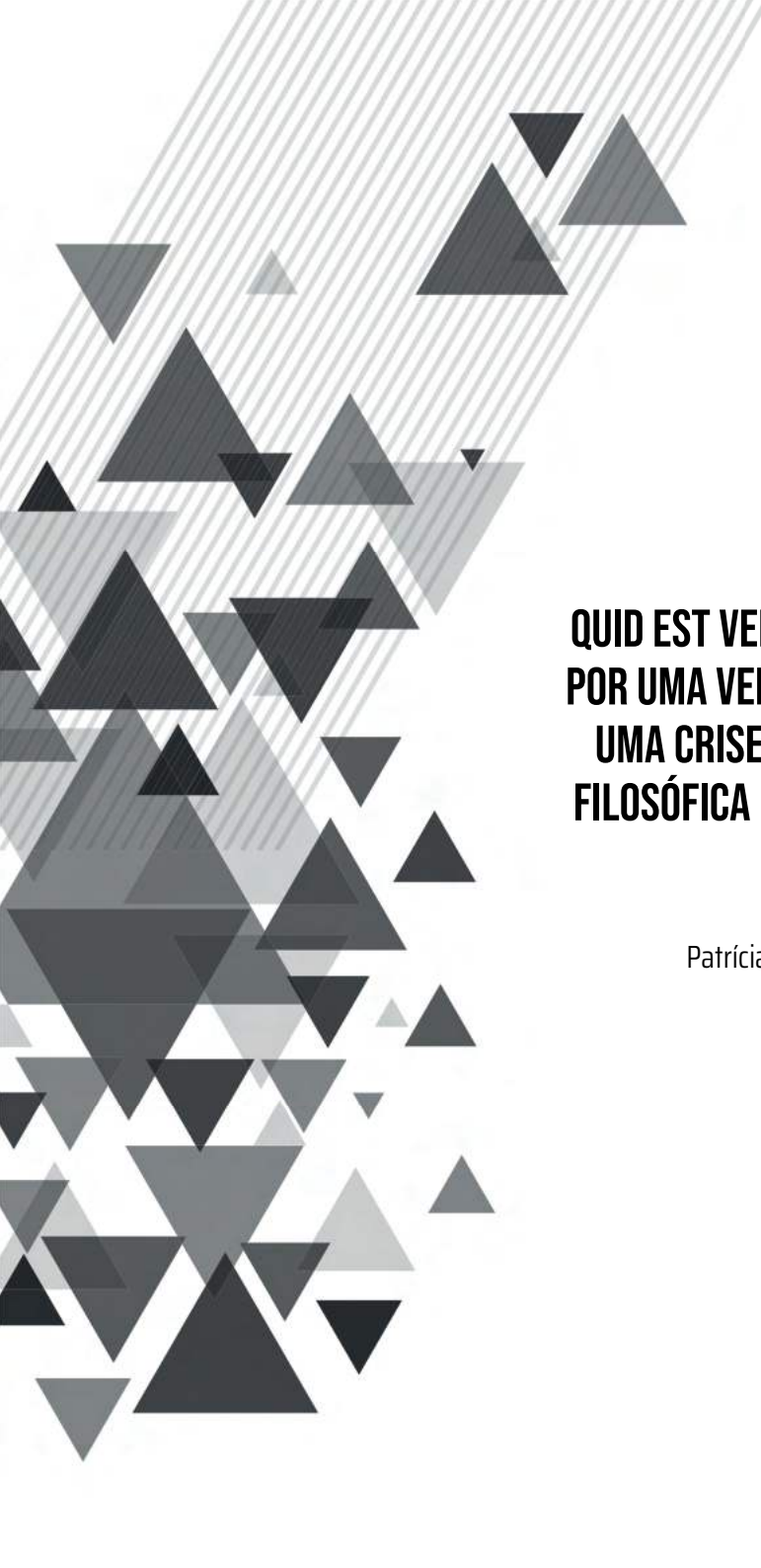
LAFER, Celso. **A Mentira**. In: NOVAES, Adauto (organizador). **ÉTICA**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARCHIONNI, Antônio. **Ética: A Arte do Bom**. São Paulo: Vozes, 2008.

MATOS, Olgária Matos. **Discretas esperanças: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo**. São Paulo: Nova Alexandria, 2006.

TAMAS, Elisabete Fernandes Basílio. **A Tortura em Presos Políticos e o Aparato Repressivo Militar**. In: Projeto História: revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

USHMM, United States Holocaust Memorial Museum: **Holocaust Encyclopedia - Nazi propaganda poster for a special issue of “Der Stuermer” about “race pollution”**. Disponível em <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/photo/nazi-propaganda-poster-for-a-special-issue-of-der-stuermer-about-race-pollution>. Acesso em maio/2021



QUID EST VERITAS? - A BUSCA POR UMA VERDADE DIANTE DE UMA CRISE INTERPRETATIVA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA

Tiago Eurico de Lacerda
Raul Greco Junior
Patrícia Gasparro Sevilha Greco

CAPÍTULO

19

1. Introdução

A filosofia hermenêutica como uma teoria da interpretação da experiência enfatiza como lidamos com o mundo e passamos a compreender objetos e sujeitos. Enquanto suas origens se concentram no estudo de textos bíblicos e de culturas antigas e clássicas posteriores, a hermenêutica como filosofia oferece uma maneira de entender o processo de interpretação.

Sua influência hoje se estende aos estudos organizacionais, onde os estudiosos que estudam cultura, identidade, criação de sentido e aprendizado se baseiam nos princípios filosóficos da hermenêutica para explicar a ação humana, a intencionalidade e o significado no contexto de suas ações. Nosso objetivo é revisar brevemente a história da tradição hermenêutica e examinar sua influência nos estudos organizacionais. Começamos com uma revisão geral da filosofia hermenêutica, começando com as origens gregas antigas. Bem como revisamos, também, a hermenêutica como parte da racionalização da verdade e da preservação do concreto.

O foco principal deste capítulo é a emergência da hermenêutica filosófica, principalmente na obra de Gadamer e Nietzsche, com breves citações de outros grandes autores, visando demonstrar como a hermenêutica se tornou um campo que se preocupa não apenas com textos, mas também com formas verbais e não verbais de ação e a pré-compreensão que faz qualquer interpretação possível. Do mesmo modo mostramos que no âmbito jurídico a aplicação hermenêutica que compreende a interpretação e a compreensão de um texto resulta de uma pacificação linguística que possibilita não só que a integridade da justiça seja contraída, todavia, que a própria justiça se despoje como a instrumento de uma veracidade advinda deste mesmo ciclo dialético. Finalmente, é elucidado que a precedência dos fatos paute como objetivo a ser alcançado no percurso do caminhar processual, de forma que a veracidade seja declarada ao julgador.

2. A importância da filosofia ou do ato de filosofar para o trajeto hermenêutico

Se por um lado abraçamos alguma teoria interessante como verdade absoluta, por outra deixamos a mesma teoria ir embora¹³⁷, posto que ela não

137 - Podemos exemplificar o abandono de teorias antigas a partir do paradigma do geocentrismo quando houve uma ruptura epistemológica no instante em que o heliocentrismo passou a ocupar um lugar de destaque dentro da ciência. Dessa forma não faz sentido manter um paradigma quando surge outro que responde melhor e deixa desatualizado o anterior.

possui uma resposta, naquele momento, com a devida clareza sobre os problemas de nossa época tanto quanto esperávamos. Isso gera o que chamamos, em filosofia, de informações “anômalas”¹³⁸ da própria ciência normal. Dessa forma, necessitamos de uma ciência extraordinária, indicada nos preceitos de Thomas Kuhn, na busca de novas respostas para um novo tempo. É nessa investigação pelo extraordinário que a filosofia ganha um papel importante.

Foi a partir do “milagre grego” que se passou a buscar uma maneira racional, emancipada, para se desvencilhar das respostas fundamentadas em crenças religiosas, mitológicas e dogmáticas e, assim, compreender o mundo pelo viés racional, com respostas conduzidas a “um caminho”, no sentido heideggeriano, de que “concedemos que este não é o único caminho” (2006, p. 15), mas um caminho que nos apresenta consistência para reconhecer que estamos claramente situados num contexto e numa lógica factual. Isto não nos permitirá vagar em representações arbitrárias sobre a própria filosofia ou sobre o uso da linguagem para se alcançar a verdade em meio à pluralidade de respostas para os mesmos casos concretos, o que poderia por um lado favorecer a admissão de lacunas interpretativas, mas, por outro, levar o sujeito a uma confusão acerca da relativização da verdade.

Assim, fica o questionamento: seria possível, então, encontrar alguma resposta correta em meio a um relativismo perpetrado, tanto dos valores, quanto dos dispositivos jurídicos que, em meio a tantas lacunas, abrem-se para uma multiplicidade interpretativa e, ao mesmo tempo, ilusórias de que possam se apresentar como respostas válidas para cada caso concreto?

Lênio Streck, diante da crise hermenêutica notória em nosso país, apresenta possibilidades de oferecer respostas corretas diante das “múltiplas respostas, o que reafirma os alicerces do positivismo jurídico” (2007, p. 29) e do dogmatismo presente na doutrina e na jurisprudência. Ainda, de acordo com o autor, as promessas incumpridas da Modernidade (de superação do positivismo jurídico e do dogmatismo), mesmo tendo este objetivo comum, são apenas promessas que ainda garantem arrastar tais discursões por uma longa travessia.

138 - Segundo Thomas Kuhn, “a ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. [...] Algumas vezes um problema comum, que deveria ser resolvido por meio de regras e procedimentos conhecidos, resiste ao ataque violento e reiterado dos membros mais hábeis do grupo em cuja área de competência ele ocorre. Em outras ocasiões, uma peça de equipamento, projetada e construída para fins de pesquisa normal, não funciona segundo a maneira antecipada, revelando uma anomalia que não pode ser ajustada às expectativas profissionais, não obstante esforços repetidos” (1998, p. 24). Desta forma as anomalias geram as possibilidades de crises da ciência normal, ou seja, passa a ser necessário uma ciência extraordinária, novas respostas para novos problemas.

A realização das promessas incumpridas da modernidade – as diversas teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica filosófica, a metódica estruturante etc.), todas perfeitamente inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm, inequivocamente, um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição (circunstância que assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como o Brasil). Cada uma das correntes filosóficas ou teorias, a seu modo, apontam as possíveis saídas para a superação da crise do direito brasileiro, cada vez mais aguda. Nessa intensa procura, há algo que é inacessível e isso parece incontornável. Ou algo que é incontornável e que, por isso, inacessível. Conteudística ou procedimentalmente é essa incerteza que parece mover os juristas rumo a essa longa travessia (STRECK, 2007, p. 45).

Essa longa travessia é um caminho que precisa ser trilhado a partir da linguagem. Pois tudo o que se pode falar, faz-se por meio de termos, assim, os problemas jurídicos precisam ser iluminados à luz do vocábulo, pois nenhuma coisa é sem a palavra. Assim a compreensão e interpretação do mundo se dá por este caminho interpretativo da própria palavra e não necessariamente da coisa, mas da relação entre a expressão e seu sentido que podem ser apreendidos pelo sujeito. Para uma compreensão melhor das possibilidades interpretativas para se alcançar uma resposta correta é preciso partir da premissa de que toda interpretação é, na verdade, especulativa.

Segundo Palmer, “a interpretação de um texto, por tanto, não é abertura passiva, mas interação dialética com o texto. Não é simples recreação, mas uma nova criação, um novo acontecimento na compreensão” (2002, p. 302). Dessa forma, a hermenêutica que se abre ao processo especulativo se coloca no plano de reconhecer o próprio antídoto do dogmatismo. Desde a Grécia Antiga, a filosofia passou a esculpir a pedra bruta do conhecer humano, buscando, por meio da linguagem, estabelecer diálogos a fim de encontrar a verdade, processo que originou uma metodologia conhecida como dialética.

Sócrates buscava dialogar com diferentes pessoas, na procura por um caminho que levasse à verdade. Foi por meio de uma técnica conhecida como maiêutica¹³⁹ (parto, em grego), que Sócrates entendeu que, pelo uso da

139 - Segundo Japiassú & Marcondes, “enquanto método filosófico, praticado por Sócrates, a maiêutica consiste em um procedimento dialético no qual Sócrates, partindo das opiniões que seu interlocutor tem sobre algo, procura fazê-lo cair em contradição ao defender seus pontos de vista, vindo assim a reconhecer sua ignorância acerca daquilo que julgava saber. A partir do reconhecimento da ignorância, trata-se então de descobrir, pela razão, a verdade que temos em nós [...] o modelo pedagógico conhecido como ‘socrático’ inspira-se na maiêutica como forma de ensinar os indivíduos a descobrirem as coisas por eles mesmos” (2001, p. 123).

refutação, poderia promover uma espécie de purificação das falsas certezas que levaria ao conhecimento verdadeiro. Assim, a Filosofia parece, diante da sua história, contribuir para extrair, análogo a um parto, o conhecimento verdadeiro de dentro das pessoas. Ou como se pretende neste artigo, extrair uma interpretação verdadeira de dentro do jogo de linguagem estabelecido dentro do próprio Judiciário.

Dentre as várias fundamentações, interpretações e pensamentos filosóficos, a hermenêutica apresenta-se como importante método para este processo de descoberta do conhecimento verdadeiro distanciado das ilusões ou das falsas interpretações. Ela proporciona um caminho para se encontrar clareza e para alcançar o conhecimento verdadeiro. Originalmente, o termo tem raízes na teologia, que tinha como principal objetivo a interpretação da Bíblia e dos textos antigos. Hermenêutica deriva do grego *hermeneutikós*, e do verbo grego *hermeneuein*, que pode ser definido como declarar, anunciar, interpretar.

Segundo Maximiliano:

O vocábulo *Auslegung*, por exemplo, abrange o conjunto das aplicações da Hermenêutica; resume os significados de dois termos técnicos ingleses – *Interpretation* e *Construction*, é mais amplo e ao mesmo tempo mais preciso do que a palavra portuguesa correspondente - *Interpretação*. Não é de admirar, portanto, que os alemães, como dispunham de um vocábulo completo para exprimir uma ideia, o adotassem de preferência. Demais, entre eles se tornou comum o emprego de *Hermeneutik* e *Auslegung*, como entre nós o de *Hermenêutica* e *Interpretação*, na qualidade de sinônimos (2011, p. 02).

Assim, pode-se complementar que “o termo hermenêutica [...] significa declarar, anunciar, interpretar ou esclarecer e, por último, traduzir”¹⁴⁰, acaba por apresentar “pois, uma multiplicidade de acepções, as quais, entretanto, coincidem em significar que alguma coisa é ‘tornada compreensível’ ou ‘levada à compreensão’” (CORETH, 1973, p. 01). Embora a palavra hermenêutica tenha sido empregada no âmbito da teologia, foi a partir da Era Moderna, sobretudo entre os séculos XVII e XVIII, que ela ganhou mais sentido, pois, chega-se na atualidade com um novo olhar que visa uma superação do

140 - Traduzir é uma ideia importante dentro da hermenêutica, pois cada um que traduz coloca em sua tradução um pouco de seu mundo, ou quem sabe, todo o seu mundo para que se oculte a mensagem traduzida. Segundo Streck, a hermenêutica “busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter) mediação (2007, p. 29).

objetivismo metodológico.

Este apresentava a ideia de que havia, no texto, uma única interpretação verdadeira. Mas, a partir de Gadamer, foi possível perceber que a interpretação só é possível pelo sujeito e não somente pelo texto em si. Gadamer afirma que “o significado das palavras não pode continuar sendo confundido com o conteúdo psíquico real da consciência, p. ex., com as representações associativas que uma palavra desperta” (1997, p. 371).

O papel do intérprete inserido em sua própria cultura interfere na forma que ele compreende e valora as coisas. Por isso, a palavra hermenêutica pode ser, também, considerada uma arte da interpretação, isto é, a interpretação correta e clara das palavras que já não podem ser tomadas como únicos meios interpretativos, mas que precisam levar em consideração o contexto que se fala e de quem as interpreta. Pode-se dizer que tal ideia é o próprio conceito de “mundo da vida” que Gadamer utiliza, ou seja, histórico, que se deixa formular na própria experiência histórica. Por isso nesta perspectiva não podemos aceitar uma visão ontológica do mundo como se possuísse a própria estrutura essencial do mundo como um objeto.

Os textos filosóficos e jurídicos necessitam de um cuidado especial para serem compreendidos, visto que surgiram, foram transmitidos e pensados no contexto histórico em que originaram suas formulações. Autores como Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, foram fundamentais ao se dedicarem a debates entre hermenêutica e filosofia, emergindo, assim, uma reflexão filosófica interpretativa sobre os símbolos e seus significados.

Os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição previa, vista previa e antecipação nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que o ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracteriza o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, a concepção especulativa do ser que está na base hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem (STRECK, 2000, p. 165).

Entretanto, uma desconfiança em relação à filosofia de que ela não tenha utilidade prática pode colocá-la no patamar de estudos distantes da realidade que nos cerca e que nada tem a acrescentar. “Ora, isso equivale a dizer: é inútil o interesse por questões fundamentais da vida; cabe abster-se de pensar no plano geral para mergulhar, através de trabalho consciencioso, num capítulo qualquer da atividade prática ou intelectual”, de modo que, “quanto ao resto, basta ter “opiniões” e contentar-se com elas” (JASPERS, 1993, p. 139).

Todavia, a filosofia nasce, justamente, da vontade do ser humano em compreender melhor o mundo que o cerca, em buscar a verdade, e é justamente nesse sentido, insatisfeito com as respostas que (não) encontrava, que o ser humano passa a questionar inquietamente as coisas. A cada nova descoberta, outras novas questões são formuladas, e esse ciclo é sempre alimentado por inúmeros debates e fundamentações que trouxeram, e ainda trazem, avanços significativos para a humanidade.

De acordo com Jaspers “o problema crucial é o seguinte: a Filosofia aspira à verdade total, que o mundo não quer. A filosofia é, portanto, perturbadora de paz” (1993, p. 140). É nessa mistura de perturbação, admiração e espanto que a filosofia emerge, tendo como ponto primordial desenvolver a capacidade problematizadora de quem busca conhecer radicalmente. A hermenêutica, nesse sentido, possibilita buscar soluções para as locuções e seus significados, constituindo em um instrumento de enorme importância.

A hermenêutica, portanto, é crucial para se chegar à verdade, sobretudo ao buscar um significado mais profundo nas palavras, clareando, assim, as interpretações e levando à compreensão de um objeto de estudo para além da superficialidade. Ela tornou-se tão importante para a filosofia que muitos filósofos passaram a considerar o discurso e as interpretações filosóficas como o próprio campo de constituição do significado. Assim, muitos dos problemas filosóficos deveriam ser examinados e analisados através da rede de relações semânticas, isto é, da própria linguagem, com a visão de mundo que a pressupõe. No tópico a seguir será analisada a filosofia hermenêutica de Nietzsche e Gadamer, na perspectiva de encontrar um caminho filosófico para compreender a própria aplicação do Direito.

3. Nietzsche versus Gadamer

Ao observarmos a vida de Nietzsche e Gadamer, logo de início, pode-se identificar uma primeira coincidência: Gadamer nasce no dia 11 de fevereiro de 1900, o mesmo ano da morte de Nietzsche, e ambos são alemães, estudaram filologia e são considerados filósofos importantes para a compreensão da cultura alemã e da própria maneira de compreender a filosofia e a vida em busca de uma “verdade” destituída de paradigmas metafísicos.

A ponte para Gadamer chegar ao pensamento nietzschiano são os estudos sobre Heidegger e a forma que este se dirigiu à própria metafísica. Segundo Gadamer, “foi somente Heidegger que tornou consciente, de uma maneira geral, a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e o conhecimento histórico” (1997, p. 369). Ou seja, Heidegger foi o filósofo que tomou de uma maneira muito expressiva os problemas levantados por Nietzsche, fazendo deste um grande interlocutor para a problemática do ser e do conhecimento.

Gadamer, na mesma direção do pensamento nietzschiano, aponta a questão da verdade como o problema que perpassa pela própria interpretação, pois, “interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” (1997, p. 459). Assim, todo o projeto de uma análise de um horizonte histórico não passa de um momento da própria realização da compreensão e, esta, por sua vez é o que podemos chamar de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*). A unidade para a apreensão deste compreender histórico está justamente nesta fusão de horizontes ou como menciona Gadamer, na história efetual:

O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas é a unidade de um e de outro, uma relação na qual permanece tanto a realidade da história como a realidade do compreender histórico. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história. Ao que é exigido com isso, eu chamo de “história efetual”. Entender é, essencialmente, um processo de história efetual (GADAMER, 1997, p. 448).

Ora, quando se vai ao encontro de um texto, não é nem a objetividade da gramática, tampouco a subjetividade do intérprete que sobressai numa interpretação correta e contextualizada, mas a fusão destes mundos: de um lado o texto com sua história, sentido e contexto, do outro o intérprete, com

sua própria história, contexto e cultura, que se misturam, provocando uma nova realidade interpretativa. É por este caminho que se compreende que interpretar também é um ato criativo e não apenas uma apreensão do passado a partir de uma autoalienação de sua consciência, mas a retomada deste passado na perspectiva da compreensão do presente. Assim, história efetual não representa nada de novo, sendo, em verdade “uma exigência nova o fato de precisar sempre de novo de um tal questionamento da história efetual, sempre que uma obra ou uma tradição tiver de sair do lusco-fusco constituído de tradição e historiografia para o claro e aberto de seu real significado” (GADAMER, 1997, p. 449). Essa exigência é necessária a partir de uma reflexão da própria consciência histórica.

Essa ambicionada tentativa de aproximação entre Nietzsche e Gadamer é construída na perspectiva de uma análise da hermenêutica em tempos de crise interpretativa para compreensão das disparidades apresentadas pelos intérpretes do Direito, que se apoiam em métodos antigos, por vezes retrógrados, ou dotados de muita parcialidade, para tentar solucionar problemas concretos da atualidade.

À luz da filosofia, procuram-se caminhos, métodos, para dirimir os desencontros interpretativos e apresentar uma reflexão capaz de iluminar, o conhecimento humano mergulhado numa crença de uma verdade ilusória que, por sua pretensão e ousadia em acreditar ter chegado ao conhecimento das coisas e do mundo como se existissem como verdades em si mesmas, esquecem-se que sua compreensão do mundo não passa de interpretações ou criações de sua própria fusão de horizontes.

Assim, o conhecimento humano é uma pedra bruta que, há séculos, passa por transformações, lapidações, um extenso processo de constantes atualizações. Entretanto, nem sempre é visto por esta perspectiva, pois diante de casos concretos atuais, ainda é possível ver ressurgir alguns paradigmas do passado para uma tentativa de resolução de casos concretos no presente. Não que tais paradigmas sejam incapazes de solucionar, mas há novas formas para se pensar o presente, há métodos mais apropriados para se compreender o fenômeno da sociedade hodierna.

Segundo as ideias de Nietzsche, o homem moderno acreditando no poder das palavras, esqueceu-se de que as coisas são evidentes em seu momento de criação, o que não necessariamente as torna evidentes no decorrer do tempo, ou em outras épocas e culturas. O homem moderno se apoia na crença de uma verdade como se ela pudesse existir de forma absoluta e objetivamente imutável. Nietzsche configura as verdades como “ilusões

das quais se esqueceram que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moedas (2008, p. 36), ou seja, a verdade é um elemento transitório, ilusório e passa pelo jogo de ganhar valor com sua criação ao passo que também o perde com o tempo e com a criação de novos valores.

4. Nietzsche e Gadamer: a filosofia histórica e a interpretação

Nietzsche, ao desenvolver o seu “método científico” (MA/HH, 635)¹⁴¹, lança mão de uma “filosofia histórica” (MA/HH, 1) mas, para isso, desenvolve um pensamento apoiado numa fisiopsicologia, com o intuito de analisar as coisas propriamente humanas, como a gênese dos sentimentos morais advinda de uma psicologia do homem moderno. Assim, esse intento é nada mais do que uma proposta de superação da metafísica, seja no âmbito da religião, arte ou filosofia, que estavam pautadas em idealismos platônicos e cristãos como configuração da própria vida.

Gadamer, por sua vez aponta que “aos olhos da escola histórica, a filosofia especulativa da história representava um dogmatismo tão crasso como havia sido a metafísica racional” (1997, p. 337), quicá uma supervalorização da própria Historie em detrimento de uma Geschichte. Ou seja, procurou-se um caminho histórico a partir da racionalidade, sem se dar conta de sua própria condição ou de sua proveniência.

Para um melhor esclarecimento sobre o que chamamos de filosofia histórica, faz-se necessário recorrer ao alemão para distinguir: Geschichte de Historie. Jaspers traduz esta distinção da seguinte maneira: “o primeiro vocábulo [Geschichte] por ‘história’ ou ‘acontecer histórico’ e o segundo [Historie] por

¹⁴¹ - Nesse capítulo faremos o uso das siglas convencionais dos escritos de Nietzsche em alemão seguidas das siglas em português: Seguindo tais siglas, constarão os números arábicos correspondentes ao aforismo citado, conforme a disposição realizada por Nietzsche em seus escritos. Em alguns casos, antes do algarismo arábico, poderão aparecer algarismos romanos em referência às partes numeradas de algumas obras. Por exemplo: Sendo MA/HH (Menschliches allzumenschliches) a sigla adotada para a obra Humano, demasiado humano, a referência (MA/HH, 635) indica o aforismo 635 desta obra. GD/CI: Götzen-Dämmerung [Crepúsculo dos Ídolos]; FW/GC: Die fröhliche Wissenschaft [A gaia Ciência]; GM/GM: Zur Genealogie der Moral [Para a genealogia da Moral]. Para o caso dos Fragmentos Póstumos, indicamos a sigla em alemão da obra consultada, seguida da sigla em português, o ano da obra, um algarismo arábico referente à parte da obra e entre colchetes, um algarismo referente ao fragmento consultado. Por exemplo: sendo NF (Nachgelassene Fragmente) a sigla usual dos Fragmentos Póstumos, a referência: (NF/FP-1878, 27 [29]) indica o fragmento 29 do grupo 27 de 1878. Para estas citações utilizamos os Fragmentos Póstumos (Volumes de I ao IV do Editorial Tecnos). Quanto às citações das obras publicadas em português optamos pelas traduções de Paulo César de Souza para os seguintes livros: Humano, demasiado humano – Volume I; Genealogia da Moral; A Gaia Ciência.

‘história’ ou ‘ciência histórica’”. Podemos dizer que há uma história narrada e uma que apresenta o conhecimento sobre tais acontecimentos. “A palavra *Geschichte* se refere ao acontecimento real dos sucessos ou acontecimentos que transcorreram o tempo; *Historie*, ao contrário, significa o conhecimento científico deste acontecer” (1963, p. 240). Enquanto *Historie* é uma derivação germanizada do latim, o verbo alemão *geschehen*, seria o acontecer. Nesta mesma perspectiva Giacoia salienta que:

Historie é a história como disciplina científica, como historiografia – registro cronológico objetivo de séries de acontecimentos, ordenados pelas suas circunstâncias, condições determinantes, causas e consequências de ordens variadas (econômicas, políticas, sociais e culturais, por exemplo). *Geschichte* designa ao acontecer adventício, os acontecimentos singulares que impregnam a configuração e determinam o sentido de uma era do mundo (2013, p. 92).

Dessa maneira, a cultura pode, então, numa expressão a-histórica como a advinda da religião e filosofia metafísica, anular a ação ou vivência de um indivíduo ao passo em que promove a valorização de toda uma idiossincrasia¹⁴². O homem se preocupa em contar a sua história, a saber o que aconteceu, mas se esquece de viver a própria história, ser o protagonista da própria existência. Seria o procedimento histórico nietzschiano um dos caminhos para ensinar o homem a aceitar a diversidade dos acontecimentos e sentimentos morais como parte integrante de sua formação humana? Desta forma, nos orienta Cavalcanti que:

Diante do espetáculo da história universal, da diversidade de culturas e formas de abordagem, o jovem percebe que cada cultura tem sua particularidade, que cada momento na história soa de maneira diferente e produz também efeitos distintos. Porém, à medida que aprende a dominar o método histórico ele perde o sentimento de estranheza em relação ao passado, deixa de se espantar com as singularidades e, enfim, aceita a diversidade como parte de sua formação histórica. Em outras palavras, o jovem tem apenas uma alternativa para assimilar a massa de saber que se forma a partir da história universal: tornar-se apático e indiferente em relação aos diferentes costumes e à transitoriedade da experiência humana (2012, p. 90).

142 - “Vocês me perguntam o que é idiossincrasia nos filósofos?... Por exemplo, sua falta de sentido histórico, seu ódio à noção mesma do vir-a-ser, seu egipcismo. Eles acreditam fazer uma honra a uma coisa quando a des-historicizam, *sub specie aeterni* [sob a perspectiva da eternidade] — quando fazem dela uma múmia. Tudo o que os filósofos manearam, por milênios, foram conceitos-múmias; nada realmente vivo saiu de suas mãos (GD/CI, A “razão” na filosofia, 1).

A objeção de Nietzsche era a forma que a história era tratada, com uma finalidade de alcançar o conhecimento, enquanto seu empenho se mantinha numa nova forma de tratá-la, fruto de seu papel como filólogo na época, que procurava retirar do passado as vivências necessárias para restituir o caráter do acontecimento e seu respectivo valor. Ou seja, a história pode ser mais que conhecimento, pode indicar como as vivências dos antigos podem ajudar a enfrentar os diversos problemas desta época, um constante confrontar os tempos e experiências. Assim, a história seria um procedimento que Nietzsche lança mão para, mais que fazer uma leitura do passado, possibilitar uma afirmação e reconstrução do presente.

Em Gadamer, entendemos que a experiência hermenêutica da verdade não é um simples ato histórico que se possa estudar com tal objetividade como fazemos com certos objetos, mas é aquela que transforma quem a experimenta ao mesmo tempo que transfigura o mundo. Sua verdade é oposta, então, à noção tradicional de verdade como adequação, por isso o paralelo do procedimento nietzschiano poderia nos ajudar a compreender que a suspeita quanto à adequação é um caminho mais seguro num mundo onde a interpretação passa a ser fruto de uma compreensão de mundo e ao mesmo tempo que o apreende não o deixa ser explicado sem sequer depositar nele também sua própria criação, ou parte de si.

O procedimento científico de Nietzsche seria, assim, um exercício crítico, que permitiria olhar para o mundo com a mais profunda suspeita, uma filosofia “histórica” que trabalharia a partir da “química dos conceitos e dos sentimentos” (MA/HH, 1) na medida em que, como a química, reconheceria a proveniência de algo a partir do seu oposto, como produto de uma interação constante e não de um fechamento atomístico dos elementos da realidade.

Esse é o papel da “filosofia científica” (MA/HH, 131) que ora reconhece-se como um procedimento próprio, que forja as premissas centrais daquilo que Nietzsche denominará, mais tarde, como método genealógico (apontado como fio condutor à questão do valor). Desta forma, a história precisa ser interpretada não como um saber intemporal válido sobre algo que exista de forma invariável, mas de acordo com Jaspers, a história deve ser:

entendida como saber, pois, varia com os eventos históricos, concebidos como acontecimentos reais. Nada no passado está definitivamente morto: se o passado tinha uma origem autêntica, continua a reviver no presente, através de modificações que são perdas de vista. O passado é esquecido e se torna conceber: é descoberto, embora pareça já conhecido; mesmo que haja tratado como algo indiferente, torna-se um novo impulso (1963, p. 348).

Eis porque Nietzsche dá importância ao procedimento histórico e fisiopsicológico como modos de acesso à origem, não no sentido do substantivo alemão masculino *Ursprung* (origem, princípio), mas como *Herkunft* (proveniência, procedência, linhagem)¹⁴³. Ou seja, uma pesquisa que valoriza a proveniência das coisas. A proveniência não funda, não revela a origem nos moldes de uma fundamentação originária (*Wunder-Ursprung* [origem milagrosa]), mas dá movimento ao que parece imóvel, valoriza a heterogeneidade quando todos buscam uma unidade e conformidade consigo mesmo.

Desta forma, o conceito *Herkunft* é utilizado por Nietzsche no contexto de uma busca, na obra “Humano, demasiado humano”, da origem da moralidade e marca de certa forma aquilo que é o objeto próprio do genealogista. Segundo Foucault “o corpo e tudo o que diz respeito ao corpo, a alimentação, o clima, o solo é o lugar da *Herkunft*: sobre o corpo se encontra o estigma dos acontecimentos passados” (1979, p. 22). E é exatamente nesta ótica que o procedimento científico nietzschiano é aquele que através da proveniência do historiador, não estabelece diferenças ou valores entre uma coisa e outra, mas analisa a partir de uma indiferença a história até encontrar sua gênese, sem se apegar a nada e sentindo prazer justamente naquilo que deve se afastar para compreender. Por isso pelo procedimento científico histórico poderemos chegar à compreensão de que tudo o que foi tido como grandioso demais e miraculoso possui uma história pequena, vil, simples, humana, ou seja, dotada de muitas interpretações que foram dadas como verdade objetiva e digeridas por muitos séculos sem levar em conta a fusão de mundos como também apontaria Gadamer.

Para compreender melhor o uso do termo *Herkunft*, podemos nos remeter ao aforismo 111 da obra “A Gaia Ciência” de Nietzsche, que questiona a origem do lógico (*Herkunft des Logischen*). Neste aforismo, Nietzsche afirma que a lógica surge na mente humana “certamente do ilógico” (FW/GC, 111). Sendo assim, Segundo Moro Abadía, a “*Herkunft* faz referência à origem caótica e desprovida de grandeza de nossos conceitos e seu processo de evolução até que se tornem indiscutíveis no presente” (2006, p. 42).

143 - Segundo Foucault, “*Herkunft*: é o tronco de uma raça, é a proveniência; é o antigo pertencimento a um grupo – do sangue, da tradição, de ligação entre aqueles da mesma altura ou da mesma baixa. Frequentemente a análise da *Herkunft* põe em jogo a raça, ou o tipo social. Entretanto, não se trata de modo algum de reencontrar em um indivíduo em uma ideia ou um sentimento as características gerais que permitem assimilá-los a outros – e de dizer: isto é grego ou isto é inglês; mas de descobrir todas as marcas sutis, singulares, subindividuais que podem se entrecruzar nele e formar uma rede difícil de desembaraçar; longe de ser uma categoria da semelhança, tal origem permite ordenar, para colocá-las a parte, todas as marcas diferentes” (FOUCAULT, 1979, p. 20).

Para tomar o conceito de origem como algo indiscutível, encontram-se recursos na obra nietzschiana sobre a “Filosofia na época trágica dos gregos”, ao remeter a busca pelo começo (Anfang) com os adjetivos: cru, feio, sem forma, vazio, ou seja, o caminho que leva ao começo é uma ponte à barbárie. Desta forma, a ideia sobre a procedência (Herkunft) da moralidade já era contrastada com a ideia da razão apresentada como algo absurdo, a ponto de se tornar indiscutível no presente, como salienta Nietzsche.

Para ilustrar esta ideia, Nietzsche afirma na Genealogia que “um homem forte e bem logrado digere suas vivências (feitos e malfeitos incluídos [pecados]) como digere suas refeições” de modo que “[...] Se não ‘dá conta’ de uma vivência, esta espécie de indigestão é tão fisiológica quanto a outra” (GM/GM III, 16). O que significa que para o filósofo, as palavras estão a serviço das funções fisiológicas e o pensamento em si mesmo é um ato. Este é o que forma o pensamento, por isso a digestão da vivência pode ser comparada à do corpo. Assim, “o corpo, fala a linguagem dos sinais, a natureza do corpo é a de uma semiose infinita” (GIACOIA, 2002, p. 212), por isso não podemos nos deter a uma única possibilidade de pensar um sentido único para o corpo (e aqui faz-se, também, analogia à palavra), pois este é apenas um rastro seguido pela vida.

A dificuldade de codificar o corpo se estende ao discurso, como salienta Wotling, ao dizer que “todo discurso, como toda atividade humana, é sempre algo codificado e uma expressão deformada de um discurso muito mais fundamental proferido pelos instintos constituintes do indivíduo ou do tipo de homem quem fala” (2009, p. 66). Assim o corpo, como o próprio eu ou sujeito também foram tidos a partir de pretensões fabulosas e tratado de forma metafísicas, valoradas por pretensas interpretações intimamente ligadas ao afeto humano e suas formas de apropriar-se de algo.

Em relação à teoria do valor, o afeto é considerado por Nietzsche como fundamento das atividades interpretativas, pois todas as interpretações elaboradas pelos homens não passam de linguagens dos afetos, ou seja, como configurações da vontade de poder. E juntamente com a linguagem dos afetos é possível contemplar a transvaloração de todos os valores, “não mais prazer na certeza, mas na incerteza, não mais causa e efeito, mas o contínuo criador, não mais vontade de conservação, mas de poder” (NF-1884, 26 [284]). Por isso Heidegger comenta que “se a metafísica pensa o ente no seu ser, como vontade de poder, ela pensa o ente necessariamente como algo-que-instaura-valores”, nos levando a um horizonte de valores de seu próprio ideário, assim, “a metafísica da modernidade começa ao procurar o incondicionalmente indubitável, o certo, a certeza, e tem nisso a sua essência” (2002, p. 274). E se a

essência da metafísica se pauta na certeza, Nietzsche num caminho distinto vai colocar a questão do valor como uma questão mais fundamental que a questão da certeza, ou seja, a busca da própria verdade.

Se por um lado esse tipo de busca da essência nos remete à filosofia de Platão e nos convida a não valorizar as coisas humanas porque há elementos que são mais importantes, Nietzsche faz o movimento contrário para então eliminar, não as coisas distantes, mas a própria dicotomia existente. Não por acaso, portanto, Olivier Ponton afirma que Nietzsche, em *Humano*, demasiado humano, realiza uma “inversão do platonismo” (2007, p. 46), embora não no sentido de substituir o elemento metafísico por um outro, mas no sentido de que ele pretendeu mesmo anular o dualismo marcante de sua filosofia.

Tal posição é esclarecida por Müller-Lauter em relação à crítica de Heidegger¹⁴⁴, no sentido de que Nietzsche teria invertido e, portanto, permanecido nas raízes da metafísica, colocando uma coisa no lugar de outra: “procurando impor a própria reflexão como um movimento antimetafísico, Nietzsche opera tão somente a inversão do platonismo, pois ‘a inversão de uma proposição metafísica permanece uma proposição metafísica’” (1997, p. 45). Müller-Lauter mostra como a noção de vontade de poder sinaliza para o equívoco da interpretação heideggeriana, alinhando-se, assim, à interpretação de Ponton.

No Direito também há uma recusa de uma concepção metafísica, pois não podemos aceitar que haja uma essência única e verdadeira do Direito que seja captada por todos em sua integridade. Esse ponto de partida é simplório, pois dá um significante à coisa, ou seja, às interpretações, às palavras, o que não é verdade como se pôde averiguar até então. O ponto de vista que ora se defende é justamente o de afastar-se de uma interpretação essencialista ou metafísica para compreender-se o procedimento linguístico que permeia de forma complexa a ligação entre os interlocutores ou do texto com seus interlocutores.

5. A virada linguística como uma saída do dogmatismo

Como apresentou-se até aqui, o paradigma tradicional da filosofia da consciência, que é anterior à viragem linguística, compreendia que poderíamos

144 - “Contudo, enquanto mero contra-movimento, ela permanece necessariamente, como todo o anti -, presa na essência daquilo contra o que se vira” (HEIDEGGER, 2002, p. 251).

extrair o sentido de um texto no próprio texto, como se estivesse imanente a ele. O intérprete assim, teria um papel passivo e com algumas técnicas revelaria a verdade ou sentido do texto em si. Esse tipo de dogmatismo é desvencilhado quando passamos de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, ou seja, agora poderemos compreender as ideias metafísicas contrapostas às antimetafísicas ou o próprio idealismo contraposto ao materialismo. Atacamos os problemas outrora insolúveis levando em consideração os próprios atos do sujeito que vivencia e se coloca no plano de interpretação. Ou seja, resgatamos de Gadamer a ideia de fusão de mundos para uma melhor compreensão.

Mas Streck salienta que:

Observe-se que, embora correto o diagnóstico feito por Habermas, ele não supera, no sentido filosófico da palavra, a filosofia da consciência (ou a sua vulgata voluntarista, própria de setores da filosofia do direito). E por que ele não supera? Porque ele – e uso as suas palavras – substitui a razão prática, eivada de solipsismo, por uma estrutura, a razão comunicativa. Com isso, desaparece o sujeito da relação de objetos. Por certo, por isso, o juiz, em Habermas, fica desonerado de fazer discursos de fundamentação (Begründungsdiskurs) (2014, p. 172).

Desta forma, segundo Streck a “viragem linguística” não pode ser entendida como uma simples guinada de alguns paradigmas sobre outros apenas. Há uma série de acontecimentos que foram preponderantes para esse entendimento, como por exemplo, citou-se o próprio “empirismo lógico” com suas linguagens ideais, desencadeado na década de 20 pelo “Círculo de Viena” sendo “Schlick e Carnap os seus membros mais destacados. Também participaram do movimento Nagel, Morris e Quine, além dos expoentes Peirce, Frege e Wittgenstein (Tractatus)” (2014, p. 172). Tal grupo não acreditava que a linguagem poderia ser utilizada como uma desbravadora da própria consciência, reduziam assim a filosofia à própria epistemologia, queriam traduzir o mundo numa linguagem rigorosa, mais eficaz que a natural. Em outras palavras, a verdade opera como uma condição de sentido, sendo que se não for empiricamente verificável, não podemos continuar tratando o texto como significativo.

E mesmo que seja verificável, segundo nossa proposição até aqui, não seria notoriamente verdade o que se pode perceber no sentido que verificamos aquilo que consentimos, ou seja, cremos no sentido do que conhecemos pelo que o outro nos apresentou. É como se tivéssemos tido a necessidade do outro para saber, interpretar a coisa e pior, como se a coisa tivesse sua interpretação

já pré-definida. Como se somente pelo outro ou por sua interpretação os signos escritos tomariam um corpo de sentidos. Segundo Gadamer, “o que um texto quer dizer não se pode comparar, segundo isso, com um ponto de vista fixo, inamovível e obstinado, que coloca a quem quer compreender sempre somente uma questão: como o outro pôde chegar a uma opinião tão absurda?” (1997, p. 565), ou seja, aqui não se trata de chegar com o debate a um acordo histórico, se trata de receber o significado pronto, enquanto o que deveríamos fazer é reconstruir a gênese do texto, como queria Nietzsche ao analisar por seu método a gênese do sentimento moral, para mostrar que o que a sociedade adotara como convenção estava desprovido de um olhar à gênese, por isso para ele, todas as interpretações eram nada mais que erros da razão em aceitar pronto algo como inamovível.

Antes, pensamos compreender o próprio texto. Mas isso quer dizer que, na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as ideias próprias do intérprete. O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto (GADAMER, 1997, p. 566).

Essa ideia é o que expressa a própria fusão de horizontes como já mencionou-se no texto acima. É justamente aqui que mora a junção das ideias, não de um sujeito ou de outro, mas aquelas comuns a ambos. Pois não podemos continuar carregando os conceitos que aprendeu-se desde o romantismo: que compreender é o mesmo que interpretar. Precisamos da linguagem para ser a mediadora desse processo. Assim pode-se chegar à compreensão e só chegar-se-á a ela ao final do processo pela interpretação. Deste modo, ao compreender algo já estamos interpretando esse algo, e para chegarmos à interpretação precisamos da linguagem para nos guiar, dos diálogos, leituras etc., como um círculo fechado na dialética entre o que pergunta e responde. Interpreta-se, ligam-se conceitos, mas isso não garante a compreensão e fusão de mundos, como se pretende a hermenêutica gadameriana. Por isso Gadamer vai dizer que “a linguisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (1997, p. 567). Assim chega-se à ideia de que a compreensão se dá na mediação da linguagem, ou seja, o objeto da interpretação é de natureza puramente linguística.

No âmbito jurídico a aplicação desta concepção de interpretação e compreensão de um texto como resultado de uma mediação linguística permite não apenas que a justiça possa ser alcançada, mas, muito antes, que

essa justiça se revele como a operacionalização de uma verdade extraída deste mesmo movimento dialético. Não é por menos que a primazia dos fatos serve de diretriz a ser buscada no andamento da marcha processual, de modo que a verdade seja revelada ao julgador.

Mas, mais do que apenas a verdade extraída da relação jurídica, a própria aplicação normativa acaba por encontrar, nesta esteira empírica de validação factual, uma compreensão linguística da verdade extraível de certo texto legal.

Ocorre que se espera, ainda, por parte do hermeneuta, ao menos na seara jurídica, uma revelação quase que oracular, como se a interpretação de certo texto normativo pudesse gerar uma verdade absoluta em si mesma, o que não comporta as variadas sentenças exaradas pelos mais diferentes julgadores, inclusive, de uma mesma Corte. Retirada de seu pedestal, a busca de uma verdade imutável cede lugar a uma construção linguística, ou seja, atrai a responsabilidade do sujeito julgador e não a afasta, encontrando respaldo metafísico para tanto. A verdade, deste modo, reside na compreensão linguística que se dê a ela e não habita um universo desacoplado da *physis* e nem da ágora.

6. Conclusão

Foi possível analisar a hermenêutica, destacando a maneira como os filósofos consideraram a natureza da compreensão e da interpretação. Revisamos as contribuições formativas, sobretudo, nas ideias influenciadas e desenvolvidas por Heidegger e como elas se dirigiram à própria metafísica que Gadamer usou como ponte para chegar ao pensamento nietzschiano. Bem como a fundamentação da natureza do aprendizado e da compreensão que moldaram nossa interpretação dos juízos de valor acerca dos fatos do mundo.

Dos filósofos antigos aos modernos, destacamos a mudança na hermenêutica das preocupações textuais e metodológicas para o estudo da interpretação. Nossa abordagem confere legitimidade ao conhecimento e às abordagens da interpretação como um campo de estudo, separado das visões positivistas da ciência. Também traçamos a influência desses filósofos nos estudos jurídicos.

O estudo da cultura examina os sistemas de significado dos atores organizacionais e as interpretações de seu contexto, valores, normas e

suposições sobre tecnologia e estrutura, assim como um arqueólogo ressurgem artefatos que representam formas anteriores de ver e ser que agora estão incorporadas na prática atual. Além disso, os estudos de cultura ganharam aceitação, principalmente por serem fundamentados na hermenêutica e seus focos na linguagem, símbolos, normas, valores e crenças.

Tomamos nota da influência de Heidegger e Kuhn na identidade, nos estudos narrativos e na liderança. A construção de seus pensamentos resulta no exame de experiências tidas como garantidoras de um caminho factível e racional. A criticidade, geralmente, se desdobra de maneira retificada, com pouca consideração por origens ou por suposições, exceto quando a autoanálise e a reflexão permitem que o indivíduo veja além da situação. Tal análise pode demandar atenção significativa dependendo das circunstâncias que exigem autocompreensão. Momentos de crise representam uma oportunidade.

O exame de narrativas como textos vivos, no entanto, pode ser um mecanismo poderoso para despertar para novas possibilidades, assim como pode-se ancorar um desenvolvimento de certa liderança de pensamento em um domínio de prática correspondente. A influência da hermenêutica também é proeminente no campo da aprendizagem dos jurídica e do diálogo. Nessas áreas de estudo, a ação individual e os agentes são críticos. Os atores sociais dão sentido à sua experiência, transformam-na com base em seus entendimentos. Sua pré-compreensão molda a transformação e a atuação e, até que sejam questionadas por alguma força externa, elas permanecem tácitas.

No contexto do diálogo, a hermenêutica influencia os meios interpretativos para construir a linguagem e os atos comunicativos. Esses atos moldam os sistemas de significados e são estilizados para um determinado contexto, assim como e as relações em que são utilizadas. Como mostrado, o papel do diálogo não opera apenas no nível individual, mas também representa oportunidades para formar significado em nível factual.

A influência da hermenêutica nos estudos jurídicos é rica e continua sendo um domínio de pesquisa importante, porém menos reconhecido. Objetivou-se, portanto, chamar a atenção para os fundamentos históricos da hermenêutica e sua influência na teoria interpretativa e crítica. Como outras tradições filosóficas importantes e amplamente reconhecidas, a hermenêutica oferece uma compreensão diferenciada dos mundos que os estudiosos criam e habitam, o que vemos como benéfico para futuras oportunidades de estudos da criticidade.

Referências

CAVALCANTI, Anna Hartmann. Nietzsche, a memória e a história: Reflexões sobre a segunda consideração extemporânea. *In.: **Philosophos: Revista de Filosofia da UFG***, Goiânia, v. 17, n. 2, p. 77-105, jul./dez. de 2012.

CORETH, E. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: EPU/Edusp, 1973.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GIACÓIA Junior, Oswaldo. Resposta a uma questão: o que pode um corpo? *In.: LINS, Daniel; GADELHA, Sylvio (Org.). **Nietzsche e Deleuze: o que pode o corpo***. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 199-216.

HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – A filosofia?: Identidade e diferença**. Petrópolis-RJ: Vozes; São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2006.

JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Cultrix, 1993.

JASPERS, Karl. **Nietzsche**. Traducción de Emilio Estiu. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1963.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORO ABADÍA, Óscar. **La perspectiva genealógica de la historia**. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006.

MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. **A doutrina da vontade de poder em Nietzsche**. Trad. Oswaldo Giacóia Junior. São Paulo: Annablume, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich W. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

NIETZSCHE, Friedrich W. **A Genealogia da moral**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich W. **Fragmentos Póstumos**. Volumen III (1882-1885). Edición española dirigida por Diego Sanches Meca. Traducción, introducción y notas de Diego Sanches Meca y Jesus Conill. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2010b.

NIETZSCHE, Friedrich W. **Humano, demasiado humano**. Um livro para espíritos livres. Trad. De Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005 (Vol. I).

PALMER, Richard E. **¿Qué es la hermenéutica?: Teoría de la interpretación em Schleiermacher, Dilthey, Heidegger y Gadamer**. Madrid: ARCO/LIBROS, 2002.

PONTON, Olivier. **Nietzsche Philosophie de la lègèreté**. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2007. (Monographien und Texte zur Nietzsche-Forschung, Band 53).

STRECK, Lênio. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *In.*: **Revista Sequência**: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis-SC, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.



ORGANIZADORES

Patrícia Gasparro Sevilha Greco
André Del Grossi Assumpção



Patrícia Gasparro Sevilha Greco

Doutoranda e mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de pós-graduação, da EJE do Tribunal Superior Eleitoral e de vários Tribunais Regionais Eleitorais, além de docente em cursos preparatórios para concursos. Palestrante, autora de diversos livros e Analista Judiciária do TRE/PR.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6245626420021642>



André Del Grossi Assumpção

Promotor de Justiça no Estado do Paraná e professor de Direito Penal da Faculdade União de Campo Mourão. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. No Brasil, é graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM, especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e, atualmente, mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9762199967257230>



AUTORES

ANA FLÁVIA MORTATI VANZELLA

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Pós-graduada em Direito Empresarial pela UEL. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professora universitária no curso de Direito da Faculdade Paranaense (FACCAR), responsável pelas disciplinas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4820929314419541>

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR

Advogada e Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Autora de inúmeros artigos e livros jurídicos.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/185624986553759>

ANDRÉ MARTINI

Mestrando pelo Programa em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio de Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Advogado. É voluntário na Aliança Nacional LGBTI+, atuando como Coordenador Jurídico em âmbito nacional e como Coordenador Local no Município de Londrina/PR. Graduado em Sociologia (licenciatura) pelo Centro Universitário FAVENI. Atualmente estuda criminologias, controle social e racismo estrutural nas sociedades capitalistas.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4511261963228835>

ARTHUR LUSTOSA STROZZI

Docente e Advogado. Mestre em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Foi bolsista CAPES-DS. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Pós-Graduação LL.M. do Instituto Superior de Administração e Economia/Fundação Getúlio Vargas (ISAE/FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4526539045157031>

ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI

Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Aluno regular do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vinculado ao Projeto de Pesquisa Responsabilidade Civil e Dano: Instrumentos e Critérios Adequados à Parametrização do Quantum Ressarcitório, Reflexos Socioeconômicos e o Escopo de Efetivação dos Direitos e Interesses dos Tutelados da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6376977651631667>

BEATRIZ SCHERPINSKI FERNANDES

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias (UEL). Autora de trabalhos desenvolvidos nas temáticas do Direito de Família, Bioética, Infância e Juventude e Direito Penal e Processual Penal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0541783142127324>

CLARISSA GASPAR MASSI

Doutora em Geografia pela Universidade Estadual de Londrina, Mestre em Geografia pela Universidade Estadual de Londrina, Aluna Especial do Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá, Graduada em Direito pela Faculdade do Norte Paranaense, Graduada em Geografia pela FATEC. Professora e Consultora.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0623471984447115>

DANIEL FARNESE CORDEIRO DE AGUIAR

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, programa Capes 6. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito também pela PUC MINAS. É advogado há mais de 20 anos, atuando nas áreas de Direito Empresarial, Civil e Tributário. É sócio proprietário do Escritório de Advocacia Farnese de Aguiar Sociedade Individual de Advocacia.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0623566921198943>

DANIELA BRAGA PAIANO

Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora na graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vice Coordenadora da Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões da UEL. Associada ao IBDFAM e ao International Society of Family Law (ISFL). Integrante do Conselho Editorial da Editora da UEL (EDUEL).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>

FERNANDA SHIMOMURA ZUFFA

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9077178803357470>

FLÁVIA OSMARIN TOSTI MENEGON

Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhaguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Participa do Projeto de Pesquisa 12055 – Processo Civil Transindividual: novas perspectivas de sua utilização envolvendo negócios jurídicos. Integra a assessoria técnica da Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina (ISSN 1980-511X).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6716440493735601>

FRANCIELE BARBOSA SANTOS

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), especialista em Direito Empresarial e em Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada e sócia do escritório Ferrari, Barbosa e Oliveira Advogados Associados.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9354730047449821>

GLAUCIO FRANCISCO MOURA CRUVINEL

Juiz de Direito no Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVEL – Cascavel/PR. Mestrando em direito empresarial e cidadania pela UNICURITIBA.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4990201136637609>

IZABELLA AFFONSO COSTA

Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2019-2022), Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (2015). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2013). Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8568430908041327>

ISABELA NABAS SCHIAVON

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, vinculado ao CNPq. Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0354512315123360>

JOÃO LAURO SERPELONI

Graduando em Direito pela Faculdade Paranaense (FACCAR), estagiário do escritório Rosário, Pereira e Corazza, Advogados Associados.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5821774320247499>

JOELSON JUNIOR BOLLOTTI

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar-UNICESUMAR. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2003). Atualmente é Procurador Federal - Membro da Advocacia-Geral da União. Tem especialização em Direito. Exerceu a Chefia da Matéria de Benefícios Previdenciários da Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS de Presidente Prudente - SP. Trabalhou na Justiça Federal da 4ª Região, onde exerceu a função de Oficial de Gabinete junto à Vara Federal de Apucarana/PR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Autor de livros e de artigos publicados em periódicos especializados.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7418086109176000>

JOSÉ CHAPOVAL CACCIACARRO

Possui graduação em DIREITO pela FUNDACAO KARNIG BAZARIAN (2007). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (2011). Atualmente, é Juiz de Direito Titular da Vara da Cível, Fazenda Pública, Competência Delegada e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ivaiporã-PR. Ministrou aulas de direito civil, processual civil e teoria geral do direito na instituição de ensino superior UNIVALE com sede em Ivaiporã-PR.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7711447124716871>

JULIA MARIANA CUNHA PERINI

Aluna regular do Programa Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Digital pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS) e em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pós-graduanda em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADi) e em Direito Ambiental pelo Curso CEI. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora de Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e Sucessórias do Programa de Pesquisa e Pós-graduação da UEL. Assistente de promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7695140861104576>

LEONARDO GRILLO MENEGON

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8237976939343311>

LILLIAN ZUCOLOTE DE OLIVEIRA

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Especialista em Direito Extrajudicial pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada e sócia do escritório Ferrari, Barbosa e Oliveira Advogados Associados.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4313308498926987>

LUCAS RAFAEL DA SILVA DELVECHIO

Advogado; Consultor Jurídico, com foco em Gestão Pública; Professor de Direito Público; Mestrando em Direito Negocial (UEL-PR); Especialista em Direito do Estado, com ênfase em Direito Administrativo (UEL-PR); Especialista em Direito Tributário (EPD-PR) e Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8638269346560309>

LUIZ ANDRÉ DOS SANTOS

Advogado atuante no Direito Público Municipal, com ênfase no Direito Eleitoral. Servidor de carreira da Câmara Municipal de Pedra Preta/MT há 28 anos, atualmente nomeado como Secretário Legislativo de Administração. Graduado em Matemática, pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, em Administração Pública, pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT/UAB e em Direito, pela Universidade de Cuiabá – UNIC. Especialista em Planejamento Educacional, pela Universidade Salgado de Oliveira do Rio de Janeiro, em Gestão Pública Municipal, pela UFMT/UAB, em Direito Penal, pela Faculdade Metropolitana de São Paulo e em Direito Eleitoral, pela Damásio Educacional/Rondonópolis. Professor no Instituto Urbe.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5882504633230489>

LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela PUCPR. Professor Titular do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Campus Londrina, Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9670672705313325>

MURILO MENEGUELLO NICOLAU

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, especialista em Direito Empresarial também pela UEL. Advogado atuante no setor regulatório da cannabis.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1896819632471920>

NADIA CAROLINA BRENCIS GUIMARÃES

Advogada licenciada. Assessora jurídica. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Ciência Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Vinculada ao Projeto de Pesquisa Responsabilidade Civil e Dano da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6300470018267877>

PEDRO ALBERTO ALVES MACIEL FILHO

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Programa de Formação Complementar em Direito e Tecnologia N°822/2020 da Universidade Estadual de Londrina.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6436134468405961>

RAFAEL RODRIGUES SOARES

Servidor de carreira no cargo de Procurador Jurídico Legislativo da Câmara Municipal de Guiratinga/MT há 8 anos. Advogado atuante no Direito Público, com ênfase no Direito Eleitoral. Mestrando em Direito. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Professor de Direito Processual na Faculdade Fasipe Rondonópolis. Professor no Instituto Urbe. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADEP.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6770494491204124>

RAFAEL KENJI FREIBERGER NAGASHIMA

Advogado. Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho; Pós Graduação em Direito Médico. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6575984202957045>

RAUL GRECO JUNIOR

Mestre em Ensino de Ciências Humanas, Sociais e da Natureza pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Mestre em Educação pela Universidade de Lisboa (Portugal). Possui Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialização em Filosofia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), Especialização em Educação, Política e Sociedade pelo Instituto Intervale de Ensino e Pesquisa de Minas Gerais e Especialização em Inovação e Tecnologias da Educação pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Possui Bacharelado e Licenciatura em Letras: Português/Inglês pela Universidade São Judas Tadeu; Licenciatura em Pedagogia pela Universidade Cruzeiro do Sul; Licenciatura em Filosofia pelo Claretiano Centro Universitário e graduação em Marketing pelo Centro Universitário Senac.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8447571087123317>

RENNAN HERBERT MUSTAFÁ

Professor nos cursos de Direito, de Administração e de Ciências Contábeis na Faculdade Paranaense – FACCAR. Professor de Direito Constitucional no curso Faz Questão. Advogado. Contador. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduado em Direito do Estado com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduado em Contabilidade Fiscal e Tributária pela Faculdade Paranaense – FACCAR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. Membro do corpo editorial da Revista de Direito Público UEL. Coordenador da coluna Direito Negocial em Debate no periódico Empório do Direito. Pesquisador vinculado à ABDConst.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6594921118206756>

RODOLFO VASSOLER DA SILVA

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2020-2022). Especialista em Direito do Estado (UEL 2011-2013). Procurador do Município de Maringá-PR.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0869511817073187>

SILVIO HENRIQUE MARQUES JUNIOR

Mestrando em Direito Negocial pela UEL. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL (2002) e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2014). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente (SP) - Instituição Toledo de Ensino (1998). Procurador do Município de Maringá (PR). Coordenador do Núcleo Fiscal da Procuradoria Geral do Município de Maringá.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4054572055371156>

TIAGO EURICO DE LACERDA

Professor colaborador do Departamento de Educação da Universidade Estadual de Londrina – UEL e professor de Filosofia do Quadro Próprio do Magistério da SEED-PR, no Instituto de Educação Estadual de Londrina – IEEL. Pós-doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) com pesquisa sobre a formação continuada de professores diante dos paradigmas da cibercultura: a prática docente à luz da complexidade e da educação criativa. Doutor e Mestre em Filosofia pela mesma universidade. Bacharel em Filosofia pela Faculdade Vicentina (FAVI), licenciado em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano e licenciado em Pedagogia pelo Centro Universitário FAVENI. Participa do Grupo de Estudos e Pesquisa em Educação Ambiental e Complexidade (GEPEACOM-PUCPR) e atuou em 2021 como professor Formador I: Orientador de TCC no curso de Especialização em Ensino de Filosofia no Programa UAB/ CAPES pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). E nos anos de 2019 a 2021 atuou como professor substituto no Departamento Acadêmico de Ciências Humanas e Sociais da UTFPR, Campus de Londrina.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0072233887197700>

THAIS DEPIERI YOSHITANI

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito do Estado, com ênfase em Direito Tributário, pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3853131278136506>

VANESSA MAGNARO DE ARAÚJO ALMERON

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná.

Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Participa do Projeto de Pesquisa 12055

– Processo Civil Transindividual: novas perspectivas de sua utilização envolvendo negócios jurídicos. Integra a assessoria técnica da Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina (ISSN 1980-511X).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4541000919626902>

YAGHO PRENZLER

Advogado. Sócio do Escritório Marquesi & Prenzler Advogados. Mestrando em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil (IDCC). Graduado em Direito pela UniFil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9712357741436669>

ENCONTRE-NOS



/editoravoxlittera



@editoravoxlittera



contato@voxlittera.com.br



Editora Vox Littera

Rua Estácio de Sá, 1376 – Vila Bosque – CEP.: 87005-020 – Maringá - PR

Tel.: (44) 3367-8483 – e-mail: contato@voxlittera.com.br

www.voxlittera.com.br