



# FIDΣS



**Natal, v. 1, n. 2, ago./dez. 2010. ISSN 2177-1383.**

# FIDES, Natal, v. 1, n. 2, ago./dez. 2010

ISSN 2177-1383

## *Conselho Editorial:*

Carolina Souza Mariz Maia  
Charles Henrique Moreira Sales  
Dayana Kelly Medeiros de Souza  
Jair Soares de Oliveira Segundo  
Jéssica Araújo Batista  
Maíra Lopes de Medeiros  
Marcus Mendonça Gonçalves de Jesus  
Mateus Soares Fontenele  
Pedro Rezende Santos Feitoza  
Renata Bezerra de Oliveira  
Renato Lima Martins  
Richardy Videnov Alves dos Santos  
Rodrigo Tavares Pinheiro de Medeiros  
Sara Mariana Fonseca Nunes de Oliveira  
Thiago Neviani Cunha  
Túlio Caio Chaves Lima  
Viviane Salviano Fialho

## *Professores Orientadores:*

Morton Luiz Faria de Medeiros  
Patrícia Borba Vilar Guimarães

## *Editores-Gerais:*

Jair Soares de Oliveira Segundo  
Jéssica Araújo Batista (adjunta)

## *Diretoria de Desenvolvimento:*

Rodrigo Tavares Pinheiro de Medeiros

## *Diretoria de Tradução para a Língua Inglesa:*

Renata Bezerra de Oliveira  
Richardy Videnov Alves dos Santos (adjunto)



CAPA: *Dimensões do Olhar* -- fotografia cedida por Morton Luiz Faria de Medeiros que retrata detalhes da fachada do prédio da antiga Faculdade de Direito no bairro da Ribeira. A fachada envelhecida, a figura feminina de cunho positivista ao topo, o verdor da planta, as asas da águia, a lembrança dos que conhecem parte dessa história, tudo são dimensões do olhar lançadas sobre a imagem.

# S W D E F

Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade



## EDITORIAL

Nova edição e a revista começa a tomar corpo. Tamanha a expectativa diante da segunda publicação que parece que o estabelecimento da periodicidade semestral só agora inicia!

Novos autores, de novos lugares: a revista continua a se expandir. Em sintonia com a edição inicial, há artigos advindos de diversos Estados brasileiros. A novidade é a publicação do primeiro artigo proveniente de uma universidade no exterior, a Universidade de Lisboa. Essa diversidade de origem dos trabalhos é interessante para retratar como anda o estilo, a metodologia, o interesse temático nos mais diversos lugares.

O crescimento também se deu na ampliação do Conselho Editorial, com maior participação de graduandos dos primeiros períodos do Curso de Direito da UFRN, e na ampliação do Conselho Científico com professores doutores dos cursos de Ciências Sociais e Filosofia, mantendo-se o elevado nível dos nossos professores/pesquisadores. Além disso, junto a essa nova edição, trazemos uma novidade que é a disponibilização de uma versão da FIDES onde simula uma revista física. O link está disponível em nossos website e blog.

Tal qual frisamos no editorial da edição de lançamento, o delineamento dos contornos de temáticas da FIDES não é simples: a revista envolve em seu escopo conceitos em si dilargados – filosofia, direito, estado, sociedade –, o que amplia em complexidade quando uns juntos dos outros. E, de forma conexa, estimula o diálogo e a curiosidade entre as diversas áreas do conhecimento.

Dessa forma, elementos jurídicos, estadísticos e sociológicos são banhados de filosofia numa tentativa de evitar a mera reprodução *chicleteana* do pensamento e, com isso, busca-se pensar e inovar o conhecimento. Deveras lógico não se cria a roda sempre e sempre, pois a ideia original não aflora como capim em beira de estrada. E não é essa a intenção. O que se espera é tão somente correr da repetição acrítica das ideias, da mera colação de pensamentos alheios, da ausência de espaço ao posicionamento pessoal, tudo para que, enfim, possamos refletir sobre o que nos cerca.

E a FIDES objetiva ir além... Busca promover gradual mudança de cultura no ambiente acadêmico no que diz respeito à diversificação das fontes de referência na pesquisa. Artigos científicos jusfilosóficos não devem ser produzidos exclusivamente com base em livros. A riqueza de ideias presentes em artigos de revistas e jornais, em músicas e poesias,

em documentos da história e da cultura, e até nas simples conversas de nosso cotidiano, tudo pode e deve ser objeto do olhar jusfilosófico. E mesmo que se opte apenas por livros, a pesquisa ganha em qualidade quando se vai além das figurinhas conhecidas... Autores e obras de referência são importantes, mas o universo não se restringe a eles! Diversidade! Fica a dica para a próxima edição.

Nesse sentido, e com pesar pelo recente falecimento de Saramago, convém lembrar a postagem em seu blog “Outros Cadernos de Saramago” no dia 18 de junho:

Acho que na sociedade actual nos falta filosofia. Filosofia como espaço, lugar, método de reflexão, que pode não ter um objectivo determinado, como a ciência, que avança para satisfazer objectivos. Falta-nos reflexão, pensar, precisamos do trabalho de pensar, e parece-me que, sem idéias, não vamos a parte nenhuma.<sup>1</sup>

Por fim, temos a honra de agradecer a cada um dos autores pelo interesse, pela dedicação e pelo trabalho empreendido no objetivo de construir essa nova edição. Aos professores Anderson Souza da Silva Lanzillo, André de Souza Dantas Elali, Antônio Basílio Novaes Thomaz de Menezes, Dacier de Barros e Silva, Edilson Pereira Nobre Júnior, Elaine Cardoso de Matos Novais Teixeira, Fábio Bezerra dos Santos, Francisco Barros Dias, Gabriel Eduardo Vitullo, Ivan Lira de Carvalho, Leonardo Martins, Marco Bruno Miranda Clementino, Maria dos Remédios Fontes e Silva, Mariana de Siqueira, Morton Luiz Faria de Medeiros, Patrícia Borba Vilar Guimarães, Paulo Renato Guedes Bezerra, Vladimir da Rocha França e Yanko Marcius de Alencar Xavier o nosso agradecimento em igual vivacidade.

Sejam bem-vindos à 2ª Edição da Revista FIDES!

Uma Boa leitura a todos!

Natal/RN, 25 de agosto de 2010.

Conselho Editorial

---

<sup>1</sup>Blog “Outros Cadernos de Saramago”, 18. jun. 2010 (dia do falecimento do escritor português José Saramago). Pensar, pensar. Disponível em: <<http://caderno.josesaramago.org/2010/06/18/pensar-pensar/>>. Acesso em: 3 jul. 2010.

## SUMÁRIO

ENSINO POR PROJETO: UMA EXPERIÊNCIA <i>Anderson Souza da Silva Lanzillo</i>	6-8
BIODIREITO, BIOÉTICA, BIOPOLÍTICA <i>Antônio Basílio Novaes Thomaz de Menezes</i>	9-10
OTTO APEL E A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE J. HABERMAS <i>Dacier de Barros e Silva</i>	11-13
FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: A REFORMA DO MODELO ESPANHOL <i>Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	14-18
A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO: MAIS UM AVANÇO NO CAMINHO JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES <i>Elaine Cardoso de Matos Novais Teixeira</i>	19-26
O CRETENSE E A DIALÉTICA DA VERDADE <i>Fábio Bezerra dos Santos</i>	27-28
ESTUDO DE CASO: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL MODIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA <i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	29-34
A POLÊMICA LEI DA FICHA LIMPA <i>Paulo Renato Guedes Bezerra</i>	35-36
SÍNDROME DO GABINETEIRO COMPULSIVO <i>Vladimir da Rocha França</i>	37-38
<b>ARTIGO CIENTÍFICO CONVIDADO</b>	
CONSTITUIÇÃO INTEGRAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL INTEGRATIVA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO BRASILEIRO COM A FACULDADE DO VETO PRESIDENCIAL <i>Fábio Bezerra dos Santos</i>	39-63
<b>ARTIGOS CIENTÍFICOS</b>	
SOBRE O ESTADO DE NATUREZA E O ESTADO CIVIL: UM DIÁLOGO ENTRE THOMAS HOBBS E IMMANUEL KANT <i>Andreza Barreto Leitão</i>	64-84
ASPECTOS E PRERROGATIVAS HISTÓRICAS DO DIREITO POSITIVO: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA DA FORMAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO <i>Caroline Limberger Costa</i>	85-103
AS INTERAÇÕES COMUNICATIVAS COMO EXPRESSÕES OU MANIFESTAÇÕES DA IDEIA DE TOLERÂNCIA <i>Ciro Di Benatti Galvão</i>	104-124

O PAPEL TRANSFORMADOR DO DIREITO: AÇÕES AFIRMATIVAS E INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA BRASILEIRA <i>Felipe de Macedo e Souza</i> <i>Gabriel Ferreira da Fonseca</i>	<b>125-142</b>
O UNIVERSO FLUÍDICO DA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA <i>Gabriel Bulhões Nóbrega Dias</i>	<b>143-153</b>
A TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ERA VARGAS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O DASP <i>Gustavo Menon</i>	<b>154-167</b>
A FILOSOFIA ROUSSEAUNIANA E SUA INFLUÊNCIA PARA A TEORIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE <i>Ilana Alcântara Monteiro da Fonsêca</i> <i>Rafael Jubette Pinheiro</i>	<b>168-182</b>
ENTRE O FÁTICO E O JURÍDICO: AS FAMÍLIAS PLURAIS E O SEU RECONHECIMENTO POR PARTE DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA <i>Ilana Alcântara Monteiro da Fonsêca</i>	<b>183-196</b>
A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA <i>Jair Soares de Oliveira Segundo</i>	<b>197-213</b>
DEVERES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA <i>Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira</i>	<b>214-225</b>
DIREITO DE EXCEÇÃO: OS RISCOS DE UM MAL NECESSÁRIO <i>Mariana Belchior Ribeiro Freire</i> <i>Gabrielle Carvalho Ribeiro</i>	<b>226-244</b>
IMPROPRIEDADE DOS PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL E DA VERDADE FORMAL: UMA ANÁLISE FILOSÓFICA SOBRE A VERDADE ALCANÇÁVEL PELO DIREITO <i>Patrícia de Almeida Cardoso</i>	<b>245-258</b>
HERMENÊUTICA E REALIDADE: O DEBATE METODOLÓGICO ENTRE HART, DWORKIN E RAZ <i>Rubens Eduardo Glezer</i>	<b>259-270</b>



## **ENSINO POR PROJETO: UMA EXPERIÊNCIA**

**Anderson Souza da Silva Lanzillo\***

A toda edição que uma nova Revista Fides é lançada ao público, seu conselho editorial exorta seus professores colaboradores a escrever um artigo que remonte à sua experiência acadêmica ou prática dentro do seu universo. Como a questão do ensino é um tema que sempre tenho me dado a experimentações, gostaria de compartilhar aos seus leitores a atividade que elaborei no semestre passado: o ensino por projeto.

A cada semestre há uma busca enquanto docente de aprimorar e experimentar novas metodologias que não só valorizem o ensino e aprendizado, mas também coloque o aluno em contato com seu mundo real ou pelo mesmo esperado para quando ele se formar no seu curso. Na atualidade, os estudos da educação cada vez mais pontuam esta problemática em seus diversos âmbitos, especialmente pelas mudanças necessárias e demandadas pela sociedade. Dar aula expositiva, embora ainda seja o método corrente que nós, professores de Direito, utilizamos, está em franca decadência como política de ensino. Fala-se agora de metodologias ativas de ensino, em que ensinar é mais uma estruturação de um processo para que o aluno crie conhecimento, saiba discutir e rediscutir de forma crítica, do que fixar um conhecimento de forma conceitual, simplificada e superficial. Fixar conhecimentos é não se dar conta de que o saber é altamente mutante e volátil na contemporaneidade, não se dar conta de que há algo mais perene, útil em toda esta volatilidade: a capacidade de pensar e de criar.

Se precisamos fazer com que alunos pensem, como fazê-lo? Não há a resposta para isto, mas há pelo menos respostas provisórias que possamos aplicar na nossa prática pedagógica. Tendo em mente que uma coisa que faz com que os alunos tenham atitude

---

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor do Departamento de Direito Privado do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), e do Programa de Formação em Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis – PRH MCT/ANP 36-UFRN. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

perante o processo de aprendizado é a motivação, decidi-me pela realização de um projeto como atividade de avaliação e ensino.

Como foi estruturada a atividade? A atividade devia ser realizada em grupos de seis alunos. Estes alunos escolhiam um tema de sua vontade, desde que este tema possuísse uma relação com a disciplina ofertada (ex.: sendo a disciplina “Direito Empresarial III”, cujo conteúdo envolve falência e recuperação empresarial, o tema devia ter relação com este eixo empresarial, como “Título de Crédito e suas repercussões no processo falimentar”). Escolhido o tema, o aluno podia realizar este tema em três vertentes: a) como projeto de pesquisa, resultando num trabalho acadêmico; b) como projeto de extensão, resultando numa intervenção no mundo; c) como projeto de ensino, resultando em ferramentas que se voltariam para o ensino da disciplina. O grupo de alunos possuía como primeira tarefa entregar-me o projeto. A partir da entrega do projeto, eu dava um parecer sobre o projeto elaborado e, juntando o projeto original mais o meu parecer, os alunos realizavam este projeto e apresentavam seus resultados num seminário, podendo gerar outros produtos. O projeto era a avaliação da terceira unidade, a nota final do semestre.

Como posso definir o saldo desta experiência? Posso definir com um saldo positivo, mas com muitas coisas a pensar. Então, é preciso balançar os prós e os contras desta experiência não no que teoricamente foi elaborado, mas no que foi vivenciado, experimentado.

Primeiro, a experiência mostrou que nós professores temos ainda um caminho longo a percorrer na aplicação de metodologias ativas de ensino. Sim, pelo menos eu tenho. Sendo um projeto, a gestão do tempo é essencial e é importante atentar os alunos para sua realização e neste quesito algo ficou faltando. Na posição de professor, também percebi que é importante saber que o que pode ser claro para mim pode não ser claro para os alunos e por dois motivos principais: a) algo pode estar claro no seu texto, mas não os objetivos que seu texto busca veicular; b) pressupor conhecimentos não significa que os alunos possuam estes conhecimentos no aspecto da sua verdadeira formação. Assim, embora houvesse claramente uma liberdade, os alunos sentiram a necessidade de diretrizes mais específicas (sim, professor, mas o que podemos fazer?), e então forneci várias orientações, seguidas por muitos grupos.

Com relação à pressuposição, percebi que é necessária uma política institucional que valorize a integração dos conhecimentos ao longo do curso. A minha principal pressuposição era que meus alunos possuíam as ferramentas básicas para a elaboração de um projeto, mas tive que ceder a realidade: mesmo tendo “pago” a disciplina, estes conhecimentos não

estavam realmente consolidados, apresentando os projetos várias deficiências, deficiências estas que tive que ajudar a resolver com mini-explicações sobre metodologia de pesquisa.

Houve trabalhos que acabaram sendo seminários tradicionais, não tendo a atitude e a criatividade postas à prova. A postura tradicionalista não é algo só de professores, mas também dos próprios alunos. Inovar pode ser a palavra de ordem, mas muitas vezes a inovação é só tecnológica, logo superficial. Nas relações sociais, a profundidade disto, o processo é lento e enfrenta resistências de todos os lados.

Falei de problemas, mas é hora de falar de coisas boas também.

Houve vários trabalhos que mostraram o empenho dos alunos. Houve a realização de banner, criação de twitter, comunidades virtuais, blogs, realização de entrevistas por questionário e vídeo entre outras ferramentas. Foi perceptível que a maioria destes projetos novos incluía-se em atividades de extensão ou mistura de atividades de extensão com ensino (ex.: blog cujo objetivo era ensinar sobre a Falência para um público leigo). Mas dentre todos estes projetos, destaco a realização por um grupo de uma Revista (revista mesmo, impressa, na forma das antigas!!) que os alunos intitularam “Direito Empresarial em Revista”, que abordou vários aspectos do direito falimentar nacional e especialmente da realidade local, do Rio Grande do Norte, com projeto de editoração impecável. Verdadeira demonstração de ousadia que deve ser colocada para frente.

Aqui relatei um pouco da minha experiência. Este semestre estou tradicionalista. Alcei um voo que foi desajeitado e preciso pensar. Não dar um passo para trás, mas amadurecer e compartilhar e trocar com a comunidade acadêmica e não-acadêmica experiências que possam enriquecer e realmente levar a um passo a mais em direção a uma educação moderna e atuante.



## **BIODIREITO, BIOÉTICA, BIOPOLÍTICA**

**Antônio Basílio Novaes Thomaz de Menezes\***

O biodireito, a bioética e a biopolítica são temas que merecem hoje a nossa atenção, num século em que os avanços tecnológicos se voltam, cada vez mais, para o estatuto biológico da vida. Desde os problemas mais filosóficos como os limites da manipulação genética ou da clonagem, até as questões mais empíricas como o direito das empresas em fazer seleção por DNA ou da manutenção de patentes para as políticas de controle de epidemias; todo esse espectro de problemas parece se colocar de forma bastante aguda a nossa experiência histórica do presente. Isto sem falar que também neste momento vemos o ressurgimento do racismo travestido por novas fórmulas genéticas que justificariam estabelecer um modelo de homem perfeito ao qual toda a espécie estaria submetida, legitimando todo um processo de aprimoramento, quiçá aniquilamento, da multiplicidade humana.

A vida é hoje um imperativo da sociedade contemporânea, intrínseca a sua caracterização como atestam alguns pensadores como Hannah Arendt, Michel Foucault, Giorgio Agamben, entre outros. O direito a vida, o direito sobre a vida e o direito dos seres vivos, estão presentes no nosso cotidiano e trazem a vida para dentro do Direito como um tema amplo a ser pensado nos seus mais diferentes desdobramentos.

Historicamente temos alguns precedentes em que a vida problematizada no campo do Direito mostra com detalhes a preocupação da sociedade civil com este tema. O tribunal de Nuremberg, julgando os crimes contra a humanidade. O tribunal de Haia, condenando a política de limpeza étnica nos Bálcãs. A jurisprudência norte-americana sobre os casos de

---

\* Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre na área de Filosofia Contemporânea pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor do Departamento de Filosofia e do Programa do Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do grupo de pesquisa Fundamentos da Educação e Práticas Culturais - PPGED-UFRN. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

eutanásia eugênica no início do século XX ou a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a interrupção da gravidez de um feto anencéfalo nos nossos dias; seja no plano universal ou no individual; o tema da vida revela as dimensões éticas e políticas indissociáveis da questão jurídica.

Novas fronteiras então se abrem ao pensamento jurídico no horizonte da formulação de conceitos como autonomia do indivíduo, soberania dos governos e Estados, legalidade e legitimidade de políticas e ações. Algumas inovações correspondem às relações indivíduo e sociedade, no que concerne a gestão da vida, tanto na ordem ética dos indivíduos, quanto na ordem política do funcionamento social. Outras estão correlacionadas aos mecanismos de exercício e legitimação do poder no que concerne à vida como valor, tanto na forma de organização do corpo social, quanto dos movimentos da sociedade e das ações políticas.

Assim, a discussão de temas como biodireito, bioética e biopolítica traduz sempre o desafio de se pensar o novo. E isto se torna quase um dever quando percebemos que sobre o Direito se encontra o fundamento da sociedade democrática, na medida em que ele traduz as suas preocupações e os seus anseios, sendo simultaneamente a sua forma de expressão.



## OTTO APEL E A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE J. HABERMAS

Dacier de Barros e Silva\*

“Com Habermas, Contra Habermas”

Landy Editora, 2006, São Paulo.

Karl Otto Apel

Esse trabalho de Apel publicado recentemente no Brasil pela Landy Editora faz parte, originalmente, de uma coletânea intitulada “Zwischenbetrachtungen in Prozess der Aufklärung”, editada na Alemanha em 1989. Nela encontra-se uma elaborada e criteriosa síntese das críticas desenvolvidas pelo filósofo Karl Otto Apel a Teoria da Ação Comunicativa – TAC elaborada com extraordinário critério acadêmico e uma complexa fundamentação filosófica pelo seu compatriota Jürgen Habermas.

Karl O. Apel empenha-se em apontar, com cautela e respeito, algumas contradições às propostas elaboradas por Habermas em suas pretensões de uma fundamentação última, reflexiva da moral. Mais exatamente ao seu intuito de extrair normas fundamentais imediatamente éticas das pressuposições do agir comunicativo.

“Com Habermas, Contra Habermas” é uma afirmação clara da tradicional grandeza e permanência alemã na filosofia clássica. O texto de Apel foi construído com uma argumentação metodológica próxima a maiêutica, a partir da qual, num elaborado diálogo por ele mesmo desenvolvido a Propedêutica Universal é substituída pela Propedêutica Transcendental e a Teoria da Ação Comunicativa pela Teoria do discurso.

---

\* Doutor em Sociologia do Desenvolvimento pela Universitat Erlangen-Nurnberg (Friedrich-Alexander), Alemanha. Professor adjunto da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Visitante do Departamento Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Editor-Geral da Revista Memória em Movimento. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Assim, Apel se envolve com sua temática principal que é a intersubjetividade, se identificando e trazendo para si o pensar filosófico contido nas contribuições de Heidegger e Wittgenstein.

Neste exercício crítico, desenvolvido por Karl Otto Apel, recentemente entregue ao leitor brasileiro, encontram-se os fundamentos para uma crítica à teoria construída por Jürgen Habermas sobre a Razão Comunicativa e sua assimilação com os demais conceitos, como “Lebenswelt” e “Weltanschauung” (Mundo da Vida e Visão de Mundo) desenvolvidos, sistematicamente por Habermas, a partir dos exaustivos argumentos filosóficos iniciados em 1968 com a edição de “Conhecimento e Interesse”. Ao mesmo tempo Apel se empenha em apresentar, com respeito, a enorme contribuição que Habermas traz a qualquer pessoa interessada em estudar os grandes desafios do Agir Moral no mundo contemporâneo.

Dialogando direto ou subjetivamente com o seu interlocutor, Apel recusa-se a admitir que não pode deixar de existir uma alternativa entre a metafísica e o preconceito cientificista que abandona a validade normativa ao domínio de uma subjetividade não vinculada ao mundo da vida. Insiste na necessidade de restituir à filosofia uma função fundadora associada a pretensões de validades universais inteiramente a priori, isto é, sem recurso a hipóteses metafísicas ou a verificações externas à argumentação, mesmo no âmbito das ciências empíricas re-constitutivas.

Segundo ele, “desse modo será possível, em minha opinião evidenciar transcendental-pragmaticamente como incontestável que as ciências reconstitutivas – exatamente como Habermas supõe hipoteticamente – fazem jus a uma característica da racionalidade comunicativa...”.

Apenas como ressalva, poderíamos resgatar o próprio Habermas para, a luz do respeito filosófico, alertar: “O resultado de uma discussão não pode ser decidido, nem por simples constrangimento lógico, nem por simples constrangimento empírico, mas pela ‘força do melhor argumento’. Designamos esta força por motivação racional”. (Wahrheitsthorie – ‘Teoria da Verdade’, J. Habermas, 1973)

Na edição de “Com Habermas, Contra Habermas” (2006) vale ressaltar que se encontram duas valiosas contribuições dadas pelos professores Luiz Moreira (Organizador da Edição) e Manfredo Araújo de Oliveira. Ambos, alicerçados nas argumentações de Karl Apel, se envolvem numa elaborada análise crítica de uma das obras mais argutas de Habermas, que é “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade” apresentada nos capítulos IV e V desta obra prefaciada pelo também Professor Tercio Sampaio Ferras Junior.

Ler “Com Habermas, Contra Habermas” é buscar entender que a atitude primordial e edificante do filósofo define-se pelo propósito de ajudar os indivíduos e a sociedade como um todo a se libertarem de vocabulários gastos e verdades feitas, sem, no entanto, lhes oferecer alternativas para novas certezas.



## FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: A REFORMA DO MODELO ESPANHOL

**Edílson Pereira Nobre Júnior\***

Filiado inicialmente, ao modo dos demais países do continente europeu, ao padrão que prevaleceu por ocasião da Revolução Francesa, o direito espanhol trilhou a senda do não cabimento do controle da atividade legislativa pelos tribunais<sup>1</sup>.

Somente a partir da Primeira Guerra Mundial, com a teorização kelseniana que resultou na formação da Constituição austríaca de 1920, é que surgiu o despertar não apenas para o realce da ideia de supremacia constitucional, mas também da necessidade de seu controle pelo método jurisdicional.

Para tanto, pode-se, no solo espanhol, mencionar a experiência pioneira da Constituição de 1931, a qual instituiu o Tribunal de Garantias Constitucionais, em cuja competência, enumerada no seu art. 121, encontrava-se, dentre outras atribuições, o recurso de inconstitucionalidade das leis, o recurso de amparo de garantias individuais e os conflitos de competência legislativa entre o Estado e as Regiões Autônomas.

Encerrado o regime franquista, com a promulgação da Constituição de 1978, a Espanha, embora com pequeno atraso, voltou a sintonizar-se com a tendência de fiscalização

---

\* Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

<sup>1</sup> Prova disso a Constituição de 1812 deixou claro corresponder com exclusividade às Cortes (Parlamento), na qualidade de depositária da soberania popular, a faculdade de interpretar e derrogar as leis, prevendo, no seu art. 261.10, competir ao Tribunal Supremo ouvir as dúvidas dos demais tribunais sobre a compreensão das leis, devendo, para tanto, consultar motivadamente o Rei, a fim de deste, se for o caso, solicitar o competente pronunciamento das casas legislativas. O art. 372, por seu turno, dispunha caber às Cortes tomar em consideração, nas suas primeiras sessões, as infrações da Constituição que se houverem presentes. Em seguida, a Constituição de 1837 (art. 63) assinalou que a atividade dos juízos e tribunais se limitava exclusivamente à competência de julgar os casos concretos e de executar os seus julgados, o que se repetiu com as Constituições de 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91).

do cumprimento, por parte dos comportamentos estatais – principalmente os de cunho normativo -, das regras e princípios consagrados em sede constitucional.

Moldou-se, portanto, um Estado Constitucional de Direito<sup>2</sup>, bem sintetizado pelo art. 9.1 da Lei Fundamental vigente, ao acentuar que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

E, como não poderia deixar de ser, inarredável consequência foi novamente a instituição de órgão de garantia da Lei Fundamental, qual seja tribunal constitucional, disciplinado nos arts. 159 a 165 do texto vigente.

Cônsua da impossibilidade da obra constituinte esgotar o regime jurídico da jurisdição constitucional, em boa hora o art. 165 da Constituição de 1978 estatuiu competir ao domínio da lei orgânica regular o funcionamento do Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, traçando o estatuto dos seus membros, os procedimentos inerentes aos feitos de sua competência e as condições para o exercício das correspondentes ações.

Cumprindo o desígnio sobranceiro, promulgou-se, em 03 de outubro de 1979, a Lei Orgânica 2, a qual, inicialmente, sofreu reformas menos significativas com as Leis Orgânicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999, 1/2000.

Posteriormente, as estatísticas forçaram uma nova reforma, de maior impacto. Com efeito, em 2005 os recursos de amparo, representativos de 97,6% da demanda do Tribunal Constitucional, alcançaram o total de 9.476, versando um conjunto de 9.708 assuntos. Representou-se, com relação o quantitativo de 7.814, verificado em 2004, uma elevação de mais de 20%.

Para Aurelio Desdentado Bonate<sup>4</sup>, tais números evidenciaram o seguinte: a) a excessiva interposição de recursos de amparo implicou um atraso sensível no funcionamento do Tribunal Constitucional, assinalando-se o tempo de um ano para sua admissibilidade e de três anos, para o julgamento de mérito, repercutindo negativamente na atuação do órgão

<sup>2</sup> Uma síntese do que se deva compreender por Estado Constitucional foi realçada pela doutrina. Para Juan Manuel López Ulla: “Todo o ordenamento tem de ser entendido com referência e em função da Constituição. O dogma da supremacia do Parlamento ou da soberania da Lei cede passo ao dogma da soberania da Constituição e, definitivamente, ao princípio da soberania popular (Todo el ordenamiento ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución. El dogma de la supremacía del Parlamento o de la soberanía de la Ley deja paso al dogma de la soberanía de la Constitución, y en definitiva al principio de soberanía popular. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999, p. 21. Prólogo de López Guerra).

<sup>3</sup> Tal não constituiu novidade, pois, no regime da Constituição de 1931, foi editada, por força de previsão constante do art. 124 desta, a Lei Orgânica de 14 de junho de 1933, complementada pelo Regulamento Orgânico do Tribunal de Garantias Constitucionais de 06 de abril de 1933. Mais preciso do que o atual, o dispositivo da Constituição em referência habilitou explicitamente o legislador para traçar a extensão e os efeitos do recurso de inconstitucionalidade e do recurso de amparo.

<sup>4</sup> La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo. In: *El futuro de la justicia constitucional – Actas de las XII Jornadas da Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 25-26.

quanto ao desempenho de outras atribuições, tais como a questão de constitucionalidade e os conflitos de competência; b) a circunstância da inadmissibilidade dos recursos de amparo atingir 96,13% dos casos de sua interposição mostra que um grande número de recursos carece de fundamentação, traduzindo-se numa demanda abusiva, o que deveria ser eliminada; c) o abuso no uso do recurso de amparo traduz, por via reflexa, estar sendo satisfatória a proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais e juízos ordinários, sem contar que o percentual de 87,41% se encontrado voltado para o art. 24 da Constituição hispânica (direito à tutela jurisdicional efetiva) serviu para localizar bastante o excesso; d) considerando-se versar um terço das interposições sobre assuntos sobre os quais já se pronunciou o Tribunal Supremo, é capaz de ressaltar que a intervenção deste não está conseguindo frenar o ânimo de recorrer.

Daí a promulgação das Leis Orgânicas 6, de 24 de maio de 2007, e 1, de 19 de fevereiro de 2010. Procuraremos enunciar, mesmo sem preocupação exaustiva, algumas das principais modificações. Igualmente, objetivar-se-á, à medida do possível, a feitura de rápidos comentários.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é que se moldou, com a nova redação dos arts. 4º e 92.2 da LOTC, instituto similar à nossa reclamação. Em primeiro lugar, tem-se que o Tribunal Constitucional, ao qual cabe delimitar o âmbito de sua jurisdição e de sua competência, poderá adotar medidas necessárias à sua preservação de sua competência, incluindo-se a declaração de nulidade dos atos ou resoluções que lhe menoscabem.

Já o art. 92.2 da LOTC expressa, em plano similar à nossa reclamação, o anelo de resguardo da autoridade das decisões do Tribunal Constitucional, aparelhada pela eficácia vinculativa (arts. 38, 55.2 e 87.1, da LOTC).

De conseguinte, poderá o Tribunal Constitucional, por ocasião do cumprimento de suas deliberações, declarar a invalidade de qualquer comportamento que àquelas contrarie, ouvindo, previamente, o Ministério Fiscal e o órgão que editou o ato tido por antijurídico.

Outro ponto consiste na tentativa de procurar desafogar a corte do excessivo quantitativo de recursos de amparo. A primeira medida a respeito foi a criação de novo órgão fracionário para o exame da admissibilidade dos pedidos, consistente em turma composta de três juízes<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Numa tradução literal do art. 6º da LOTC, obtém-se: a) pleno, a ser integrado por todos os magistrados do tribunal; b) as salas, em número de duas, formada cada qual por seis magistrados; c) seções, compostas por três juízes. Numa aproximada correspondência à nossa organização judiciária, as seções melhor se traduzem por turmas ou câmaras, enquanto que as salas devem ser entendidas como as seções, as quais configuram órgãos fracionários compostos de mais uma turma ou câmara.

Assim, compete às turmas ou câmaras, regra geral, a admissibilidade dos recursos de amparo, remetendo-se às seções quando a decisão não for unânime<sup>6</sup>.

E, como se não fosse suficiente para obter-se uma maior agilidade aos julgamentos, permitiu-se, no art. 52.2 da LOTC, que as seções defiram às turmas a resolução do mérito dos recursos quando para o seu desate seja aplicável doutrina consolidada do Tribunal Constitucional.

Num segundo momento, acresceu-se uma parte final ao art. 49.1, com o propósito de reclamar justificativa, por parte do recorrente, de que a demanda possua especial transcendência constitucional. A exigência foi novamente acentuada pelo art. 50.1, *a*, da LOTC.

Preciso se faz, portanto, que a solução da questão constitucional controvertida não venha a se exaurir no interesse das partes sob contenda, despertando, igualmente, interesse de caráter geral na interpretação da Lei Maior<sup>7</sup>.

O preâmbulo que acompanhou a Lei Orgânica 6, de 24 de maio de 2007, bem expressou o alcance da inovação: “A primeira destas novidades é a que afeta à configuração do trâmite de admissão do recurso de amparo. E é que diante do sistema anterior de causas de inadmissão taxativas, a reforma introduz um sistema no qual o recorrente deve alegar e acreditar que o conteúdo do recurso justifica uma decisão sobre o mérito por parte do Tribunal, em razão de sua especial transcendência constitucional, dada sua importância para a interpretação, aplicação ou eficácia geral da Constituição”<sup>8</sup>.

Como toda novidade, o reclamo de transcendência não passou imune a críticas, tanto que para Germán Fernández Farreres<sup>9</sup> o critério de viabilidade do amparo, dependente da transcendência da questão constitucional debatida, ao despertar a dimensão objetiva do instituto, não poderá obscurecer sua consubstancial matiz subjetiva, voltada à garantia de direitos fundamentais.

<sup>6</sup> É de advertir-se que a atuação das turmas, conforme disposto genericamente no art. 8.1, faz-se possível para a decisão de admissibilidade não somente dos recursos de amparo, mas de todos os processos constitucionais a que se refere a LOTC.

<sup>7</sup> Sintoniza-se o sistema jurídico espanhol com a tendência evidenciada pelo *writ of certiorari* norte-americano e argentino, bem assim pela repercussão geral, incorporada ao nosso ordenamento pela EC 45/2004 (art. 101, §3º, CF).

<sup>8</sup> “La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial transcendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución” (p. 4). Disponível em: <[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)>. Acesso em: 21 maio 2010.

<sup>9</sup> Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española. In: *El futuro de la justicia constitucional – Actas de las XII Jornadas da Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 44.

Porventura quebrantando essa tendência de limitação da interposição do recurso de amparo, o novo texto do art. 44.2. da LOTC, ao tratar do ataque dos atos judiciais, ampliou o prazo para o seu manuseio de vinte para trinta dias.

Também pode ser visto como contrário ao intento de restrição do uso do recurso de amparo a nova redação conferida ao art. 50.3 da LOTC, juntamente com o acréscimo de parágrafo quarto a este preceito.

Isso porque, enquanto o anterior teor literal do art. 50.3 excluía a possibilidade de recurso da decisão que não admitisse o recurso de amparo, o atual prevê a recorribilidade de tal deliberação, muito embora restrinja sua legitimidade ao Ministério Fiscal e, mesmo assim, fixe para tanto o curto intervalo temporal de três dias.

Por sua vez, o novel art. 50.4, à consideração de que os requisitos formais enunciados no art. 49.2 são suscetíveis de saneamento, prevê que sejam suprimidos no prazo de dez dias, a partir de intimação realizada pelas Secretarias de Justiça.

Procurou o legislador assegurar uma maior participação cidadã nos processos de fiscalização de constitucionalidade. Nesse diapasão, nova redação do art. 35.2 da LOTC, relativa à questão de inconstitucionalidade, permite que o órgão judicial, perante o qual aquela seja suscitada, antes de deliberar pela sua admissão e remessa para o Tribunal Constitucional, escute as partes e o Ministério Fiscal no prazo de 10 dias.

A diferença do regramento precedente se centra na circunstância de que as alegações das partes e do Ministério Fiscal não estacionem na província de admissibilidade da questão, podendo também versar sobre o mérito da questão.

A aura participativa não para por aí. De acordo com o art. 37.2 da LOTC, após a admissão da questão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, as partes no procedimento judicial poderão formular alegações, já agora perante aquele, no prazo de quinze dias.

Lamenta-se não ter sido adotado pelo legislador proposta tendente a incluir parágrafo terceiro ao art. 39, introduzindo disciplina sobre inconstitucionalidade por omissão<sup>10</sup>. Espera-se que as alterações legislativas alcancem o seu objetivo, qual seja o de imprimir à atividade do Tribunal Constitucional espanhol a celeridade desejada. A sua efetiva realização, porém, dependerá da receptividade cultural que a práxis a elas devotar. Ao porvir caberá a resposta.

<sup>10</sup> O conteúdo da proposição, mencionado por Germán Fernández Farreres, foi o seguinte: “Quando a sentença declare a inconstitucionalidade por insuficiência normativa, poderá conceder um prazo ao legislador para que atue. Si este descumprir a determinação, o Tribunal Constitucional resolverá o que for necessário para sanar a insuficiência” (Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia” (op. cit., p. 53).



## **A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO: MAIS UM AVANÇO NO CAMINHO JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

**Elaine Cardoso de M. Novais Teixeira\***

### **1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas reflexões e apontamentos sobre a chamada PEC do Divórcio, que redundou na aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Fazendo um breve histórico sobre o cenário das relações familiares no Brasil, não é difícil lembrar que até pouco tempo (antes da Constituição Federal de 1988, que atribuiu iguais direitos e deveres a ambos os cônjuges em seu artigo 226, § 5º), a família era palco do exercício do poder do chefe da estrutura familiar – hierarquizada, centralizada, patrimonialista.

A estrutura familiar que encontrou guarida e regulamentação no Código Civil de 1916 e nas Constituições Federais a partir da Carta de 1934 amparava-se na ideia do poder do pai, que centralizava a autoridade e decisões de todos os assuntos pertinentes à família. Ressalte-se, ainda, que a família era vista como entidade produtiva, cujo patrimônio estava também sob o comando do chefe.

Com o tempo, diversas mudanças sociais impactaram diretamente no seio familiar... A saída do campo para as cidades em busca de melhores condições de vida; a entrada da mulher no mercado de trabalho; a inovação científica da pílula anticoncepcional que permitiu à mulher o exercício do sexo desvinculado da procriação, e também ofereceu ao casal a

---

\* Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora Assistente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Promotora de Justiça no Rio Grande do Norte.

oportunidade de escolher o momento de ter um filho, planejar melhor a gravidez. Isto assegurou à mulher maior liberdade para investir no seu aprimoramento e a diminuição do número de filhos.

De todas as áreas do Direito, o Direito de Família é certamente uma das que mais se percebe a mudança da sociedade guiando os rumos da regulamentação legal. As normas vêm regular relações ou ações identificadas no contexto social e este movimento sempre ocorre a posteriori, todavia, o tempo entre a consolidação das mudanças sociais no âmbito das relações familiares e sua repercussão no mundo jurídico vem sendo cada vez mais reduzido.

Neste sentido, percebe-se que, entre a década de 60 e o momento atual, ou seja, em apenas cinquenta anos, temos uma mudança significativa na seara familiar no que toca à constituição e desconstituição formal do casamento.

Enquanto até o início da década de 60, a mulher casada era relativamente incapaz, e até a década de 70, o casamento era indissolúvel e o regime legal era o regime de comunhão universal de bens, a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), foi resgatada a capacidade plena da mulher que contraiu matrimônio, e com a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), passou a existir a dissolução do vínculo matrimonial, reforçando o desquite, renomeado para separação judicial, e a mudança do regime de bens legal para a comunhão parcial.

É exatamente sobre a mais nova mudança na dissolução do casamento que iremos abordar este trabalho: a EC 66/2010, decorrente da PEC do Divórcio.

## **2 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: DISTINÇÕES ESSENCIAIS E REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Antes de adentrarmos na previsão contida na Emenda Constitucional n. 66/2010, mister se torna lembrar os pontos distintivos entre os institutos da separação e do divórcio.

Doutrinariamente, costuma-se dizer que a separação põe fim à sociedade conjugal, ao passo que o divórcio extingue o vínculo conjugal propriamente dito. Disto decorre que a separação, seja ela judicial ou extrajudicial, permite a reconciliação, a qual deverá ser feita mediante requerimento formulado nos autos da separação em Juízo (em caso de separação judicial) ou em cartório (na hipótese da separação extrajudicial). Ou seja, para reatar formalmente a relação o casal não precisa casar novamente. Ao revés, em caso de divórcio, se este casal quiser retomar a relação conjugal, deverá casar-se novamente, haja vista que o

divórcio põe fim ao casamento, habilitando os envolvidos a constituírem livremente nova união formal.

Aqui vale registrar que o divórcio libera os envolvidos para o casamento, mas aqueles que estavam separados de fato, separados judicial ou extrajudicialmente, já estavam habilitados por lei para iniciarem uma nova entidade familiar, mediante da instituição de união estável (art. 1723, § 1º, CC).

Então, qual o sentido em se manter o sistema dual não obrigatório no nosso ordenamento jurídico?

Este sistema dual implica na existência de duas fases para a desconstituição plena do casamento, quais sejam: a separação e o divórcio. A separação não era uma fase obrigatória, pois as partes poderiam buscar apenas o divórcio direto, previsto constitucionalmente com o requisito temporal de separação de fato por dois anos (art. 226, § 6º, CF, em redação anterior a EC 66/2010). Caso precisassem definir aspectos pessoais e patrimoniais de forma imediata, deveriam formalizar a separação e suas consequências, mas os separados não estavam livres para convolar novas núpcias, embora, como dito, estivessem livres para iniciar uma união estável, gerando uma clara distorção. Será que o casamento é hierarquicamente mais importante do que a união estável e por isso, segundo o sistema referido, o separado poderia iniciar uma união estável, mas ainda não poderia casar? Absolutamente que não.

Além disso, a exigência de período de separação prévia (seja a separação de fato, judicial ou extrajudicial) para a concessão do divórcio vinha sendo apontada pela doutrina como intromissão indevida do Estado na liberdade individual dos cônjuges. Ora, não se exige período mínimo de relacionamento para casar, por que impor aos interessados lapso temporal específico para alcançar o divórcio? Acrescente-se a esta interferência do Estado a exigência de duração de um ano de casamento para a propositura da separação consensual (art. 1.574, CC). Observe-se que paradoxo: em caso de os cônjuges se digladiarem em um processo de separação litigiosa não havia prazo estipulado pelo Estado, mas na hipótese de separação consensual sim. Outro disparate!

Aliás, as incongruências não paravam por aí... O CC 2002 exige a partilha de bens para a separação (art. 1.575), mas não o faz para o divórcio, que põe fim ao vínculo matrimonial propriamente dito.

Além disso, a separação, nada obstante toda a evolução jurisprudencial e doutrinária já construída para afastar a incidência da culpa no fim das relações familiares, continuou sendo prevista no Código Civil de 2002 sob a modalidade da separação litigiosa por culpa, admitindo portanto, a discussão entre os cônjuges sobre os motivos do fim do relacionamento

conjugal e abrindo ainda mais a porta para mágoas e ressentimentos, com possibilidade jurídica de apresentação de acusações recíprocas, sob o argumento do descumprimento dos deveres conjugais.

Este fato demonstra de forma veemente como a incongruência havida na previsão destes institutos apontava para a necessidade de uma previsão mais consentânea com a realidade social. Por que manter a separação litigiosa por culpa quando o casal já estava vivenciando o fim do relacionamento conjugal e precisava apresentar acusações e imputar o descumprimento dos deveres conjugais quando poderiam simplesmente formalizar o fim do relacionamento já extinto de fato?!

Paralelamente a todas estas informações, insta ressaltar que a Constituição Federal de 1988, ao prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF), interferiu também no contexto das relações familiares, deslocando o centro das atenções para a “pessoa” e não para o “patrimônio”, privilegiou-se o “ser” em detrimento do “ter”. O patrimônio deve ser instrumento para a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto é verdade que a Carta Magna estabeleceu o princípio da função social da propriedade.

E a previsão da chamada separação-sanção, com atribuição de culpa entre os cônjuges, representava clara afronta ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana e da privacidade.

Neste sentido, Maria Berenice Dias afirma:

A violação ao direito à privacidade e à intimidade, pela identificação de culpas constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição Federal. Desse modo, a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que imponha o juiz a pecha de culpado ao réu, era visivelmente inconstitucional. (DIAS, 2010, p. 311)

De outro lado, o casamento deixou de ser a única forma de fazer surgir uma entidade familiar. Aliás, a própria Constituição de 1988 apresentou a família monoparental (formada por um dos genitores e descendentes) e também a família informal (decorrente da união estável), deixando claro no dizer de Paulo Luiz Neto Lobo que as novas formas de entidades familiares não encontram mais restrição no casamento, pois:

As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas,

como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão” (LÔBO, 2002, p. de internet).

Sendo assim, se novas entidades familiares podiam ser formadas por pessoas separadas de fato, judicialmente ou extrajudicialmente, através da união estável, por que esperar prazos temporais específicos para que pudesse se concretizar o divórcio?

Foi exatamente esta mudança provocada pela Emenda Constitucional 66/2010.

### 3 A NOVA EC DO DIVÓRCIO

A Emenda Constitucional n. 66/2010 alterou o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, atribuindo-lhe a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Diferentemente de algumas propostas anteriores<sup>1</sup>, a aprovada PEC 28/2009 impôs a mudança do dispositivo constitucional sem referência à observância de qualquer prazo. Em outras palavras: a partir de agora, o divórcio pode ser buscado pelo casal ou pelo cônjuge interessado independentemente de decurso de prazo. De conseguinte, deixa de ter sentido a previsão supra mencionada de que para ocorrer a separação judicial/extrajudicial consensual seria necessário o decurso de um ano de casamento, pois também deixa de ter sentido a utilização da separação, afastando-se a previsão do regime dual não obrigatório.

Atendendo ao reclamo da sociedade, o Congresso Nacional atribui ao cidadão a liberdade de escolher o rumo de sua vida, de definir se e quando deseja formalizar o fim de um relacionamento que já se desfez, mesmo que a convivência não tenha sido muito duradoura, por exemplo.

Como afirma em seu parecer perante a Comissão de Constituição e Justiça, o Senador Demóstenes Torres ratificou “a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem estes institutos...”.

<sup>1</sup> Sobre o histórico das propostas de emendas constitucionais relativas ao divórcio, contemplando a PEC 22/99 e PEC 413/2005, ver: LARA, Paula Maria Tecles. Comentários à Emenda Constitucional n. 66/2010. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/?artigos](http://www.ibdfam.org.br/?artigos)>. Acesso em: 25 jul. 2010.

A vigente previsão constitucional é tão objetiva que deixa clara a superação de tantas discussões e conflitos levantados sob o manto da separação e do divórcio. Seguindo a linha de países como a Alemanha, que admitem “um direito material ao divórcio, tendo como única causa o fracasso da união conjugal” (FARIAS, 2006, p. 100), libertam-se os cônjuges para buscar a felicidade, e concretizar o princípio da afetividade, superando uma relação finda, sem necessidade de impor aos cônjuges maiores transtornos e empecilhos para sua concretização.

Obviamente, que a culpa como elemento da responsabilidade subjetiva sempre foi e será objeto de interesse no âmbito da responsabilização e da caracterização do ato ilícito, razão pela qual não se pode afastar a possibilidade de, por exemplo, um cônjuge ingressar contra o outro buscando uma reparação diante da prática de ato ilícito que o atinja. Esta abordagem poderá ser feita sobre a culpa, no campo próprio da responsabilidade civil e não como elemento para definir se deve ou não haver o fim do vínculo conjugal.

#### **4 REFLEXÕES FINAIS...**

Esta aprovação reafirma o que dissemos linhas atrás, que se mostra cada vez mais rápida a adequação legislativa à realidade social no âmbito das relações familiares. Algumas áreas ainda são bastante difíceis de mudanças no legislativo, embora a realidade social já demonstre mudanças nos comportamentos sociais.

A possibilidade de concretizar o divórcio independentemente de qualquer prazo preestabelecido implica na reafirmação da autonomia e da liberdade dos cidadãos brasileiros. As novas entidades familiares essencialmente fundadas no afeto terão mecanismos para se mostrarem cada vez mais autênticas e fieis à realidade.

Se durante um período os “desquitados” ou “divorciados” eram vistos ou apontados de forma pejorativa, ou mesmo atentatória aos “bons costumes”, a mudança e diversidade dos novos arranjos familiares vem mostrar que hoje mais importante do que manter uma relação infeliz é buscar a dignidade da pessoa humana em seu sentido mais essencial, zelando pela formação de cidadãos íntegros, e, portanto, garantindo a liberdade de os mesmos definirem a própria vida.

Além do mais, as pessoas não vão casar ou descasar mais ou menos diante da previsão da Emenda Constitucional 66/2010, apenas terão mais autonomia para formalizar uma situação já caracterizada na prática, a partir de seus anseios e interesses.

Esta alteração constitui, de fato, um grande avanço no ordenamento jurídico pátrio, especialmente porque a aproxima o Direito da realidade, abrindo caminho para a contemporaneidade e diversidade das relações familiares, as quais seguem por um mar cujo horizonte ainda não é possível descrever ...

Veja-se a respeito de mudanças a grande comoção causada no vizinho país Argentina sobre a regulamentação do casamento homossexual, sendo então o primeiro país na América do Sul a aceitar este tipo de união formalizada. Note-se, ainda, que um dos argumentos lá utilizados para impedir a aprovação era o de que as crianças têm direito de ter um pai e uma mãe. Aqui no Brasil, considerando a existência de decisões admitem a adoção por casais do mesmo sexo, qual seria o argumento para não admitir ou discutir este tipo de união em nosso país?

Este mais um desafio que se impõe à sociedade como um todo e principalmente aos juristas, os quais aprendem nos primeiros anos dos bancos universitários a falar e discutir sobre a Justiça, mas que tantas vezes se distanciam do seu conteúdo... É preciso lembrar que as leis devem regular as relações sociais para o seu aprimoramento e não ignorá-las para manutenção de padrões ou dogmas. A Emenda Constitucional 66/2010 provou que o Congresso Nacional começa a enxergar este novo momento!

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: A afirmação da dignidade da pessoa humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LARA, Paula Maria Tecles. Comentários à Emenda Constitucional n. 66/2010. Disponível em <[www.ibdfam.org.br/?artigos](http://www.ibdfam.org.br/?artigos)>. Acesso em: 25 jul. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 27 jul. 2010.



## O CRETENSE E A DIALÉTICA DA VERDADE

**Fábio Bezerra dos Santos\***

Sendo cretense (natural da Ilha de Creta), afirmo: todo cretense é mentiroso. O que digo, é verdade ou mentira? Durante muito tempo propus esta questão nas turmas de direito por onde passei. Certa vez, um aluno disse: - Depende! Olhei atentamente pra ele, e disse-lhe que quem responde “depende” sempre acerta, e, por isto, aquela resposta não era válida. Ele, meio aturdido ainda com o paradoxo, tentava demonstrar que “verdade” e “mentira” poderiam coexistir, mas não sabia como explicar esse absurdo que fere uma lei universal: dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço. Percebi a angústia do rapaz e o turbilhão de coisas que passavam em sua cabeça naquele instante e passei a conduzir suas reflexões: - Como é possível, Eu, um mentiroso, passar alguma verdade na mesma fala? Haveria, então, um universo paralelo? Estaria Eu, mesmo sendo cretense, num plano superior ao de meus pares? Como posso fazer leis imparciais, estando sob a mesma *jurisdictio*? Essas questões não são antigas, tampouco novas. Em verdade, são atemporais num sentido de que representam o pensamento como um princípio inerente à existência humana. Em Spinoza, muitas destas perguntas foram reformuladas para se concluir que a nervura do real é a instabilidade. Todavia, a mutabilidade não representa, ao contrário do que se pode pensar, o advento de algo absolutamente novo. Em direção inversa, o tratado de Hume não deslembrou que a repetição é ponto fraco dos homens. A novidade seria sempre um engodo, desde que o princípio da cópia conduz a uma grande tautologia, onde a ideia de causação constrói círculos infinitos, impeditivos da superação do espaço/tempo para o advento de algo verdadeiramente novo. O fato é que a questão da verdade, em Malebranche ou Spinoza, remonta à verdade como

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Processual Civil no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

decisão, portanto, um instante de arbitrariedade que se perpetua. Um cretense teve que contar a primeira mentira. Outros cretenses podem ter contado mais mentiras. Contudo, entre a generalidade e abstração da ideia de que todo cretense é mentiroso existem inúmeros obstáculos superáveis apenas pela violência. A verdadeira questão seria: de fato, todos aqueles que nascem em Creta são mentirosos? A mentira é uma herança absolutamente genética da qual não se pode fugir em Creta? Sendo Sim as respostas as estas questões, duas possibilidades merecem destaque: acaso seja cretense e verdadeira a minha assertiva inicial, devo ser, então, um Deus (teológico ou racional) entre os cretenses; sendo mentira, confirma-se a hipótese de que todo cretense padece da fraqueza mais humana, ainda que o padrão de referência seja interno ao sistema cretense. Contudo, quem vai dizer com razão o conteúdo desta afirmação: um não-cretense? Hipoteticamente, se alguém alheio ao problema afirma algo, este parecer seria seguro simplesmente porque, de fora, avaliaria de maneira imparcial e com mais autoridade. Contudo, é preciso considerar que um egípcio teria interesse no descrédito da palavra dada por um cretense. Ainda que fosse alguém sem interesse direto a proferir tal desprestígio, haveria que se perquirir acerca da competência e capacidade para avaliar, ou, mesmo, na representação particular que cada um faz de um objeto. Ou seja, se fossem convocados dez juízes, todos descomprometidos com a causa, ainda assim, ter-se-iam pareceres divergentes ou, quando menos, os padrões de referência utilizados seriam externos, o que, por si só, poderia colocar em risco a cultura cretense porquanto se constitui em sistema mais ou menos fechado. Eis o problema do Estado Nacional em tempos de globalização. Como inserir um subsistema num mundo globalizado sem colocar em risco a sua própria existência enquanto cultura? Noutros termos, se o padrão de referência sistêmico é absolutamente interno, como poderia o juiz, com vistas à decidibilidade, vislumbrar o “homem médio” aplicável ao caso concreto? Não à toa, certa vez em audiência um homem simples se dirigiu ao juiz dizendo: “Vossa Majestade”... Em verdade, quando o cretense apresentou a assertiva capital, o fez de um plano linguístico sobreposto, imediatamente superior. Assim, seria verdadeira a assertiva. Num mesmo plano, longe de haver hierarquia ou sobreposição estrutural, ter-se-ia um paradoxo, uma equação aparentemente irresolúvel. Do ponto de vista do objeto inferior e utilizado o padrão de referência interno ao sistema, ter-se-ia uma mentira à moda da Ilha, como parece a mais óbvia digressão. Quem responde “depende”, sempre acerta.



## ESTUDO DE CASO: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL MODIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

**Marco Bruno Miranda Clementino\***

O presente trabalho tem por objeto estudo de caso referente a julgamento proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais no Rio Grande do Norte acerca de matéria processual, com um caractere muito particular, já que se modularam os efeitos da decisão, pelo fato de ela implicar modificação de jurisprudência anterior. Como pano de fundo, pretende-se desenvolver ainda análise comparativa desse julgamento com *arrêt* da jurisprudência administrativa francesa que assentou a mesma tese no que diz respeito à viabilidade da modulação feita.

Com efeito, o precedente referido não despertaria maior interesse não fosse a circunstância de que, em que pese entendendo que a hipótese seria a de não cabimento do específico recurso que se examinava, dele conheceu a Turma Recursal quanto ao mérito. A motivação decorreu da constatação de que naquela ocasião se modificava posicionamento já firmado anteriormente pelo órgão jurisdicional justamente quanto ao cabimento desse recurso, de modo que, como forma de preservar a segurança jurídica, os juízes que compõem o colegiado decidiram, à unanimidade, modular os efeitos da decisão, assentando a tese processo em si, porém não a aplicando para o julgamento em curso. Por isso, superaram, para esse caso específico, o óbice processual, adentrando, pois, no mérito do recurso.

---

\* Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (TRE/RN). Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

## 1 APRESENTAÇÃO DO CASO

Na Lei nº 10.259/2001, de regência do procedimento dos Juizados Especiais Federais, prevê-se a possibilidade de manejo de um único recurso contra as decisões proferidas pelo juiz monocrático, ressalvados os embargos de declaração. Essa opção legislativa tem fundo constitucional, já que a simplicidade do rito, inclusive quanto ao enxugamento da faculdade recursal, decorre da origem de sua concepção para a tramitação de causas de menor complexidade. Assim, no artigo 5º, prescreve-se que, “exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva”.

A propósito, a exceção referida no preceito diz respeito ao recurso interposto contra a concessão de tutelas de urgências (por força da fungibilidade, a jurisprudência estendeu o recurso, previsto no artigo 4º para as cautelares, às tutelas antecipatórias). Assim, no subsistema dos Juizados Especiais Federais, o recurso – que não recebe nenhuma denominação específica – somente é cabível das sentenças de mérito e das decisões concessivas de tutelas de urgências.

No entanto, a lei não trata com especificidade acerca da forma de processamento de ambos os recursos, o que terminou por despertar uma tendência (talvez minoritária) de ordinarizar o rito dos Juizados Especiais Federais. Assim, não foi incomum durante certo período que se observasse a forma da apelação quando se recorria de sentença de mérito e a forma do agravo de instrumento nas decisões concessivas de tutelas de urgências. Arraigados culturalmente ao exercício da faculdade de recorrer, alguns operadores do Direito, em iniciativas às vezes acatadas pela Turma Recursal, chegaram a interpor recursos fora das espécies legais.

No julgamento do recurso nº 0500029-33.2010.4.05.9840, interposto por instrumento de decisão concessiva de tutela de urgência proferida no âmbito do processo nº 2008.84.01.502896-4, a Turma Recursal, à unanimidade de seus membros, decidiu enfaticamente que o recurso por instrumento tem caráter excepcional, admitindo-se apenas quando expressamente previsto em lei. Desse modo, no silêncio da Lei nº 10.259/2001 quanto à forma de interposição do recurso, deve ser aplicada a regra geral de interposição perante o órgão jurisdicional que proferiu a decisão, para posterior remessa à instância superior. Se isso não bastasse, na reflexão feita em plenário, os magistrados concordaram com a ponderação do relator de que o processamento do recurso por instrumento, além de excepcional, é incompatível com o princípio da simplicidade e estimula o exercício do recurso pelo

prejudicado, o que atenta contra a teleologia restritiva do rito no que diz respeito a essa matéria.

Contudo, no momento da sessão de julgamento, veio ponderação quanto à necessidade de se conferir tratamento especial a essa matéria, já que muitos recursos já haviam sido interpostos com base no posicionamento ampliativo anterior da jurisprudência do órgão jurisdicional. E, sob essa premissa, a Turma Recursal decidiu modular os efeitos do julgamento, para que a nova tese não abrangesse sequer o caso concreto em julgamento, senão apenas os recursos interpostos no prazo de 15 dias a contar daquela data, promovendo-se ampla divulgação nos meios eletrônicos disponíveis de comunicação com advogados e procuradores.

Em outras palavras, por imperativo de segurança jurídica, a Turma Recursal decidiu ser possível a modulação dos efeitos da decisão modificativa de jurisprudência em matéria processual, como forma de não prejudicar aqueles que, de boa-fé e com base em jurisprudência devidamente consolidada, haviam interposto recursos sob uma forma diferente de processamento daquela que, naquele específico momento, o órgão jurisdicional decidia ser inadequada. Para tanto, a eficácia prospectiva sequer se deu de imediato, já que se decidiu fixar um prazo razoável para adaptação dos operadores do Direito ao novo posicionamento.

## 2 ANÁLISE DA DECISÃO FRANCESA

A modulação de efeitos de decisões judiciais não é mais um tabu no direito brasileiro, especialmente quando passou a ser expressamente previsto nos ritos de processamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99). Entretanto, tampouco tem sido frequente sua utilização fora do processo objetivo, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF), o que é lamentável, dada a utilidade da técnica como forma de preservação da segurança jurídica.

Na jurisdição administrativa francesa, a modulação de decisões até pouco tempo não era viável nas decisões modificativas de jurisprudência. No entanto, no *arrêt de principe* extraído do julgamento do caso nº 291545 – *Société Tropic Travaux Signalisation*, a Assembleia do Contencioso do *Conseil d'État* passou a decidir pela possibilidade de modulação, em julgamento no qual o órgão jurisdicional assentava a possibilidade de manejo de um novo recurso à jurisdição administrativa outrora não admitido no âmbito da contratação

administrativa. Como, porém, essa decisão modificava profundamente toda a tradição jurisprudencial, decidiu-se pela modulação dos efeitos da decisão, “por imperativo de segurança jurídica”, de modo que o novo posicionamento foi modulado para se aplicar apenas aos contratos celebrados posteriormente ao julgamento.

No *arrêt*, a tese ficou assim assentada:

Considerando que compete em princípio ao juiz aplicar as regras definidas acima, as quais, tomadas em seu conjunto, não trazem limitações ao direito fundamental de recorrer; que todavia, em observância ao imperativo de segurança jurídica de modo a que não haja uma influência excessiva nas relações contratuais em curso e ressalvadas as ações em tramitação tendo o mesmo objeto e ajuizadas anteriormente à publicação da decisão, o recurso acima definido somente pode ser apresentado quanto a contratos celebrados posteriormente a esta data<sup>1</sup>;

No *Communiqué de Presse*, e mais precisamente no momento da manifestação do Vice-Presidente do Conselho de Estado, este lembrou que o Tribunal de Justiça Europeu, a Corte Europeia de Direitos do Homem e mesmo a Corte de Cassação da jurisdição judiciária francesa já ostentavam precedentes pela possibilidade de modulação de suas decisões. Ainda, fez menção ao poder normativo da jurisprudência como verdadeira fonte do direito.

Não custa lembrar que, no exercício da jurisdição administrativa, o Conselho de Estado não exerce propriamente controle de constitucionalidade das normas, o que demonstra a admissibilidade da modulação mesmo pelos órgãos que exercem controle de mera legalidade. Na decisão, porém, o órgão não descurou de enfrentar o impacto da modificação da jurisprudência nas relações contratuais em curso, sob a ótica da preservação da instabilidade delas.

### **3 ANÁLISE DA DECISÃO BRASILEIRA**

O princípio da segurança jurídica também foi a pedra de toque da argumentação de fundo do acórdão da Turma Recursal do Rio Grande do Norte. O órgão jurisdicional ponderou

<sup>1</sup> Tradução livre de: “Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date”.

– e o fez com correção – o impacto negativo da aplicação imediata da decisão aos recursos já interpostos, pelos naturais prejuízos que adviriam às partes que exerceram o direito sob a forma anteriormente admitida. Por isso, aplicou o princípio e não aplicou a tese processual ao recurso então apreciado, desde logo decidindo por fazê-lo apenas para os recursos interpostos quinze dias depois da publicação.

Embora parecendo ser a decisão mais acertada, é certo que várias objeções poderiam ser opostas quanto à viabilidade de se promover a modulação por um colegiado (ou mesmo por juízo monocrático) fora das hipóteses previstas em lei. Outra objeção poderia ocorrer no plano da validade da norma jurídica, já que seria aparentemente inconciliável que se considerasse a invalidade da norma e, ainda assim, se lhe determinasse a aplicação. Por fim, já que se prevê apenas a modulação para o controle concentrado de constitucionalidade, certamente haveria quem sustentasse a inviabilidade de uma técnica do controle concentrado ser de imediato aplicada no difuso.

Todas as objeções são superáveis. Primeiramente, não se pode perder de vista que, antes de um princípio constitucional (implícito), a segurança jurídica é princípio geral de direito e, por isso, pode oferecer subsídios hermenêuticos no âmbito da legalidade. Se isso não bastasse, como princípio jurídico, constitucional ou geral direito de direito, a segurança jurídica é norma jurídica válida, a ser considerada, via moldura interpretativa, no processo de positivação do direito, o que possibilita sua consideração na expedição de normas mais particulares. Por fim, o juiz brasileiro exerce permanente controle de constitucionalidade que lhe permite a ponderação contínua de princípios na aplicação da lei, ainda que para condicionar sua eficácia.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica é um necessário fator ponderativo do juiz brasileiro na produção de normas particulares, condicionante da eficácia da norma geral e abstrata. Haja vista o cada vez mais reconhecido poder criativo da jurisprudência, referido pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado no *Communiqué de Presse*, esse fator ponderativo deve sempre levar em conta o impacto de uma mudança profunda de posicionamento, que surpreenda os particulares e os atinja severamente. A não-surpresa é o objetivo da irretroatividade da norma como regra.

#### 4 CONCLUSÃO

Sob essas premissas, é possível afirmar que o juiz brasileiro, mais ainda do que o membro do Conselho de Estado francês, pode e deve modular a eficácia de decisão

modificativa de jurisprudência, dentro da própria atividade interpretativa pressuposta da afirmação de normas particulares através das decisões judiciais. O exemplo da Turma Recursal do Rio Grande do Norte não descurou de avaliar as consequências materiais dos efeitos das decisões, o que constitui imperativo da complexidade cada vez mais crescente das relações sociais.



## **A POLÊMICA LEI DA FICHA LIMPA**

**Paulo Renato Guedes Bezerra\***

Todos acompanhamos na semana passada a aprovação, pelo Senado, à unanimidade, do Projeto de Lei Complementar nº 58/2010, que tratou de alterar alguns dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990, a chamada Lei das Inelegibilidades. O cidadão atento já deve, à primeira vista, desconfiar de qualquer aprovação no Congresso Nacional que seja realizada de maneira unânime. Ainda mais quando se trata de um projeto tão debatido, tão discutido em todos os meios de comunicação do Brasil.

Concordo plenamente em arredar do exercício de mandatos populares aqueles que, a priori, parecem não possuir condições de honrar as altas e respeitáveis funções dos agentes políticos. Mas a ficha deve ser limpa não apenas de acordo com o que prescreve a lei, mas principalmente sob a ótica do eleitor, no momento de pressionar o botão da votação. O chamado voto consciente, e responsável, tem poder muito maior do que qualquer norma que restrinja a elegibilidade do concorrente.

Falo isso, porque, humildemente, encaro a lei recentemente aprovada, intitulada de Lei da Ficha Limpa, como inconstitucional. O próprio STF, quando apreciou a ADPF nº 144, aduziu que o postulado consagrador da garantia de inocência irradia os seus efeitos para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência das exigências de probidade administrativa e de moralidade a que se refere o § 9º do art. 14 da CF, na redação dada pela ECR 4/94, a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos.

---

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN). Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Ao estabelecer a inelegibilidade de pessoas que foram julgadas por órgãos colegiados, mas que ainda tem a seu dispor recursos para o STJ e STF, a lei que está por vir viola a garantia da presunção de inocência. A nova lei vai submeter um político a ficar até oito anos impedido de se candidatar, para depois, quem sabe, se verificar que ele era inocente das acusações que lhe eram imputadas em processo judicial, através de decisão ulterior do STJ ou STF.

O clamor do povo brasileiro por uma reforma política é forte e legítimo. E como brasileiro, também faço parte dele. Mas, por enquanto, vislumbro a Lei da Ficha Limpa como um verdadeiro instrumento de demagogia de que se utilizaram os parlamentares às vésperas das eleições, certamente sabedores de sua inconstitucionalidade.

Se o STF vai declarar tal lei inconstitucional, são outros quinhentos. Dentre os legitimados, o procurador Geral da República, o Sr. Roberto Gurgel, já se manifestou no sentido de que não questionará a nova lei. Talvez a eventual ação direta de inconstitucionalidade não tenha nem pai. Quem se voltaria contra a sede de moralidade do povo?

Muito tem se falado se a Lei da Ficha Limpa terá aplicação às eleições desse ano, em razão do que dispõe o art. 16 da Constituição Federal: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. O Tribunal Superior Eleitoral deve discorrer sobre tal indagação muito em breve. Mas antes disso, penso que o ideal seria decidir não se ela será aplicável a essas eleições, mas se um dia pode ser aplicável, posto que, na minha visão, é contrária ao princípio constitucional de presunção de inocência.

Sabermos escolher por nós mesmos os nossos representantes é que garantirá a presença de políticos apenas com fichas limpas ocupando cargos importantes nesse país. Uma vez o filósofo dinamarquês Kierkegaard disse que a vida só pode ser compreendida olhando-se para trás. Mas só pode ser vivida, olhando-se para frente. Ainda acredito numa democracia consciente.

## SÍNDROME DO GABINETEIRO COMPULSIVO

**Vladimir da Rocha França\***

Pelo que se vê no Novo Dicionário Aurélio, síndrome significa o conjunto de sintomas ligados a uma enfermidade mórbida e que constitui o quadro geral de uma doença. Muitas pessoas quando atingem a idade de ingressar no mercado de trabalho são acometidos de um forte mal: a Síndrome do Gabineteiro Compulsivo (SGC).

O contágio acontece quando a pessoa, seja por laços familiares, seja por laços partidários, tem acesso a um cargo comissionado no Estado ou a um emprego em uma de suas empresas. Vários sintomas podem ser identificados.

O portador de SGC deixa gradualmente de estudar ou investir em projetos profissionais que lhe garantam uma remuneração própria e independente de vínculos afetivos ou político-ideológicos. Em alguns casos, o gabineteiro compulsivo desenvolve a ilusão de que a sua situação é permanente e passa a acreditar que o seu Protetor permanecerá para sempre numa posição de poder.

O enfermo também apresenta uma forte tendência à ostentação e ao esbanjamento, quando a remuneração de seu cargo ou emprego “arranjado” lhe permite, assumindo de forma inconsequente prestações que comprometem o seu orçamento doméstico. Deve ser registrado que o risco de contágio com SGC aumenta quanto maior for o valor que lhe é pago. É comum, inclusive, que o portador de SGC passe a acreditar que tem o mesmo prestígio e posição que o seu Benfeitor.

---

\* Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor do Curso de Direito da Faculdade Câmara Cascudo (FCC). Advogado e consultor na área do Direito Administrativo. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Frequentemente, o gabineteiro compulsivo é bem aceito em certas rodas que possuem como pauta moral o princípio de que a posse de bens materiais luxuosos necessariamente faz um ser humano melhor do que outro. Isso dificulta consideravelmente a superação da SGC, haja vista a mediocridade que impera nesses grupos sociais e o relativo sucesso que o gabineteiro compulsivo bem remunerado tem na seleção de parceiros sexuais em tal contexto. Ademais, esse ambiente é habitat natural do portador de SGC.

Com a SGC, a pessoa atrofia as suas aptidões individuais e agrava as suas falhas intelectuais e éticas, desenvolvendo um perigoso laço de dependência com o seu Benfeitor. A perda de prestígio político ou institucional deste tem impacto direto na estabilidade financeira e psicológica do doente. Paradoxalmente, esse fato pode levar a cura do enfermo, uma vez que o mesmo se vê obrigado a buscar uma fonte de renda independente ou reviver os projetos profissionais que abandonou em virtude do comodismo. Contudo, quanto melhor posicionado o gabineteiro compulsivo, mais chances ele tem para conseguir outro Benfeitor.

Uma variante curiosa da SGC é aquela que atinge os filiados a partidos políticos de influência marxista que chegam ao poder. Desenvolve-se uma perda assustadora de sua capacidade crítica, passando a ignorar totalmente os erros e crimes de seus líderes. O ideal libertário que o atraiu para o partido é deixado de lado por um pragmatismo assustador, decorrente da necessidade de se manter ou elevar o padrão material que o doente alcançou. Prática de atos de corrupção e de improbidade administrativa por gabineteiros compulsivos de esquerda não são incomuns, como demonstra a imprensa. De certa forma, a dependência financeira que os chamados “movimentos sociais” desenvolvem com governos esquerdistas gera um considerável e crescente grupo de risco.

Em princípio, a SGC é mais grave para jovens adultos que ainda residem com os seus pais. É possível que, com a constituição de uma família própria, o gabineteiro compulsivo procure se libertar da dependência do cargo comissionado. Mas isso necessariamente dependerá da formação que lhe moldou o caráter.

Com a perda definitiva do cargo e o fracasso na escolha de outro Protetor, o portador de SGC entra em crise. Recurso ao crime e à prostituição de luxo não é descartado, dependendo do perfil psicológico do gabineteiro compulsivo.

Crê-se que a SGC tem cura. Mas isso exige apoio de uma família consciente e de verdadeiros amigos. E, sem sombra de dúvida, da força de vontade do enfermo.



## CONSTITUIÇÃO INTEGRAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL INTEGRATIVA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO BRASILEIRO COM A FACULDADE DO VETO PRESIDENCIAL

**Fábio Bezerra dos Santos\***

### **RESUMO**

*Nesta oportunidade, apresento as bases de um estudo que se inicia, mas já revela substrato para enfrentamento futuro. Percebe-se, pois, a necessidade de uma hermenêutica catalisadora, capaz de jungir (a cada dia e a cada caso), as infinitas luminescências constitucionais, transitando ora por regras ora por princípios, reforçando a ideia de uma cultura jurídica situada entre a escrita dos códigos e as relações simbólicas, mediadas pela linguagem, onde residem e incidem os postulados jurídicos. Assim, em que pese o dever constitucional precípua do poder judicial exercer o controle da constitucionalidade das leis, ao Presidente da República é facultado o veto para rechaçar projeto de lei aprovado pelo congresso nacional que julgue inconstitucional ou atentatório ao interesse público. Transpassando tal abstração com abordagem empírica, propõe-se tomar o controle da constitucionalidade realizado pelo Presidente da República no sistema jurídico brasileiro com o exercício da faculdade do veto, no intuito de apresentar uma aplicação da teoria que se anuncia. Enfim, o presente trabalho alvitra investigar a eficácia do controle da constitucionalidade das leis empreendido pelo poder executivo federal brasileiro com a faculdade do veto, sob a ótica da Teoria da Constituição Integral e da Hermenêutica Constitucional Integrativa, agora propostas, com vistas ao atendimento das expectativas constitucionais hodiernas.*

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Processual Civil no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

*Palavras-chave: Teoria da Constituição Integral. Hermenêutica Constitucional Integrativa. Controle da Constitucionalidade. Veto Presidencial.*

*“Perderam o Manual. E agora como faz?”  
(Marcelo D2. À Procura da Batida Perfeita)*

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição da República existe porque estamos “constituídos” ou estamos “constituídos” porque existe uma Constituição escrita que assim determina?

Em todo Estado há manifestações de atividades que não podem faltar sem que falte a sua vida mesma. Salutar, portanto, que em qualquer organização estatutária haja uma atividade orientada no sentido de propor normas gerais que devem regular, em primeiro lugar, a própria ordem do Estado, em seguida as relações entre Estado e cidadãos, assim como também as existentes entre cidadãos e cidadãos.

Cumprir também ao Estado a missão de fixar e valer o direito a ser aplicado aos casos concretos, além de satisfazer às necessidades e promover o bem-estar e o progresso. Assim, são funções precípuas: a legislativa, a jurisdicional e a administrativa, compreendendo-se nesta, inclusive a função de governo, a qual se concretiza na determinação das diretivas gerais do Estado considerado em sua unidade, bem como na dos meios adequados para pôr em execução essas diretivas reveladoras da soberania popular.

Tais diretivas num dado momento da história passam a integrar e compor os textos das constituições modernas. Em linhas gerais, por constituição compreende-se a norma fundamental dos Estados constitucionais capaz de conferir significado às leis. Em comentários à Constituição de 1946, no entanto, Pontes de Miranda já apontava a dificuldade que atualmente ainda nos causa perplexidade: “Todo o problema político dos nossos dias gira em torno da elaboração da lei. Quem faz a lei é que é o mestre da vida social” (MIRANDA, 1953, p. 213).

A turbamulta anunciada, no entanto, reacende a esperança de que ao acertar o sentido e o alcance que as constituições conferem às leis, o legislador ordinário e os aplicadores das leis podem devolver à comunidade assistida a segurança que o melhor desenvolvimento civilizatório reclama.

Toda esta discussão ocorre desde que ascendeu ao status de razão o postulado de que “Ninguém possui o direito de mandar nos outros”, de tal modo que os atos de governo, a partir de então, só poderiam se impor aos governados quando conformes às normas extraídas das constituições, mediante um dado processo de interpretação (DUGUIT, 2003, p. 43). Nessas circunstâncias, a hermenêutica do poder político tem por finalidade a realização da Constituição, devendo esta constituir-se em ideia e força que é posta a serviço do desenvolvimento humano.

Nesse contexto é que discorro sobre Direito e uma Constituição prospectiva, em busca permanente pela conformidade com princípios de justiça cotidianamente eleitos, suficientes para propiciar o progresso humano e por um sistema constitucional receptivo às “expectativas congruentes” de uma sociedade organizada dentro de uma unidade política comprometida com os fins que a justificam<sup>1</sup>.

Assim, nas linhas subseqüentes, apresento a ideia de uma Constituição “inteira” e difusa, jungida por uma hermenêutica constitucional integrativa, apta a concretizar o controle da constitucionalidade no veto presidencial, atividade do poder executivo federal brasileiro, útil a conter os excessos da legislatura, hipótese de confirmação de unidade e equilíbrio entre os poderes constituídos.

## **2 CONSTITUIÇÃO INTEGRAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL INTEGRATIVA: CONSTRUINDO UMA TEORIA TRANSVERSAL AFETA AO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE**

Na tentativa de conter o avanço do poder desnaturado sobre o pactuado, foi pensada a separação das funções essenciais do Estado - engenharia elaborada para fragmentar o poder estatal, através da elaboração de órgãos administrativos com suas respectivas competências. Na prática, foram constituídos os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Como se verifica, a Constituição também contém normas organizacionais, que também traduzem a essência do Estado, posto que organizam a sociedade. Fato é que quando se encontra a utilidade de uma norma eminentemente funcional, é que se desnuda a sua

<sup>1</sup> A expressão em destaque é de autoria de Niklas Luhman. A respeito das expectativas de expectativas, também produtos das incursões de Luhmann, “vejo” sua aplicação quando percebemos os cidadãos esperando que o Direito espelhe a sua vontade soberana, ao mesmo tempo em que o Direito tenta lhes impor o seu poder político. Imbricada nesta simbiose quase sempre imperfeita, reside a complexidade que demanda dos aplicadores da lei o aporte filosófico voltado para um exercício de pensamento permanentemente ampliativo e integral da compreensão humana - filogênese, ontogênese, sociogênese e microgênese (LUHMANN, 1983, p. 45).

substância através da verificação das consequências por ela produzidas. Nesse momento, sim, é possível que uma norma constitucional, inicialmente meramente formativa, ascenda ao teor de substância.

À evidência da necessidade de normas organizativas e, portanto, de uma separação do poder legislativo do executivo, em primeiro plano, bem destacou Alexandre Groppali, já existe desde Aristóteles, encontrando-se já bem definida em S. Tomás de Aquino, Marcílio de Pádua, Maquiavel, Buchanan e Hoocker, devendo caber um mérito todo especial, em face da atribuição do valor, jurídico, a Locke e a Montesquieu, este último, tendo a levado às suas últimas consequências (GROPPALI, 1962, p. 186 e 187)<sup>2</sup>.

A preocupação de se deparar com um governo de juizes, combater a “criatividade” da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juizes, levou a França a elaborar um paradigma estatal em contraponto aos primórdios da *Common Law* (CAPPELLETTI, 1993, p. 13).

Elaborou-se, então, um projeto de Estado onde o parlamento seria mais forte do que o judiciário, de Direito escrito, na esperança de garantir a preservação da ordem pela conservação da supremacia das leis. Esse paradigma vai se estabelecer na França inicialmente, depois toda Europa e finalmente na América Latina (WEBER, 1999, *passim*)<sup>3</sup>.

A expectativa, então, era de contenção e unidade dos poderes. Fenômeno que exige um esforço contínuo, como se sabe. Justifica-se, assim, a necessidade de se concretizar a cada dia a adequação dos preceitos à realidade sempre presente e a observância aos princípios essenciais contidos nessa Constituição em face das leis e demais atos de governo.

A ideia de controlar a conformidade das leis, e, em certas ocasiões, a dos atos e decisões emanados de órgãos públicos em geral, através da noção de “qualidade” do que é constitucional porque está conforme à Constituição, teve origem no nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional.

Nesse contexto, emerge a necessidade de se organizar uma instituição ou uma instância especial capaz de realizar esta atividade de modo competente e imparcial, já que não seria coerente confiar tal tarefa a um dos poderes existentes. Surgem as primeiras cortes constitucionais, órgãos especializados na defesa da Constituição.

<sup>2</sup> Em Locke se encontra também a repetida justificação da distinção entre Legislativo e Executivo, fenômeno elementar que contribuiu para que Carl Schmitt apontasse que “no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes las apliquen”. Contudo, excedeu-se o autor ao concluir que “Con la diferenciación de varios “poderes” se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos (checks and controls)” (SCHMITT, 1998, p. 187).

<sup>3</sup> Cf. ocidentalização segundo a “sociologia da dominação” de Max WEBER.

No Brasil, a gênese do controle da constitucionalidade pelo executivo está no poder moderador da Constituição do Império (SCHMITT, 1998, p. 213)<sup>4</sup>. Tal prova, no entanto, foi deveras catastrófica na experiência brasileira de 1824. Todavia, Rui Barbosa, desanuviado pelo espírito republicano, habilmente declarou: “Claro está que, se a justiça, nesse regime, é a instituição repressiva dos abusos do Congresso, por maioria de razão não pode evadir-se à autoridade dela a ação inconstitucional do Executivo” (BARBOSA, 2004, p. 75).

Se a primeira tentativa brasileira de solucionar o problema via poder executivo e alcançar os objetivos colimados resultou num experimento frustrante, não se pode dizer que o futuro reservou algo muito melhor. Para se ter uma ideia, atualmente, a suprema corte constitucional consubstancia-se num órgão de cúpula do poder judiciário e segue a tendência naturalmente aglutinadora do poder político, com substrato no próprio texto constitucional<sup>5</sup>. Desse modo, não se pode dizer que os excessos dos ministros do Supremo Tribunal Federal diferem, essencialmente, dos excessos cometidos por D. Pedro I<sup>6</sup>.

O cerne dessa ideia se funda no fato de que existe uma “lei superior” derogável somente por procedimentos especiais e complexos, os quais vinculariam até mesmo o legislador, não podendo ser aplicada uma lei ordinária que a contradiga. Todavia, em situações de crise, um órgão seria chamado a dizer a Constituição. Agnes Heller com lucidez propõe imaginar que “todos os conflitos sociais e políticos se erguem em torno da idéia de justiça/injustiça (da aplicação, a área de validade de normas e regras, ou das respectivas normas e regras)” (HELLER, 1998, p. 193).

Parafraseando Pontes de Miranda, pode-se dizer que todo o problema político dos nossos dias gira em torno da aplicação de regras e normas constitucionais. Quem as aplica, de fato, é mestre ou o tirano da vida social. A jurisdição constitucional coincide com os exatos limites de justiciabilidade dessas aplicações. Isto porque a característica de constitucional é conferida àquela aplicação legítima, compreendendo como legitimidade a qualidade obtida através da verificação da conformidade da ação proveniente daqueles que agem em nome do Estado com a origem do poder que a institucionalizou. Porém, trata-se de um raciocínio que frequentemente ultrapassa os limites do processo formal de institucionalização das garantias e

---

<sup>4</sup> Carl Schmitt, coerente com sua doutrina nacionalista, chegou a defender a existência de um poder moderador no Estado.

<sup>5</sup> Não se está a professar absurdo algum, e nem é novidade apontar a possibilidade de uma norma constitucional inválida ou eivada pela inconstitucionalidade (BACHOF, 2008, *passim*).

<sup>6</sup> Noutra oportunidade defendi o controle da constitucionalidade através da ação civil pública, fenômeno atualmente, a muitos pretextos, combatido por ministros do Supremo Tribunal Federal. O desvio se observa quando outras formas de controle são afastadas, a pretexto de uma pretensa exclusividade (SANTOS, 2008, p. 261).

dos direitos, não raras vezes encampando um exercício de pensamento filosófico-analítico consubstanciado no campo da sociogênese e suas infinitas microgêneses sociais.

Esse intelecto justifica-se porque frequentemente as instituições encarnam resistência desconforme, como é o caso do casamento civil, que a própria Constituição estende para a união estável entre homem e mulher (art. 226, §§ 2 e 3º), que poderia ser interpretado em favor das relações de conjugalidade, independentemente do sexo e da sexualidade. Numa só expressão, a fonte de legitimidade hoje são os princípios de justiça arraigados na comunidade abrangida pelos efeitos da ação por ela autorizada. Nesse sentido, a Constituição não é, nem poderia ser estática, muito menos a atividade de fazê-la cumprir o seria.

A Constituição contém a vontade que a origina cotidianamente, ao mesmo tempo em que nela está contida. Rompe, portanto, com a lógica binária de origem ontogenética que ainda estamos tão acostumados, em que se percebe a presença pela exclusão. Tércio Sampaio Ferraz Junior ratifica o imperativo do cotidiano ao informar que na jurisprudência e na doutrina norte-americanas, os dois cânones mais comuns da *constitutional construction* estabelecem que as palavras ou termos da Constituição devem ser interpretados no seu sentido usual ou popular, salvo situações excepcionalmente técnicas, destituídas, portanto, de tanto valor social, como algumas normas estruturais (FERRAZ JR., 2007, p. 23). Assim, se as consequências da interpretação titubeante de uma expressão constitucional técnica ocasionam efeitos turbulentos na vida cotidiana, certamente é o momento de revê-la.

A Constituição não é terreno exclusivo dos juristas como parece, não pertence a ninguém e a todos diz respeito. Trata-se de um princípio de humanidade que se constrói e se renova a cada dia a partir do sentimento e da necessidade de ordenar as relações sociais para obter a maior utilidade possível das coisas com as quais se relacionam os homens.

A Constituição não exclui sequer meros interesses homogêneos<sup>7</sup>. Das relações dos homens com as coisas que facilitam e tornam melhores as condições de vida na coletividade, outras reflexões nos conduzem a repensar o *marxismo* enquanto razão moderna, ao lado do *contratualismo* e do *utilitarismo*. No corpo das Constituições, a “função social” emerge a partir da ideia de que o “capital é social” e enquanto critério aberto de interpretação, sempre situado no liame do indivíduo com a coletividade, num tempo em que a relação dos homens com as coisas materiais havia tomado proporções indesejáveis.

---

<sup>7</sup> Especialmente depois que os interesses difusos socialmente relevantes ascenderam ao *status* de direitos em sentido estrito - o art. 81 da Lei 8.078/90 (CDC) ao disciplinar igualmente, tornou despiciecia a diferenciação entre “direitos” e “interesses”.

Cai por terra, a partir desta concepção, a ideia de que a democracia (e a constitucionalidade) reside tão somente na vontade da maioria, depois que a aceitação de humanidade fez crer que o maior grau de justiciabilidade não está na quantidade de pessoas que defendem um determinado interesse, mas no teor desses interesses e sua capacidade de dilatar-se na história. Faz-se perceber, portanto, o valor da crise enquanto propiciadora do liame entre o passado desinteressante e um futuro diferente onde o desenvolvimento de soluções e mecanismos para a resolução dos conflitos sejam alcançados. Assim, também é possível perceber que o avanço da Constituição dá-se logo após crises que surgem do cotidiano, o que faz pensar na dialética da Constituição como método. Senão, vejamos os contextos históricos do auge e supressão da teoria da separação dos poderes.

Na dinâmica da relação causa/efeito não se saberia dizer se a Constituição ainda existiria não fosse a eficácia da jurisdição constitucional e vice-versa. Mas uma coisa somos obrigados a admitir: a Constituição seria sempre a origem dessa relação, pois que se confunde com o próprio sentimento difuso de justiça institucionalizado, desde que aceita a ideia de uma Constituição dinâmica e aberta, escrita e não escrita, por vezes apreensível através do exercício tópico ou dialético.

Tal proposta de interpretação da Constituição não nega a teoria dos sistemas, mas reconhece a existência de um sistema maior, onde infinitas relações e sistemas menores atuam entrelaçados sobre os conteúdos do mundo da vida por uma estrutura comum, de modo endogenético e exogenético, dinâmico, estabelecendo infinitas combinações. É esse sistema maior que nominamos de Constituição Integral. A identificação e compreensão desses sistemas constitucionais e seus conteúdos não ocorreria de outro modo senão através da linguagem (e dos planos de linguagem)<sup>8</sup>.

O poder constituinte originário está sempre fora do ordenamento jurídico – ou seja, num plano metalinguístico. Sua natureza mesma é a insubordinação. Aparece, em sua plenitude, nos momentos de crise, quando a comunidade desborda os quadros políticos e sociais de maneira revolucionária.

---

<sup>8</sup> Remissão à clássica constatação de Wittgenstein quando percebeu que “os limites do nosso mundo são os limites da nossa linguagem” (WITTGENSTEIN, 1979, § 38, 88, 132 etc.). Em análise aos planos de linguagem, Lourival Vilanova destaca que “quando dizemos que na proposição, como proposição, reside o objeto da análise lógica, convém, antes de maiores precisões, termos em conta que há outras estruturas formais além da proposição”. Deste modo: a) é possível isolar, tematicamente, por abstração, tais formas dos demais componentes em que tais formas aparecem na experiência integral da linguagem-de-objetos; b) tais formas se estruturam em um domínio articulado por leis, que não são leis psicológicas, ou leis que explicam a formação e evolução da linguagem (leis da psicologia da linguagem, ou da sociologia da linguagem, ou da lingüística), ou leis provindas dos objetos do conhecimento, mas são “leis não-empíricas”, “leis puramente formais” (VILANOVA, 2005, p. 43 e 44).

Os planos de linguagem organizam-se sobre formas lógicas ou racionalmente organizadas (hierarquicamente), mas nunca de modo estático. O plano linguístico imediatamente superior é metalinguístico em relação ao coligado inferior (CARRIÓ, 2001, p. 35). Contudo, toda a estrutura obedece a um desencadeamento linguístico, racional, justamente por ser a característica que torna aceitável a forma como manifestam os conteúdos. Uma hermenêutica constitucional integrativa deve saber percorrer esses caminhos rumo a um sistema constitucional integral.

É integral, se aceitarmos que hodiernamente até mesmo os interesses individuais homogêneos têm relevância para o Direito (e para a Constituição); e integrativa, se compreendermos a hermenêutica constitucional como fator catalisador da necessária transversalidade à atual demanda de justiciabilidade. Nesse sentido, não vale para a constituição integral e a hermenêutica integrativa a assertiva de Wittgenstein de que “O limite da linguagem mostra-se na impossibilidade de descrever o fato que corresponde a uma sentença (que é sua tradução) sem repetir justamente a sentença”, exatamente porque tal impossibilidade não ocorre na prática da Constituição integral, pois que em sua dinâmica encontra-se permanentemente receptiva às transformações e novos valores, tão logo comunicáveis à categoria de meros interesses (WITTGENSTEIN, 1979, VB. 464).

O que mudou, então? Ocorre que antes, era necessário o reconhecimento positivo para que um interesse fosse identificado em lei que conferisse o status de “direito”. Nesse termos, somente após o processo legislativo explícito e específico um interesse seria qualificado como tutelável. Atualmente, se sabe, até mesmo a felicidade individual é direito constitucionalmente protegido. Naturalmente, não se está a pôr em cheque a relevância de tal interesse, pois que é de natureza metalinguística. Mas, tão somente, trazer à lume o seu caráter volátil e abstrato para exemplificar o grau de abrangência da Constituição, especialmente se considerarmos que essa estende sua tutela até mesmo antes de tornar o interesse ao campo do consciente do cidadão. Tudo porque o interesse é um estágio de densificação que frequentemente deságua no reconhecimento da existência de um dado direito que merece ser positivado.

Ultimamente, desde o microsistema de tutela coletiva, inaugurado com o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, basta o reconhecimento por parte de órgãos como o Ministério Público, a Defensoria Pública, Magistratura, Ordem dos Advogados do Brasil, de que um interesse tem relevância social para justificar sua proteção sob o manto do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CFRB/88).

Não estabelecido o universo comunicacional não há arena de debate; logo, não há necessidade de controle, é como se não existisse questão jurídica, conflito a ser debelado. Assim, se um indivíduo age sem razão, mas sem implicações para mais ninguém, suas ações sem repercussão não entram na esfera de controle judicial - embora ainda estejam na Constituição, pelo simples fato de que a constatação de que não houve repercussão relevante para outras pessoas lá está implicitamente prevista.

A Constituição Integral é o lugar (*topoi*) onde todas as liberdades são difundidas (positivas, negativas ou graduações dessas). Os processos sociais que orientam para o aglutinamento e densificação dos interesses em valores ou princípios, são de natureza política e ao final desembocam no reconhecimento de elevado grau de relevância por parte dos órgãos público-estatais, observam as estruturas e implicações do poder simbólico (BOURDIEU, 2007, *passim*). Mas se estamos a discutir simbolismo e estruturalismo, então o que há de diferente nessas digressões?

Concordo com Gilles Deleuze quando admite que a origem do estruturalismo se acha na linguística.

Se o estruturalismo se estende a outros domínios não se trata mais analogia: não é simplesmente para instaurar métodos “equivalentes” aos que antes tiveram êxito na análise da linguagem. Só há estrutura daquilo que é linguagem. Só há estrutura do inconsciente à medida que o inconsciente fala e é linguagem (DELEUZE, 2006, p. 221 e 222).

Ocorre que a Constituição não é apenas um sistema jurídico, social ou linguístico, mas um “lugar” permanentemente aberto a novos conteúdos e relações constitucionais em constante transformação, que se relacionam através da fala, cuja integridade estrutural deve ser estudada sob a ótica da teoria dos sistemas e das relações simbólicas, noutra palavra: sob a ótica da linguagem e de sua “gramática”<sup>9</sup>.

À medida que novos conteúdos se manifestam, novas relações podem ser “sentidas”, para em seguida serem analisadas sob as perspectivas da “causação” e das estruturas que se adaptam à compreensão nova ou mesmo às novas estruturas, mais complexas, ao passo em

<sup>9</sup> Por conteúdos constitucionais, a priori, compreendo: teores de coisas do mundo da vida dos homens e ficções ou ferramentas úteis às coletividades humanas, historicamente estabelecidos.

que os conteúdos se tornam mais densos ou simplesmente diferentes<sup>10</sup>. Eis o modo integral de sentir e descrever a Constituição de uma República: através do estudo das estruturas sociais.

### 3 NATUREZA E ORIGEM DO VETO PRESIDENCIAL: DESMITIFICANDO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É clássico o entendimento de que o poder é dotado de uma tendência natural a se corromper, e que uma forma pura de governo virá a se converter impura (ilegítima). Assim: a monarquia em tirania; a aristocracia em oligarquia; a democracia em demagogia; a teocracia em clerocracia (ou aiatolocracia<sup>11</sup>).

A necessidade de controle evidencia-se no constante desvirtuamento do poder estatal, em todas as esferas, transformando o *welfare* em demagogia, o que frequentemente tem servido para disseminar desconfiança naqueles que o exercem.

Todavia, os clássicos contratualistas, nomeadamente T. Hobbes (1588-1679), J. Locke (1632-1704) e J. Rousseau (1712-1778), jamais puderam provar até que ponto o racional e o irracional eram suficientes para determinar a exata medida da natureza humana. Especificamente porque suas observações partiam do conceito formal, estático e individual de justiça e humanidade.

Eram racionalidades que privilegiavam apenas as habilidades individuais do pensamento, sem levar em consideração o sentimento humano complexo enquanto fator de correção. Assim, o “bom senso” permaneceu rarefeito. Suas constatações, no entanto, influenciaram a filosofia política da modernidade e, de certo modo, ainda são válidas quando conjugadas com a dimensão da linguagem, da psicanálise, da psicologia social e outros tantos ramos do saber, porquanto seus textos serviram (e ainda servem) de fundamento à própria razão moderna, especialmente num tempo em que as mentes retornam às reflexões derredor

---

<sup>10</sup> “O cerne deste sistema é a explicação de como a causação produz em nós a crença. Tal se dá mediante a comunicação de vivacidade. A razão experimental produz crença ao invés de conhecimento certo e indubitável como o resultante das relações entre idéias; nesse contexto, a causação é a relação responsável pela crença ou comunicação de vivacidade sendo somente auxiliada pela semelhança e pela contigüidade. Esta conclusão é apoiada pelos sistemas da realidade, do juízo e da memória” (ALVES, 2004, p. 103) - Dissertação [Mestrado em Filosofia]. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, sobre a obra de David Hume. Importa destacar que não faltou quem defendesse a existência de realismo em Hume, nada obstante muitos especialistas na obra do filósofo entendam que a existência de um mundo distinto das percepções é algo impossível à luz de sua filosofia (STRAWSON, 1992, *passim*).

<sup>11</sup> Pensamento de Aristóteles, adaptado às aulas de Ciência Política por mim ministradas nos últimos anos em cursos de direito da Paraíba e Rio Grande do Norte.

do sujeito, de um ponto de vista mecanicista, mas com vistas a extrair abstrações que a todos se apliquem no plano da realidade.

Nesse contexto é que Rui Barbosa propugnou limites, no domínio da realidade, averbando como inconstitucionais (inválidos) todo ato de governo que se oponha à moral, ao direito das nações, enfim, aos princípios fundamentais da Constituição, pois que regras e normas constitucionais e soberania popular são termos necessariamente conversíveis (BARBOSA, op. cit., p. 23).

Assim surgiu o veto executivo no sistema jurídico brasileiro na Carta do Império, na modalidade total, expresse (art. 64) ou tácito (art. 67), praticamente insuperável, isto é, só podia ser sobrepujado quando mantido o projeto por duas legislaturas consecutivas.

Superada a experiência do período imperial, insurge da primeira Constituição Republicana brasileira o substrato doutrinário norte-americano - essencialmente calcado no paradigma federativo -, o qual confere ao juiz comum o *status* de juiz constitucional. Selado, portanto, o compromisso difuso com a proteção da Constituição, com maior razão não se retiraria do veto executivo natureza e função de zelo aos princípios de justiça constitutivos do Estado.

Reaparece, portanto, o veto presidencial na Carta de 1891, “motivado”, sempre “total”, com fundamentos tanto na inconstitucionalidade quanto na contradição aos interesses da nação. Similar ao modelo norte-americano, o veto de então era superável pelo voto de dois terços dos integrantes do Legislativo federal (art. 37, § 1º) - o veto parcial surgiu, apenas com a reforma de 1926.

Onomasiologicamente, a palavra “veto”, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, vem do verbo *vetare*, que significa vedar, proibir, impedir que se faça alguma coisa. Em matéria de Estado, consiste o veto num ato político que se caracteriza como instrumento pelo qual o chefe do poder executivo discorda de projeto de lei aprovado pela casa legislativa.

Ocorre que, tecnicamente, o conceito de veto está contido na apreensão do significado da palavra “sanção”, visto que esta expressão encampa os significantes de “aprovação” e “reprovação”. Assim, de modo simplista, é possível afirmar que quando a sanção presidencial se manifesta na forma de reprovação, está-se diante do veto – em que pese o senso comum tender à compreensão reducionista de que quando se diz que o projeto foi sancionado pelo presidente, aperfeiçoa-se a comunicação pelo entendimento de que houve tão somente a aprovação.

A sanção positiva ou negativa (veto), não está presente em todos os Estados constitucionais hodiernos. É frequente, em muitos países, ao chefe do executivo, deferir-se

apenas o imperativo de promulgar a lei já aprovada pelo legislativo. Clèmerson Merlin Clève inteligentemente destacou o “princípio da responsabilidade ministerial”, oriundo de regimes parlamentaristas, como a Inglaterra, em razão do qual o veto foi perdendo importância e caindo em desuso. Enfraquecido nas monarquias constitucionais parlamentaristas, o veto presidencial é incorporado ao sistema federalista norte-americano, que já detinha a experiência desse instituto desde o período colonial, quando os governadores tinham o dever de vetar os atos legislativos locais contrários aos interesses da coroa (CLÈVE, 2000, p. 111)<sup>12</sup>.

À princípio a ideia desse princípio era conter os abusos do poder executivo, todavia, mesmo quando o costume constitucional impeça há muito tempo o Rei de negar a sua assinatura a um acto legislativo, o certo é que o legislador, antes de aprovar os diplomas legais mais relevantes, submete-os à apreciação do monarca, pelo que esse tem sempre a possibilidade de os analisar e eventualmente discutir (COSTA, 2007, p. 141 e 142)<sup>13</sup>.

Para apreensão da origem do veto à brasileira, a análise comparada da democracia norte-americana através de “O Federalista” assume importância bibliográfica angular (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 298-304)<sup>14</sup>. Isto porque, é no exame desta obra que o absolutismo axiológico que se propõe a garantir barreiras intransponíveis à separação dos poderes - sob o mote de impedir toda centralização, desordem e assimetria - se desfaz; convergindo, portanto, com os interesses e necessidades que levaram à elaboração da primeira constituição republicana no Brasil, a qual admitiu o regime presidencial já com o instituto em análise.

Inicialmente os federalistas norte-americanos remetem-nos ao contexto histórico da separação dos poderes, em busca de sua teleologia e no intuito de esclarecer os equívocos que se estabeleceram em face do seu desconsideramento. Assim, dão início aos *razonamentos* esclarecendo em que acepção é essencial à liberdade a separação dos três poderes, evidenciando o contexto e, conseqüentemente, o sentido a que se ligava Montesquieu ao estabelecer suas premissas.

<sup>12</sup> O princípio da responsabilidade ministerial está historicamente relacionado com o surgimento das monarquias constitucionais, onde o Rei chefia o executivo sob a responsabilidade dos Ministros. O *Premier* assume as funções de governo, no entanto não detém representatividade e caso perca o apoio da maioria no parlamento é destituído do cargo. Como se observa, um sistema tão complexo só é possível devido a uma ordem constitucional assente no simbolismo e representatividade do monarca, da responsabilidade ministerial e dos atos de dissolução do parlamento atribuídos ao Rei e ratificado pelo primeiro ministro.

<sup>13</sup> Emília Viotti da Costa chega a destacar a tentativa dos liberais brasileiros do império de conter os abusos do monarca através da implantação do princípio da responsabilidade ministerial, fracassada com as recusas dos ministros em comparecer para prestar esclarecimentos. “Os liberais pretendiam ainda limitar o direito de veto do imperador recusando-lhe a iniciativa na elaboração e execução de leis e direção das forças armadas, que queriam subordinar diretamente à Assembléia”.

<sup>14</sup> Doravante passo à análise do capítulo 47 da obra O Federalista, com o *plus* de identificar, na origem, as primeiras ingerências do utilitarismo americano na formação do direito brasileiro.

Esclarecem, nesse ínterim, que a Constituição inglesa era a fonte primordial de observação para Montesquieu e que a mesma era encarada como o verdadeiro tipo de liberdade política, apresentando na forma de verdades elementares, os princípios característicos desse sistema em particular.

Ainda assim, num breve exame do sistema britânico, os autores revelam que os três poderes não se achavam inteiramente distintos e separados. Vários exemplos dessa confusão foram observados pelos autores estadunidenses, dentre os quais se destaca o que diz respeito ao fato de “os juízes estarem tão estritamente unidos com o corpo legislativo, que muitas vezes assistem e tomam parte nas suas deliberações embora em último resultado não tenham voto deliberativo” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 299).

Com acerto esses autores percebem que o contexto foi determinante para as elucubrações de Montesquieu, e que o levou a estabelecer, ainda que de modo genérico e equivocado, que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, sobretudo porque desconsidera que, numa democracia madura, diversos mecanismos – sociais e institucionais - de controle das ações de governo se verificam (MONTESQUIEU, 2007, *passim*).

Na Constituição de Massachusetts – exemplificam os federalistas -, encontra-se presente a disposição essencial à liberdade entre os poderes já com suficiente reserva. O magistrado executivo goza do *veto* sobre as decisões do corpo legislativo, posto que com certas limitações, e o Senado, que faz parte da legislatura, também é tribunal em caso de *impeachment* para os agentes do Executivo e para os juízes.

Desses postulados, hodiernamente, resplandece que os poderes devem ser tão independentes e separados uns dos outros, quanto o permite a natureza de um governo livre.

Esse fenômeno traduz-se no Brasil de hoje - onde o federalismo cada vez mais assume feição de Estado unitário -, através de “interpretação sistemática” das expressões “independência e “harmonia” entre os poderes, presentes no texto maior (art. 2º, CFRB/88); e a inquirição da adequação dos atos de governo com a Constituição, uma atividade necessária e permanente, de modo que, tanto quanto mais dinâmica e participativa maior grau de democracia se verifica (FREITAS, 2004, p. 62 e 182 e ss)<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Juarez Freitas esclarece que ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação. Conclui que se a interpretação é sistemática, logo também é interpretação constitucional. Esta perspectiva conduz à compreensão de que a Constituição, na medida em que se constitui num sistema jurídico, transmuta-se no próprio Direito vigente, conferindo ao mesmo a sua exata dimensão, tanto na relação com os indivíduos integrantes do elemento humano que o justifica, quanto na relação com outros Estados. Nesse diapasão, em ponto sobre “a transformação constitucional como mudança das premissas”, Michele Carducci destaca que a interpretação do texto constitucional e do fato normativo é, em verdade, a interpretação da coisa no sentido de se reconhecer o

#### 4 DOGMÁTICA DO VETO PRESIDENCIAL E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL, HOJE: REALIDADE(S) E UTOPIA DE UMA CONSTITUIÇÃO INTEGRAL

Como decorrência da distinção das funções do Estado, a incumbência de elaborar as leis passa a ser, então, do Poder Legislativo. A função legislativa se completa após o conjunto de procedimentos, que vai da *iniciativa legislativa* até a *promulgação da lei*. Desse modo é positivado o direito estatal. Esse processo pode ser analisado sob dois aspectos: o estático - compreende os atos nos seus princípios abstratos; e o dinâmico - formado desses mesmos atos postos em movimento na feitura da lei (SILVA, 2006, p. 40).

A proposição de lei consubstancia-se na existência de um ato dirigido a qualquer das Casas do Congresso, sugerindo a criação de um ato legislativo. Pode propor seus membros (individual ou coletivamente), a Mesa, uma de suas comissões ou qualquer outro órgão a que a Constituição atribua a qualidade de titular da iniciativa legislativa. Por seu turno, sanção significa a aprovação dada a uma lei pelo chefe de Estado (no caso do Brasil, o Presidente da República).

Nesse cenário, se chega à “verdade” por oposições e refutações, num exercício dialético entre tese, antítese e síntese.

Sim, é óbvio que essa dialética revela uma verdade apenas formal, muitas vezes insuficiente para situações mais elaboradas, pois nessa ótica a lei nem sempre interpreta a realidade social em sua completude segundo um princípio de justiça – fenômeno esse que reclama uma Constituição substancial, mais adequada aos meandros da realidade.

Todavia, não se pode reduzir o valor da Constituição escrita a uma mera “folha de papel”, tampouco subestimar a capacidade da linguagem escrita em traduzir-se em ação no mundo real, como defendeu Ferdinand Lassalle. De outro modo, se perpetuaria o equívoco de desconsiderar o valor da linguagem escrita, especialmente nos dias atuais (LASSALLE, 2002, p. 53 e 63)<sup>16</sup>.

---

significado da vida ou da realidade que observam. Não se trata de se distanciar do texto ou do conteúdo, mas distanciar-se das experiências simultâneas que não ditavam sentido. Por fim, adverte a autora: “A experiência constitucional é tudo isto: é contingência do processo decisório”. (CARDUCCI, 2003, p. 69).

<sup>16</sup> Ferdinand Lassalle reporta a expressão em destaque à menção de Frederico Guilherme IV, quando no ano de 1847 atribuiu a Constituição de seu país a expressão “folha escrita”.

Não se pode olvidar que as leis ordinárias, não raras vezes, buscam sustentar os interesses das classes que detém o poder político – fenômeno que F. Lassalle optou por chamar de “fatores reais de poder” -, poder esse facilmente obtido através do sufrágio da imensa maioria de ignatos, para frequentemente suprimir os interesses da coletividade em favor de um universo mais que particular (LASSALLE, 2002, p. 42).

Imediato compromisso do processo legislativo é fazer cessar o conflito, mediante debate preordenado, metodologicamente dialético, das questões de interesse público, noutras palavras questões constitucionais. Não fosse deveras necessário tal ponderação, Rui Barbosa não seria lembrado pela emblemática passagem, onde afirmara que

Se um Parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, a ponto de confundir as funções da justiça com as do Executivo, subordinar o direito de reunião à autorização prévia do governo, estabelecer a eletividade da magistratura, dar à milícia a escolha de seus oficiais, ou retirar aos tribunais ordinários os crimes de ordem comum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de tais leis, seu conflito com esse espírito de liberdade, que é a expressão geral do direito político na Grã-Bretanha, que forma, por assim dizer, a sua Constituição imanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos (BARBOSA, op. cit., p. 26).

Otto Bachof igualmente não se omite, chegando a dizer que não se deve ignorar que qualquer situação de fato e qualquer processo evolutivo podem atuar como fatores constitutivos de normas, escritas e não-escritas (BACHOF, 2008, nota de rodapé nº 43, p. 38).

No Brasil atual, o veto presidencial encontra-se positivado no § 1º do art. 66 da Constituição, permitindo que o Presidente da República recuse sanção a projeto de lei aprovado pelo Congresso, dessa forma impedindo sua transformação em lei.

O veto à brasileira, atualmente, é suspensivo ou superável. Não é um ato de deliberação negativa, do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, consequência do veto absoluto, mas é ato de recusa, do qual resulta o reexame do projeto pelo Legislativo.

Como já se antecipa, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o veto no Brasil é relativo. Significa dizer que o Presidente deverá encaminhar o projeto, acompanhado das *razões do veto*, para que seja submetido a uma nova votação, quando, então, as duas Casas, em seção única, deliberarão por maioria absoluta de cada órgão. Caso o veto seja “vencido”, a lei deverá ser sancionada.

O veto pode ser parcial ou total, conforme recaia sobre todo o projeto ou apenas sobre dispositivos, parágrafos, incisos ou alíneas; fundado na inconstitucionalidade formal e/ou material do projeto e/ou no interesse público (a inconveniência). Aquele, de caráter nomeadamente jurídico, leva em conta a incompatibilidade com lei mais alta; este, de natureza essencialmente política, analisa as vantagens e desvantagens mediadas pelos interesses em cena.

Nada obstante as possibilidades do congresso “vencer” o veto presidencial, a constituição brasileira resguarda para o presidente da república a prerrogativa de impetrar ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 103).

É necessário, pois, um órgão de cúpula capaz para interpretar a Constituição de modo ponderado e razoável, e, apenas por oportunidade e contingências fáticas, esse órgão, atualmente, encontra-se inserido no contexto do Judiciário. Todavia, o monopólio da aplicação da Constituição a todos e a ninguém é dado. Tampouco, pode a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, contrariar o sentido da justicialidade que o justifica.

É possível, pois, um veto fundamentado simultaneamente na inconstitucionalidade e no interesse público (MENDES, 2005, p. 423). No ano de 2008, o Diário Oficial da União divulgou a nova lei de consórcios, Lei nº 11.795/2008. O presidente da República sancionou esta lei com veto ao artigo que autorizava o saque de FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) para liquidação de saldo devedor ou para saque em consórcio imobiliário. Aos 10 dias de setembro daquele mesmo exercício legislativo, a proposta da nova lei foi aprovada pelo Senado da República, propondo, em seu art. 47, ampliação para o saque do FGTS, o que implicava alterar o art. 20 da Lei 8036/90, que permitia apenas aos mutuários usar o fundo para pagamentos de prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido pelo SFH (Sistema Financeiro de Habitação).

Ocorre que, mesmo presente o interesse público na manutenção do fundo, a proteção aos direitos sociais decorrentes do trabalho encontra-se plasmada no art. 7º e incisos da atual Carta Política, que devem ser interpretados de modo sistemático em relação à inteira dimensão constitucional, e destas normas decorrem o sentido e alcance do amparo ao trabalhador, o que faz desse caso de veto um exemplo claro de que a linha que separa o veto fundado no interesse público e do veto por inconstitucionalidade, não é algo tão óbvia como pretendem os autores retro assinados. Em verdade, todo ato de governo que está em

desencontro com o interesse público, jamais poderia estar de acordo com a Constituição, e vice versa.

Fato é que esse posicionamento amplia sensivelmente a jurisdição constitucional, pondo em cheque mais uma vez exclusivismos históricos, avessos a abordagens transversais da Constituição.

Noutros termos, embora seja o Supremo Tribunal Federal (STF) o “guardião” da Constituição brasileira, isto não implica dizer que os ministros sejam “donos da Constituição”<sup>17</sup>. Mesmo porque, somente será considerada válida a sua interpretação/aplicação, quando dentro dos limites da Constituição que tem vida própria, porquanto em permanente “correção” para atualização daqueles requisitos indispensáveis à manutenção da sociedade: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem de todos sem qualquer espécie de discriminação etc. (arts. 1º e 2º, CF/88)<sup>18</sup>.

Enfim, o presidente da república, até que o congresso nacional ratifique o posicionamento da suprema corte constitucional que se pronunciou de maneira inconfundível e em definitivo acerca da (in)constitucionalidade de lei ou ato de governo, ainda poderá se recusar a executá-la (EC nº 03/1993)<sup>19</sup>. Contudo, esta ideia de ampliar a participação no ato

<sup>17</sup> Data máxima vênua, a expressão jocosa em destaque constitui remissão à história do constitucionalismo inglês, quando Sir Edward Coke invoca um Direito superior à prerrogativa régia e ao Direito dos códigos: era o Direito proveniente da *common law*, de cuja interpretação os juízes eram donos e senhores. Como comprova a história, sentimento avesso à proposição inglesa, determinou o paradigma francês de um Direito escrito, por obra exclusiva do parlamento, também pernicioso quando levado ao extremo. Algo de semelhante pode ser encontrado no paradigma brasileiro de hoje, como, por exemplo, a quantidade de onze (11) ministros na Corte Constitucional brasileira: idêntica quantidade compõem a Câmara dos Lordes na Inglaterra. Entre os Lordes, os únicos habilitados a julgar são o Lord Chancelier (que preside a Câmara) e os Lords of Appeal in Ordinary. O problema é que se trata de mais um paradigma do direito comparado equivocado, porquanto a história do constitucionalismo britânico deságua na não-existência de um controle da constitucionalidade *stricto sensu* como se verifica no Brasil, tendo em vista que para os ingleses toda lei está sujeita a mudanças, sejam pelos juízes, sejam pelo Parlamento, mas em última instância, tem prevalência o Parlamento (Revolução Gloriosa de 1668), com um grau de representatividade - e de legitimidade, portanto -, incomparavelmente superior. Agrava a situação se considerarmos que no arranjo brasileiro o modo de acesso aos cargos do STF não se dá através do sufrágio popular.

<sup>18</sup> Robert Alexy utiliza a expressão “correção” que corresponde a “atualização” e se apóia na “teoria do discurso como teoria da correção prática”, esta última proposta por Robert Alexy, como forma de aclarar não apenas as possibilidades, mas também os limites da racionalidade discursiva, obtidos por meio da determinação e ponderação de três elementos: 1) a decretação de acordo com a ordem, 2) a eficácia social e 3) a correção quanto ao conteúdo (ALEXY, 2007, *passim*).

<sup>19</sup> Diferente é o sistema francês, onde se exclui o controle de constitucionalidade propriamente “jurisdicional”, admitindo, ao invés, apenas um tipo de controle de caráter puramente “político”. Isto se deve ao fato de que, como vimos, a experiência em França provou que seus juízes muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com fortes tendências absolutistas; “mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso” (CAPPELLETTI, 1999, p. 94-95). No Brasil subsiste a não-previsão para se realizar, de modo direto e espontâneo, uma consulta popular para o caso de prevalência de impasse entre os poderes, especialmente no que concerne à superação do veto presidencial, em razão da manifesta legitimidade desse mandato. Isto não seria algo novo na história do direito, considerando que desde 1919, na Constituição alemã de Weimar (art. 74), já existia a previsão para que se recorresse ao sufrágio popular em caso de impasse entre órgãos públicos dessa

de dizer a Carta Política constitui “reza de mal assombro” para ministros do STF, em que pese a festejada doutrina constitucional alemã ter tornado “de bom tom” a ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”<sup>20</sup>.

## 5 CONCLUSÕES

A diferenciação das funções de governo não serve apenas à separação, porque então surgiria uma variedade de atividades estatais isoladas, sem conexão alguma, sem que tenham o fim de produzir equilíbrio.

Historicamente, não raras vezes tais postulados foram reduzidos a meros ornamentos retóricos ao contrariarem interesses políticos não confessáveis; do mesmo modo em que se soergueram como muralhas intransponíveis em contextos distintos, mas sempre com as mesmas justificações políticas.

Atualmente, a mera faculdade do veto já constitui um importante instrumento de controle da má ação legiferante; isto, porque, o legislador sente-se constantemente compelido pela mera possibilidade de uso. Todavia, tal instrumento não constitui lança infalível contra eventuais abusos do legislativo, especialmente se a oposição é maioria no congresso.

Em decorrência da rigidez constitucional, por questão de lógica, tanto a alteração do texto constitucional, que, aliás, por isso mesmo exige um procedimento solene em relação às leis ordinárias, quanto a verificação da inconstitucionalidade arguida pelo Presidente da República, ganham a mesma importância. É nesse contexto que se tem por definido que os poderes exercem controle uns sobre os outros.

---

natureza. Por aqui, atualmente a lei que regulamenta os institutos da democracia (semi)direta é a de nº 9.709/98, a qual não contempla idêntica previsão. Todavia, a mesma doutrina alemã aprimorou, sem precedentes, o controle concentrado da constitucionalidade, em detrimento da modalidade difusa de controle. Consideremos o seguinte problema: partindo da premissa de que o Judiciário, por imposição do princípio da separação dos poderes, exerce controle apenas sobre lei vigente, e que recaindo o “veto” apenas sobre parte desse projeto, estaria esse fragmento do projeto passivo de controle judicial, considerando que formalmente ainda não é lei? E, em permanecendo o impasse, e considerando que o Executivo pode se reservar ao direito de não aplicar lei que considere inconstitucional, como e qual o instrumento mais adequado para resolução do embaraço? Tais conjecturas tendem a permanecer enquanto não se reconhecer a necessidade de se admitir a consulta popular para situações assim. Na prática, as forças políticas formam colisões para evitar situações como essas e, destarte, usurpar tal prerrogativa de participação popular, mediante negociações que nem sempre favorecem a coletividade.

<sup>20</sup> Alusão à proposta difundida na Europa de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, *passim*). Há que se registrar que o atual presidente da suprema corte brasileira, tradutor desta obra de P. Härbele no Brasil é contra o controle de constitucionalidade difuso por meio da ação civil pública, sob a justificação que se estaria diante de uma “absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal” (MENDES, 2005, p. 195-205).

A tentativa de reduzir a complexidade do Poder Estatal com a tripartição dos poderes foi (e continua sendo) apenas um experimento possível para limitar as possibilidades de abuso do poder. Entretanto, a façanha, naturalmente, esbarrou numa situação paradoxal, consubstanciada no embate entre “poderes” que compõem um único corpo de poder.

Eis um problema fundamental da Democracia moderna: ora o poder estatal é uno, indivisível; ora é tripartite. Por seu turno, a tentativa de saneamento da vulnerabilidade do poder é válida e necessária; contudo, tem-se, por imposição, uma equação irresolúvel por natureza. Isto porque a empreitada de se construir raciocínios a partir de observações empíricas implica no risco de se desconsiderar a natureza metafísica das coisas humanas.

Embora se confunda com parte da filosofia, a metafísica apresenta um corpo de conhecimentos racionais (e não de conhecimentos revelados ou empíricos) em que se procura determinar as regras fundamentais do pensamento (aquelas de que devem decorrer o conjunto de princípios de qualquer outra ciência, e a certeza e evidência que neles reconhecemos) que nos dá a chave do conhecimento do real - em oposição à aparência, tal como este verdadeiramente é.

A Constituição Integral e a Hermenêutica Constitucional Integrativa não só (re)estabelece a independência, mas também a harmonia dos poderes. Nesse sentido, se o direito dos tribunais declarar a nulidade dos atos da legislatura não importava na ideia equivocada de sustentar-se a superioridade do poder judicial frente ao Legislativo, muito menos o será o Executivo frente ao Legislativo.

Não se pode pensar uma Constituição que não constitui ou que constitui apenas para certo número de pessoas, quando, na prática, por exemplo, as leis penais, não excluem um único indivíduo sequer de sua eficácia.

Do mesmo modo que não se pode pensar uma estrutura estática e absoluta em si. Até é possível dizer que depois de estruturadas as formas podem influir moderadamente nos conteúdos. Contudo, a verdadeira ebulição dá-se no centro dos conteúdos sociais envolvidos pelas estruturas e irradiam-se e rompem novos rumos - processos epistemológicos e fatores reais do poder sistematizam as transformações que ao final vão firmar.

Nesses termos, se por um lado sistematizar é tornar cognoscível, por outro, também pode implicar em um risco não desejável ao avanço da liberdade de expressão, especialmente se esse processo não é bem conduzido. A esta tarefa condutora que reputamos a finalidade da Hermenêutica Constitucional Integrativa que propomos.

Em verdade, por todo o exposto, o conceito de Estado é uma premissa em permanente transformação. O caráter de territorialidade já não é mais tão relevante a esta

compreensão de jurisdição constitucional, pois que a abrangência de uma Constituição é ditada pela comunidade a quem ela se dirige, numa época em que o cidadão se torna cada vez mais ativo e universal. O mesmo se segue em relação à ideia de soberania dos Estados.

A relativização das fronteiras nacionais, a abertura das Constituições é algo inevitável, até porque a ideia de humanidade não mais é a soma total de pessoas que habitam um dado território, mas é a própria história progredindo na direção do estado de liberdade e/ou de razão (cf. art. 5º, § 3º, CFRB/88). Desse modo, já é possível falar numa Constituição suprema e universal, capaz de transitar através dos satélites, inclusive - as redes de relacionamentos virtuais são um bom exemplo disto.

É, pois, a Constituição, o direito metaindividual (complexo), de titularidade difusa, fundante e fundada pela cidadania nacional e/ou da *civitas máxima*, a depender do contexto em que se busca sua eficácia. Em caso de colisão entre normas macro e micro, prevalece a norma mais abstrata, ou seja, a mais universal, atualmente coincidente com as normas de direito internacional.

Nesse contexto de transformações, não se poderia defender a higidez da tipicidade de funções e, com isso, “descomunicar”, estreitar e romper as conexões da linguagem, criar um vácuo, um “buraco negro” suficiente para impedir a constitucionalidade dos atos públicos e privados.

Por fim, há que se reconhecer o fato de que estamos constituídos e, por isto, existe uma Constituição formalmente elaborada. Por outro lado, urge perceber que, desde um dado momento da cultura jurídica escrita, a legalidade assumiu algum teor pedagógico; passando (em favor ou contra o desenvolvimento humano) a influir e até condicionar comportamentos sociais: a “constituição” dá-se por vários caminhos, enfim. Nisto reside o controle da constitucionalidade veiculado nesta investigação: numa dialética perene, “em busca da batida perfeita” e por uma Constituição inteira e uma hermenêutica constitucional integrativa, com e para além da cultura dos códigos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Derley Menezes. **Imaginação e Razão no Tratado da Natureza Humana**. 2004. 108 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa (investigador da Faculdade de Direito de Coimbra). Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los limites del lenguaje normativo**. Ciudad de Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea, 2001. [1ª reimpressão. 1ª Edição 1973]

CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Trad. de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional**. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. L. Favoreu et al. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-662.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: SAFe, 1999.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**. Momentos decisivos. São Paulo: Unesp, 2007.

DELEUZE, Gilles. **Em que se pode reconhecer o estruturalismo?** *In*: A ilha deserta: e outros textos. ORLANDI, Luiz B. L. (Org.). São Paulo: Iluminuras, 2006.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Realidades institucionais e sentido das palavras**. *In*: Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. de Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Trad. de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad. de Hiltomar M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. [Biblioteca Tempo Universitário 75]

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

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade.** In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coordenado por Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. II

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Porto Alegre: SAFe, 2004.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Trad. de Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006. [Coleção Justiça e Direito]

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** Prólogo de Pedro de Vega. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución.** Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala. Madrid, Espanha: Alianza Editorial, 2003. [4. reimp.]

SANTOS, Fábio Bezerra dos. **A ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde na Constituição de 1988.** 2008. 325 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRAWSON, G., **The Secret Conexion: Causation, Realism and David Hume**. Oxford: Clarendon, 1992.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, v. 2.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Vários textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. [Coleção Os Pensadores]

## **FULL CONSTITUTION, CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS INTEGRITY AND JUDICIAL REVIEW DONE BY BRAZILIAN EXECUTIVE POWER WITH THE FACULTY OF PRESIDENTIAL VETO**

### **ABSTRACT**

In the present opportunity, it is presented the basis of a starting research, but which already shows substrate for a future confrontation. It is clear, therefore, the need of a catalyst hermeneutic capable to link (every day and in every case) the infinite constitutional luminance, passing by one moment through rules, the next through principles, reinforcing the idea of a juridical tradition situated between the writing of law codes and the symbolic relations, mediated by the language, where legal postulates affect and are found. Thus, despite of the major constitutional duty of the Judiciary to exercise control over the constitutionality of laws, the President is granted the veto power to reject the bill approved by Congress as it considers unconstitutional or offensive to public policy. Overcome this abstraction with empirical approach, it proposes to consider the control of constitutionality by the

President held in the Brazilian legal system with the exercise of the power of veto, in order to submit an application of the theory that it proclaims. Finally, this article intends to investigate the efficacy of constitutional law control undertaken by the Brazilian federal executive with the veto power, from the perspective of Constitutional Theory and Constitutional Hermeneutics Integral Integrative now proposed, in order to answer the current constitutional expectations.

**Keywords:** Integral Theory of the Constitution, Constitutional Hermeneutics Integrative, Control of Constitutionality, Presidential veto.



## **SOBRE O ESTADO DE NATUREZA E O ESTADO CIVIL: UM DIÁLOGO ENTRE THOMAS HOBBS E IMMANUEL KANT**

**Andreza Barreto Leitão\***

### **RESUMO**

*No presente trabalho, busca-se trazer à luz as relações entre Estado, Sociedade Civil e garantias de liberdade tendo em vista a evolução do pensamento político a esse respeito. Para tanto, tomou-se como parâmetro a passagem do estado de natureza ao estado civil segundo as concepções de Thomas Hobbes e de Immanuel Kant, levando-se em consideração as influências e os respectivos contextos históricos em que os arcabouços teóricos de cada autor foram erigidos. O primeiro deles veria tal passagem como fruto de um cálculo interessado, o segundo, como resultado de um dever-ser.*

**Palavras-chave:** Estado de Natureza. Estado Civil. Pensamento hobbesiano. Pensamento kantiano.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo pôr em diálogo as contribuições teóricas de Thommas Hobbes e Immanuel Kant no que tange às relações entre Estado, Sociedade Civil e garantias de liberdade. Assim, delimitou-se como objeto de estudo as análises da passagem do estado de natureza ao estado civil, de acordo com a abordagem de ambos os autores.

O primeiro capítulo se destina a traçar considerações acerca dos respectivos contextos históricos e influências em que os arcabouços teóricos de cada autor foram erigidos,

---

\* Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF).  
Graduanda em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

situando Thomas Hobbes como um partidário do Absolutismo monárquico e Immanuel Kant como membro da corrente Iluminista de pensamento.

No segundo capítulo, destaca-se a análise da conceituação de Estado e de pacto social segundo os dois autores, considerando-se a adoção de um por uma abordagem empirista e utilitarista e a de outro por um viés racionalista e moralista. Hobbes veria a passagem do estado de natureza para o estado civil como fruto de um cálculo interessado, enquanto Kant a encararia como resultado de um dever-ser.

## 2 DAS IMPLICAÇÕES ENTRE ABSOLUTISMO E PENSAMENTO HOBBSIANO, BEM COMO ENTRE ILUMINISMO E PENSAMENTO KANTIANO

Antes de iniciarmos uma comparação, confrontando as concepções de Thomas Hobbes e Immanuel Kant acerca do que seria o estado de natureza bem como o estado civil, creio ser conveniente traçar o contexto histórico (espaço-temporal) em que se erigiram as biografias de ambos pensadores a fim de melhor compreender seus respectivos arcabouços teóricos, enquanto produtos de épocas distintas, obviamente, levando-se em conta as principais influências que sofreram.

### 2.1 Hobbes e o Absolutismo

*“Acostuma-te à lama que te espera!  
O homem, que, nesta terra miserável,  
Mora entre feras, sente inevitável  
Necessidade de também ser fera”.*  
(Augusto dos Anjos)

Filósofo e cientista político inglês, Thomas Hobbes nasceu em Westport, hoje parte de Malmesbury, no Wiltshire (Condado), em 5 de abril de 1588, e faleceu em 4 de dezembro de 1679<sup>1</sup>. Teve sua infância marcada pelo medo da invasão da Inglaterra pelos espanhóis, ao tempo da rainha Elizabete I (1558-1603).

<sup>1</sup>Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas\\_Hobbes](http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Hobbes)>. Acesso em: 05 jul. 2010.

Pode-se dizer que Hobbes é empirista e racionalista. Ele põe em prática o empirismo nas suas observações e conclusões sobre a natureza humana, mas faz uma análise dos conceitos e do raciocínio que é dedutiva, racionalista, sobretudo em ciência política.

Contestando Descartes, Hobbes pergunta: de onde viria o conhecimento da conjectura "eu penso"? Ora, uma vez que não podemos conceber qualquer ato sem seu sujeito, assim também não podemos conceber o pensamento sem uma coisa que pense... Donde se segue "que uma coisa que pensa é alguma coisa de corporal".<sup>2</sup>

Hobbes recorda em sua autobiografia que, numa roda de intelectuais, alguém perguntou "O que é o sentido"? e ninguém soubera responder. Então lhe ocorreu que se as coisas materiais e todas as suas partes estivessem em repouso ou movimento uniforme, não poderia haver distinção de nada e conseqüentemente nenhuma percepção: assim a causa de tudo está na diversidade do movimento. Lançou essa ideia em seu primeiro livro filosófico, "Uma Curta Abordagem a respeito dos Primeiros Princípios". Ele então planejou uma trilogia filosófica: *De Corpore*, demonstrando que os fenômenos físicos são explicáveis em termos de movimento e que seria publicado em 1655; *De Homine*, tratando especificamente do movimento envolvido no conhecimento e apetite humano, que seria publicado em 1658, e *De Cive*, a respeito da organização social, que seria publicado em 1642.

Em 1637, Hobbes retornou à Inglaterra que se achava às vésperas da guerra civil. Decidiu publicar primeiro o trabalho que pensava publicar por último, o *De Cive*. Este circulou em cópia manuscrita em 1640 com o título "Elementos da Lei Natural e Política", parte I sobre o homem e parte II sobre a cidadania. Continham sua doutrina (vide abaixo) que depois seria publicada impressa em *De Cive* e *O Leviatã*. O manuscrito irritou os monarquistas porque falava em um contrato social e os parlamentaristas porque pregava o absolutismo.

Hobbes, indubitavelmente, é considerado um dos maiores defensores do absolutismo<sup>3</sup>, regime político que baliza o início da idade moderna, com a unificação dos Estados Nacionais, dissolvendo a sociedade medieval, até então de caráter eminentemente pluralista. Vale ressaltar que o direito segundo o qual se regulava a sociedade medieval se originava de diferentes fontes de produção jurídica – a saber: 1) o costume (direito consuetudinário), 2) a vontade da classe política que detém o poder supremo (direito legislativo), 3) a tradição doutrinária (direito científico) e 4) a atividade das cortes de justiça

<sup>2</sup> Disponível em: < [www.cobra.pages.nom.br](http://www.cobra.pages.nom.br)>. Acesso em: 05 jul. 2010.

<sup>3</sup> De acordo com Bobbio "De um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de Absolutismo como aquela forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores" (BOBBIO, 1999, p. 2).

(direito jurisprudencial) – bem como estava organizado em diversos ordenamentos jurídicos originários e autônomos, que se articulavam, seja acima da esfera de poder do príncipe<sup>4</sup>, seja abaixo daquela, nos feudos, comunas e corporações. Tal forma de organização conferiria um equilíbrio recíproco entre os vários poderes vigentes naquela sociedade.

O Estado que viria a se erigir no séc. XVI traz consigo, já a partir de suas próprias origens, a tendência para colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não conhece acima de si nenhum poder superior. Este poder do Estado foi chamado de soberania, e a definição tradicional de soberania, que se adequa perfeitamente à supremacia do Estado, sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *Potestas Superiorem Non Recognoscens*.

Desta forma, em seu processo de constituição, as monarquias absolutas visavam à unificação de todas as fontes de produção jurídica na lei, expressão da vontade do soberano (rejeitando, assim, as fontes tradicionais do direito) e à unificação de todos os ordenamentos jurídicos inferiores e superiores ao Estado, no ordenamento jurídico estatal, também, designado a expressar a máxima vontade do príncipe, a qual só agiria de forma livre e ilimitada após o desligamento em relação aos poderes superiores e universais da Igreja e do Império e a absorção dos ordenamentos jurídicos inferiores, obtida através da luta do Rei contra os senhores feudais, contra as autonomias comunais e os privilégios das corporações.

Na consolidação da Monarquia absoluta, enquanto forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, tampouco outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei, ou seja, onde o poder estatal se torna absoluto, sendo o único capaz de produzir direito, não conhecendo outros direito senão o seu próprio, nem conhecendo limites jurídicos que o cerceiem, nota-se a extrema importância da contribuição teórica de Thomas Hobbes. Em suas principais obras, *De Cive* e *Leviatã* encontra-se: 1) a teoria segundo a qual a Igreja não constitui um ordenamento superior ao ordenamento estatal; 2) a afirmação de que, nas relações dos Estados entre si (direito internacional), não existe nenhum poder superior aos Estados singulares e que, portanto, vale entre eles o estado de natureza, quer dizer, o estado segundo o qual não existe outro direito a não ser o do mais forte; 3) a tese de que os ordenamentos jurídicos inferiores ao Estado somente adquirem relevância jurídica através do reconhecimento do soberano, motivo pelo qual, não podem ser considerados ordenamentos originários nem autônomos.

---

<sup>4</sup> Isto é, na Igreja e no Império.

Outrossim, em outra obra sua, inacabada, intitulada *Diálogo Entre um Jurista e um Filósofo* é defendida a teoria segundo a qual a única fonte do direito é a vontade do soberano, buscando superar a supremacia do direito consuetudinário, então vigente na Inglaterra.

Falarei mais detidamente sobre o Leviatã, mais adiante, ao discorrer sobre as concepções do estado natural e do estado civil hobbesianos.

## 2.2 Kant e o Aufklärung

*“Miséria e injustiça acabarão por desaparecer se for permitido à pura luz da razão penetrar nas cavernas escuras da ignorância, da superstição e do ódio”.*

(Desiderius Erasmus)

Kant<sup>5</sup> (1724 – 1804) nasceu, estudou, lecionou e morreu em Königsberg. Jamais deixou essa grande cidade da Prússia Oriental, cidade universitária e também centro comercial muito ativo para onde afluíam homens de nacionalidade diversa: poloneses, ingleses, holandeses. Sua vida foi austera (e regular como um relógio). Levantava-se às 5 horas da manhã, fosse inverno ou verão, deitava-se todas as noites às dez horas e seguia o mesmo itinerário para ir de sua casa à Universidade.

Kant sofreu duas influências contraditórias: a influência do pietismo, protestantismo luterano de tendência mística e pessimista (que põe em relevo o poder do pecado e a necessidade de regeneração), que foi a religião da mãe de Kant e de vários de seus mestres, e a influência do racionalismo: o de Leibnitz, que Wolf ensinara brilhantemente, e o da Aufklärung (a Universidade de Königsberg mantinha relações com a Academia Real de Berlim, tomada pelas novas ideias). Acrescentemos a literatura de Hume que "despertou Kant de seu sono dogmático" e a literatura de Rousseau, que o sensibilizou em relação do poder interior da consciência moral.

Immanuel Kant é, portanto, considerado um dos principais representantes do Esclarecimento<sup>6</sup>, período caracterizado pela atitude crítica. Pessoa crítica é a que tem posições independentes e refletidas, é capaz de pensar por si própria e não aceita como verdadeiro o simplesmente estabelecido por outros como tal, mas só após o seu exame livre e fundamentado. Desse modo, para o autor:

<sup>5</sup> Disponível em: < [http://en.wikipedia.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://en.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant)>. Acesso em: 5 jul. 2010.

<sup>6</sup> Em alemão, Aufklärung; também conhecido como Iluminismo.

Esclarecimento (Aufklärung) é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem de *servir-se de si mesmo* sem a direção de outrem. *Sapere Aude!* Tem coragem de fazer uso de teu próprio entendimento, tal é o lema do Esclarecimento. (KANT, 1985, p. 100)

Uma época esclarecida é aquela em que os homens atingem a sua maioridade pela capacidade não só de pensarem autonomamente, mas também de não se deixarem manipular e dominar. Em vista disso, ela é um estágio alcançável com dificuldade, o que levou Kant a dizer que sua época não era ainda uma época esclarecida, mas algo que poderia ser traduzido como “em via de esclarecimento” (KANT, 1985, *passim*).

Os homens atingem essa etapa por si sós, lentamente, desde que não cedam à covardia e à preguiça, não se deixem tutorar, nem sejam impelidos a atingí-la mediante artifícios e pelo emprego da força. A liberdade é o espaço adequado ao esclarecimento. Por ter sido fundado no ímpeto do homem à liberdade, o Esclarecimento foi o principal movimento do pensamento moderno, que ainda hoje nos situa num horizonte comum ao de Kant.

Em virtude de ter sido mais crítico que seus contemporâneos, Kant não absolutizou a sua época como a época de apogeu da razão, mas antes como aquela na qual descobriu critérios para a avaliação do desenvolvimento humano através de ideias entendidas como instrumentos heurísticos de comparação histórica<sup>7</sup>.

Desse modo, as reflexões de Kant constituem-se como contribuições plenamente atuais. Só enquanto não crermos cegamente na razão e na ciência poderemos compreender fenômenos de decadência, como o totalitarismo, ou de novas barbáries e violência, como guerras e a corrida armamentista. A atitude crítica, para se manter, precisa reconhecer os limites da razão. Sem essa consciência, a razão pretender-se-á onisciente e onipotente, tornando-se dogmática e autoritária, perderá seu necessário vínculo com a liberdade e se converterá em irrazão, sob a ilusão de parecer conhecer e de parecer racional.

<sup>7</sup> Por exemplo, a ideia de uma comunidade humana universal em face das etapas concretas em que a humanidade se encontraria.

### 3 DAS DIVERGENTES VISÕES DE HOBBS E KANT A RESPEITO DO ESTADO DE NATUREZA E DO ESTADO CIVIL DA SOCIEDADE

*“Acostuma-te à lama que te espera!  
O homem, que, nesta terra miserável,  
Mora entre feras, sente inevitável  
Necessidade de também ser fera”.*  
(Augusto dos Anjos)

No Leviatã de Hobbes, temos uma boa explanação das noções de estado de natureza e estado civil segundo o autor. De certo modo, o estado de natureza hobbesiano deve ser compreendido como um experimento de pensamento (*Thoughtexperiment*<sup>8</sup>), ou seja, como um estado puramente imaginário, colocado como simples hipótese, válida para demonstrar as consequências nefastas que ocorreriam aos homens na ausência do estado civil. Entretanto, situamos Hobbes como adepto da tradição do empirismo inglês, de tal modo que, ao lado da afirmação de que não está querendo dizer que esse estado natural seja um evento real na história do homem, ele igualmente se preocupa em aduzir alguns indícios empiricamente verificáveis de que é assim que as coisas se passam quando não há uma autoridade externa, conforme analisaremos a seguir.

Segundo Hobbes (1974, p. 78-79), os homens, em seu estado natural, viviam em constante guerra de todos contra todos, não tendo, portanto, prazer algum em desfrutar da companhia um do outro – ao contrário, tinham enorme desprazer. Assim, no momento em que dois homens desejassem uma mesma coisa, seja, esta necessária à sua conservação (alimentos, etc.), seja por mero capricho, eles disputariam por ela até a morte – aqui podemos inferir a assertiva do autor: *“Homo homini lupus”*, de onde é percebida sua intenção de fundar um conceito de natureza humana, que, nesta perspectiva seria má e imutável, uma vez que,

<sup>8</sup> O termo “experimento de pensamento”, amplamente utilizado na filosofia, designa um processo de idealização, solipsista e a-histórico, que, por definição, não seria comprovável na realidade. É, portanto, uma espécie dispositivo da imaginação utilizado para investigar a natureza das coisas. Mas vale lembrar que seu uso não é verificado apenas em teóricos racionalistas, mas também por empiristas (como é o caso de Thomas Hobbes). Segue uma lista com algumas das experiências de pensamento bem conhecidas para exemplificarmos sua enorme influência e importância nas ciências: balde de Newton, o demônio de Maxwell, o elevador de Einstein, microscópio de raios gama de Heisenberg, o gato de Schrödinger. O mesmo pode ser dito em relação a sua importância na filosofia. Grande parte da ética, da filosofia da linguagem e filosofia da mente está firmemente baseada nos resultados de experiências de pensamento. No século XVII fora utilizado por alguns dos seus pensadores mais brilhantes como Galileu, Descartes, Newton e Leibniz. E em nosso tempo, a criação da mecânica quântica e da relatividade são quase impensáveis sem o papel crucial desempenhado pelas experiências de pensamento. A filosofia contemporânea, ainda mais que as ciências, seria severamente empobrecida sem eles. (Fonte: <<http://plato.stanford.edu/entries/thought-experiment/>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

mesmo em sociedade civil “os homens ao se recolherem trancam-se em suas casas” e, mesmo em casa, trancam seus cofres, não confiando em seus concidadãos, parentes ou criados<sup>9</sup> (HOBBS, 1974, p.80).

Nesta concepção de natureza humana é determinante o conceito de vontade (ou *conatus*). Para Hobbes (1974, p. 41,42), a vontade não é entendida como uma inclinação racional, porém como uma força de pulsão, que, contrapondo-se aos processos vegetativos, está ligada à representação. De sua perspectiva mecanicista, Hobbes (1974, p. 43) afirma que todos os seres vivos, inclusive o homem, são matéria em movimento, o choque de átomos explicaria tudo, até mesmo a vida. Desta forma, é da vontade, a força genética do comportamento, que se expressa o movimento humano específico, a ação. A vontade é um impulso original ou “começo interno” do movimento animal para se aproximar do que lhe causa satisfação ou para fugir do que lhe desagrada (HOBBS, 1974, p. 36). Essa vontade impulsiona o homem a vencer, sempre, a sobreviver. A vida começa com a vontade positiva, o desejo. Em termos de vida social, ultrapassar o outro é fonte primordial de satisfação, por isso estar continuamente ultrapassado é miséria, enquanto ultrapassar continuamente quem está adiante é felicidade, de acordo com a aceção hobbesiana. Ainda segundo Hobbes (1974, p. 78):

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem [...] mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim [...] a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável [...]. [...] Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, [...] por secreta maquinação, [...] aliando-se com outros [...] Quanto às faculdades o espírito [...] encontro entre os homens uma igualdade ainda maior [...]. Porque a prudência nada mais é do que experiência, que um tempo igual igualmente oferece a todos os homens, naquelas coisas a que igualmente se dedicam.

Nota-se que ele não afirma que os homens são absolutamente iguais, mas que “são tão iguais [...] que [...]”, ou seja, são iguais o bastante para que todos tenham a mesma capacidade de matarem e de serem mortos. Todo homem é opaco aos olhos de seu semelhante – o indivíduo “A” não sabe o que o outro, indivíduo “B”, deseja, e por isso deve fazer uma suposição de qual será a atitude mais prudente, mais razoável. Como “B” também desconhece as intenções de “A”, também é forçado a supor o que ele fará. Dessas suposições recíprocas

<sup>9</sup> Fica patente, nesse trecho, o tratamento empírico do autor sobre o tema.

decorre que mais razoável para um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou, simplesmente, para evitar um ataque possível.

Seguindo essa mesma lógica, deduz-se ainda que no estado de natureza, também não existe propriedade, pois:

[...] se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham com forças conjugadas para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto do seu trabalho, mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros. (HOBBS, 1974, p. 79)

O direito natural<sup>10</sup> (*jus naturale*) que aqui vigora “[...] é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para preservação de sua [...] vida; e conseqüentemente de fazer tudo o que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a este fim” (HOBBS citado por RIBEIRO, 2000, p. 78). Ou seja, é um direito a tudo, que ao mesmo tempo é um direito a nada, uma vez que:

[...] a condição do homem [...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se que, em tal situação, todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar esse direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem [...] a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. (HOBBS, 1974, p. 82)

Retornando à argumentação anterior, levando-se em conta que, segundo a teoria mecanicista, a vontade seja um campo de forças em que a paixão ou o desejo mais forte se impõe e determina a ação correspondente; entendendo-se esta paixão mais forte como o medo da morte, dela deriva a ação voltada para a constituição do pacto social. Porém, a tradição, mesmo aristotélica, concebe vontade, enquanto princípio de vida inteligente e teleológica,

<sup>10</sup> Bobbio explica que, segundo a teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo, “[...] o poder do Estado tem um limite externo: que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo) existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação desta ou daquela comunidade política. Estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los, não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício” e ainda acrescenta que “ O Estado que se modela segundo o reconhecimento dos direitos naturais individuais é o Estado liberal, no sentido originário da palavra” (BOBBIO, 1984, p. 15-16).

como o poder de refletir e determinar a ação em conformidade com o que é bom<sup>11</sup>. Já de acordo com Hobbes:

[...] seja qual for o objeto do apetite ou desejo de qualquer homem, esse objeto é aquele que cada um chama bom; ao objeto de seu ódio e aversão chama mau e ao de seu desprezo chama vil e indigno. Pois as palavras “bom”, “mau” e “desprezível” são sempre usadas em relação à pessoa que as usa. Não há nada que o seja simples e absolutamente, nem há qualquer regra do bem e do mau que possa ser extraída da própria natureza dos objetos. Ela só pode ser tirada da pessoa de cada um (quando não há Estado) ou então (num Estado) da pessoa que representa cada um [...]. (HOBBS, 1974, p. 37)

A contradição interna do sistema de Hobbes está no fato de ele categorizar “bom” como sendo o desejo mais forte de cada um, quando na realidade não há qualquer reflexo nisto. Constituir o estado civil por medo da morte, cedendo simplesmente ao impulso, não tem absolutamente nada de valorativo, ou seja, de “bom”, em sua real acepção, como aquilo que deva ser escolhido com base em razões.

A concepção de vontade como um campo de forças não encontra sentido no âmbito das teorias contratualistas, nem mesmo na hobbesiana, haja vista que o contrato baseia-se no fundamento voluntarista do poder, por conseguinte, ninguém pode ter o poder supremo sobre a vida e a morte dos outros homens caso os mesmos não tenham aceitado livremente este poder, ou seja, se não estiver baseado na própria vontade daqueles que devam submeter-se a ele. Assim, o contrato pode ser compreendido como uma lei autônoma, sendo erigida através da auto-determinação racional e correspondendo à forma universal de uma vontade boa. O contratualismo só faz sentido diante de homens capazes de decidir livre e racionalmente sobre um determinado modo de organizar sua vida em sociedade.

Prosseguindo à abordagem hobbesiana, vimos que a vontade (ou *conatus*) provoca a guerra de todos contra todos, posto que ela é imanentemente egoísta, constituindo-se num perpétuo e inquieto desejo de poder e mais poder que só termina com a morte. Esse esforço egoísta é centrado, contraditoriamente, ao seu oposto, a ameaça constante à própria vida. Numa tal situação “[...] a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta” (HOBBS, 1974, p. 80). O contrato social, assim, surgiria para pôr término a este nefasto estado de barbárie. Segundo Hobbes (1974, p. 81-89), o desejo de viver em segurança e o

<sup>11</sup> Noção encontrada em: ARISTÓTELES, 2004, passim.

desejo de conforto material<sup>12</sup> impulsionaram a razão humana a criar as leis de natureza por meio das quais se constituiria um contrato para sair deste estado de coisas indesejáveis. Ressalta-se que aqui a razão tem um significado secundário, meramente instrumental, enquanto as paixões são a força motivadora determinante da ação, pela qual se resultará o contrato.

A vontade obedece à Razão, segundo o racionalismo clássico. No entanto, para Hobbes ela é apenas apetite. Um determinismo mecanicista regeria não só os movimentos do universo com também a atividade psicológica do homem. O livre arbítrio não passaria de ilusão: seria apenas uma expressão destinada a ocultar a ignorância das verdadeiras causas das decisões humanas. As leis não são deduzidas por Hobbes de um instinto natural, nem de um consentimento universal; elas seriam imutáveis por constituírem conclusões tiradas do raciocínio. Tal postulado talvez faça de Hobbes um pioneiro do utilitarismo, porque justifica a obediência moral, ou seja, a entrada no estado civil, como meio para uma vida social pacífica e confortável.

[...] é um preceito ou regra geral da razão que todo homem deve esforçar-se para paz, na medida em que tenha esperança de conseguí-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental da natureza, isto é, procurar a paz, e segui-la. A segunda encerra a suma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defender-nos a nós mesmos. Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar o seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens com a mesma liberdade que os outros homens permite em relação a si mesmo. (HOBBS, 1974, p. 82- 83)

Percebe-se que este é um contrato de alienação, através dele, os indivíduos são destituídos dos seus direitos naturais em favor do soberano. Ocorre ainda que, quando se faz um pacto em que uns confiam nos outros, na condição de simples natureza – que é uma *“condição de guerra de todos [...] contra todos [...] – , a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo”* (HOBBS, 1974, p. 86). Assim, tem-se que:

<sup>12</sup> Posto que no estado de natureza não havia propriedade e cada um conservava seus “bens” na incerteza, podendo um mais forte tomá-los quando quisesse.

[...] mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos [...] numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...] como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida em uma só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, [...] daquele Deus Mortal, ao que devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.” [...] “Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos. (HOBBS, 1974, p. 109–110)

O estado civil se erige a partir do pacto social hobbesiano, a saber, um pacto de submissão, posto que será caracterizado pelo poder ilimitado do governante, o qual não reconhece poder superior ao seu, reinando absoluto. Ele é o soberano e todos os demais são os súditos, devendo sempre obedecer-lhe, haja vista que são também “autores” de suas ações e, pelo fato de ser o Estado representante de sua vontade, devem julgar bom tudo o quanto ele fizer, pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força, que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.

Dentro da perspectiva hobbesiana, sendo a natureza humana má, fazia-se necessário um Estado controlador que, dotado do monopólio do uso legítimo da força, pudesse impor pela força da espada o cumprimento das leis, de modo que, o benefício de não cumprir as leis – ou seja, liberdade autonomia de seus atos etc. – deveria ser menor que a penalidade por seu descumprimento, pondo a todos em temor.

Nota-se, entretanto, que as leis não pesam sobre o soberano, seu poder tem de ser ilimitado, pois se ele sofrer alguma limitação, se o governante tiver de respeitar tal ou qual obrigação, por exemplo, se tiver que ser justo – então quem irá julgar se ele está sendo ou não justo? Quem julgar terá também o poder para julgar se o príncipe continua príncipe ou não – portanto será, aquele que julga, a autoridade suprema, não o soberano. Não há alternativa: ou o poder é absoluto, ou continuamos na condição de guerra entre poderes que se enfrentam. Para instituir o poder absoluto, Hobbes concebe um contrato *sui generis*. Observamos que o soberano não participa do contrato – este é firmado apenas pelos que vão se tornar súditos e não pelo beneficiário. Por uma razão simples: no momento do contrato ainda não existe

soberano, que só surge devido ao contrato. Disso resulta que ele se reserva fora dos compromissos, isento de qualquer obrigação.

Uma vez que o Estado se constitui como o poder magno perante seus súditos, também externamente ele não reconhecerá poder superior que venha a regular suas ações, de modo que, nas relações dos Estados entre si, valerá o estado de natureza, isto é, o Estado segundo o qual não existe outro direito a não ser o do mais forte.

Nesse estado civil hobbesiano, a liberdade e a igualdade serão preteridas, por serem valores, a seu ver, retóricos (RIBEIRO, 2000, p. 66). Ainda de acordo com Ribeiro (2000, p. 66): “A igualdade, já vimos, é o fator que leva à guerra generalizada. Dizendo que os homens são iguais, Hobbes não faz uma proclamação revolucionária contra o antigo regime (como fará a Revolução Francesa: ‘todos os homens nascem livres e iguais...’)”, mas simplesmente afirma que dois homens podem querer a mesma coisa e por isso todos vivemos em tensa competição (HOBBS, 1974, p. 78).

Outrossim, em sua definição de liberdade como uma determinação física, aplicável a qualquer corpo, Hobbes praticamente retira todo o valor da liberdade como clamor popular, como um princípio pelo qual os homens lutam e morrem. Para o autor “Liberdade significa, em sentido próprio, ausência de oposição [...] e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais” (HOBBS, 1974, p. 130). Ao que acrescenta: “[...] é coisa fácil os homens se deixarem iludir pelo especioso nome de liberdade e, por falta de capacidade de distinguir, tomarem por herança pessoal e direito inato seu aquilo que é apenas direito do Estado” (HOBBS, 1974, p. 132).

Resta, porém, uma liberdade ao homem. O Estado fora criado com o intuito de salvaguardar a vida, assim, dando poderes ao soberano, a fim de instaurar a paz, o homem só abriu mão de seu direito para proteger a própria vida, se isso não for atendido pelo soberano, o súdito não lhe deve mais obediência – não porque o soberano violou algum direito (isso é impossível, pois o soberano não prometeu nada), mas simplesmente porque desapareceu a razão que levava o súdito a obedecer. Esta é a verdadeira “liberdade do súdito”, pois, em tal situação, ele retornaria ao estado de natureza<sup>13</sup>. Observa-se, contudo, que o soberano não perde a soberania se não atende aos caprichos de cada súdito. Mas, se deixa de proteger a vida de um determinado indivíduo, este indivíduo – e só ele – não lhe deve mais sujeição. Já os outros não podem aliar-se ao desprotegido, porque o governante continua a protegê-los.

<sup>13</sup> Em tal situação seria prudentemente (ainda que não moralmente) aceitável uma desobediência civil.

Como vimos anteriormente, a entrada no estado civil é determinada não apenas pelo medo de morte violenta, mas também pela esperança de ter vida melhor e mais confortável. O conforto, em grande parte, deve-se à propriedade. A sociedade burguesa, que no tempo de Hobbes já luta para se firmar, estabelece a autonomia do proprietário para fazer com seu bem o que bem queira. Na idade média, a propriedade era um direito limitado, porque havia inúmeros costumes e obrigações que a controlavam. Mas, nos tempos modernos, o proprietário adquire o direito não só ao *uso* de seus bens e aos seus *frutos* (ou seja, ao *usufruto*), com também ao *abuso*: isto é, ao direito de alienar o bem, de destruí-lo, vendê-lo, ou doá-lo (RIBEIRO, 2000, p. 72). Hobbes (1974, p 50-51) reconhece o fim das velhas limitações feudais à propriedade, mas, ao mesmo tempo, estabelece um limite muito forte à pretensão burguesa de autonomia. Como a propriedade surge pelo beneplácito do Estado,

[...] ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano. Bem o sabiam os antigos, que chamavam Nómos (quer dizer, distribuição) ao que chamamos lei, e definiam justiça como a distribuição a cada um do que é seu. Nesta distribuição, a primeira lei diz respeito à distribuição da própria terra, da qual o soberano atribui a todos os homens uma porção, conforme o que ele, e não conforme o que qualquer súdito [...] considera compatível com a equidade e com o bem comum. [...] De onde podemos concluir que a propriedade que um súdito tem de suas terras consiste no direito de excluir todos os outros súditos do uso dessas terras, mas não de excluir o soberano [...]. (HOBBS, 1974, p. 150-151)

Sendo assim, compreende-se que o estado civil proposto em o Leviatã visa a justificar um Estado monstruoso, hipertrófico, de esfera de atuação ilimitada. Pautada na autocracia – posto que o soberano absoluto é a própria fonte legisladora – podendo e devendo interferir em todas as áreas da vida social, inclusive na economia. Caberia a ele impor a coerção, instituir uma moeda, ditar o que deveria ser importado e exportado, tendo em vista uma balança comercial favorável (face mercantilista do Estado Moderno). Além disso, era incumbido de definir doutrinas a serem seguidas, pois, segundo Hobbes (1974, p. 150-151): “é a loucura do vulgo e a eloquência que concorrem para a subversão dos Estados”. Desse modo, o Estado era dotado do poder de censura, tendo o monopólio da decisão sobre o que era certo ou errado perante seus súditos. Enfim, o Estado (Leviatã), que surge após o pacto, é a autêntica personificação daquele monstro bíblico todo-poderoso e ameaçador. “Ninguém há tão ousado que se atreva a despertá-lo” (Jó 41:10). E ainda:

quando ele se levanta, os valentes ficam atemorizados [...] se alguém o atacar com a espada, essa não poderá penetrar; nem tampouco a lança, nem o arpão. Ele considera o ferro como palha e o bronze como pau podre. A seta não o poderá fazer fugir [...] os bastões são reputados como juncos e ele se ri do brandir da lança. (Jó 41:25-29)

Ou seja, o Estado defendido por Thomas Hobbes deve ser imponente e colossal o bastante para aniquilar sob si a liberdade dos súditos.

O pensamento político de Kant pode ser considerado como uma síntese das doutrinas iluministas acerca do Estado (ROHDEN, 1999, *passim*) – isto é, a teoria dos direitos naturais (jusnaturalismo), a teoria da separação dos três poderes e a teoria da soberania popular (democracia) –, cuja principal preocupação consistia em oferecer métodos pelos quais se limitasse o poder do governante, evitando, assim, que este viesse a cometer *abusos*<sup>14</sup>.

Evidentemente, tal concepção política é diametralmente oposta à teoria hobbesiana, que, como acabamos de analisar, justificava o absolutismo; motivo pelo qual podemos discorrer sobre os contrastes, em relação àquela teoria, na visão kantiana a respeito do estado de natureza e do estado civil da sociedade.

O estado de natureza concebido por Kant deve ser considerado como um “ideal”, para que possa servir de medida de avaliação do mundo civilizado, de maneira a separar o que é intrínseco, necessário e universal à natureza humana do que lhe é contingente. “Ideia”, na concepção do autor, é o conceito gerado a partir de noções totalmente independentes do fornecimento de dados por parte da sensibilidade, ou seja, é o conceito puro e incondicionado da razão, carente de objetos que a represente adequadamente na realidade. Sendo assim, o estado de natureza não pretende remontar empiricamente à origem histórica da sociedade, mas fornecer um *ideal* das relações externas do homem propriamente natural, ou seja, rude (BOBBIO, 1984, 124).

Este estado seria caracterizado por condições de igualdade, liberdade e simplicidade (BOBBIO, 1984, *passim*). Nele, o juízo privado seria o único competente pelo arbítrio das disputas, levando à propensão a animosidades, porém, é nele que surgiria o direito natural, ou seja, aquele que não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa – uma vez que, sendo os indivíduos todos iguais, as relações jurídicas podem ser somente relações de coordenação – direito através do qual derivariam leis obrigatórias

<sup>14</sup> Lembrando que, na acepção de Thomas Hobbes, anteriormente analisada, era assegurada ao soberano a possibilidade de cometer *abusos*.

externas, cujo caráter obrigatório não necessita de legislação externa real, sendo deduzidas a priori, por meio da razão. Para Kant:

[...] as leis morais [...] retêm sua força de leis somente na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base a priori e que sejam necessárias. Com efeito, conceitos e juízos sobre nós mesmos e nossas ações e omissões não têm significado moral algum, se o conteúdo deles puder ser apreendido meramente a partir da experiência. (KANT, 2003, p. 57-58)

Aqui vemos um contraponto à visão hobbesiana, de cunho indutivo, que declara a necessidade da saída do estado de natureza a partir da experiência e do medo da guerra de todos contra todos.

Ademais, diferente dos outros jusnaturalistas<sup>15</sup>, que consideravam que o estado de natureza fosse não-jurídico – posto que somente o estado civil poderia sê-lo afirmativamente – segundo Kant (citado por BOBBIO, 1984, p. 121), o estado de natureza é um estado jurídico, mas provisório, enquanto o estado civil seria o único estado jurídico peremptório. Ao afirmar isso, Kant quer dizer que pelo fato da própria constituição do estado de natureza ser fundamentada na ausência da coação organizada que garanta as respectivas liberdades externas dos indivíduos singulares, esse estado está destinado a não durar. É um estado cuja razão de ser e destino único é levar ao estado civil.

Esse é o primeiro ponto que demonstra o contraste entre a concepção hobbesiana quanto ao estado natural com relação à de Kant. Para este, dado o fim teleológico a que o estado de natureza se destina, ele não seria exatamente um estado injusto, no sentido de nele os homens reconhecerem somente a força como princípio mediador de suas relações, ou seja, o estado do “homem lobo do homem”, mas tão somente um estado sem nenhuma garantia legal (*status iustitia vacuus*), no qual, quando surgisse uma controvérsia com relação ao direito (*ius controversum*), não se encontraria nenhum juiz competente que pudesse providenciar uma sentença com força de lei.

Segundo Kant (2003, p. 154-155), embora a posse no estado de natureza seja provisória, – passando a ser permanente apenas no estado cível – toda aquisição é uma verdadeira aquisição nesse estado, o que comprova sua juridicidade. Já para Hobbes não havia propriedade no estado de natureza, posto que o direito natural, sendo direito a tudo, na

<sup>15</sup> Dentre os quais, podemos mencionar: Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf, Francisco Suárez, Richard Hooker. Lembrando que, segundo Bobbio (1984, p. 122), “Os outros jusnaturalistas evidenciam especialmente as desvantagens do estado de natureza. Kant, pelo contrário, o considera um estado essencialmente injusto”.

verdade não seria direito a nada. Kant retrucaria isto argumentando que caso no estado de natureza não houvesse direitos, também não existiria o direito de obrigar os outros a sair desse estado e, desta forma, não surgiria o estado civil “[...] se os objetos externos não fossem sequer provisoriamente meus ou teus no estado de natureza, não haveria também quaisquer direitos e deveres com relação a eles e, portanto, nenhum comando para abandonar o estado de natureza” (KANT, 2003, p. 155). Portanto, para que seja possível constituir o estado civil como estado jurídico é necessário que ele surja de um direito anterior, que só pode ser o direito natural (KANT, 2003, p. 155). É pelo fato de no estado de natureza, existir provisoriamente a propriedade como um direito, que existem deveres jurídicos relacionados a ela que obrigam a saída de tal estado. O direito de obrigar os outros a entrar no estado civil deriva do fato de cada indivíduo tomado singularmente ter o direito de excluir os outros da posse de certas coisas sendo tal direito o pressuposto para o surgimento do Estado.

É importante também ressaltar que a passagem do estado natural para o civil, segundo Kant (2003, p.154), em objeção ao que vimos em Hobbes, constitui-se num dever moral. Isto se comprova quando ele afirma ser algo inerente ao estado natural o fato de ele ser provisório e que por mais que o fato de estar nesse estado não constitua em injustiça dos homens uns contra os outros, o simples fato de eles quererem estar e permanecer nele leva à injustiça no nível máximo, porque contraria ao designo para o qual ele fora criado.

Enquanto para Hobbes o pacto social seria impulsionado pelo cálculo interessado, ou seja, pela necessidade natural de preservar a vida e obter conforto material, caracterizando-no como um utilitarista; para Kant (BOBBIO, 1984, p. 122) o contrato deve decorrer de um imperativo categórico, pois prescreve um dever moral, isto é, uma ação boa em si mesma, e não boa para alcançar um fim determinado. Ela não deve ser movida por qualquer inclinação a não ser o respeito à lei, não deve ser determinada por qualquer objeto de nossa faculdade de desejar (felicidade, saúde, bem-estar), mas unicamente pelo princípio da vontade. Desta forma, ainda que a conservação da vida seja um dever para cada homem, a ação em si não é moral, porque não é cumprida unicamente por respeito ao dever, mas por um impulso.

Creio que se possa afirmar que o pacto hobbesiano seja decorrente de um imperativo hipotético pragmático (ou de prudência), pois prescreve uma ação boa para alcançar certo fim de cuja obtenção dependa uma necessidade. Assim, ter-se-ia a seguinte declaração: “porque você deve alcançar B, deve executar a ação A”; ou melhor, “porque a humanidade deve alcançar a felicidade (bem-estar em geral), deve fazer o pacto social”. Quanto a isto, Kant (2003, passim) afirmaria não ser uma preposição moral, posto que a moral só conhece imperativos categóricos. Em “Sobre o dito comum”, lê se:

A união de muitos para qualquer fim comum [...] é encontrada em qualquer pacto social; mas uma união que seja fim em si mesma (fim que cada um deve ter) e que, portanto, constitua o primeiro dever incondicional de qualquer relação externa dos homens em geral [...] é encontrada somente numa sociedade que esteja num estado civil, ou seja, a ponto de constituir-se num corpo comum. O fim em que tal relação externa é dever em si e é também a suprema condição formal de todos os outros deveres externos, é o direito dos homens de se constituírem sob o império de leis publicas coercitivas, segundo as quais possa ser reconhecido para cada um o seu e cada um possa ser garantido contra qualquer atentado por parte dos outros. (KANT citado por BOBBIO, 1984, p. 235)

Assim, mais uma vez opondo-se a Hobbes, Kant (citado por BOBBIO, 1984, p. 123) afirma que a liberdade de coexistir com os outros é o princípio jurídico fundamental, enquanto fim em si mesmo, constituindo-se num dever moral, para a entrada no estado civil, posto que não visa satisfazer interesse ou evitar prejuízos; em contraposição à felicidade, que, além disso, é um conceito oscilante para cada indivíduo, motivo pelo qual, não seria papel do Estado promovê-la, ou impô-la segundo suas diretrizes – noção esta que deveras se apresenta no regime político defendido por Thomas Hobbes, o absolutismo .

Percebe-se ainda outra posição contrastante entre Hobbes e Kant no que se refere ao conteúdo do contrato social. Kant, recebendo influência do jusnaturalismo de Locke bem como da teoria democrática de Rousseau, elabora a seguinte concepção de contrato social:

O ato por meio do qual o próprio povo se constitui em Estado, ou melhor, a simples idéia deste ato, que só ela já permite conceder a sua legitimidade, é o contrato originário, segundo o qual todos (*omnes et singuli*) do povo deixam a liberdade externa para retomá-la novamente, já como membros de um corpo comum, ou seja, como membros do povo enquanto Estado (*universi*). Não se pode dizer que o homem no Estado tenha sacrificado em certo fim uma parte da sua liberdade externa inata, mas que abandonou completamente a liberdade selvagem e desenfreada para encontrar novamente a sua liberdade, em geral, não diminuída, numa dependência legal, ou seja, num estado jurídico, porque essa dependência surge de sua própria vontade de legislar. (KANT, 2003, p. 158)

Enquanto o contrato hobbesiano consiste na eliminação do estado natural no estado civil, onde ocorra a transferência e renúncia completa aos direitos naturais do súdito em favor de um terceiro (o soberano), sendo, portanto, um contrato de alienação, Kant (citado por

BOBBIO, 1984, p. 129) segue a linha de Locke, defendendo a ideia de que os direitos naturais seriam inalienáveis, e que, portanto, na passagem do estado de natureza para o estado civil, este último deveria possibilitar o pleno exercício dos direitos naturais através da organização da coação, sendo tanto mais perfeito quanto mais direitos naturais salvaguardar. O direito positivo, segundo Kant (2003, p. 155) serviria para garantir o direito natural, que sob a forma de direito privado, conferiria aos indivíduos a possibilidade de estarem “livres do Estado”. Nota-se também, inegavelmente, a contribuição de Rousseau para a formação do conceito de autonomia no contrato kantiano, segundo o qual é necessário que, na passagem do estado natural para o civil, o indivíduo abandone a liberdade natural para adquirir a liberdade civil, que será dependente da vontade coletiva, resultante da vontade dos indivíduos reunidos num corpo político (BOBBIO, 1984, p. 30-32). Essa dependência diz respeito às leis que nós prescrevemos a nós mesmos, desse modo, a vontade de quem faz a lei coincide com a vontade de quem cumprirá a lei. Essa liberdade com autonomia representa o momento de liberdade política, ou seja, o momento em que o homem tornou-se cidadão e, estando subordinado às leis do Estado, conserva-se livre somente na medida em que seja ele próprio o criador das leis as quais ele próprio deva obedecer (BOBBIO, 1984, p. 47-48). A liberdade como autonomia garante, portanto, a possibilidade do indivíduo estar “livre no estado”. Ela se constitui, enquanto liberdade política, como um meio para se obter da maneira mais segura a liberdade natural (compreendida como liberdade enquanto não-impedimento), que, para Kant, teria um valor final.

Como se pôde notar, no estado civil de Kant, o fim do governo é salvaguardar a liberdade individual, o que equivaleria a dizer que o Estado não tem um fim próprio, mas que o seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Também a ausência de Estado não é vista com bons olhos por Kant, ele não crê na anarquia; o Estado seria um mal necessário, pois só nele o homem poderia realizar sua vocação moral. Desse modo, não caberia ao Estado agir como um tutor, ditando qual seria a finalidade de vida dos diversos indivíduos, mas apenas garantir a cada cidadão uma esfera de liberdade como faculdade de agir sem encontrar obstáculos nos outros, para que assim consiga, segundo suas próprias capacidades e talentos, perseguir os fins a que se propõe (KANT, 1985, *passim*). Sua tarefa não é promover o bem-estar geral, mas remover os obstáculos que possam existir para que cada um alcance o bem-estar individual através de suas próprias capacidades e meios.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que fora discutido, conclui-se que a concepção de Estado civil em Kant é completamente antagônica à de Hobbes. Destacou-se a abordagem racionalista e moralista de Kant em contraposição ao viés empirista e utilitarista de Hobbes. Além disso, este tem ojeriza à ideia de liberdade, retirando-lhe qualquer valor intrínseco, enquanto aquele a considera como o fim último da constituição do Estado e único meio de se garantir a expressão máxima da personalidade, portanto, considerando-na um bem supremo. Hobbes simplesmente não concebe a presença da liberdade no estado civil, a não ser quando, estando ameaçado de morte pelo próprio soberano, para proteger sua vida, o súdito resgata sua liberdade natural, sendo que quando o faz, segundo Hobbes, retorna ao estado de natureza. Essa é a única liberdade do súdito, ou seja, a liberdade de ser morto pelo déspota. Além do mais, a liberdade política no Estado hobbesiano, caso existisse, seria fortemente reprimida, haja vista que nele os súditos transferem completamente o direito de governar suas próprias vidas ao soberano e devem julgar bom tudo o quanto ele fizer, não havendo, portanto, possibilidade de se erigirem, em tais condições, leis autônomas, posto que esse Estado autocrático é regido pelo princípio de heteronomia. Vemos, portanto, que a razão de ser do Estado para Kant seria salvaguardar a *liberdade*, já para Hobbes, quando muito, o papel do Estado se basearia em garantir a *sobrevivência* dos súditos.

#### REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1974.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. de Edison Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é Esclarecimento. Trad. de Raimundo Vier e Floriano de Souza Fernandes. In: LEÃO, Emanuel Carneiro (Org.). **Textos seletos**.

Petrópolis: Vozes, 1985. [Edição bilíngue].

RIBEIRO, Renato J. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2000, v. 1.

ROHDEN, Valério. **Críticismo Kantiano**. In: REZENDE, Antonio (Org.). Curso de filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

## **ABOUT NATURAL STATE AND CIVIL STATE: A DIALOGUE BETWEEN THOMAS HOBBS AND IMMANUEL KANT**

### **ABSTRACT**

The present work aims to bring forward the relations between State, Civil Society, guarantees of freedom and the evolution of political ideas on that respect. In order to do so, it has been taken as parameter the passage from the state of nature to civil state according to the conceptions of Thomas Hobbes and Immanuel Kant, taking in consideration the influences and the respective historical contexts in which both philosopher`s ideas were raised. Thomas Hobbes envisioned such passage as the result of a specific interest, previously calculated, the latter, as the result of a categorical imperative.

**Keywords:** State of Nature, Civil State, Hobbes' Thought, Kant's Thought.



## ASPECTOS E PRERROGATIVAS HISTÓRICAS DO DIREITO POSITIVO: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA DA FORMAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Caroline Limberger Costa\*

### RESUMO

*O Direito deve ser conhecido desde seus primórdios para entendermos sua sistemática atual. Somente tendo noção da formação histórica do mesmo, que se pode entender suas peculiaridades e construções hermenêuticas. No presente estudo, o estudo do Direito começa com a análise dos grupos sociais, desenvolvendo-se por uma ideia perfunctória de direito antigo, culminando no estudo do direito jusnatural e posterior direito positivista. Mostra-se necessário uma abordagem histórica como pressuposto para entender a evolução do direito e como este passou a atuar diretamente na sociedade contemporânea. Nesse sentido, a importância que o presente estudo alberga é de extrema relevância na construção do pensamento crítico sobre a evolução do Direito positivista.*

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo. Normativismo. Positivismo Jurídico.

### 1 INTRODUÇÃO

O entendimento do Direito na contemporaneidade se vincula a um estudo crítico de suas fontes evolutivo-sociais que sedimentaram-se através da evolução histórica da própria sociedade. Como o direito não é uma letra morta, desenvolvendo-se e se perfectibilizando pelos tempos, o estudo do mesmo deve, necessariamente, corresponder ao entendimento de certas etapas que lhe deram a cara que possui hoje, com suas garantias e seus problemas.

---

\* Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS). É bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas “Estado, Administração Pública e Sociedade”, vinculado ao CNPq.

A justificativa do presente ensaio encontra-se na possibilidade de viabilizar o entendimento da formação do direito contemporâneo, que vislumbra-se em crise em face de seus padrões positivos e normativistas estritos, engessando um Direito voltado aos interesses sociais. Onde o Direito muda muito, aparentemente ele deixou de ser Direito, como já ensinava o eminente Pontes de Miranda, mas, na atualidade, a mudança do Direito vem a contribuir para construção, através da indução, de um sistema jurídico mais justo e mais aperfeiçoado, albergando os objetivos insculpidos no art. 3º da Carta Magna.

A ciência do Direito não representa, necessariamente, um estudo meramente normativo, que é à primeira vista, o estudo do Direito para os leigos. A ciência do Direito é muito mais ampla do que meramente uma norma, resguardando valores e análises sociais em seu ímpeto.

Num primeiro momento, analisar-se-á *lato sensu* a evolução do Direito, partindo de uma análise de sua criação até sua racionalização sistêmica. Vislumbramos a retórica grega, seu juízo laico, passando aos moldes da prudência romana, interagindo com a formalização e codificação do Direito na época moderna, desencadeando uma visão racional e cartesiana do mesmo.

Num segundo momento, observar-se-á algumas visões sociológicas do Direito, afinal, como ensina Pontes de Miranda, o Direito é parte da sociedade, é reflexo da sociedade através da indução, bem como, se destacará o normativismo kelseniano, que ainda é uma teoria visivelmente influenciável, diante de sua importância normativa, no panorama jurídico-brasileiro. Aduz-se a uma análise jurídico-positiva do ordenamento jurídico, base do positivismo jurídico para estruturação e resolução de problemas normativos, procurando consubstanciar o ideário de Justiça.

## **2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRÉ-RACIONAL COMO PRESSUPOSTO DE ENTENDIMENTO FUNDANTE DA CULTURA JUSNATURAL**

Inicialmente vislumbra-se a ideia de Dallari (2005, p. 58), a qual afirma que a formação do conhecimento jurídico não é uma mera exposição textual e pré-definida de fatos e ideias, mas sim, uma construção histórico-social que emerge desde as formações dos grupos sociais até a contemporaneidade.

Como ensina Ferraz Júnior (2003, p. 113), o Direito estava ligado ao poder de parentesco, ou seja, era um Direito derivado do grupo. O grupo é entendido como conjunto de

peças com ligações próximas onde às normas deveriam ser obedecidas para não gerarem as represálias dos próprios integrantes do grupo. Nessa primeira fase, denominada arcaica, o Direito é uma ordem *querida*, a qual o grupo a aceita e a assimila em decorrência dela derivar dos deuses, ser sagrada, metafísica. Tal Direito não poderia ser mutável e muito menos questionado, sendo, de certa forma, uma interligação entre fatos e causalidades. Um exemplo clássico é o ato de oferecer frutas ao Deus ancestral para obter uma colheita melhor no próximo ano. E de tal fato, representa-se também a sanção do grupo ao indivíduo que profana o ritual, subtraindo-se para si as frutas que eram ao Deus, ocasionando represália por parte do grupo. Deste modo, Gurvitch (1977, p. 43) ensina que qualquer indivíduo que não se adaptasse a ordem existente, pois era a única, era expurgado do grupo, sofrendo as represálias concernentes a tal indisposição.

Como delimita Wolkmer (2001, p. 49), é muito difícil impor uma causa primeira e única para determinar qual a origem do Direito arcaico. Nota-se que para as sociedades antigas, o Direito estava diretamente relacionado com a questão divina. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito das normas, fazia com que as pessoas obedecessem à ordem pré-constituída e não questionada que imperava perante o grupo. As sanções aos membros do grupo estavam diretamente relacionadas às sanções rituais.

Com a evolução do período, o Direito primitivo começou impor força e a repetição dos costumes. Wolkmer (2001, p. 22), parafraseando H. Summer Maine, afirma que “[...] o Direito antigo compreende, claramente, três grandes estágios de evolução: o Direito que provém dos deuses, o Direito confundido com os costumes e, finalmente, o Direito identificado com a lei”.

Complementando, pode-se afirmar que o Direito arcaico, inicialmente, não fazia diferenciações entre as prescrições civis, religiosas e morais. Ainda não possuía um caráter distintivo de o que era jurídico e o que não era (WOLKMER, 2001, p. 24). Com o passar do tempo, a figura do grupo perdeu sua importância, criando-se a figura da sociedade. A sociedade, entendida como a aglomeração de grupos, criou-se em decorrência do aprimoramento das inter-relações humanas, possibilitadas prioritariamente pelo desenvolvimento do comércio, da política e da religião. Nessa fase que se encontra a primeira forma de organização centralizada de poder político, distinguido do poder religioso ou do poder meramente moral.

Surgem as Polis, cidades e centros políticos, que, como delimita Ferraz Júnior (2003, p. 65), criaram uma forma de dominação hierarquizada, no qual o prestígio gerava símbolos

definidores de quem é quem na sociedade, criando uma relação de status que era mantida pelo Direito.

Com as Polis, a postura do Direito acabou por ser uma ordem que regulava tanto os setores políticos, econômicos, religiosos e culturais, mas não se confundindo com os mesmos (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 84). Através dessa inter-relação, não havia mais a figura da expulsão do membro da comunidade:

Torna-se possível, então, contrapor o sacerdote ao guerreiro, o pai ao filho, o comerciante ao governante, sem que de antemão o Direito identifique-se com o comportamento deste ou com o daquele. Por conseguinte, o contraventor deixa de ser alguém que está fora do Direito, porque fora da comunidade (ou foi expulso ou é estrangeiro), para ser alguém que pode invocar o mesmo Direito que o outro invoca contra ele, dentro da comunidade. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 54)

Neste período, o Direito passa por uma procedimentalização, começando a existir as formas institucionais de jurisdição. Não há mais a mera diferenciação do que seja o bem ou o mau, mas sim o que é lícito ou ilícito.

A justiça se fazia presente nas discussões entre os cidadãos e os iguais, sendo o Direito debatido, e, tentando, em sua maioria das vezes, o convencimento através da retórica. Nota-se que o Direito era um Direito predominantemente falado, mas não excluía a existência do Direito escrito. Assim, afirma Ferraz Júnior (2003, p. 53) no sentido de que este Direito não tinha relações de positividade jurídica, o qual exista um *dever ser* por parte do agente, mas se tornava um conjunto normativo de regras passíveis de ser obedecidas pela coletividade.

Nota-se que a civilização grega demonstrou que as regras nada têm de divino, podendo as normas serem alteradas segundo o interesse da sociedade, não de um Deus. Não há uma “revelação” do Direito, mas há uma laicização do mesmo (LOPES, 2002, p. 41). As leis que dirimiam as condutas permissivas e negativas serviam como um meio de “igualização social”. As Leis de Sólon são exemplos de tal postura, conforme ensina Lopes (2002, p. 41):

As Leis de Sólon (594-3 a. C.) suprimem a propriedade dos clãs, suprimem a servidão por dívidas. Seguem a grande revolta contra a concentração de renda, que permitia á poucas famílias de posse ampliar seu patrimônio em tempos de crise, transformando seus devedores em seus escravos. As terras hipotecadas seriam restituídas. Na estrutura familiar, as reformas limitam o poder paterno: o filho maior torna-se autônomo. [...] As mulheres continuam sob a tutela de seus pais e maridos,

no entanto, têm uma enorme liberdade de ir e vir, totalmente distinta da vida reclusa das mulheres orientais, enclausuradas; chegarão até a freqüentar (sic.) escolas.

Já o Direito Romano perfectibilizava-se pelos ideais de família e propriedade. A família no tempo romano era vista com sacralidade, sendo regida pelo *pater familias*, adorando os mesmos deuses, seus ancestrais. Segundo Coulanges (2006, p. 36), toda família romana deveria possuir um altar em sua casa e nele estaria o “fogo sagrado”, o qual representava a presença dos deuses naquela casa.

Podemos perceber tal questão nas palavras de Coulanges (2006, p. 37) sobre o Direito de adoção na Roma Antiga:

A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em casos de esterilidade, que substituíu o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferecia ainda à família um último recurso, como meio de fugir à desgraça tão temida da sua extinção; esse recurso encontramos-lo no Direito de adoção.

O Direito a propriedade, outro elemento caracterizador do Direito Romano, é essencialmente sagrado em decorrência dos romanos acreditarem que os seus deuses pertencem àquela propriedade onde residiram. Assim, ensina o citado autor:

Como em tudo isto se manifesta o caracter da propriedade! Os mortos são deuses pertencendo propriamente à família, e só a família tendo o Direito de os invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, a não se a família, pode pensar em introduzir-se no seu grêmio. Ninguém igualmente tem o Direito de desapossá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, não pode ser destruído, nem deslocado; proibem-se às mais severas leis. Aqui está, pois, parcela de terra em nome da religião tornada objecto de propriedade perpétua em cada família. A família apropriou-se desta terra, colocando nela os seus mortos [...]. (COULANGES, 2006, p. 90)

Mesmo sendo as bases do pensamento romano que vigorava a época, o Direito buscou, além do resguardo da família e da propriedade, uma evolução ética e resguardo pela prudência.

Começando como ordem sagrada, o Direito acaba por expandir-se em decorrência do crescimento do império e da tradição. Com tal desenvolvimento, o Direito começou a pautar-

se, pela prudência e pela ética, gerando assim, um Direito prudente, uma jurisprudência (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48).

Com o desaparecimento da figura do rei, com a expulsão de Tarquínio, por volta de 509 a. C., as magistraturas passaram a serem anuais, o poder político exercido de forma mista, tanto com elementos representativos como oligárquicos. Há uma coexistência das assembleias, do Senado, do Colégio dos Pontífices e das magistraturas. Há que se fazer menção que o Senado nesta época não era entendido como um órgão deliberativo-normativo, ele era, no dizer de Lopes (2002, p. 44), “um conselho dos anciãos (*senectus*, velho) e responsável pela ligação da cidade com sua história, sua vida, sua autoridade”. Já as assembleias possuíam uma função legislativa. No período republicano havia três assembleias:

[...] *comitia centuriata* (assembleia por centúrias, de origem militar, quando o exército era constituído por todos os cidadãos), *comitia tributa* (assembleia por tribos, ou distritos) e o *concilium plebis*. As decisões das duas primeiras podiam transformar-se em *lex*, as da última em princípio (até provavelmente 286 a. C. com a *Lex Hortênsia de plebiscitis*) obrigavam apenas a plebe e eram conhecidas como *plebis scita* (LOPES, 2002, p. 44).

Por volta do ano de 450 a. C. uma grande conquista se concebeu em favor dos plebeus, que fora a escrituração das XII Tábuas, permitindo o acesso aos mandamentos e disposições que eram resguardados apenas pelos pontífices. Note-se que as Leis das XII Tábuas já apresentava uma certa laicização, procurando uma sistemática, principalmente através de princípios, para resolução dos casos. Tal “constituição”, publicizada e de acesso às classes, resguardava um sistema que permitia que as novas deliberações fizessem lei frente às antigas. Observa-se que a escrituração das leis decorreu de conflito constante entre os plebeus e os patrícios, sendo seu maior conflito na rebelião de Monte Sagrado (WOLKMER, 2001, p. 37).

O Direito arcaico era aplicado apenas aos cidadãos romanos, abrigando valores como a tradição, a família, o patrimônio, o escravismo, etc. Esse *ius civile* amplia sua validade perante os descendentes dos *quirites*, renegando aos estrangeiros se valerem das normas romanas para regular a propriedade, a família e até mesmo o casamento (LOPES, 2002, p. 46). A figura da formalização do Direito muito contribuiu para a laicização do mesmo. As fórmulas garantiam a validação de um ato.

O processo formular fora a base para criação do Direito como o conhecemos hoje. No período romano este processo era exercido pelos pretores (urbano e peregrino) que

remetiam a decisividade a um juiz (*iudex*) ou a algum árbitro privado. Lopes (2002, p. 68) ressalta que o processo formular tem duas fases, a primeira fase, a *in iure*, ocorre perante o pretor, a qual é imprescindível “organizar a controvérsia, transformando um conflito real num conflito judicial: por isso, a função do pretor pode ser descrita como a de administrar a justiça, não a de julgar”. A segunda fase fora a *apud iudicem*, a qual a controvérsia era decidida pelo *iudex* ou pelo arbitro privado. Na falta de normas, poderiam os pretores prolatarem editos, os quais, não eram códigos, mas sim regras de posturas daquele pretor frente a certos casos, começando, assim, a abstração e a generalidade. Em 67 a. C., com a *Lex Cornelia*, o pretor ficou obrigado a obedecer ao seu próprio edito, podendo as partes invocá-lo. Com a *Lex Iulia*, de 17 a. C., extinguiu-se as *legis actiones* e fortaleceu-se os editos, vindo até mesmo, a serem translaticios, pois o magistrado do ano seguinte, estava obrigado a seguir as recomendações. Com Adriano, criou-se um edito perpétuo, que fixou um regulamento dos editos, que deveria ser cumprido por todos.

O Direito ao passar da época romana para a medieval acaba por modificar-se significativamente. Com o advento do Cristianismo e a distinção entre política e religião, o Homem acabou por se tornar um ser social. A sociabilidade o permitia ser livre, mas tal liberdade era condicionada a busca pela salvação, que, só podia ser alcançada pelo respeito à lei e a ordem. A lei nesse período era uma ordenação da razão direcionada ao bem comum, e, o bem comum era pautar-se sob a égide das Leis Divinas, emanadas da Igreja (AQUINO, 1981, p. 168). O Direito neste período não perdeu seu caráter sagrado, como ainda o possuía em Roma, mas, de acordo com Ferraz Júnior (2003, p.62):

Adquiriu, porém, uma dimensão de sacralidade transcendente, pois deu origem externa à vida humana na Terra, diferente da dos romanos, que era imanente (caráter sagrado – mítico – da fundação). Surgia, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar, pois enquanto para os romanos o Direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação.

O período canônico fora marcado essencialmente pela racionalização, legalização e formalização do Direito e do processo (LOPES, 2002, p. 86). Com a subida de Gregório VII ao papado, assumindo a posição hierárquica máxima da Igreja Católica, e, inconformado com a submissão secular, organizou mecanismos que possibilitavam uma ascensão da Igreja frente aos demais poderes da época. Já com ideias renovadoras, edita o *Dictatus Papae*, uma

normatização dogmatizada do que seria a verdadeira natureza da postura da Igreja na Terra. Afirma Lopes (2002, p. 86):

1) A Igreja Romana foi fundada exclusivamente pelo Senhor; 2) Só o Bispo de Roma pode ser chamado universal de Direito; 3) Só ele pode depor e instalar bispos; 4) Seu legado precede a todos os bispos de um concílio, mesmo se tiver um grau hierárquico inferior, e pode sentenciar qualquer um deles com a deposição; 7) Só ele pode legislar de acordo com as necessidades do tempo; 9) Só seus pés podem ser beijados pelos príncipes todos; 10) Só seu nome deve ser recitado nas Igrejas; 11) Ele pode depor os imperadores; 16) Não podem chamar sínodos gerais sem as suas ordens; 17) Nenhum capítulo ou livro pode ser considerado canônico sem a sua autoridade; 18) Nenhum de seus julgamentos pode ser revisto, mas ele pode rever os julgamentos de todos; 21) Os casos mais importantes de todas as Igrejas podem ser levados a Santa Sé Apostólica (ele é ordinário em qualquer jurisdição); 27) A ele compete dissolver os laços de vassalagem e fidelidade para com o homem injusto.

Sobre a problemática enfrentada com relação aos cânones antinômicos, os quais deveriam ser interpretados na busca de sua harmonização, pois, todos eram aceitos como bases indiscutíveis do Direito (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 114). Segundo Wieacker (2004, p. 59), o jurista cuida de uma harmonização entre todos os textos, desenvolvendo uma atividade exegética que se fazia necessária visto que os textos nem sempre eram concordantes, dando lugar às contrariedades, as quais, por sua vez, levantavam dúvidas, conduzindo o jurista a sua discussão, controvérsia, dissenso, ambiguidade, ao cabo da qual se chegava a uma solução. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância. Seus meios eram os instrumentos retóricos para evitar-se incompatibilidade (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 115).

Já pelo ano de 1159 até 1215, acentua-se a hegemonia dos canonistas, que racionalizaram e burocratizaram o Direito. Só em consultas e análises de casos concretos, foram 700 *decretals* (veredictos ou decisões), que se tornaram normas gerais. Nesse período de crescente burocratização e normatização, surge o famoso tribunal inquisitorial, um tribunal de exceção, responsável pela página mais escura de nossa civilização, ao acometer que delitos considerados como heresias, fossem julgados pela “Lei de Deus”, criando-se a figura das ordálias, que eram a obtenção de prova através de práticas constrictivas de liberdade e de torturas no próprio corpo humano.

Com a evolução jurídica no período, os juristas acabaram por centralizar o poder jurídico-político na figura do rei. Surge daí a figura da soberania, base do Estado Moderno (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 114). As discussões que acabam por surgirem tomam conta no

que diz respeito à fundamentação do Direito e seus devidos limites. A figura do rei, como soberano legitimado para criação de normas, esbarra sempre na figura divina, sendo esta a maior limitação para o livre-exercício do poder e da normatização.

Nesse sentido, vislumbrando essa alteração substancial na relação de poder, começam os debates, progressivos, sobre a necessidade de positivação normativa, insculpindo novos valores a sistemática positiva de direito e conseqüentemente de norma.

### **3 A VISÃO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO-POSITIVO COMO PRELIMINAR PARA O ENTENDIMENTO DO CONTRAPONTO DO NORMATIVISMO ESTRUTURANTE**

A origem do positivismo deve-se principalmente a três fatores, quais sejam: o crescimento da legislação estatal; o advento de uma nova mentalidade, de um novo paradigma filosófico científico; e ao positivismo filosófico, o qual influencia consubstancialmente o positivismo jurídico (CRUZ, 2004, p. 102).

É possível visualizar várias faces dentro do positivismo, entres elas, o positivismo jurídico, o positivismo racionalista, o positivismo sociológico (AZEVEDO, 2000, p. 29/33).

Deste modo, preceitua Lacamba (1975, p. 219):

La ambigüedad del concepto de ‘positivismo jurídico’ no permite, pues, vincularlo a una dirección determinada, sino que es un nombre comum que cubre corrientes de signo muy diverso; dentro de El están la jurisprudência conceptualista, la misma jurisprudência de intereses, la vieja teoria general del Derecho, la teoria pura del Derecho de Kelsen que es su más cabal y depurada expresión filosófica, todas corrientes ‘realistas’... y todas aquellas otras... que hacen de la ciência jurídica un análisis del lenguaje jurídico.

O positivismo racionalista enxerga as informações formadoras do direito, dos quais procedem por uma dedução lógica, “as proposições jurídicas e destas, por seu turno, as decisões concretas de casos” (AZEVEDO, 2000, p. 30). Amado e Boavida (2008, p. 96) parafraseando Guba, explicam que de acordo com este paradigma estabelecido, percebe-se que “a realidade social é vista, à semelhança do mundo físico, como uma realidade única, fragmentável em partes manipuláveis independentemente”.

O termo positivismo sociológico proveio da teoria de Augusto Comte ao pretender realizar uma reforma social, delimitando que a única ciência capaz de reformar a sociedade seria a sociologia, pois seria ela, uma ciência positiva dos fatos. No entender de Comte, a ciência jurídica seria um setor da sociologia (DINIZ, 2004, p. 177).

Comte procurou eliminar da sua metodologia, toda principiologia estabelecida por vias dedutivas, pois, acreditava unicamente que o empirismo, através da experimentação e observação revelariam o conhecimento dos fatos (COMTE, 1976, p. 243). Maria Helena Diniz (2004, p. 103) traz a tona que “para Augusto Comte seria impossível atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível do conhecimento científico”.

Afirma Comte que em uma ordem qualquer de fenômenos, a ação do ser humano é fortemente limitada, isto é, a intensidade dos fenômenos pode ser perturbada, mas nunca a sua natureza (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 165). Assim, “o estreitamento na margem de mutabilidade da natureza humana condiciona a possibilidade de uma sociologia” (DINIZ, 2004, p. 103).

Comte retirou da biologia fixista, de Cuvier, o princípio das condições de existência, que seria uma garantia à positividade da sociologia (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 144). Fora justamente sua postura em favor da positividade da biologia que implicou a recusa do método teleológico e o predomínio de uma explicação causal, a qual define Diniz (2004, p. 104), como sendo “causas sociológicas”. Ressalta-se nesse ponto, a doutrina de Paulo Nader (1992, p. 175), que concerne que o espírito humano deve contentar-se com o mundo já existente e se ater ao campo da experiência, da análise. É indispensável, para que o conhecimento humano alcance uma correta cientificidade, que se forme em um processo espiritual, “onde se possa verificar e comprovar o nexos causal dos fenômenos na área das ciências positivas”.

Sendo assim, todos os fenômenos vitais humanos deviam ser explicados a partir de suas “causas sociológicas”. A teologia e a metafísica caíram diante da confiança exclusiva no conhecimento de fatos e de sua observação (COMTE, 1976, p. 155).

Segundo Diniz (2004, p. 103), ampliando a visão comtiana, pretendeu a substituição da filosofia moral, considerada apriorística e anti-histórica, pela ciência da positividade dos costumes sociais, gerando assim, um conflito entre a moral e a sociologia, e esclarece tal feito:

Apesar da moral censurada ser a do jusnaturalismo individualista de Kant e Rousseau, a crítica ao sociologismo positivista baseou-se no postulado, não menos

apriorístico, de que o fato consuetudinário histórico-social coincide com o que moralmente *deve ser*, e reciprocamente os *valores* morais coincidem com o que *de fato* sobre eles, em cada época, pensa e julga a consciência coletiva ou opinião social vigente. (DINIZ, 2004, p. 103)

Tal postura de Durkheim refuta o jusnaturalismo de Kant e Rousseau, procurando demonstrar que os Direitos Naturais, inatos ou considerados pré-sociais do próprio indivíduo, nada mais seriam que direitos que lhes foram dados por uma “consciência coletiva”, cujo órgão principal seria o próprio Estado no decorrer de sua evolução histórico-cultural (DINIZ, 2004, p.104). Nesse ponto, temos que vislumbrar que a ideia de Estado pode ser sinônima de governo estatal, como o próprio Durkheim delimita.

Sendo assim, não seria a manifestação uníssona do individual que seria a causa dos fenômenos humanos, mas a “pressão social”, decorrência da “consciência coletiva”. Pelo postulado sociológico-positivo, o Direito vigente coincide com os próprios valores jurídicos, que não seriam nada além do que de fato é, como tal, apreciado pela consciência coletiva (DINIZ, 2004, p. 104). Justifica Durkheim, que por possuir tal estrutura, o Direito seria um fato social, devendo ser estudado pelo método sociológico (DURKHEIN, 1983, p. 144).

Léon Duguit (citado por REALE, 1999, p. 440), não se conforma com a explicação de que o Direito é puro fato. Segundo Duguit, a consciência coletiva, com relação a sua metodologia, principalmente em ver os fatos sociais como coisas, apresenta-se condizente com a realidade, mas, discorda de Durkheim, ao passo que esse superioriza a consciência coletiva e torna-a irredutível frente às consciências individuais.

A opinião de Duguit (citado por REALE, 1999, p. 441) para superar a visão metafísica da consciência coletiva, se perfaz no fato da “solidariedade”. Tal derivação provém exclusivamente da obra de Durkheim, intitulada *Da divisão do Trabalho Social*, na qual “mostra com grande força a interdependência das atividades humanas e o valor da divisão do trabalho” (REALE, 1999, p. 441).

Em Duguit evidenciam-se três espécies de normas sociais: as normas morais, as normas econômicas e as normas jurídicas. Somente com a afetação da solidariedade social e de justiça que uma norma econômica ou moral pode tornar-se jurídica. Uma norma jamais pode ser uma imposição de um ser sobre o outro, mas um sistema, interdependente, baseado no sentimento social (DINIZ, 2004, p.105).

Sendo assim, delimita que o Direito positivo é um conjunto de normas sancionadoras, exigidas em consonância com a consciência coletiva, que são os sentimentos

coletivos de solidariedade social, fundada na divisão do trabalho, e de justiça, sendo que nenhuma vontade individual é superior a outra. Ainda, argumenta Duguit, que a teoria durkheimiana não merece apreço no que tange o governo estatal como órgão superior da consciência coletiva, pois seria ele imanente à massa das consciências individuais (DUGUIT citado por DINIZ, 2004, p. 105).

O governo do Estado, na verdade, é apenas um organismo, que tem por escopo a realização do Direito objetivo, emanado da consciência coletiva, e não do poder governamental de mandar. Quando um ato de governo se impõe à obediência dos governados, não é porque decorre de uma vontade considerada superior, investida do pretense Direito subjetivo de mandar, mas porque, pelo objeto e pelo fim, esse ato é suposto conforme o Direito objetivo, resultante da coletividade.

Como evidente, Duguit se mostra contrário ao positivismo estadista, legal e normativo (REALE, 1999, p. 440).

Telles Júnior (citado por DINIZ, 2004, p. 106), ponderou que a teoria da solidariedade social contraria os próprios propósitos instituidores proclamados por Duguit. De acordo com Telles Júnior, Duguit determinou que o Direito se fundaria num fato social, que tal fato se faz norma, predicando valores ao fenômeno jurídico, tornando-se incompatível com o próprio experimentalismo, se tornando passível de valores, recaindo em jusnaturalismo (TELLES JUNIOR, 2002, p. 349).

Já Maurice Hauriou, fundado em sua teoria institucional, deu ênfase aos ideais, valores e crenças dos indivíduos que formam a sociedade e as instituições (DINIZ, 2004, p. 107). Hauriou (citado por REALE, 1999), apresentou uma postura sociológica ao ponto de tentar equilibrar o individual, que era através do contrato, ao social, vislumbrando na concepção de justiça um fundamento metafísico. Pois, o fato de o homem ser um ser social, que se acha agrupado com seus semelhantes, de modo consciente, acaba por formar entes coletivos, que seriam as instituições (DINIZ, 2004, p. 108).

Ensina Miguel Reale (1999, p. 527):

Obedecendo às exigências de concreção, que têm constituído uma das notas dominantes do nosso tempo, Hauriou revela plena consciência de que "o problema fundamental do Direito é a transformação do estado de fato em estado de Direito", procurando, esclarecer as conexões entre a idéia de "ordem social" e a de "justiça", idéias objetivas que estão entre si como a maquete de uma estátua em relação ao ideal de beleza plástica.

Maurice Hauriou criou um novo método jurídico fundado essencialmente sobre um realismo espiritualista, conseguindo superar a oposição entre o sociologismo e o normativismo, concebendo, como ensina Diniz, a instituição como ideia objetiva, sendo a instituição uma agremiação de pessoas em torno de certo norte que as assemelha. “Sua forma consiste num sistema de equilíbrios, de poderes e de consentimento provenientes da idéia (sic.), que se objetivou e se encarnou numa estrutura peculiar ou numa organização social” (DINIZ, 2004, p. 106).

Santi Romano construiu sua teoria institucional, sustentando que há identidade entre instituição e ordenamento jurídico, sendo assim, o Direito não é só a norma que se impõe, mas a entidade que a impõe, a instituição. Reale (1999, p. 443) diz que a concepção institucional de Santi Romano é estritamente jurídica, permeando o campo científico-positivo, sem qualquer tipo de subordinação de juridicidade.

Propõe Miguel Reale (1999, p. 523-524), ao referir-se a teoria institucionalista de Santi Romano:

A sua tese fundamental é a de que o Direito antes de ser norma, antes de referir-se a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade na qual se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente por si bastante.

Ernst Rudolf Bierling (citado por Diniz 2004, p. 109), entende que o termo Direito só caberia ao Direito positivo, ou seja, ao Direito concebido validamente e vigente em um determinado tempo e lugar, abrangendo um grupo de indivíduos. Ferraz Júnior (1980, p. 34-35) escreve sobre Bergbohm:

Nesse sentido, afirma Bergbohm (*Jurisprudez und Rechtsphilosophie, I, pp. 32 ss*), talvez um dos mais típicos representantes do positivismo jurídico daquela época, que o único método verdadeiramente científico da Ciência do Direito é, de um lado, a abstração e a generalização gradativa a partir de fatos concretos até as premissas imediatas da dedução, e, de outro, a verificação de modo regressivo de proposições hipotéticas, mediante um movimento gradativo inverso, até os fatos concretos. Bergbohm aspira com isso, a um método efetivamente científico, elevando a ciência jurídica ao nível das ciências da natureza, aspiração esta bastante difundida entre os positivistas do século passado. Em relação ao dogma da ausência de lacunas,

Bergbohm tem uma posição extremamente radical, entendendo o sistema jurídico como uma totalidade perfeita e acabada, não ficticiamente, mas de fato.

No Brasil, o maior expoente do sociologismo jurídico-positivo, notoriamente, é Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Afirma Iserhard (1994, p. 67) que Pontes de Miranda determinou uma visão indutiva na criação do Direito, resguardando os princípios sociológicos na criação do mesmo. Diz Iserhard que o Direito “é”, pois, provém exclusivamente da sociedade. Ensina o autor, que um fato, para entrar no mundo jurídico, necessariamente precisa que uma regra incida sobre ele (ISERHARD, 1994, p. 67). Pois, como nos diz Pontes de Miranda (1973), tal fato seria “colorido”, saindo da esfera dos meros fatos sociais sem importância para o Direito, para se tornar um fato juridicamente relevante.

Pontes de Miranda (1973) salienta que:

Os fatos do mundo ou interessam ao Direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam.

Ou seja, fatos relevantes para o Direito deixam à esfera de condutas fáticas, para se tornarem jurídicos. Ao passo que uma norma se torna juridicamente relevante, não há necessidade de aquiescência ou adesão dos sujeitos envolvidos por ela, ao passo que tal regra existe e incide, é válida, mesmo que haja diversas normas que incidam sobre o mesmo fato.

A incidência sobre os fatos, que a regra jurídica aponta, independente da aplicação, tal o que a caracteriza. Dai a possibilidade de mundo jurídico em que as diferentes situações coexistem, resultantes de múltiplas incidências. Dai, ainda, a submissão dos membros do grupo às leis, como fatos, pois a legitimidade independe da aquiescência, da adesão, ou da confirmação, fatos que seriam posteriores; a adesão é anterior ao órgão que legisla. Não importa como se obteve; pois que se trata de *fato*. Onde se estabelece a possível criação de regras jurídicas, que incidem sobre os fatos, permitiu-se a quem as cria tecer o mundo jurídico em que o Direito é. (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 12-13)

Bergbohm, (citado por FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 34) expõe com maestria sua postura oponente ao Direito natural, a qual é caracterizada através do formalismo e pela “purificação do conceito de Direito”. Delimita ainda que a ciência positivista do Direito é uma ordenação a partir de conceitualizações superiores, as quais se subordinam as especiais, e que

estão acima das oposições das disciplinas jurídicas particulares (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 34).

Mas como bem afirma, ainda, o douto professor Ferraz Junior,

Reduzir a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade é desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 35)

O positivismo jurídico, não foi simplesmente uma tendência científica, foi, na verdade, uma necessidade de segurança burguesa. Ademais, vislumbrava-se no período pré-revolucionário, anterior a 1789, arbítrios de todas às espécies, fulminando o ideal burguês de segurança jurídica. A justiça era parcial e não existia certeza da aplicabilidade normativa (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 35).

Com o surgimento do código napoleônico, em 1804, o positivismo começou a atingir o seu auge, desempenhando um instrumento de influência no pensamento jurídico moderno e contemporâneo. A ideia de codificação fora fruto de uma cultura racionalista e tal feita apenas se deu porque as ideias iluministas encontraram terreno fértil (Revolução Francesa) para adquirirem consistência política e se exteriorizarem (BOBBIO, 2006, p. 246).

Tal projeto nasce de duas convicções, a primeira da existência de um legislador universal, ou seja, um legislador que produz leis válidas para qualquer situação, e, a segunda, pela busca de um Direito simples e uno (BOBBIO, 2006, p. 247). A codificação surgiu da racionalização e em decorrência de fatores internos na França, tais como a pluralidade de conjuntos normativos, sendo que em certas regiões da França existia o Direito consuetudinário e em outras partes o Direito comum romano. Escreve Bobbio (2006, p. 248):

As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um Direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o Direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de Direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro Direito.

Observa Leal (1999, p 55) relatando sobre a importância do Código Napoleônico no contexto sócio-jurídico da época:

O surgimento do Código Napoleônico trouxe não só uma consolidação considerável de leis civis, mas um autêntico instrumento de poder político à época. A partir dele, a idéia que se passava na França era de que a razão natural houvesse se corporificado e cristalizado em um instrumento normativo escrito; as novas relações de poder político e econômico haviam se solidificado nos enunciados da lei escrita. A partir daqui, praticamente todo o século XIX se viu atingido por uma ciência do Direito e da interpretação mecanizada pela hermenêutica exegética, crendo-se que, efetivamente, o Código não deixa nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o Direito, porque o Direito está feito. Não há mais equidade e razão do que a exteriorizada pela lei.

Tendo as bases positivas, podemos apresentar as características do Positivismo Jurídico. Gusmão (1982, p. 460) nos faz saber que:

[...] o positivismo se caracteriza por afastar do estudo científico do Direito os valores [...]. As várias formas de positivismo jurídico encontram no fato social, na autoridade, nas razões do Estado, no poder ou nas necessidades decorrentes das relações humanas o fundamento do Direito.

Essa crítica se torna muito pertinente na atual conjuntura do positivismo jurídico, o qual, é fundamental, para sua superação, a inclusão de valores sociais, desprestigiando o legalismo que, infelizmente, foi um instrumento utilizado, como na Alemanha Nazista, para desconsiderar o ser humano e impingir a força do Estado sobre o indivíduo.

#### **4 CONCLUSÃO**

Tendo em vista o exposto no presente ensaio, se pode concluir, consubstancialmente, a relevância dos fatores históricos na formação do Direito e da consequente construção da positividade normativa contemporânea.

A racionalidade positiva que permitiu a abstração normativa e a consequente, pelo menos formal, aplicação da lei para todos, determinou um avanço substancial na construção do indivíduo na modernidade. Com a contemporaneidade, a denominada inflação legislativa,

entendida como o uso indiscriminado da produção de leis, somada a insuficiência de recursos estatais para prestar a jurisdição de forma adequada, a ideia restrita de positivismo normativo encontra sérios problemas de se prestar a resolução dos problemas em que a sociedade contemporânea encontra.

## REFERÊNCIAS

AMADO, João; BOAVIDA, João. **Ciências da Educação: Epistemologia, Identidade e Perspectivas**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o Direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edameris, 2006.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. Trad. de Renato Barboza Rodrigues Pereira. Porto Alegre: Globo, 1976.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURKHEIM, Emile. **Lições de sociologia: a moral, o Direito e o Estado**. São Paulo: T. A. Queiroz: EDUSP, 1983.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GURVITCH, Georges. **Tratado de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ISERHARD, Antônio Maria. **O conceito de Direito em Pontes de Miranda**. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

LEGAZ Y LACAMBA, Luis. **Filosofia del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1975.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história, lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. 1.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

## **HISTORICAL ASPECTS AND PRERROGATIVES OF POSITIVE LAW: A CRITICAL APPROACH ABOUT THE ITS RAISING**

### **ABSTRACT**

The Law must be studied since its rising so its current format could be understood. A historical notion of Law formation is essential to appreciate its particularities and hermeneutics constructions. In the present work, the study of Law begins with the analysis of social groups, developed by an introductory idea of ancient Law, passing by a study about Natural Law and Positive Law. It is necessary an historical approach as requirement to understand the Law evolution and how it started to act directly in the contemporary society. Thus, the importance of the present study is extremely relevant for the construction of the critical thought about the evolution of Positive Law.

**Keywords:** Natural Law, Normativism, Legal Positivism.



## AS INTERAÇÕES COMUNICATIVAS COMO EXPRESSÕES OU MANIFESTAÇÕES DA IDEIA DE TOLERÂNCIA

**Ciro Di Benatti Galvão\***

### **RESUMO**

*As expressões tolerância e dignidade da pessoa humana apresentam-se normativamente interdependentes em uma democracia constitucional. Embora a ideia de Estado Neutral (ao qual, em se tratando de aspectos subjetivos de comportamento individual, não é dada a possibilidade de interferência ou dirigismo) deva ser preservada, quando houver comprometimento dos processos de integração social, a conexão entre os dois conceitos deve ser estabelecida e, neste sentido, percebe-se que ela poderá ser feita mediante a utilização da ideia de ação comunicativa habermasiana.*

**Palavras-chave:** Tolerância. Dignidade humana. Ação Comunicativa.

### **1 INTRODUÇÃO**

O referente trabalho visa à construção e desenvolvimento do raciocínio de que mediante os elementos que integram os processos de interação dialógica ou comunicativos descritos por Jürgen Habermas em sua ‘teoria da ação comunicativa’ (1999) pode-se chegar de forma mais otimizada à ideia de obtenção de tolerância e, conseqüentemente, de integração social.

Por mais que se saiba que mediante os processos de integração discursiva ou ‘atos de fala’ em que cada ator social pode expor suas razões, debater e confrontar ideias com os

---

\* Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL-Portugal). Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UniSUL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogado.

demais participantes para tentarem chegar, eventualmente, a um determinado consenso sobre determinada problemática, o que será defendido aqui não é exatamente a obtenção desse entendimento ou consenso como é defendido pelo filósofo alemão em sua obra.

Neste trabalho será feita a utilização dos elementos dessa teoria para que possa ser defendido o argumento segundo o qual, mediante a sua utilização, mesmo que o processo discursivo não obtenha êxito no seu intento (ou seja, mesmo que não se alcance o citado entendimento ou consenso), os participantes acabam exercendo uma postura tolerante perante os demais ao se valerem dos atos de comunicação.

O ideal é que haja a formação do consenso acerca de determinada problemática ou questão de relevância social, mas se o mesmo não puder ser alcançado, o prévio comportamento comunicativo não deixará de ter tido importância ou significado. Explica-se: durante a relação dialógica é possível que os indivíduos, ao exteriorizarem seus pontos de vista (às vezes, totalmente divergentes ou opostos), exercendo seu direito de manifestação de pensamento e, tentando (estrategicamente, como assevera Habermas) convencer os demais ou permitindo-se deixar convencer pela força do melhor argumento ou plausibilidade de pensamento alheio, percebam que esse convencimento não venha ser aperfeiçoado. Contudo, mesmo frustrando-se nesse intento, preservarão suas próprias visões ou ideias, ao mesmo tempo em que se tornam aptos a respeitar as dos demais que com ele participaram da relação dialógica.

Reconhece-se que nas sociedades e nos Estados Constitucionais atuais a consensualidade exerce papel de excelência. Contudo, nem sempre o consenso ou entendimento será alcançado levando-se em consideração a existência da própria pluralidade social. É justamente em face desse pluralismo que a questão da tolerância acaba incidindo, pressupondo a existência concomitante de divergências ou antagonismos de pontos de vista entre os atores sociais para que ela própria possa, socialmente, ser praticada. Aliás, ter em mente que ela corresponde a um processo e que, portanto, tem que ser praticada, é de suma importância. A dinamicidade é, por assim dizer, algo que a ela está atrelada de acordo com a proposta aqui adotada.

Portanto, tentar-se-á demonstrar que, embora não havendo a obtenção de um consenso, o simples exercício argumentativo (usado pelos falantes ou participantes de determinada discussão com vistas ao convencimento) terá significado e utilidade em algumas vezes, pois o debate representará a prática da própria noção de tolerância e, também, da manifestação da ideia de dignidade da pessoa humana, consubstanciada no conceito de respeito derivado e desenvolvido, aqui, a partir da visão kantiana (2003).

Dessa forma, o itinerário a ser desenvolvido e seguido neste trabalho será o seguinte: 1) desenvolver uma estrutura básica acerca da ‘Teoria da Ação Comunicativa’, extraindo-se os elementos necessários para a aproximação com o tema em análise; 2) traçar uma formulação compreensiva acerca da expressão ‘tolerância’, realizando a conexão entre esta e a noção de ‘dignidade da pessoa humana’ (tendo como base inicial a visão kantiana); 3) demonstrar que diante de todo esse processo discursivo e de prática da tolerância cabe ao Estado (enquanto ente neutral) propiciar a sua defesa ou preservação chegando-se à ideia de ‘Estado como guardião da tolerância’ e, em última análise, guardião da própria dignidade enquanto valor constitucionalmente positivado.

## 2 DOS ELEMENTOS DA ‘TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA’ HABERMASIANA

O foco metodológico do presente trabalho está na ‘teoria da ação comunicativa’ desenvolvida por Habermas e, através dela, pode-se dizer que o agir comunicativo nada mais é do que a resposta à indagação de como se elaborar ou alcançar, de forma legítima, a integração social<sup>1</sup>. Explica-se: se antigamente essa integração dava-se, principalmente, pela tradição e, até mesmo, pelo fascínio e medo causado pela sacralidade de instituições arcaicas, atualmente, nas sociedades modernas, complexas e, plurais, ela se dará, principalmente, mediante a razão comunicativa que, valendo-se da utilização da linguagem intersubjetivamente compartilhada – ‘atos de fala’ –, traz acoplados a si critérios públicos de racionalidade.

De acordo com o que diz Sérgio Luís Silva (2001, p. 5), a teoria Habermas busca explorar uma “*sociologia do mundo da relação dos sujeitos, ou seja, uma sociologia da ação comunicativa em que o universo subjetivo, a ação política e a racionalidade dos indivíduos*”, acabando por se constituir em elementos estruturados de formação e revitalização da esfera pública no intuito de alcançar a denominada emancipação social.

Segundo Habermas (1999, p. 171), “*a ação comunicativa se baseia em um processo cooperativo de interpretação em que os participantes se referem simultaneamente a algo no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo*”. Em se tratando especificamente da

<sup>1</sup> Nesta pesquisa, para além da defesa e promoção da integração social que, fortemente, guarda relação com a noção de inclusão social, será defendido que a prática comunicativa mediante a utilização dos ‘atos de fala’ – trazidos por Habermas nesta teoria – faz com que a promoção e a defesa do respeito para com o ‘outro’ também resulte tutelada, chegando-se, portanto, à ideia de proteção da própria dignidade da pessoa humana.

tolerância em ambientes plurais, pode-se dizer que questões pertencentes à conjugação desses três ‘submundos’ a serem objetos de diferentes pontos de vista ou diversas óticas valorativas não irão faltar e, portanto, farão com que a noção de linguagem intersubjetivamente compartilhada ou de razão comunicativa seja perfeitamente utilizada.

Essas três esferas conjuntamente formam o que se denomina ‘mundo da vida’, que nada mais é do que a representação da relação indivíduos-instituições intermediada por ações linguísticas garantidoras da racionalidade comunicativa. Na visão de Herrero (2004, p.45) essa relação é baseada nos ‘atos de fala’ que levam a pretensões de validade sujeitas a críticas e fundamentadas sobre a força do melhor argumento.

De acordo com Pinent (2004, p. 50-51) no processo dialógico estabelecido, os ‘atos de fala’ constituiriam “*as relações que os falantes estabelecem entre si quando se referem a alguma coisa no mundo*”.

Não são atos meramente comunicativos, mas atos de um discurso a ser estabelecido, ou seja, eles possuem não apenas uma função de mera ou simples exteriorização de ideias, valores, opiniões, mas detém uma função muito mais nobre: a de causar algum efeito ou impacto no discurso alheio – seja convencendo os demais participantes do debate, seja forçando-os, pelo melhor argumento, a questioná-los ou, a inverter o desejo de convencimento. A função argumentativa lhe é mais importante, afinal. Trata-se, como observa Nogueira (2006, p. 4), de uma “*coação não-coativa, pois não há uma coação explícita, mas implícita através daquele que possui o melhor argumento*”.

O ‘mundo da vida’ no qual eles se manifestam é, por essência, um mundo comunitário que pressupõe a co-presença de outros, ou seja, é um mundo plural, garantidor dos ‘atos de fala’ que, teoricamente, levam ao possível entendimento. Sintetizando essa ideia, Luiz Moreira (2004, p. 102) diz que na “*na razão comunicativa o agir é orientado para o entendimento, pois, tendo a linguagem como ‘medium’, o entendimento lhe é acoplado*”.

O mundo objetivo representa a relação indivíduos-instituições intermediada por ações linguísticas e racionais. Sintetizando, é o cenário ontológico do ser social e legitima-se através da linguagem, que é o seu veículo de mediação.

Já o mundo social totaliza o processo de relações sociais interpessoalizadas na vida dos sujeitos como lembra Sérgio Luís Silva (2001, p. 8). O ambiente cotidiano é o local onde se pode definir a existência desse mundo, pois, nele, os sujeitos vivem e se relacionam comunicativamente, expressando o conhecimento adquirido em experiências próprias do mundo subjetivo e, exteriorizando seus argumentos, que constituirão novos valores e novas verdades determinadas a partir do processo social de construção da realidade.

Dessa forma, será socialmente válido aquilo que for objeto de prévia e múltipla análise entre os diferentes atores sociais e suas perspectivas pessoais, muitas vezes divergentes, mas que auxiliam ao alcance de um denominador comum (ao menos é o que se espera. Mas, já se adianta que, para efeitos deste trabalho, mesmo que o entendimento final não seja alcançado, o mero exercício ou prática de tolerância para com a opinião ou visão alheia divergente, já representa um ponto favorável à inclusão ou integração social, por facilitá-la ‘à posteriori’).

Nesse sentido, o que é socialmente verdadeiro é socialmente processado pelos indivíduos e legitimamente expressado de forma interpretativa por eles na cotidianidade. Por isso, esse mundo–social é fundamentado pelo conteúdo das relações, nas quais o pressuposto de verdade, a partir da interação dos sujeitos pelos atos comunicativos, é construído com base legítima nas ações e, na visão de mundo expressada na busca de uma razão consensual. Aqui cabe, ainda, um registro para o fato de que mediante a prática da tolerância, mais facilmente será obtido ou construído um contexto social que expresse, verdadeiramente, o sentido de pluralidade.

A esfera subjetiva, diferentemente das esferas anteriormente explicadas, não está situada no universo externo da vida dos sujeitos. Está ligada aos limites internos dos mesmos, nos quais se totalizam as experiências adquiridas, os valores transmitidos através da educação familiar, experiências vivenciadas e transformadas em conhecimento subjetivo (pessoal), que é reconhecidamente válido e necessário para exteriorizar a ação e razão no aspecto comunicativo.

Todas essas três esferas se referem a totalizações diferentes que abarcam desde o processo de relação formal entre sujeito e instituições formais constituídas, até as experiências cognitivas adquiridas pelo sujeito no processo cotidiano de suas relações sociais, ou seja, com os demais indivíduos.

Dessa forma, os integrantes (atores) ou participantes desse processo de comunicação e convivência dialógica se valem dessas três esferas como marco de interpretação dentro do qual elaboram as definições comuns acerca de uma dada situação real, representativa de um fragmento do mundo da vida, tentando perseguir uma ação orientada para o entendimento ou, como será defendido aqui, tentando, ao menos, chegar a uma aproximação da ideia de tolerância, quando as divergências de pensamento ou comportamentais não restarem ultrapassadas, comprometendo o consenso almejado.

Explica-se: a ideia de diversos atores comunicativos se referirem a determinada ‘situação-problema’ pertencente ao ‘mundo da vida’ tais como: as questões ligadas à

ideologia política ou religiosa, bem como acerca da expressão da sexualidade humana – todas com repercussão na seara da ciência política e, também, do direito – traz consigo a noção de prática ou exercício da tolerância para com ‘o outro’ de forma que, mesmo tendo a teoria habermasiana o compromisso com a obtenção ou alcance do entendimento, se este se mostrar frustrado, o processo de integração social ou inclusão social poderá ser preservado ou, até mesmo, indiretamente alcançado pela interação dialógica visando o atingimento da tolerância para com aquele que se mostra como o diferente ou divergente de quem se apresenta como ou assume o papel de ‘tolerante’.

Correto dizer, portanto, que embora se diga que o processo do ‘agir comunicativo’ possua dois aspectos que devem ser considerados (um teleológico, ou seja, de execução de um plano de ação e realização de fins; e outro denominado comunicativo de interpretação de determinada situação para o alcance ou obtenção de um acordo), valendo-se da ideia de sociedade pluralista, há outro aspecto que pode ser levantado mediante adoção da teoria habermasiana em questão: a possibilidade de obtenção da prática da tolerância para com ‘o outro’. Por isso a utilização dos elementos trazidos por essa teoria (principalmente, os ‘atos de fala’) para a sua contextualização com o tema escolhido.

### **3 DA COMPREENSÃO DA TOLERÂNCIA E SUA CONEXÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Gregorio Robles (2003, p. 125-126) inicia seu artigo acerca da temática em estudo com a exemplificação de duas situações que a envolvem e, em seguida questiona o que seria a tolerância e por qual razão se fala tanto nela nos dias atuais. Embora pareça ser um questionamento de fácil elucidação, apresenta-se como sendo essencial, pois a sua compreensão necessita da abordagem de outros pontos tais como os dos contextos sociais em que se quer tratá-la, a sua respectiva adequação a determinado Estado, bem como sua receptividade pela ordem jurídica correspondente.

Com relação aos contextos sociais em que se insere, o seu entendimento será feito nas sociedades ditas plurais nas quais diversas e, até mesmo, antagônicas formas de pensar e de se comportar acabam por ter que conviver e respeitar umas as outras com o escopo de manter a pacificação e convivência social, digamos, harmônica.

Em consequência e, por uma questão de lógica, como esses contextos não existem desvinculados de certa forma de Estado, será pensado o tratamento e a inserção da tolerância

nos chamados Estados Sociais de Direito contemporâneos nos quais, de alguma forma, é feito o enquadramento jurídico da dignidade da pessoa humana enquanto valor moral à qual tenha sido conferida normatividade mediante sua previsão como princípio jurídico, ou seja, ‘norma-princípio’ (por isso, inclusive, a ligação da dignidade com a expressão em comento que, em momento oportuno, será devidamente explicada).

Tendo este panorama como referência, passa-se a um exame geral da compreensão acerca da expressão tolerância, iniciando por dizer e, de certa forma, compartilhando do entendimento de Marcello Ciotola (2007, p. 422), que a tolerância é uma ‘virtude moral’<sup>2</sup> de forma que, sendo assim considerada, ou seja, em um sentido ético, ela é uma característica positiva do homem que faz com que ele aja de forma a fazer o bem para si e para os outros, podendo, de acordo com a visão de Aristóteles (1973, p. 273) a respeito da ideia de ‘virtude’, ser um traço que não é inato ou intrínseco ao ser humano, mas algo derivado ou fruto de um hábito, susceptível de ser adquirida e, inclusive, ensinada.

Por isso se dizer e ressaltar o caráter dinâmico da expressão tolerância, bem como seu entendimento como um processo contínuo do qual necessita, apenas, mas não tão facilmente, da pré-disposição individual para nele se inserir.

Lembra ainda Ciotola, citando Jacqueline Russ (2007, p. 423), que a tolerância deve ser compreendida como atitude ou disposição de espírito pela qual “deixamos a cada um a liberdade de exprimir suas opiniões (mesmo quando não as compartilhamos) ou viver segundo modos que não são os nossos”. Significa, portanto, não intervir na ação ou comportamento alheio mesmo que estes se mostrem diversos da nossa própria visão e, até mesmo, que sejam tidos por nós como ‘reprováveis’.

Em oportuna observação, Ciotola (2007, p. 424) ressalta que a tolerância acaba por se apresentar como mediadora fundamental entre dois polos ligados à noção do indivíduo: o ‘eu’ e, o ‘outro’ (ponto que mais a seguir será aprofundado ao se dizer que se trata de uma expressão relacional)<sup>3</sup>.

Contudo, apresentada dessa forma, a partir de uma compreensão, digamos, liberal, deve-se ter cautela para não se chegar à conclusão de que tudo deva ser tolerado. Como será

<sup>2</sup> Caracterizando-a também como virtude, Michael Walzer assevera que “dos que são capazes de assim agir (no caso, de serem aptos à convivência com a alteridade), sem levar em conta sua posição no continuum da resignação, indiferença, aceitação estoica, curiosidade e entusiasmo, que se trata de pessoas que possuem a virtude da tolerância”. Cf. Michael Walzer (1999, p.18).

<sup>3</sup> Será esta visão do eu para com o outro que justificará (como será visto) a ligação entre a tolerância e a dignidade da pessoa humana, especificamente ao considerar esta como manifestação da visão kantiana de reciprocidade de tratamento respeitoso entre os indivíduos.

visto, há limites<sup>4</sup> que merecem ser observados. Por enquanto, necessário dizer que em se tratando de um processo crescente de pluralismo social, a contextualização da tolerância a ele deve ser feita. John Stuart Mill, segundo aponta Ciotola, foi o primeiro filósofo a relacionar a expressão tolerância com o pluralismo social em 1859 com a obra intitulada “Sobre a Liberdade”. No pensamento de Mill, um aspecto que o diferencia de pensadores anteriores como, por exemplo, Locke é, justamente, o espaço concedido para a valorização da diversidade e dos diversos modos de viver ou experiências de vida<sup>5</sup>.

Pode ser dito que sendo a tolerância uma expressão que implica, hoje, a noção ou ideia de convivência em um ambiente plural, ou seja, de múltiplas impressões ou aceções sobre diversos aspectos da vida social (religião; sexualidade; posicionamento ideológico-político, etc.), não pode ser um conceito reduzido a simplificações de significado injustificadas.

Como bem observa Paulo Mota Pinto (2007, p. 748), a compreensão que se deve ter ou que se deve extrair da palavra ‘tolerância’ não é o de uma simples condescendência ou, até mesmo, de uma mera sensação de suportabilidade para com o comportamento ou ideia apresentada pelo ‘outro’ e que se mostra contrário ou dissidente ao daquele que, teoricamente, tolera (tolerante). Da mesma forma, a tolerância não se traduz em indiferença, pois, então, seria melhor falar em irrelevância.

Com isso se quer dizer, como bem lembra Mota Pinto (2007, p. 748), que: “*a indiferença e a concordância excluem a tolerância: se o sujeito for indiferente ou se estiver de acordo com as idéias, comportamentos ou pessoa em causa, não faz sentido falar em tolerá-los*”. Dessa maneira, deve a tolerância supor uma divergência, que

pode cobrir atitudes ambivalentes, tanto se considerando que as idéias ou comportamentos em causa estão errados, como mascarando realmente uma aprovação tácita ou encoberta. Aparentemente, porém, mesmo a tolerância exige uma aprovação do objeto em causa (MOTA PINTO, 2007, p. 748)

<sup>4</sup> Neste sentido, com clareza argumentativa, explica Gregorio Robles (2003, p.128) que a questão atual sobre a temática em análise refere-se sobre o debate acerca de seus limites. Nas palavras do autor espanhol: “... la cuestión de la tolerância, hoy, se centra em el debate sobre sus limites. No se discute, o al menos no discuto yo, el principio general, sino sencillamente su alcance”.

<sup>5</sup> Neste sentido, cfr. a passagem traduzida por Ciotola (2007, p. 430) do original da autora francesa Suzan Mendus.

A instauração da ideia de tolerância, justamente por se remeter ou fazer referência à pluralidade<sup>6</sup> social mencionada, necessariamente se aperfeiçoa quando se constata a existência do ‘outro’ no contexto social em que se está inserido. O ‘outro’ deve ser o referencial para aquele que tolera, ou seja, para o tolerante.

Sem a compreensão e o reconhecimento<sup>7</sup> do ‘outro’ não se pode falar em comportamento tolerante. À ideia de reconhecimento do ‘outro’, ou seja, daquele que diverge (em termos de pensamento ou comportamento) do ator social que se diz tolerante, numa determinada relação de convivência dialógica e social, pode ser remetida a noção de respeito para com ele.

Reconhecer<sup>8</sup> o ‘outro’ como indivíduo provido de capacidade racional ou com potencialidade racional tal como si próprio, facilita o trânsito da tolerância. Aliás, não apenas facilita como condiciona a existência desta. A essa compreensão de reconhecimento e de respeito pelo outro e pela sua potencial ou concreta racionalidade em expressar suas razões se vincula a compreensão da própria ideia de dignidade da pessoa humana que, agora, passa-se a fazer menção.

Lembra-nos Jorge Miranda (2000, p.182 e ss.) que o homem, situado no mundo plural e conflitual vê-se, muitas vezes, dividido em interesses e desafios discrepantes, tendo somente na consciência de sua dignidade pessoal a retomada de vida e de destino. A partir dessa visão, tem-se que a convivência em ambientes plurais somente se mostra menos traumática ou mais facilmente realizável face à conscientização que cada indivíduo deve ter

<sup>6</sup> Lembra-nos Michael Walzer (1999, p. 17) que em qualquer sociedade pluralista sempre haverá pessoas, por mais firme que seja o seu compromisso com a realidade pluralista, para as quais será difícil conviver com determinada diferença comportamental, de opinião, cultural, de organização familiar, etc.. Para o autor, no prefácio à sua obra, “a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna a tolerância necessária”. Contudo, acredita-se que os atos de fala presentes no discurso habermasiano da Ação Comunicativa, possam facilitar essa convivência ou, ao menos, preparar estas pessoas para que sejam consideradas como tolerantes.

<sup>7</sup>Alerta-nos Michael Walzer (1999, p. 109 e ss.) que a tolerância moderna e pós-moderna caracteriza-se pela assimilação individual e pelo reconhecimento do grupo, acabando por serem, estes, pontos centrais da política democrática moderna. Entende-se, aqui, que a assimilação e o reconhecimento estão direcionados para a compreensão das razões daqueles que discordam de nós em determinada problemática. E, essa assimilação tanto mais existente será, se pudermos fazê-la mediante atos de comunicação que nada mais são do que atos relacionais, ou seja, que têm o outro como referência.

<sup>8</sup> Sobre a política do reconhecimento, assevera Robles (2003, p. 129), de forma lúcida e completa, que há matizes ou variações de tolerância sendo que, de acordo com sua visão, uma vertente seria positiva e outra negativa. Pela primeira, o reconhecimento do outro agrega valor ao que se diz tolerante. Podemos dizer, nesta situação, que aquele se que mostra ‘aberto’ a ouvir as razões e argumentos alheios acaba podendo ter, de certa forma, o seu próprio discurso, pensamento ou comportamento, modificado, se assim lhe convir. De outro lado, o autor citado ressalta a vertente negativa da expressão tolerância, dizendo que neste caso, há, tão somente, uma coexistência pacífica, mas fria, ou seja, não haveria uma comunicação enriquecedora, de modo que cada qual seguiria seu próprio caminho. Adotar-se-ia e, preservar-se-ia seu próprio modo de pensar, refletir e de se comportar, respeitando a maneira com que o faz o outro, de forma a não terem contato de espécie alguma.

de si próprio para que possa ver no outro a mesma correspondência e, portanto, chegando à ideia de reciprocidade de tratamento respeitoso ('igual dignidade').

Explica-se: ao se introjetar e criar toda uma expectativa com relação aos demais atores sociais acerca da noção de merecimento de respeito pelas suas ideias e, pelas formas de expressividade pessoal – e, desde que delas não decorra prejuízo para outrem – o indivíduo acaba sendo, ele próprio, foco de análise dessa mesma expectativa de forma que, somente assim, o convívio salutar no ambiente comunitário (no sentido de viver em comunidade) pode se aperfeiçoar.

Explica Ana Paula Barbosa (2007, p. 160) que, de acordo com uma visão liberal da sociedade, a dignidade da pessoa humana enquanto princípio pode se estendida para abranger as crenças e opiniões das pessoas, pois se pode extrair das mesmas a sua decisão ou o seu consentimento com relação a algo. Por esse motivo, esclarece a autora, que devem ser levadas a sério. Com relação à seriedade da questão, indaga Carlos Santiago Nino (1989, p.289): “qual é o significado de levar a sério as decisões ou o consentimento de um indivíduo?” Responde o próprio autor que respeitar a vontade de alguém não significa o mesmo que atender a todos os seus desejos. Para ele, respeitar a vontade de alguém consiste fundamentalmente em permitir que a pessoa assuma ou suporte as consequências de duas decisões, tendo possibilidade de transformar a realidade, desde que haja um consenso entre as suas decisões e as decisões dos demais. Para tanto, acredita-se que os atos de fala ou de comunicação têm muito a auxiliar neste aspecto.

Acredita-se que a dignidade da pessoa humana, na perspectiva do discurso moral, acaba tendo um papel central, pois ao respeitar as decisões livremente tomadas, ao escutar as razões dos demais, ao tratar de ‘confrontar’ os seus argumentos com os dos outros e, ao procurar conciliar sua ação com a dos demais, os indivíduos acabam se comportando de forma moralmente desejável, conforme observa Ana Paula Costa Barbosa (2007, p. 161).

O princípio da dignidade da pessoa humana entendido como expressão da preservação dessa relação de respeito mútuo entre os conviventes sociais, pressupondo a autonomia vital de cada pessoa, a sua autodeterminação relativa ao Estado e às demais entidades públicas, bem como às demais pessoas que com ele compartilham o mesmo contexto de relação ou ‘mundo da vida’<sup>9</sup>, ganha, nestes aspectos, relevante incidência quando se analisa a variada gama de questões que abarcam impressões subjetivas ou pessoais numa

---

<sup>9</sup> Cfr. neste mesmo sentido, Jorge Miranda (2000, p. 184).

determinada comunidade diversificada na qual a pluralidade pode ser mais bem desenvolvida ou estudada<sup>10</sup>.

Ganha, aqui, a dignidade da pessoa humana – compreendida na perspectiva kantiana<sup>11</sup> de mútuo respeito e, enquanto princípio basilar dos Estados Constitucionais Contemporâneos – relação estreita com a questão apontada no capítulo primeiro do trabalho acerca dos elementos retirados da reflexão acerca da Teoria da Ação Comunicativa habermasiana, quais sejam, os atos de discurso ou de fala que trazem consigo a ideia de respeito pelos argumentos alheios que, muitas vezes, se apresentam divergentes uns dos outros numa dada relação ou debate acerca de determinado assunto polêmico ou de difícil obtenção de consenso.

Nilson José Machado (sem data, p.2) constata em seu artigo sobre o tema que quando se trata da ideia de ‘reconhecimento’, não se quer dizer, tão somente, que se tome conhecimento da existência do ‘outro’ pelo ator social ‘tolerante’. Para tratarmos sobre esse elemento condicionante da expressão tolerância, há que incidir a compreensão do ‘outro’ ou de suas ideias, pensamentos ou comportamentos, ou seja, há que existir todo um processo de assimilação e reflexão acerca do modo divergente (comportamental ou de pensamento) do ‘outro’.

De certo que compreender o ‘outro’ exige por parte do tolerante uma capacidade de disponibilidade para, colocando-se no lugar daquele, captar o ‘porquê’, ou seja, a razão ou motivo que enriquece a sua perspectiva pessoal de forma que se ele, tolerante, pensasse ou se comportasse daquela forma, acabaria esperando que o ‘outro’ (que passa a figurar, agora, neste exemplo, como tolerante – devido a uma inversão de papéis) o reconhecesse como uma pessoa dotada de racionalidade própria e merecedora do mesmo respeito.

Na verdade, não se quer que o tolerante ao introjetar as razões alheias (do ‘outro’) mude a sua própria perspectiva pessoal sobre determinada questão – a não ser que se convença de que deva fazê-lo<sup>12</sup>.

O tolerante ao admitir para si próprio, após exteriorizações pelo ‘outro’ de suas razões acerca de determinado assunto da vida cotidiana ou social, e, ao reconhecer que mesmo potencialmente diferente do seu, o discurso do ‘outro’ também é digno de ser tido

<sup>10</sup> Observa Jorge Miranda (2000, p. 185) que fora da inserção em determinada comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos possam se dá, a menção à dignidade também se frustra.

<sup>11</sup> Lembrar, nesta altura, as palavras de Kant e o sentido de mútuo respeito que delas se pode extrair quando assevera: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”

<sup>12</sup> Neste sentido, assevera Nilson José Machado (sem data, p. 2) que: “Não se trata de dissolver o outro em minhas análises, de situá-lo em meu cenário, de traduzí-lo em minha linguagem; trata-se de respeitá-lo como outro”.

como legítimo, representa, sim, uma real disponibilidade para a comunicação ou diálogo e potencial ou pretensão entendimento mesmo que ambos alimentem diferentes projetos de vida que se baseiam em diferentes razões ou fundamentos.

Sem incorrer no equivocado discurso de que ao se tolerar algo (ideia, pensamento ou comportamento) ou alguém se estaria, sempre, relativizando valores, Nílson José Machado lembra (sem data, p.3), de forma clara e lúcida, que dificuldades teóricas renitentes devem ser evitadas, tais como: o relativismo radical de ideias ou valores que fatalmente condenariam a própria subsistência da noção de tolerância (pois, “tolerar incondicionalmente, ou seja, indiscriminadamente, os intolerantes significaria, eventualmente, permitir a destruição dos próprios tolerantes”), bem como a assertiva de que pela tolerância pode-se construir uma hierarquização (em termos de graus de relevância) desses mesmos valores ou impressões de cunho subjetivo acerca de determinada questão do ‘mundo da vida’ (a ponto de se chegar, na verdade, a uma hierarquização ou redução em escalas valorativas dos próprios indivíduos, gerando uma situação de desigualdade<sup>13</sup>).

Tendo em vista estas mesmas dificuldades teóricas, compartilha-se da preocupação pertencente a Walzer (1999, p. 104) com relação à tolerância para com os intolerantes. Ela se justifica e se apresenta como significativa e importante, devendo ser feitas algumas observações a este respeito.

Trata-se da possibilidade de existência de um verdadeiro paradoxo da intolerância, constituído a partir da ideia de que se tudo e todos devem ser tolerados, o que era para ser uma virtude deixa-o de ser porque, eventualmente, determinado indivíduo ou grupo queira se beneficiar da incidência dessa virtude para de certa forma, infringir determinadas delimitações ou parâmetros provenientes do mútuo respeito para com o outro, para a prática de algo que possa prejudicar alguém que dele discorde.

Chega-se, então, a um ponto que merece menção e desenvolvimento adequado, mesmo que breve. A questão a ser apontada, aqui, é o da existência ou não de limites para a tolerância. Como já adiantado no parágrafo anterior, em virtude da possibilidade de ocorrência de um dos equívocos apresentados, pode ser afirmado que à ideia de tolerância cabe, certamente, a fixação de determinados limites.

<sup>13</sup> Afinal, como bem lembra Nílson José Machado, (sem data, p.4): “em termos coletivos a diversidade é a regra e a norma é saber-se lidar com as diferenças, tanto individuais, quanto entre os grupos”. E, ainda, acrescenta o autor: “O reconhecimento do outro ou reconhecer-se como diferente do outro, não me condiciona, portanto, em qualquer sentido, a uma comparação entre mim e ele, da qual resultaria uma desigualdade, um ‘maior’ e um ‘menor’. Tal fato, muitas vezes, não parece ser levado suficientemente em consideração em situações onde a convivência de diferentes perspectivas é vital para a construção da autonomia [...]”.

Embora o comportamento tolerante seja considerado algo desejado para a boa convivência e para o aperfeiçoamento do processo de integração ou inclusão social – face ao cenário social pluralista que acaba suscitando possíveis divergências de pontos de vista com relação a aspectos da vida coletiva, consideradas significativas para as ordens jurídicas e políticas atuais (tais como a liberdade de expressão e de consciência; a expressividade da sexualidade como sendo um elemento para a caracterização e desenvolvimento da própria personalidade individual; a liberdade de crença religiosa e seu respectivo exercício, bem como a liberdade de expressividade ou exteriorização do pensamento ideológico e político) – haverá ocasiões para as quais a incidência de determinados limites se apresentam imprescindíveis.

Esses limites ligam-se à noção de violação aos princípios da ‘reciprocidade’ e da ‘proporcionalidade’ como bem observa Yossi Nehushtan (2007, p. 230) para quem a assimilação compreensiva desses conceitos pressupõe a convivência coletiva, permitindo com que a compreensão do ‘outro’ seja mais bem captada, entendida<sup>14</sup>.

Pode ser dito que a inobservância desses dois aspectos acaba por configurar ou por consubstanciar ‘comportamentos intolerantes’, podendo-se, então, falar que o limite principal imposto à tolerância é a própria ideia de intolerância, ou seja, para comportamentos que violem a noção de reciprocidade e de proporcionalidade não há de haver, em contrapartida, qualquer comportamento tolerante ou de mútuo respeito ou consideração (é claro, deve-se esclarecer, que a não tolerância para com os intolerantes deve guardar relação com o outro aspecto a seguir analisado – a proporcionalidade).

Resumidamente, a ideia de reciprocidade vincula-se à noção de respeito pelo ‘outro’ de acordo com o comportamento apresentado por ele em dada situação da vida social. (seria o mútuo respeito, citado acima). O mútuo respeito significa que aqueles que divergem entre si em termos de opinião ou comportamento devem garantir que no âmbito de discussão dessas questões, ou seja, na arena pública de discussão, deva haver o reconhecimento de que tanto um ponto de vista quanto o outro são dignos de serem válidos e legítimos, muito embora diferentes entre si<sup>15</sup> (e, desde que respeitadores de alguns limites que lhes são impostos).

Da mesma forma, há de haver proporcionalidade nesse reconhecimento mútuo de forma que exista plausibilidade na apresentação dos argumentos que sustentam tanto uma quanto a outra visão ou ponto de vista, no intuito de que não haja o cometimento de excessos,

<sup>14</sup> Cfr., neste sentido, Yossi Nehushtan (2007, p.237-251).

<sup>15</sup> Por reciprocidade pode ser dito que se espera que quem se apresente como tolerante para com o ‘outro’, atue de forma que, se houvesse uma inversão de posições numa determinada relação ou situação dialógica estabelecida (em que houvesse expressividade de pensamento ou comportamento), aquele pudesse esperar que este tivesse para com ele o mesmo tipo de atitude respeitosa. Portanto, a noção de mútuo respeito vincula-se à ideia de limite pela reciprocidade.

ingerências/ arbitrariedades que possam tornar uma ou outra análise subjetiva (acerca da questão ou assunto a ser debatido) inviável ou violável indiscriminadamente.

Se o comportamento do ‘outro’ não obstante divergente do comportamento ou ponto de vista do que se diz ‘tolerante’ não se mostrar atentatório ou prejudicial a este, deve ser tolerado. Contudo, caso haja inviabilização da preservação do pleno exercício da opinião de qualquer um dos participantes da relação dialógica acerca de determinada questão ou assunto controverso, haverá a incidência desses dois aspectos limitativos que acabarão por dá ensejo a um comportamento legalmente intolerável por qualquer um deles, haja vista o comprometimento do exercício com a liberdade necessária de determinado comportamento que julga correto para si ou, ainda, de expressar, expor suas opiniões ou pontos de vista.

De certo que, perante a situação descrita acima, embora um dos sujeitos da relação dialógica estabelecida tenha sido alvo de restrições<sup>16</sup> ou de injustificadas inviabilizações em seu comportamento ou na expressão de suas ideias na arena pública de debate social, não poderá por si próprio, ser tido como a pessoa competente para eventualmente responsabilizar aquele impôs a sua opinião ou argumento, não agindo de forma a respeitar os limites citados (reciprocidade mútua e proporcionalidade).

Nestes casos, o Estado que, até então, se mostrava ou se apresentava, de forma justificada, neutral, deve se manifestar (de maneira também proporcional, diga-se de passagem), para coibir tais comportamentos desvirtuantes do ideal de tolerância e, por consequência, comprometedores da própria noção de integração ou inclusão social. Visto a necessidade dessa interferência estatal nestes casos, aproveita-se, então, para dizer que ela será mais bem analisada no capítulo seguinte.

#### **4 DO ‘ESTADO NEUTRAL’ AO ‘ESTADO GUARDIÃO DA TOLERÂNCIA’**

Com relação a este ponto, primeiramente, deve ser esclarecido que não se defende, aqui, e, de acordo com a noção de neutralidade estatal aqui utilizada, a ausência do Poder Público nos vários aspectos da vida dos cidadãos. É sabido, a partir de concepções sociológicas da figura estatal, que a ele compete o desenvolvimento e/ou aprimoramento social em muitos dos casos, principalmente, em termos de políticas públicas sociais voltadas

---

<sup>16</sup> Neste sentido, ressalta Arthur Ripstein (2006, p. 229) que: “The sovereignty principle rests on a simple but powered idea: the only legitimate restrictions on conduct are those that secure the mutual independence of free persons from each other”.

para o alcance de um melhor benefício coletivo e para a implementação do ideal de igualdade material.<sup>17</sup>

A ideia aqui proposta é salientar que o Estado deve se quedar neutro no que tange à determinação dos aspectos de subjetividade social. Explica-se: a neutralidade será algo desejado quando relacionada com aspectos subjetivos das pessoas, como as questões da crença, fé, definição e entendimento de sexualidade, etc.. Nestes aspectos, não cabe ao Estado dizer ou determinar o que é certo ou aceitável, bem como o que é moralmente desejado. São questões para as quais deve ser preservada certa imunidade pessoal contra intervenções e dirigismos do Poder Público.

Embora seja entendida principalmente no campo da religiosidade e, na relação desta com o Estado (religião e Estado ou, então, religião X Estado, de acordo com a visão de compatibilização ou de oposição adotada), tem-se a dizer, em conformidade com o que asseveram Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg<sup>18</sup> (2007, p.114 e ss.) que há de incidir uma relação de equidistância entre o próprio Poder Público e os mais variados aspectos da subjetividade humana, no que tange saber o que deve ou o que não deve ser pensado, acreditado, devotado, ideologicamente aceito, etc. Essa equidistância será, pois, a justificativa racional para que, em não havendo, de antemão, comprometimento da esfera de autonomia decisória de cada pessoa, não haja qualquer adoção de uma postura pró-ativa pelo Estado. (a não ser quando se julgar pertinente ou necessário à manutenção do equilíbrio do contexto social relacional).

Conforme salientado no capítulo anterior, por ser a tolerância um conceito relacional que pressupõe a existência de sujeitos que, na arena pública de discussão, apresentam os mais variados estilos comportamentais, bem como diferenças ou divergências de pensamento e valores, ela acaba por ser de difícil realização caso não haja a observância de seus limites,

<sup>17</sup> Neste sentido, tem-se o posicionamento de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 36), em artigo dedicado às ações afirmativas, para quem “A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal que se expressa de diversas maneiras: não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No campo do Direito, tais idéias tiveram e continuam a ter conseqüências relevantes, especialmente no que diz respeito à postura do Estado em relação aos diversos grupos componentes da Nação, bem como no que concerne à interação desses grupos entre si. De especial importância, nesse sentido, é o tratamento jurídico do problema da igualdade. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurado a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo”.

<sup>18</sup> Para os autores, a neutralidade estatal deve ser encarada como essa concepção de equidistância. Nas suas palavras tem-se que: “This concept of equidistance is known as the principle of state neutrality: it commits the state to generally withdraw from religious issues, especially the political act of defining what can legitimately be classified as religion and religious behavior”.

chegando-se, não raras vezes, a situações de intolerância ou de opressões, comprometedoras do bem-estar do cenário social.

Não tendo os indivíduos, por si próprios competência ou legitimidade autônoma e, em conformidade com a ordem social (estabelecida ou fixada constitucionalmente), capacidade de se valerem de sua própria força física (com exceção dos casos de legítima defesa ou força maior) para coibir os comportamentos ou situações de intolerância (pois, do contrário, voltar-se-ia ao Estado animalesco descrito por Thomas Hobbes), a intervenção das figuras do Poder Público e de suas instituições se mostram imprescindíveis para preservar e/ou restabelecer o pacto social de integração ou inclusão social, com respeito a cada manifestação da diversidade humana, mas desde que não sejam atentatórias ou prejudiciais umas às outras.

Por isso a intenção dada neste capítulo será reforçar a relevância do papel do Estado nestas situações excepcionais susceptíveis de comprometer o bom relacionamento ou convívio social, de forma a poder-se dizer que ele deixa de se apresentar como neutral, passando a ter uma postura mais proativa, tendo em vista o objetivo ou finalidade maior de preservar a ordem pública e/ou estabilidade social. A essa forma de manifestação da figura estatal será dada a denominação de ‘Estado Guardião da Tolerância’ em consonância com o que diz Paulo Mota Pinto (2007, p. 757).

Identificado inicialmente o princípio da neutralidade estatal com as questões de fundo religioso (conforme se pode depreender da análise feita por Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg em seu artigo), cabe ao Estado não se imiscuir nessas questões. Da mesma forma, pode-se ampliar o leque de incidência desse raciocínio, exigindo que o mesmo seja aplicado e obedecido pelo Estado, em qualquer situação de cunho ou de valoração subjetiva para se evitar alegação de afronta à igualdade<sup>19</sup>.

Diz-se que se trata, portanto, de uma figura do Estado enquanto *guardião* na medida em que ele intervirá para coibir abusos decorridos do mau uso da faculdade de expressão de pensamento ou opinião ou do mau ou prejudicial comportamento de qualquer dos cidadãos dentro do contexto social relacional, passíveis de configurar situações de intolerância. De fato, há um imperativo de neutralidade ética que faz com que o Estado somente atue nestes

---

<sup>19</sup> Ao se adotar o pensamento de que não deve haver qualquer tipo de envolvimento ou determinação, pelo Estado, em questões que envolvam valorações subjetivas, não se quer referir às questões de igualdade social como, por exemplo, as decorrentes das chamadas ações afirmativas em termos educacionais, principalmente no ensino superior. Nestes casos, como se deve saber, a intenção estatal é promover a igualdade material entres os indivíduos, mas sob a análise de critérios objetivos, como, por exemplo, alunos que frequentam a mais de determinado número X de anos escolares em repartições públicas de ensino ao contrário do critério (aí, sim, subjetivo) de escolha por cor ou raça.

momentos de defesa ou conformação da ordem pública na medida em que, em virtude da exigência de igualdade oposta a ele, o seu comportamento para com os seus cidadãos não pode ser tendencioso, parcial em temáticas valorativamente subjetivas.

Neste mesmo sentido, sendo os indivíduos fundamentalmente diferentes uns dos outros, não cabe nem ao Estado nem à sociedade intrometer-se nas atividades e formas comportamentais destes, salvo para proteger aqueles que se virem ameaçados, por infração aos limites citados acima, em suas opiniões, crenças e demais maneiras de posicionamento pessoal.

Segundo Ciotola (2007, p. 431), Stuart Mill acaba por defender a tolerância em nome da soberania individual, mas também em virtude da diversidade dos seres humanos. Quer-se com isto dizer que embora tenha um cunho individual, a tolerância acaba inevitavelmente e, devido a sua perspectiva relacional, se voltando para a observância de certos limites ou parâmetros de forma a se evitar o chamado ‘paradoxo da tolerância’, caracterizado pela possibilidade de se ter que tolerar os intoleráveis como já dito anteriormente.

Realmente, a exigência do ‘imperativo de tolerância’ que pode ser depreendido nas ordens constitucionais da análise das normas que as compõem, somente é oposta aos indivíduos, vigorando para o Estado o imperativo de se quedar inerte ou de se abster de qualquer valoração de caráter subjetivo, sob pena de se ter configurado tratamento desigual em determinadas situações.

Daí se afirmar, sem receio de cometer qualquer forma de incongruência argumentativa, que o Estado não pode ser fundador ou causador de qualquer divergência entre os indivíduos, ou seja, de qualquer situação da qual decorra o mínimo prejuízo para qualquer indivíduo dentro do contexto social relacional, em especial, no que tange a questões valorativas ou de cunho subjetivo<sup>20</sup>. O Estado não tem que se comportar de forma a garantir o que seja ‘bom’, mas o que seja ‘justo’ e, para o alcance deste ideal, deve atuar com base em critérios objetivos e não subjetivos ou valorativos.

---

<sup>20</sup> Neste mesmo sentido tem-se a visão de Paulo Mota Pinto (2007, p. 759) para quem: “Importa na verdade, distinguir entre o imperativo de tolerância e o imperativo de neutralidade nos domínios – por exemplo, religioso – em que este imperativo de neutralidade deve ser aceito, ele afigura-se incompatível com a idéia de um ‘Estado tolerante’, o qual pressuporia já, como vimos, a assunção pelo Estado de uma posição parcial, susceptível de fundar a divergência que torna possível a tolerância. Tal situação, favorecendo uma determinada posição, está vedada pelo imperativo de neutralidade ética – pelo menos em matéria religiosa ou mundivisional ou ideológica – ao Estado, mas não aos particulares”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do itinerário traçado para o desenvolvimento da temática proposta, pôde-se perceber que a ‘tolerância’ é um conceito cuja compreensão, devido à existência do cenário do pluralismo social, é de incerta ou imprecisa determinação. Contudo, tentou-se deixar claro que mediante a incidência da realidade dialógica em que os indivíduos exercem sua capacidade argumentativa (mediante os ‘atos de fala’) com relação às questões significativas socialmente, ela (tolerância) acaba tendo contornos mais bem traçados, de modo a melhor identificar o seu núcleo compreensivo, bem como os seus limites.

Resumidas e esclarecidas estas ideias, é possível dizer que a tolerância é uma prática ou, para alguns, uma virtude social preconizada pelos Estados Constitucionais atuais e pela pluralidade de seus contextos, tendo referência expressa em seus textos constitucionais (como ocorre em Portugal) ou não (como se dá na realidade brasileira)<sup>21</sup>. Deve ser considerada como um pilar da própria existência dos mesmos, na medida em que enquanto expressão de cunho relacional (e, portanto, tendo estreita relação com a capacidade de discursividade racional e dialógica) acaba por favorecer o processo de inclusão ‘do outro’ pelo reconhecimento dele como pessoa merecedora de respeito em seu comportamento social ou na exposição de suas ideias ou pensamentos, desde que sejam atitudes pautadas em certos limites e não prejudiciais, muito embora divergentes ou diferentes, na maioria das vezes, das dos que se dizem ou se coloquem na posição de tolerantes.

Havendo prejuízo de parte a parte ou de uma para com a outra na relação de discussão traçada, verificou-se que a iniciativa do Estado se mostra necessária, pois é sabido que, embora ele não deva incitar ou promover a divergência social com relação às questões que invariavelmente se ligam a uma valoração subjetiva, precisa coibir os abusos na exteriorização dos argumentos apresentados na ‘arena pública’, de forma a evitar que haja a constatação da existência de um nexo de causalidade de eventual prejuízo e o comportamento exteriorizado de qualquer uma das partes envolvidas.

Quer-se com isto dizer que o Estado – quando diante de situações em que é perceptível que da discursividade estabelecida decorre uma pretensa intenção de sobreposição

---

<sup>21</sup> Paulo Mota Pinto (2007, p. 750) assevera, oportunamente, que a compreensão da tolerância pode decorrer – apesar de na Constituição da República Portuguesa haver, apenas, uma disposição expressa em seu texto com relação a ela – de normas dos textos constitucionais que se referem ao pluralismo; aos consagradores de direitos fundamentais, bem como à dignidade da pessoa humana. Daí dizer-se que se trata ou que possa vir a ser tratada como um verdadeiro imperativo constitucional. Contudo, apesar dessa caracterização como imperativo constitucional, lembra o referido autor que o Tribunal Constitucional português tem se mostrado relutante em entendê-lo e aplicá-lo como um fundamento autônomo propício a embasar ou fundamentar as suas decisões.

arbitrária ou desproporcional de um dos argumentos face aos outros, de forma que haja comprometimento da viabilidade de permanência ou do respeito para com eles – deve agir, deixando sua posição anterior de inércia e/ou neutralidade.

Não deve ser ele causador da polêmica ou da divergência, devendo, pelo contrário, permitir que no âmbito de convívio social a pluralidade reste preservada como forma de manifestação de parte da própria personalidade dos diferentes atores detentores de ideias, argumentos, pensamentos opostos.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A Legitimação Moral da Dignidade Humana e dos Princípios de Direitos Humanos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CIOTOLA, Marcello. **A Tolerância em Michael Walzer**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social: a experiência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, t. I.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. **The Myth of the Neutral State: The relationship between state and religion in the face of new challenges**. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, 01 February 2007. Disponível em: <[http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No02/PDF\\_Vol\\_08\\_No\\_02\\_143-152\\_Articles\\_Augsberg\\_Ladeur.pdf](http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No02/PDF_Vol_08_No_02_143-152_Articles_Augsberg_Ladeur.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2010.

MACHADO, Nílson José. **Sobre a Idéia de Tolerância**. Instituto de Estudos Avançados da USP, São Paulo: (sem data). Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/machadoideiadetolerancia.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEHUSHTAN, Yossi. **The Limits of Tolerance: A substantive-Liberal Perspective**. In: *Ratio Juris*, v. 20, n. 2, jun. 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derecho Humanos. Um ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 1989.

NOGUEIRA, Clayton Ritnel. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Jus Vigilantibus**, 19 jun. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/21586>>. Acesso em: 01 maio 2009.

PINENT, Carlos Eduardo. Sobre os mundos de Habermas e sua ação comunicativa. **Revista da ADPPUCRS**, Porto Alegre, n. 5, dez. 2004, p. 49-56. Disponível em: <<http://www.adppucrs.com.br/informativo/Habermas.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2009.

PINTO, Paulo Mota. **Nota sobre o ‘imperativo de tolerância’ e seus limites**. Estudos em homenagem do conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIPSTEIN, Arthur. **Beyond the Harm Principle**. In: *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 3, summer 2006.

ROBLES, Gregorio. **Tolerancia y Sociedad Multicultural**. In: *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 49. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, 2003.

SILVA, Sérgio Luís P.. **Razão instrumental e razão comunicativa:** Um ensaio sobre duas sociologias da racionalidade. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, n.18, maio 2001. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/viewFile/944/4399>>. Acesso em: 01 maio 2009.

WALZER, Michael. **Da Tolerância.** Trad. de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

## COMMUNICATIVE INTERACTIONS AS EXPRESSIONS OF THE IDEA OF TOLERANCE

### ABSTRACT

Tolerance and human dignity must be understood as expressions normatively connected to a constitutional democracy. In spite of the fact that Neutral State concept (which refers to the inability of the State to interfere unduly on people's behavior) must be preserved, if some kind of danger or risk exist to the social integration process, the connection between that two expressions must be made to keep it intact and this can be easily done using the elements of the theory of communicative action developed by Jurgen Habermas.

**Keywords:** Tolerance, Human dignity, Communicative Action.



## O PAPEL TRANSFORMADOR DO DIREITO: AÇÕES AFIRMATIVAS E INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA BRASILEIRA

Felipe de Macedo e Souza\*

Gabriel Ferreira da Fonseca\*

### RESUMO

*Este trabalho visa analisar alguns aspectos das políticas de ações afirmativas no Brasil e como o direito, neste sentido, pode ter um papel transformador na sociedade brasileira. Assim, através de uma revisão bibliográfica, pretende-se traçar uma breve evolução histórica das ações afirmativas para, em seguida, trazer um quadro geral de como se inicia a sua discussão e adoção no Brasil. Por fim, intenciona-se analisar a inserção das mulheres, por meio das ações afirmativas, na política brasileira e como a sua ampliação pode ajudar na concretização de um Estado Democrático (e Social) de Direito mais diversificado, plural, igualitário, fraterno e feminino.*

**Palavras-chave:** *Direito. Ações Afirmativas. Cotas. Igualdade. Política.*

### 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que, em pouco mais de 500 anos de história (a partir da colonização europeia), guarda profundas marcas de exploração, violência e crimes contra parcelas de sua população. Desde os índios, que foram exterminados e aculturados, passando pelos negros, que sofreram as atrocidades da escravidão e do racismo, até as mulheres, que, com a tradição patriarcal e com o sexismo, foram duramente subjugadas.

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), e em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

Em outras palavras, no Brasil, desde o início de sua colonização, sempre se privilegiou o “homem branco”, em detrimento de todos os demais que não se enquadravam neste perfil de “raça” e gênero dominante. Deste modo, assim como em outras ex-colônias sul-americanas (que estiveram sob o domínio europeu), aqui há uma espécie de dívida histórica em relação aos índios e aos negros, assim como em relação às mulheres. Entretanto, a dívida com as mulheres é ainda mais antiga, pois, desde que, há milhões de anos, os homens dominaram os meios de produção, estas passaram a ser subjugadas e oprimidas.

O direito, que por muito tempo foi apenas mais um instrumento de legitimação e justificação destes privilégios do “homem branco”, em detrimento de índios, mulheres, negros e outros discriminados, torna-se, sobretudo, a partir do neoconstitucionalismo, um meio possível de se minimizar as consequências dessa realidade histórica de opressão, ou seja, de se trazer justiça social para esses estratos da sociedade historicamente desfavorecidos.

Neste sentido, as políticas de ações afirmativas – que surgem timidamente no direito dos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial, e desenvolvem-se, paulatinamente, até se tornarem instrumentos fortes e eficazes de redução das desigualdades sociais e de gênero – passam a ser um dos caminhos pelos quais o Brasil pode (e deve) quitar as suas dívidas históricas, sobretudo, com os índios, negros e mulheres. É que as opressões sofridas por essas parcelas da população brasileira não deixam de produzir efeitos cruéis ainda hoje, o que pode ser percebido em dados estatísticos relativos às suas condições sociais e econômicas, como comprovam, por exemplo, as pesquisas realizadas numa parceria entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), que alertam para a vulnerabilidade social destes seguimentos da sociedade brasileira<sup>1</sup>.

Assim, o presente trabalho visa trazer algumas considerações sobre como se inicia a discussão e a adoção dessas ações afirmativas no Brasil e como estas se desdobram em políticas de inserção das mulheres no âmbito de participação das decisões políticas, que historicamente lhes foi negada. Talvez por isso, estas decisões políticas tenham, muitas vezes, se distanciado em demasia dos anseios sociais, da igualdade, da pluralidade, da diversidade, da fraternidade e, sobretudo, da feminilidade.

---

<sup>1</sup> O estudo aponta que, em 2007, as taxas de desemprego da população com 16 anos ou mais eram: 5, 3% entre os homens brancos, 6, 4% entre os homens negros, 9,2% entre as mulheres brancas e 12,2% entre as mulheres negras. Já em relação à renda média, os homens brancos possuíam, naquele mesmo ano, renda média de 1.278,00 reais, os homens negros, 649,00 reais, as mulheres brancas, 797,00 reais, e as mulheres negras, 436,00 reais. Por fim, quanto à média de anos de estudos, em 2007, os homens brancos possuíam, em média, 8,4 anos de estudo, enquanto os negros apenas 6,3. Já as mulheres brancas possuíam 9,3 anos de estudo, enquanto as negras apenas 7,4 (PINHEIRO et al, 2008, p. 17-33).

Portanto, faz-se imperioso analisar o aumento significativo da participação feminina devido às leis de cotas, que estipulam um percentual mínimo de candidatas nas listas que os partidos irão apresentar para concorrer nas eleições dos cargos do Poder Legislativo<sup>2</sup>. Todavia, é preciso compreender os motivos que mantêm o fenômeno da sub-representação<sup>3</sup> feminina na política brasileira e estudar formas de tentar reverter esse quadro através do direito e da participação da sociedade, o que, a nosso ver, trará benefícios não apenas às mulheres, mas a toda sociedade brasileira, pois, concretizando-se a igualdade, fortalece-se a democracia e a cidadania.

## 2 O DIREITO COMO POTENCIAL TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Segundo o Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no Brasil, gênero e raça/cor são fatores importantes para determinar as possibilidades que os segmentos da sociedade encontram para ter acesso ao emprego e às condições de trabalho (remuneração, benefícios e possibilidades de proteção social). Além disso, não se pode perder de vista que “a pobreza está diretamente relacionada aos níveis e padrões de emprego, assim como às desigualdades e discriminações existentes na sociedade”<sup>4</sup>. Deste modo, muitas pesquisas têm apontado para o fato de que os negros e as mulheres encontram, em geral, dificuldades de encontrar empregos e condições de trabalho iguais aos dos homens brancos e, segundo Maria Amélia de Almeida Telles (2006, p. 40), as mulheres negras são ainda mais discriminadas, o que se reflete em baixos salários e em condições precárias de existência de suas famílias, sobretudo, quando são elas que as chefiam.

Neste sentido, a partir do novo constitucionalismo compromissório, dirigente, principiológico e transformador, os textos constitucionais passam a dar guarida às promessas de modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito, o que

---

<sup>2</sup> Conforme Ferreira (2004, p. da internet), “A Lei 9.100/95 foi aprovada em 1995, tendo em vista apenas as eleições para as Câmaras Municipais de 1996, mas já no final de 1997, foi votada a lei nº 9.504, ampliando a cota de vagas de 20% para 30%”. Além disso, a lei nº 9.504 estendeu a medida às outras entidades da Federação brasileira.

<sup>3</sup> Segundo Mary Ferreira (2004, p. da internet), “Atualmente, as mulheres constituem 8,2% dos/as representantes responsáveis pela elaboração das leis nesse País”, pois, conforme a autora são 42 deputadas num universo de 515 deputados federais.

<sup>4</sup> Cf.: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Escritório no Brasil. Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg\\_esp/genero/incl\\_gen\\_rac.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/genero/incl_gen_rac.php)>. Acesso em: 16 maio 2010.

implica, segundo Lenio Luiz Streck (2009, p. 2), na introdução do “ideal de vida boa, abrindo espaço para a institucionalização da moral no direito produzido democraticamente, a partir daquilo que denominou de ‘positivação dos princípios’”. Assim, conforme Streck, passa-se de um direito meramente legitimador das relações de poder, a

*um direito com potencialidade de transformar a sociedade [...] porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais. (STRECK, 2009, p. 2)*

Assim, a partir desse neoconstitucionalismo, que surge após o segundo pós-guerra, as promessas de modernidade passam a ser alvo de concretização por parte do Estado. Dentre elas: gerar empregos, erradicar a pobreza, promover a justiça social, a igualdade de gênero e racial etc. Deste modo, segundo a OIT, uma das condições para que

*[...] o crescimento econômico dos países se traduza em menos pobreza e maior bem-estar e justiça social é melhorar a situação relativa das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade e aumentar sua possibilidade e acesso a empregos capazes de garantir uma vida digna para si próprios e suas famílias.<sup>5</sup>*

Portanto, as resoluções de questões sociais, neste novo paradigma que rompe com o positivismo e com o modelo de constitucionalismo liberal, devem passar, necessariamente, pelo antigo princípio da equidade - cuja autoria é, em geral, atribuída a Aristóteles -, ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam, pois urge a efetivação de uma igualdade material, ou pelo menos, não meramente formal<sup>6</sup>.

Assim, através da equidade e do abandono da ideia liberal-capitalista de neutralidade (não intervenção) estatal, impõem-se, segundo o ministro Joaquim Barbosa (2001, p. 35-38), as Ações Afirmativas, que são atuações ativas do Estado e da sociedade no sentido de não mais ignorar a importância de fatores como sexo, raça e cor na implementação das suas

<sup>5</sup> Cf.: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Escritório no Brasil. Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/prgativ/prg\\_esp/genero/incl\\_gen\\_rac.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgativ/prg_esp/genero/incl_gen_rac.php)>. Acesso em: 16 maio 2010.

<sup>6</sup> De acordo com os ensinamentos de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 80): “A teoria constitucional clássica, herdeira do pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu, é responsável pelo florescimento de uma concepção meramente formal de igualdade – a chamada igualdade perante a lei. Trata-se em realidade de uma mera igualdade de meios. As notórias insuficiências dessa concepção de igualdade conduziram paulatinamente à adoção de uma nova postura, calcada não mais nos meios que outorgam aos indivíduos num mercado competitivo, mas nos resultados efetivos que eles podem alcançar”.

decisões políticas - públicas e privadas. Tais ações afirmativas são importantes para que não se perpetuem as iniquidades sociais, sobretudo, num país como o Brasil, em que houve uma longa história de escravidão e de tradição patriarcal, ou seja, em que há uma dívida histórica que, como apontam, por exemplo, as pesquisas realizadas em conjunto pelo IPEA, SPM e UNIFEM, não é apenas algo que ficou no passado, mas que traz reflexos até hoje: nas taxas de desemprego, na participação do mercado de trabalho, na vulnerabilidade à pobreza, na remuneração, no grau de escolaridade, dentre outros (PINHEIRO et al, 2008, p. 17-33).

Deste modo, urge a concretização dos princípios e regras constitucionais que abarquem possibilidades de transformação (mudança) social, já que hoje estamos num paradigma pós-positivista, em que todas as normas constitucionais têm força normativa e, portanto, obrigam e impõem. De modo que, através das ações afirmativas, o Estado pode (e deve) concretizar dispositivos constitucionais, como o art. 3.º, que consagra os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais estão: construir uma sociedade livre, justa e igualitária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais<sup>7</sup>.

Como nos alerta Paulo Bonavides (2004, p. 294), os princípios fazem “a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo”. Portanto, a partir do momento em que foram postos no ápice da pirâmide normativa, passam “ao grau de norma das normas, de fonte das fontes” (BONAVIDES, 2004, p. 294). Assim, os princípios constitucionais, que têm expressão mais alta de normatividade no sistema jurídico, devem ser efetivados através de políticas públicas e privadas, como as de ações afirmativas.

De modo que, através dessas medidas redistributivas e/ou reparadoras, que se pautam numa perspectiva de igualdade material, o direito possa promover transformações sociais concretas em diálogo com a realidade social brasileira. Assim, as ações afirmativas são instrumentalizações de princípios constitucionais que impõem medidas positivas por parte do Estado e da sociedade, ou seja, são instrumentos que podem (e devem) concretizar ao máximo a igualdade material, a justiça social, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdade sociais e regionais etc.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

### 3 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Segundo o ministro Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 38-40), as ações afirmativas surgem inicialmente, no direito dos Estados Unidos, como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório das áreas públicas e privadas levassem em consideração, sobretudo, nas suas decisões relativas ao acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores como raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas.

Importa notar, entretanto, que, conforme Contins e Sant’ana (1996, p. 210), o aparecimento das ações afirmativas nos EUA está intimamente ligado, sobretudo, à luta pela dessegregação e pela reivindicação da extensão dos direitos civis aos negros. Deste modo, consoante John H. Franklin e Moss Jr (citados por CONTINS; SANT’ANA, 1996, p. 210), pode se remontar ao primeiro governo norte-americano do pós-guerra, em que Harry S. Truman (1945-1952) nomeou uma comissão formada por brancos e negros para levantamento e proposição de recomendações para ampliação dos direitos civis e diminuição da segregação não só em relação à raça e à cor, mas também ao credo e à origem nacional.

Portanto, as ações afirmativas surgem nos EUA, após a Segunda Guerra Mundial, sob a égide do *Welfare State*, em que o Estado passa a ter um papel interventor na organização socioeconômica da sociedade norte-americana (MARTINS, 1996, p. 203).

Assim, por volta do final da década de 60 e início da década de 70, o instituto passou a ser associado à ideia de realização da igualdade de oportunidade por meio de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. Logo, segundo Constins e Sant’ana (1996, p. 212-113), através da promulgação de leis de Direito Civil e da emanção de decisões da Suprema Corte, as ações afirmativas começam a se desenvolver nos EUA. Além disso, outros países, como o Brasil, passam a adotá-las como mecanismo de combate à discriminação (racial, de gênero e de origem nacional) e aos efeitos no presente de discriminações praticadas no passado, ou seja, como instrumento de inclusão, concretização da igualdade e, portanto, efetivação do projeto democrático.

#### 3.1 Concretização da igualdade e do projeto democrático

A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (citada por GOMES, 2001, p. 42) classifica as ações afirmativas como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da

igualdade. Pois, segundo a ministra do STF, através da desigualação positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva, já que esta fórmula jurídica promove efetivamente a igualação social, política, econômica e jurídica, ou seja, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático.

Portanto, segundo Rocha (citada por GOMES, 2001, p. 42-43), essa criação jurídico-político-social refletiria ainda uma “mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra” que teriam se conscientizado da necessidade de uma

[...] transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade.

Deste modo, os partidários das ações afirmativas defendem que estas trazem transformações no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade, ou seja, trazem “transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher” (GOMES, 2001, p. 44). Além disso, “as ações afirmativas também têm como meta a implantação de certa ‘diversidade’ e de uma maior ‘representatividade’ dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada” (GOMES, 2001, p. 47).

Neste sentido, as ações afirmativas atuam, conforme Flavia Piovesan (2005, p. da internet), como um poderoso instrumento de inclusão social, que acelera o processo de alcance de igualdade material e substantiva por parte de grupos vulneráveis, permitindo, assim, que o passado discriminatório possa ser remediado ou aliviado. Além disso, cumprem o papel fundamental de ampliação democrática, pois assegura a diversidade e a pluralidade social.

Assim, há essencialmente dois tipos de políticas públicas governamentais de combate à discriminação: as políticas neutras (normas meramente proibitivas ou inibitórias da discriminação) e as políticas positivas (normas com medidas de promoção, de afirmação ou de restauração). Estas últimas, segundo o ministro, têm “efeitos exemplar e pedagógico, que findam por institucionalizar o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da

utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos” (GOMES, 2001, p. 49).

Portanto, conforme Gomes (2001, p. 52-53), as ações afirmativas são atitudes positivas de combate à discriminação e de efetivação da igualdade, que ele classifica como:

[...] fruto de decisões políticas oriundas do Poder Executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; do Poder Judiciário, que além de apôr sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros Poderes, concebe e implementa ele próprio medidas de igual natureza; e iniciativa privada.

Deste modo, conforme Guimarães (citado por SILVÉRIO, 2002, p. 235), as ações afirmativas são políticas que objetivam o acesso aos recursos coletivos por parte de grupos sub-representados, que têm o seu acesso negado devido à monopolização que se dá através de mecanismos considerados ilegítimos e discriminatórios (raciais, étnicos, sexuais etc.).

Todavia, conforme alerta Piovesan (2005, p. 49-52), as ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, ou seja, tais medidas irão cessar quando forem alcançados os seus objetivos, que, por exemplo, podem ser a igualização do *status* entre homens e mulheres. Portanto, estas medidas urgentes e necessárias, que encontram amplo respaldo jurídico, inclusive na Constituição brasileira e nos tratados internacionais assinados pelo Brasil, possibilitam romper com o ciclo vicioso “em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão”, o que resulta na implementação do direito à igualdade, pois gera maior participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas.

Deste modo, as ações afirmativas, por possibilitarem a concretização do direito à igualdade, fortalecem também a democracia, que, conforme Piovesan (2005, p. 52), em última análise, “significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”. Assim, não basta eliminar toda e qualquer forma de discriminação, mas também promover a igualdade, ou seja, torna-se necessária a combinação de estratégias repressivas e promocionais, que possibilitem a implementação do direito à igualdade e, portanto, do projeto democrático.

### 3.2 Principais fundamentações filosóficas

Conforme Gomes (2001, p. 62), destacam-se dois postulados filosóficos de raízes aristotélicas na fundamentação das ações afirmativas. De um lado, estaria a Justiça Compensatória, que seria uma forma de remediar (corrigir) injustiças provenientes de políticas de subjugação (preconceito e discriminação oficial ou social), adotadas por um longo tempo, de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras. Neste sentido, conforme Aristóteles (2001, p. 98-99), o justo seria um meio termo entre o ganho e a perda nas ações, ou seja, seria o equidistante, a busca pelo restabelecimento da igualdade.

De outro lado, estaria a Justiça Distributiva, que de acordo com Gomes (2001, p. 66) é uma justificação mais convincente, pois não trabalha com a ideia compensatória de reparação de danos causados no passado, que o raciocínio tradicional com suas categorias rígidas tende a afastar. Assim, segundo Aristóteles (2001, p. 96), o justo seria o proporcional (meio termo entre dois extremos desproporcionais).

Deste modo, segundo Gomes, o princípio da Justiça Distributiva, que é sustentado pela maioria dos defensores das ações afirmativas, pauta-se na ideia de “promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade” (2001, p. 66). Mas, tal redistribuição teria o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação, através de uma busca de justiça no presente (ao contrário da Compensatória que seria uma postulação de justiça no passado). Vale ressaltar que, em algumas hipóteses, ambas as justiças sejam conjugadas e, portanto, haja a defesa de uma retribuição do passado somada a uma redistribuição no presente.

Além disso, à margem desses dois postulados que se destacam (Justiça Compensatória e Justiça Distributiva), haveria ainda uma vertente mais moderada do chamado multiculturalismo, que também sustentaria as ações afirmativas. Assim, para Charles Taylor, um dos maiores expoentes do multiculturalismo, o reconhecimento (ou a falta deste) por parte dos outros molda parcialmente a identidade dos seres humanos. Portanto, o reconhecimento devido às pessoas e aos grupos não é uma mera cortesia, mas uma necessidade humana, já que a falta deste reconhecimento está associada a formas de discriminação e de opressão que podem gerar danos e violações dos direitos dessas pessoas ou grupos (GOMES, 2001, p. 73-75).

Neste sentido, conforme Boaventura de Sousa Santos (citado por PIOVESAN, 2005, p. 47), apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da

igualdade, ou seja, apenas através desta exigência bidimensional da justiça (redistribuição somada ao reconhecimento) é possível alcançar a concretização da igualdade.

Deste modo, ao se analisar, por exemplo, a desigualdade de gênero no Brasil, em relação ao trabalho, pode-se perceber que a participação das mulheres no mercado de trabalho é bem menor que a dos homens e que, muitas vezes, recebem menores salários para desempenhar a mesma atividade que os homens (DIAS, 2005, p. da internet). Assim, para corrigir tais distorções, empregando-se a Justiça Distributiva, promovem-se as chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas, sobretudo, através de medidas que estabelecem diferenciações específicas como forma de concretizar a isonomia.

Mas, para efetivar a igualdade entre homens e mulheres, conforme esta perspectiva de justiça bidimensional, não bastaria buscar a redistribuição de bens e benefícios, mas também fortalecer o reconhecimento do valor e da importância das mulheres para a sociedade, assim como, desconstruir estereótipos, preconceitos e discriminações, que possam se manifestar socialmente.

#### 4 A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO OCIDENTE

Consoante Maria Amélia de Almeida Telles (2006, p. 32), as religiões, as leis, o Estado e a sociedade em geral, ao longo da história, buscaram legitimar a subordinação e inferioridade das mulheres em relação aos homens. Neste sentido, desde “a apropriação dos meios de produção pelos homens, as mulheres foram relegadas às suas funções meramente biológicas de mãe, impondo-lhes um papel de submissão e opressão” (TELLES, 2006, p. 32).

Assim, já no mito de criação do mundo descrito na Bíblia, a primeira mulher (Eva) seria proveniente da costela do primeiro homem (Adão), o que viria a justificar a interpretação religiosa por parte de muitos de que as mulheres deveriam ser submissas aos homens. Na esfera mítico-religiosa da Grécia antiga, por sua vez, Zeus – deus do sexo masculino – era tido como a força divina mais poderosa (TELLES, 2006, p. 32).

Em seguida, pode-se dizer que o Direito Romano vem legitimar a ideia (que se perpetuou por muitos séculos) de que a mulher seria uma propriedade do marido (*pater familias*) (TELLES, 2006, p. 32). Esta ideia de patriarcado, conforme Sabadell (2005, p. 230), perdura até hoje, inclusive através da perpetuação de um direito com valores masculinos (racional, ativo e abstrato). Mesmo porque o direito moderno foi criado pelos homens, já que

ainda no século XX em muitos países as mulheres não votavam e nem eram eleitas, logo não elaboravam leis.

Além disso, em muitos outros momentos históricos é imposto às mulheres um papel de submissão, como na Idade Média - com o seu Direito Canônico, em que a mulher era considerada imperfeita, “porta do pecado” etc. – e no momento da conquista do poder político por parte da burguesia através da Revolução Francesa – com os seus direitos humanos restringidos, na prática, apenas aos homens proprietários (TELLES, 2006, p. 33-34).

Portanto, através da análise desse quadro histórico geral pode-se perceber que muitas dessas concepções ainda são preservadas e produzem reflexos até hoje, o que se pode perceber pelos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres nas sociedades ocidentais modernas. Deste modo, há setores como a política, por exemplo, que continuam pouco acessíveis às mulheres, o que significa serem espaços em que os homens continuam a dominar plenamente (FERREIRA, 2004, p. da internet).

## 5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: AS MULHERES NA POLÍTICA

As relações de gênero<sup>8</sup>, amplamente abordadas pelos movimentos sociais feministas, são construções histórico-sociais que impõem relações de poder, dominação e discriminação, ou seja, que trazem desigualdades históricas entre homens e mulheres. Neste sentido, segundo Maria Amélia de Almeida Telles (2006, p. 35): “Na elaboração e organização dos sistemas jurídicos modernos, as mulheres foram excluídas da esfera pública e mantidas obrigatoriamente no espaço privado. Praticamente, as mulheres só vão conseguir o direito ao voto no século XX”. O direito, portanto, exercia uma espécie de tutela que colocava as mulheres em posição subalterna: excluídas da vida política, do exercício de uma série de profissões (sobretudo liberais) e de uma instrução mais completa (SABADELL, 2005, p. 235).

No Brasil, o direito ao voto só foi conquistado pelas mulheres em 1932 com a elaboração do Código Eleitoral, além disso, até hoje, encontram-se sub-representadas na política, pois, segundo Mary Ferreira (2004, p. da internet), “Atualmente, as mulheres constituem 8,2% dos/as representantes responsáveis pela elaboração das leis nesse País. São

---

<sup>8</sup> Segundo Ana Lucia Sabadell (2005, p. 234), “as feministas propuseram empregar o termo ‘gênero’ [...] ao invés do termo ‘sexo’ [...] para indicar as diferenças entre os sexos que vão além das biológicas. Isto permite falar de homens e mulheres fora do determinismo biológico”.

42 deputadas num universo de 515 deputados”. Além disso, segundo a autora, há 133 deputadas representando 12,5% do total de deputados das Assembleias Legislativas, já nas Câmaras Municipais, são 7.001 vereadoras representando 11,6% do universo total (FERREIRA, 2004, p. da internet).

A sub-representação feminina nos espaços de decisão política também é evidenciada pelo fato de apenas 315 dos mais de 5.600 municípios serem governados por mulheres, ou seja, em torna de 94% desses municípios os homens dominam os espaços de decisão política (TELLES, 2006, p. 20).

### **5.1 Primeiras discussões sobre as ações afirmativas no Brasil**

De acordo com Sabrina Moehlecke (2002, p. 204), o primeiro registro de discussão em torno da implantação das ações afirmativas no Brasil data de 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) manifestaram-se a favor da criação de uma lei que estabelecesse percentagem mínima de funcionários negros como solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. Entretanto, esta lei não chegou a ser elaborada.

Deste modo, segundo a autora, apenas em 1983 surge a primeira formulação de um projeto de lei nesse sentido, em que o então deputado federal Abdias Nascimento propôs reserva de vagas de 20% para mulheres negras e de 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas privadas para a eliminação da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática; etc. Todavia, o projeto não é aprovado pelo Congresso Nacional (MOEHLECKE, 2002, p. 204).

Mas, o movimento negro continua a se organizar, mobilizar e reivindicar ações do Poder Público, o que, segundo Moehleck (2002, p. 204), levou o governo brasileiro, em 1984, a considerar, através de decreto, o local do antigo Quilombo dos Palmares como patrimônio histórico do país. Além disso, em 1988 cria-se a Fundação Cultural Palmares, que teria como função servir de apoio à ascensão social da população negra.

A partir de 1988, há um salto qualitativo e quantitativo na discussão acerca das ações afirmativas no Brasil, pois neste ano é promulgada a Constituição brasileira, que traz uma série de direitos e garantias sociais como a proteção ao mercado de trabalho da mulher e a reserva de cargos e empregos públicos para deficientes. Neste sentido, a partir de 1988, o Brasil insere-se de forma mais incisiva no movimento mundial, iniciado nos EUA, de

implementação de políticas de ações afirmativas voltadas para redução de desigualdade e de injustiças sociais.

Deste modo, a partir de 1988, o direito constitucional brasileiro, em consonância com o avanço ocorrido no mundo moderno, reconheceu os direitos das mulheres consagrando-os na lei maior. Portanto, consagraram-se as reivindicações feministas e a igualdade de direitos ganhou uma extensão jamais alcançada em toda a história. Assim, o direito positivado adquiriu enorme potencial transformador, tanto no plano pedagógico, quanto no plano político de ampliação da cidadania (TELLES, 2006, p. 35).

## 5.2 As políticas de cotas no Brasil e a inserção das mulheres no poder

Em 1995, segundo Moehleck (2002, p. 205), surge a primeira política de cotas adotada nacionalmente<sup>9</sup>. Hoje é estabelecida uma cota mínima de 30% de mulheres para a candidatura de todos os partidos políticos. Consoante a autora, essa ideia teria sido originada em experiência semelhante utilizada anteriormente no Partido dos Trabalhadores (1991) e na Central Única dos Trabalhadores (1993), decorrente de reivindicação e pressão do movimento feminista.

Essa política de ações afirmativas, na verdade, insere-se na esteira da tendência latino-americana de aprovação de leis de cotas femininas, que foi incentivada pela 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Beijing no ano de 1995; por uma série de encontros regionais entre as mulheres políticas da América Latina; pela experiência da Argentina com cotas e pelas políticas de cotas no restante do mundo (HTUN, 2001, p. 226).

Assim, a lei brasileira de cotas para participação feminina na política fortalece o “compromisso de assegurar acesso igualitário à participação das mulheres, tanto nas estruturas de poder, quanto nos cargos de tomada de decisões” (HTUN, 2001, p. 226), o que está associado à ideia de que o direito não pode considerar todos os indivíduos absolutamente iguais, ou seja, não pode ser totalmente neutro, senão o sistema jurídico corresponderá sempre aos interesses dos mais fortes, pois tratará de forma igual pessoas desiguais (SABADELL, 2008, p. 214-215). Assim, o sistema jurídico brasileiro, a partir de 1995, passa a adotar essa ação afirmativa que visa diversificar e fortalecer a democracia brasileira, além de dar voz a

<sup>9</sup> Conforme Ana Lucia Sabadell (2005, p. 239): “a Lei 9.100 de 1995 estabeleceu (art. 11, § 3.º), que 20% dos candidatos de cada partido nas eleições municipais deveriam ser de sexo feminino. A Lei 9.504 de 1997 (art. 10 § 3.º) fixou a quota em 30%, impondo-a a todas as eleições.”

este segmento da sociedade, que por muito tempo esteve impossibilitado até mesmo de escolher os seus representantes através do sufrágio.

Todavia, segundo Mala Htun (2001, p. 230), na Câmara dos Deputados do Brasil, as cotas produziram pequenos efeitos, pois

A experiência latino-americana demonstra que para ter sucesso o sistema de cotas ou tem de ser acompanhado de uma reforma eleitoral, ou então, a própria lei de cotas tem de criar mecanismos compensatórios para diminuir o prejuízo causado pelo sistema eleitoral sobre as candidaturas femininas.

Portanto, o que explica a pouca eficácia da lei de cotas no Brasil, segundo a autora, é o fato de que a lista partidária é aberta, o que gera uma competição no interior do partido. Além disso, as cotas não são obrigatórias, ou seja, a lei diz que os partidos têm de reservar 30% das vagas para as candidaturas femininas, mas não têm que preencher essas vagas, ou seja, podem simplesmente preencher apenas 70% das vagas que não são obrigados a reservar para as mulheres. Deste modo, segundo Htun (2001, p. 230), “a eficácia do uso de cotas depende das instituições eleitorais e do compromisso partidário”.

Além disso, Mala Htun (2001, p. 228-229) chama atenção para a importância do ativismo feminino, que, por exemplo, na Argentina, força o compromisso partidário com as cotas, o que as torna mais eficazes neste país. Assim, esses movimentos de ativistas femininas conseguem impor, através da luta pela eficácia dessas cotas, uma maior participação política das mulheres, que, apesar de estar crescendo bastante na América Latina, ainda é muito pequena (em torno de 15%). Portanto, não basta haver uma lei que preveja ações afirmativas: é preciso que haja vontade e participação da sociedade. Assim, através da organização e da mobilização, os grupos sociais conseguem impor mudanças sociais por meio da criação de leis e, o mais importante: podem conscientizar as pessoas para que essas legislações tenham máxima eficácia.

Todavia, segundo Ana Lucia Sabadell (2005, p. 239), se levarmos em consideração que num curto lapso temporal a representação feminina aumentou cerca de 60% no legislativo municipal (entre 1992 e 2004) e 40% no legislativo federal (entre 1994 e 2002), não poderemos negar que a legislação em favor da mulher atua como propulsora de mudanças sociais, ou seja, de melhora nas condições sociais das mulheres. Entretanto, apesar do fato de a legislação ter trazido mudanças sociais significativas, a falta de apoio dos partidos políticos para as candidaturas femininas (a maioria não respeita a previsão legislativa de cotas) e o

desinteresse das mulheres pela política (provocado pela sua socialização), muitas vezes, acabam gerando o quadro de desigualdade de gênero na política: a cada mulher eleita ainda há oito ou nove homens sendo eleitos.

Mas, como reverter esse quadro de sub-representação feminina? Muito já tem sido feito do ponto de vista legislativo e constitucional, mas para que essas promessas não sejam meramente formais é necessário que haja constante mobilização e organização social, pois através da pressão da sociedade os partidos políticos acabam sendo levados a ter que respeitar a lei de cotas. Ou seja, não basta os movimentos sociais lutarem por legislações benéficas para as mulheres, mas também pela aplicação (eficácia) das mesmas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As ações afirmativas são um dos mais eficazes meios de concretização do ideal de uma sociedade justa e igualitária, pois representam instrumentalizações dessas promessas constitucionais, que requerem o uso de medidas positivas (afirmativas) que interrompam o processo discriminatório e promovam, através dos seus efeitos persuasivos e pedagógicos, a correção das injustiças decorrentes de tal processo. Assim, através dessas ações afirmativas, que nascem no direito dos EUA rompendo com a tradição jurídica ortodoxa, é possível reduzir as iniquidades, como as decorrentes das discriminações de gênero, o que pode ser justificado filosoficamente tanto através da ideia de Justiça Distributiva (redistribuição), quanto através da ideia de Justiça Compensatória (reparação), assim como através de outras formas marginais (ou até tangenciais) a esses dois polos principais de fundamentação das ações afirmativas.

O certo é que o Estado e o direito não podem mais enxergar apenas indivíduos, sem levar em consideração os grupos (coletividades) aos quais pertencem, pois, para corrigir injustiças e promover a igualdade de resultados (material), é preciso abandonar o ideal (liberal-burguês) de neutralidade em relação à raça e ao sexo das pessoas (que é sustentado pelo constitucionalismo ortodoxo).

Neste sentido, a inserção da mulher na representação política brasileira é um passo fundamental para a criação de um Estado Democrático (e Social) de Direito mais diversificado, plural, igualitário, fraterno e feminino. Portanto, não se pode ignorar o fato de que as mulheres têm estado historicamente desamparadas e afastadas do espaço do poder e da decisão. Por isso, o Estado e a sociedade, através das ações afirmativas, devem fortalecer a

participação política desse segmento que por muitos séculos foi excluído do lócus público, da decisão e do poder.

Entretanto, as ações afirmativas não podem se restringir apenas à política de cotas, pois, as leis de cotas em si não resolvem todos os problemas. É preciso, portanto, que se promovam ações afirmativas que busquem conscientizar e instruir a sociedade dos seus direitos e dos seus deveres. Ou seja, é necessário que haja um diálogo entre realidade e Direito, para que as leis não se tornem meras folhas de papel, para que sejam aplicadas e efetivamente possam transformar a sociedade, num movimento dialético que promova as mudanças sociais.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Mário da Gama Cury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONTINS, Marcia; SANT'ANA, Luiz Carlos. O Movimento Negro e a Questão da Ação Afirmativa. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 1, 1996, p. 209-210. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/11112009-012704continssantana.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

DIAS, Maria Berenice. Ações Afirmativas: uma solução para a desigualdade. **Mundo Jurídico**, set. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=357](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=357)>. Acesso em: 18 jul. 2010.

FERREIRA, Mary. Do voto feminino à Lei das Cotas: a difícil inserção das mulheres nas democracias representativas. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 37, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/037/37cferreira.htm>>. Acesso em: 20 maio 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HTUN, Mala. A Política de Cotas na América Latina. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2º sem. 2001, p. 225-230. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8613.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2010.

MARTINS, Sergio da Silva. Ações Afirmativas e Desigualdade Racial no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 202-208. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/11112009-012339martins.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 117, jan. 2002, p. 197-217. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/afirme/ARTIGOS/brasil/bra01.pdf>>. Disponível em: 19 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Escritório no Brasil. **Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego.** Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg\\_esp/genero/incl\\_gen\\_rac.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/genero/incl_gen_rac.php)>. Acesso em: 16 maio 2010.

PINHEIRO, Luana et al. **Retratos das Desigualdades de Gênero e Raça.** 3. ed. Brasília: IPEA: SPM: UNIFEM, 2008.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo Institucional do Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 117, nov. 2002, p. 219-246. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15560.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TELLES, Maria Amélia de Almeida. **Os cursos de Direito e a perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

## **THE TRANSFORMATIVE POWER OF THE LAW: AFFIRMATIVE ACTIONS AND INSERTION OF BRAZILIAN WOMEN IN POLITICS**

### **ABSTRACT**

This work aims to analyze some aspects of the affirmative action policies in Brazil and how the Law could appear as a transformative power in Brazilian society. Thus, it is intended here, through a bibliographical source review, to build a historical evolution study of the affirmative actions, and then, to show some general ideas about how their discussion and adoption begin in Brazil. Finally, a brief discussion about how the adoption of those affirmative policies has included the women in the politics scene and how its expansion can help the establishment of a Social Democratic State of Right more tolerant, plural, equalitarian, fraternal and feminine.

**Keywords:** Law, Affirmative Actions, Quotas, Equality, Politics.



## O UNIVERSO FLUÍDICO DA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias\*

### RESUMO

*O objetivo deste trabalho é estabelecer uma analogia entre as qualidades inerentes a um bom político na democracia capitalista e as propriedades próprias dos fluidos. Tal analogia se baseia no conjunto de particularidades dos fluidos e sua aplicabilidade na atuação prática na vida política. Busca suscitar também o questionamento acerca da legitimidade do que vai ser chamado no léxico do artigo de virtú fluida. Em suma, os fluidos se apresentam como elementos necessários na política moderna, caracterizados pela suas versatilidade e adaptabilidade, entre outras qualidades que serão abordadas criticamente e comparativamente ao longo deste trabalho.*

**Palavras-chave:** Fluidos. Política. Zygmunt Bauman. Nicolau Maquiavel. Modernidade.

### 1 DAS PRELIMINARES

Após um vislumbre associativo, pode-se fazer um breve paralelo textual entre os textos Modernidade Líquida – o qual descreve os fluidos e estabelece analogias dos mesmos com vários aspectos da Idade Moderna, como, por exemplo, a perda de sólidos, isto é, instituições dogmatizadas, sacralizadas e universalmente aceitas na pós-modernidade –, de Zygmunt Bauman, e a capacidade de adaptação, ou melhor dizendo: adequação situacional que deve ter um líder (príncipe), descrita por Maquiavel como *virtú* em sua obra *O príncipe*.

Veremos que essa capacidade específica de um bom político, para com os acontecimentos inusitados que podem lhe causar algum tipo de transtorno, irá proporcionar o

---

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

“fluxo”, que seria, resumidamente, a permanência contínua desse político no poder, e que será tratado mais a fundo no decorrer do trabalho.

## 2 DAS PROPRIEDADES FLUIDAS

Partindo de concepções físico-químicas, podemos dizer que um fluido é uma substância que se deforma continuamente quando submetida a uma força tangencial, não importando o quão pequena possa ser essa força. Um subconjunto das fases da matéria, os fluidos incluem os líquidos, os gases e os plasmas.

Partindo do prisma que nos interessa prioritariamente, os fluidos compartilham a propriedade de não resistir à deformação (possuem versatilidade) e apresentam a capacidade de fluir (também descrita como a habilidade de tomar a forma de seus recipientes ou capacidade de seguir o fluxo). Essas propriedades são tipicamente provenientes da sua incapacidade de suportar uma *tensão de cisalhamento*<sup>1</sup> em equilíbrio estático.

Prosseguindo, os fluidos, como já dito, são divididos em líquidos, gases e plasmas. Contudo, a distinção entre sólidos, líquidos e plasmas não é tão óbvia quanto parece. Levando em consideração os sólidos e fluidos, a distinção é feita pela comparação da viscosidade da matéria: por exemplo, asfalto, mel, lama são substâncias que podem ser consideradas ou não como um fluido, dependendo das condições e do período de tempo no qual são observadas.

É necessário falar, ainda sobre os fluidos, que eles se movem facilmente e, por conseguinte, contornam obstáculos ou ainda dissolve-os, invade-os ou inundam seus caminhos.

### 2.1 Sua aplicabilidade na política

Partindo para outro ponto, veremos: “essa contínua e irrecuperável mudança de posição [ou adequação] de uma parte do material em relação à outra parte quando sob pressão deformante constitui o ‘fluxo’, propriedade característica dos fluidos” (BAUMAN, 2001, p. 2). Vemos assim que, na analogia corrente, o sentido de *fluxo* poderia ser facilmente

<sup>1</sup> Tensão de cisalhamento é um tipo de tensão gerado por forças aplicadas em sentidos opostos porém em direções semelhantes no material analisado. Exemplo: a aplicação de forças paralelas mas em sentidos opostos. É a típica tensão que gera o corte em tesouras.

interpretado como o sentido de continuidade de *tempo*. Afinal, o que importa para os líquidos é o tempo, diferentemente dos sólidos, que se abstraem do tempo em favor do espaço.

Portanto, podemos encarar o *fluxo* como a permanência contínua de um dado governante no poder. Em consonância com isso, pode-se falar que o fluxo constitui o resultado da ação política desenvolvida por um bom/mau governante, sob a égide de sua *virtú* líquida/sólida, para subjugar os *sólidos* emanados da *fortuna*, visando impedir o bom andamento de sua atividade ao longo do tempo.

### 3 CONCEITOS MAQUIAVELIANOS

Para melhor apresentar a ideia presente na analogia contida nesse trabalho, faz-se necessário utilizar alguns conceitos estabelecidos nos estudos de Maquiavel, mais precisamente em sua obra *O príncipe*. Especificamente, iremos tratar dos conceitos *fortuna* e *virtú*, os quais são utilizados por Maquiavel para poder auxiliar os governantes a uma boa atuação prática na política, visando sempre o continuísmo indeterminado do seu governo estereotipado.

#### 3.1 Fortuna

A ideia de *fortuna* em Maquiavel vem da deusa romana da sorte e representa as coisas inevitáveis que acontecem aos seres humanos. Logo, poderemos encarar essa ideia como semelhante à concepção que temos por *destino*. Não se pode saber a quem ela vai fazer bens ou males, e ela pode tanto levar alguém ao poder como tirá-lo de lá, embora não se manifeste apenas na política. Como sua vontade é desconhecida, não se pode afirmar que ela nunca lhe favorecerá. Sendo capacidade do “bom príncipe” controlar a fortuna usando sua *virtú* (virtude).

#### 3.2 Virtú

Partindo agora para o ponto mais importante da análise, vemos que, para Maquiavel, a *virtù*, em *O príncipe*, seria a capacidade de adaptação aos acontecimentos políticos que levaria à permanência no poder. Tal qualidade seria como uma *barragem* que deteria os desígnios do destino, ou, usando os termos maquiavelianos, da fortuna. Mas, segundo o autor, em geral os seres humanos tendem a manter a mesma conduta quando esta frutifica

(caracterizando a solidificação do político) e assim acabam perdendo o poder quando a situação se altera (MAQUIAVEL, 2006, p. 143).

Agora podemos estabelecer as semelhanças latentes entre as definições das propriedades dos fluidos e o que era chamado de *virtú* pelo politólogo florentino, pois para Maquiavel (2006, p. 145-146) essas deveriam ser as principais características do bom político, isto é, a capacidade de contornar, invadir ou inundar os obstáculos (*sólidos*) impostos pela fortuna. Portanto, aquele que desenvolvesse tais capacidades estaria em conformidade com os ensinamentos proferidos por Maquiavel em sua obra (manual de atuação do governante), *O Príncipe*.

Não obstante, é inegável o fato de que a verdadeira natureza da qualidade política a qual denominamos *virtú líquida* não é ainda clara, pois suas consequências e objetivos não são totalmente elucidados. Pode-se, sob o prisma do êxito da atividade política, considerá-la [a *virtú líquida*] uma qualidade excepcional destinada aos administradores ideais e que possibilita uma boa governabilidade, produzindo bons efeitos em todos os âmbitos de ação do Estado, na vida individual e coletiva dos cidadãos. Por outro lado, pode-se tornar nefasta, pois ela tem a capacidade de ludibriar as massas e o povo em geral, devido à alteração da imagem social desenvolvida pelo *príncipe*, desconsiderando os seus padrões éticos, morais, ou outros quaisquer de boa natureza, apenas o seu desempenho frente aos desafios políticos. Sobre as desventuras que podem afligir um povo ludibriado por um político detentor da dádiva da *virtú líquida*, porém sem as virtudes de um governador sensato, honesto e fiel ao povo que o legitimou, Bauman versa:

A liberdade de escolha é acompanhada de imensos e incontáveis riscos de fracasso. Muitas pessoas podem considerá-los insustentáveis, descobrindo ou suspeitando que eles possam exceder sua capacidade pessoal de enfrentá-los. Para a maior parte das pessoas, a liberdade de escolha continuará sendo um espectro impalpável e um sonho infundado, a menos que o medo da derrota seja mitigado por uma política de seguro lançada em nome da comunidade, na qual possam confiar e com a qual possam contar em caso de infortúnio. (BAUMAN, 2007, p. 71)

#### 4 CONCEITOS POSTOS

É interessante ressaltar que com a associação corrente entre a teoria dos líquidos e os conceitos maquiavelianos, inevitável a criação de um léxico próprio ao trabalho para procurar

explicitar as características do político contemporâneo. Para tanto, desenvolveremos nesta parte do texto três conceitos: sólido, solidificação e fluxo.

Assim sendo, pode-se afirmar que a característica de um sólido aqui assumirá o papel que descreve os obstáculos em geral que um político enfrenta, e deve superá-los, ao longo de sua permanência no poder. Por conseguinte, falaremos aqui que tal permanência continuada de um mesmo indivíduo em um posto de governança, constituirá o *fluxo* de tal político, podendo ser associado à ideia de continuidade de tempo.

Por outro lado, trataremos também de um processo que geralmente ocorre com os que assumem uma posição favorável e frutificante, que é a *solidificação*, cuja sua noção já se encontra descrita séculos atrás nos trabalhos de Maquiavel, mais especificamente no capítulo XXV (O poder da sorte sobre o homem e como resistir-lhe) de sua obra-prima *O Príncipe*, como veremos a seguir.

#### 4.1 Sólido e solidificação

Para dar prosseguimento ao estudo, é preciso deixar bem claro o que se propõe quando se trata das terminologias *sólido* e *solidificação*. O termo *sólido* irá caracterizar, nesse trabalho, qualquer *obstáculo* encarado por um político ao longo do curso de sua atividade gestora. Seja na forma de impecílios burocráticos, ou imbróglis partidários, ou ainda desafetos com os seus subordinados ou qualquer outro tipo de problema com que este venha a deparar-se.

Para definir semanticamente a *solidificação*, recorro à fala do próprio Maquiavel (2006, p. 137): “Os seres humanos tendem a manter a mesma conduta quando esta frutifica e assim acabam perdendo o poder quando a situação muda”. Essa frase nos propõe uma acomodação, ou então solidificação, do ser humano no geral quando dada situação floresce.

Portanto, a solidificação significa o momento em que o político se acomoda à situação, deixando de lado sua versatilidade adaptativa, isto é, o político perde sua capacidade de fluir, e vai, cada vez mais, aumentando a sua viscosidade, até o ponto em que vira um político de *virtú sólida*, e não mais *líquida* como a tinha no momento de ascensão ao poder. Na ascensão ao poder o político possui uma *virtú líquida*, a qual lhe permite a versatilidade necessária para alcançar o poder. Entretanto, se, quando alcançar o poder, o político não continuar a se adaptar constantemente às novas situações impostas pela *fortuna*, ele estará se *solidificando* e acabará por perder o poder.

Sob esta ótica, precisamos nos lembrar que a situação é alterada permanentemente segundo a vontade da *fortuna*. Por conseguinte, o líder que fugir à regra comum e não solidificar-se, obterá a fluidez necessária para seguir o “fluxo” da fortuna, permanecendo, assim, no poder.

## 4.2 Fluxo político

Partindo do pressuposto de Maquiavel (2006, p. 96), no qual ele afirma que a moralidade e a religião diferem da política, mas são instrumentos dela, ele, ao que parece, pretende estabelecer uma certa autonomia da política. Ao contrário do pensamento de Thomas Hobbes (2005, p. 78) que, em sua obra *O Leviatã*, defende a clara e completa autonomia da política em relação aos outros fenômenos sociais. Tal pensamento de Hobbes tem o seu fulcro na premissa da soberania da política em detrimento de todos os outros fenômenos sociais, devido, principalmente, à sua visão absolutista da organização soberana, a qual não deve se subordinar a nada que não seja a vontade do próprio soberano; o qual, ao ser legitimado pelo povo, reduz em si a vontade legítima e incontestável da nação.

Contudo, analisando a conjuntura social do período, fica difícil imaginar um Estado (ainda mais em uma das áreas mais católicas do período, a Itália, berço do pai da Ciência Política moderna, Maquiavel) dissociado totalmente das práticas religiosas, como propunha Hobbes, em sua obra-prima *O Leviatã*. Afinal, ainda estamos falando de uma época em que a Santa Inquisição imperava arbitrariamente em alguns territórios. Por isso, Maquiavel viu na religião um sustentáculo da política, vislumbrou que era um inimigo forte demais para ser derrotado à época, ou seja, um *sólido intransponível*. Por conseguinte, seria melhor aliar-se, para não impedir o *fluxo*, porquanto é o *fluxo* o fim político principal, em sua concepção, o poder do Estado. Isto é, a busca incessante para o continuísmo do *status quo* político. Assim como Maquiavel, à sua época, notou a presença do poder como fim em si mesmo, Bauman reconheceu essa latente característica também na política contemporânea, como observa-se:

O aspecto mais notável da política contemporânea, disse Cornelius Castoriadis a Daniel Mermet em novembro de 1996, é sua insignificância: “Os políticos são impotentes... Já não têm programa, *seu objetivo é manter-se no cargo*.” As mudanças de governo – até de “campo político” – não são um divisor de águas, mas no máximo uma ondulação na superfície de um rio a correr sem parar,

monotonamente, com sombria determinação, em seu leito, levado por seu próprio ímpeto. (BAUMAN, 2000, p. 12, *grifo nosso*)

Em contrapartida, quando Maquiavel afirma que a administração deve ser conduzida levando em conta a perpetuação do poder, conforme afirma o autor no capítulo XXI (Como deve agir um príncipe para ser estimado), de *O Príncipe*, obriga o líder a abdicar e infringir certos padrões em benefício da *razão de Estado*<sup>2</sup>. Visto que, os *sólidos da fortuna* não se adéquam (pois são norteados pela imprevisibilidade da *fortuna*) a nossos padrões morais, éticos, religiosos, ou quaisquer outras expressões sociais. Acerca dessa polêmica questão, Bobbio reitera:

A política e a moral têm em comum o domínio sobre o qual se estendem, que é o domínio da ação ou da práxis humana. Considera-se que diferem entre si com base no diferente princípio ou critério de justificação e de avaliação das respectivas ações, tendo por consequência que aquilo que é obrigatório em moral nem sempre é obrigatório na política, e aquilo que é lícito na política nem sempre é lícito na moral; ou que *podem existir ações morais que são impolíticas (ou apolíticas) e ações políticas que são imorais (ou amorais)*. A descoberta da distinção, que é atribuída, correta ou incorretamente, a Maquiavel, daí o nome maquiavelismo a toda teoria política que sustente e defenda a separação entre política e moral, é com frequência tratada como problema da autonomia da política. O problema avança *pari passu* com a formação do Estado Moderno e com a sua gradual *emancipação da igreja*, chegando, nos casos extremos, inclusive à subordinação da Igreja ao Estado e, conseqüentemente, a *supremacia absoluta da política*. Na verdade, *aquilo que chamamos de autonomia da política nada mais é que o reconhecimento de que o critério com base no qual se considera boa ou má uma ação política é distinto do critério com base no qual se julga boa ou má uma ação moral*. Enquanto o critério com base no qual se julga uma ação moralmente boa ou má é o respeito a uma norma cujo coando é considerado categórico, independente do resultado da ação (“*faça o que deve ser feito e aconteça o que deve acontecer*”), o critério com base no qual se julga uma ação politicamente boa ou má é pura e simplesmente o resultado (“*faça o que deve ser feito para que aconteça aquilo que você quer que aconteça*”). (BOBBIO, 2000, p. 173-174, *grifos nossos*)

<sup>2</sup> *Razão de Estado* é a moral própria seguida pelo Estado, no que tange às suas ações políticas como um corpo representativo da nação e que deve sobrepor sua razão de agir ao modo de agir das pessoas comuns. Nesse ponto, admite-se que uma ação que seria deplorável se fosse tomada por um cidadão comum, é considerada louvável quando faz parte de um plano de ação do Estado para alcançar um objetivo maior.

Logo, os líderes precisam adequar-se para superar qualquer *sólido* (utilizando-se de artifícios sadios ou não), envolvendo quebras dogmáticas<sup>3</sup> ou não, sob pena de ser sancionado por *impedimento fluídico*<sup>4</sup>. Pode-se falar ainda que uma possível sanção social decorrente de alguma quebra dogmática tem caráter menos venoso ao político do que a quebra do impedimento fluídico, visto que a sanção social poderá impedir o fluxo no decorrer ou no ápice de um processo revolucionário, mas futuramente. E o impedimento fluídico acarretará uma queda mais imediata do poder.

Partindo de outro prisma, podemos também fazer um paralelo entre as imagens sociais dos políticos que possuem uma *virtú líquida* e dos que possuem uma *virtú sólida*. Como nos mostra Bauman,

A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de ‘leveza’. Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas tendemos a vê-los como mais leves, menos ‘pesados’ que qualquer sólido (BAUMAN, 2001, p. 4).

Por conseguinte, surge uma percepção de que a imagem do político com *virtú fluida*, por ele se adequar às adversidades da *fortuna* com graciosidade, é mais leve (ou menos carregada) do que a imagem social do *político sólido*. Permitindo àquele obter uma maior popularidade, no caso de se tratar de um pleito eleitoral ou qualquer outra disputa, o que é essencial no mundo dos Estados Democráticos de Direito.

Enquanto isso, o político sólido possui perturbações com os *sólidos* provenientes da *fortuna* – já que sua *virtú* não é fluida e, portanto, não pode exercer as qualidades dos fluidos –, o que denigre e desgasta a sua imagem social e, por conseguinte, afeta sua popularidade, mesmo que ele seja mais ético que seu adversário cuja *virtú* é líquida.

Em *O contrato social*, Rousseau nos fala que a vontade geral de um povo deve confluir a uma boa utilidade pública. Contudo, ele ressalta que o povo pode ser ludibriado e coagido subliminarmente, enganando, assim, a vontade geral para fins que não o seriam desejáveis em uma situação normal ou não-enganosa. Para maior elucidação, vejamos:

<sup>3</sup> *Quebra dogmática* é quando ocorre uma variação de um comportamento ou pensamento normalmente aceito como hegemônico em uma dada sociedade.

<sup>4</sup> *Impedimento fluídico*, nesse trabalho, é a impossibilidade de permanência no poder de um determinado governante.

III – A vontade geral pode errar.

Resulta do precedente que a vontade geral é sempre reta e tende sempre para a utilidade pública; mas não significa que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retitude. Quer-se sempre o próprio bem, porém nem sempre se o vê: *nunca se corrompe o povo, mas se o engana com freqüência, e é somente então que ele parece desejar o mal* (ROUSSEAU, 2002, p. 14, grifos nossos).

Vemos então que a ideia que o povo sempre busca o melhor para si existe há muito tempo, entretanto, vigora também a clara manifestação do pensamento de que existe um sem-número de maneiras de fazer com que se distorçam os interesses coletivos de uma dada nação. E, para tanto, vê-se que uma das maneiras mais eficazes de fazer a manipulação da nação é através da imagem social de um governante ou aspirante a chefe de governo, utilizando sua versatilidade contra as intempestividades da atividade política, utilizando sua *virtú líquida*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo este artigo, estabelecemos uma relação entre conceitos maquiavelianos (*virtú e fortuna*) e as propriedades líquidas. Com isso, podemos afirmar que a fluidez deve ser uma característica do bom político contemporâneo, e isso já estava associado implicitamente no trabalho de Maquiavel.

Outrossim, reforço nesse desfecho o caráter dúbio e ambíguo associado inerentemente à natureza da qualidade política a qual denominamos aqui de *virtú líquida*. Devemos proceder com cautela quando tratarmos desse assunto, pois suas consequências e objetivos não são totalmente elucidados, devido ao pouco interesse nesse assunto pelos trabalhos desenvolvidos na área até hoje. Pode-se, reiterando, sob a ótica da boa atividade política, considerá-la [a *virtú líquida*] uma qualidade excepcional destinada aos administradores ideais e que possibilita uma boa governabilidade, produzindo bons efeitos em todos os âmbitos de ação do Estado, na vida individual e coletiva dos cidadãos. Por outro lado, pode-se tornar maligna, pois ela tem a capacidade de ludibriar as massas em geral, devido à alteração da imagem social desenvolvida pelo *príncipe*, desconsiderando os seus padrões éticos, morais, ou outros quaisquer de boa natureza, apenas o seu desempenho frente aos desafios políticos.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto **Teoria Geral da Política**. . Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

HOBBS , Thomas. **O Leviatã [ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil]**. Trad. de João Paulo Monteiro. São Paulo: Rideel, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Emanuel Barbosa Filho. São Paulo: Martin Claret, 2002.

## FLUIDITY OF MODERN POLITICS

### ABSTRACT

The objective of this essay is to establish an analogy between the qualities inherent to a good politician in a capitalist democracy and the specific properties of fluids. This analogy is based on the set of particularities of fluids and their applicability to practical performance in political life. The paper also raises questions about the legitimacy of what will be called in the lexicon of the article *virtú*

*fluida*. In short, the fluids are presented as necessary elements in modern politics, characterized by its versatility and adaptability, between other qualities that will be discussed critically and compared throughout this work.

**Keywords:** Fluids, Politics, Zygmunt Bauman, Niccolo Machiavelli, Modernity.



## A TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ERA VARGAS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O DASP

Gustavo Menon\*

### RESUMO

*O presente artigo procura demonstrar a tentativa de modernização e burocratização do Estado brasileiro na era Vargas por meio de um exame do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). A primeira seção traz uma sucinta introdução, pontuando o período histórico, bem como, o momento político da época. Feito isso, a segunda parte destina-se a discussão conceitual weberiana, que tem em vista um maior aprofundamento do processo de racionalização do Estado. Por fim, com o arcabouço teórico debatido na seção anterior, serão levantados questionamentos a respeito da criação do DASP, juntamente com seu papel para a sistematização e burocratização do Estado brasileiro.*

**Palavras-Chave:** Burocratização. Administração Pública. Getúlio Vargas. DASP.

### 1 INTRODUÇÃO

Ao assumir a presidência da República em novembro de 1930, Getúlio Vargas (1882-1954) imprimiu uma nova dinâmica ao Estado Brasileiro. Com uma política vertical centralizadora de poder e sob ideologia nacional-desenvolvimentista, Vargas implementou reformas que marcaram profundamente a sociedade brasileira. Numa tentativa de modernização do país - com poderes altamente concentrados-, o novo presidente suspendeu a constituição em vigor, nomeou interventores para a administração dos Estados e criou dois

---

\* Graduando em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Auxiliar Técnico de Certificação.

novos ministérios: o da Educação e Saúde, entregue ao mineiro Francisco Campos; e o do Trabalho, Indústria e Comércio, que teve como encarregado o gaúcho Lindolfo Collor.

Esse segundo ministério, por exemplo, foi responsável pela Lei da Sindicalização que vinculava os sindicatos brasileiros à subordinação do Presidente da República. Por meio de uma política conciliatória, Vargas foi o primeiro a estabelecer certo contato com as classes trabalhadoras, concedendo a esses, alguns privilégios como a regularização da jornada de 8 (oito) horas de trabalho, introdução do salário mínimo e por fim, a criação e Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>1</sup>.

No plano econômico, em um primeiro momento, sob a pressão das oligarquias cafeeiras, Getúlio continuou com a política de valorização do café, criando o Conselho Nacional do Café e o Instituto do Cacau. De qualquer maneira, com a crise desencadeada em 1929 o modelo agroexportador foi colocado em xeque entrando em um período de forte decadência. Com a queda da demanda externa, o preço do café despencou no mercado mundial, era o início de um novo ciclo.

Para que a crise fosse contornada, Vargas adotou medidas intervencionistas do Estado, dando assim, um novo impulso à industrialização no país. Com uma política de substituição de importações, seu governo propunha-se a influenciar o desenvolvimento das indústrias brasileiras para que se pudesse criar um ambiente urbano ao lado um mercado interno mais diversificado. Com esse protecionismo, altos investimentos foram feitas nas chamadas indústrias de base<sup>2</sup>.

Além disso, para promover sua propaganda de governo e difundir sua imagem de “Pai dos Pobres”, Vargas criou o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que tinha como função, a integração e o controle da imprensa em todo território nacional. Através do rádio, cinema ou televisão foi difundida uma ideologia baseada na valorização do trabalho, exaltando principalmente, os símbolos nacionais<sup>3</sup>.

Em suma, em meio a esse ambiente de aspectos autoritários, tanto a sociedade bem como o Estado brasileiro pareciam passar por transformações modernizadoras com o objetivo de alavancar o capitalismo industrial em nosso país. Desse modo, assim como já assinalou Octavio Ianni, “o que caracteriza os anos posteriores a 1930 é o fato de que se cria condições para o desenvolvimento do Estado burguês” (IANNI, 1971, p. 13).

<sup>1</sup> A CLT foi criada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas. Foi um marco da unificação de toda legislação trabalhista no Brasil.

<sup>2</sup> Alguns exemplos são a formação da Companhia Siderúrgica Nacional de Volta Redonda (1941), Companhia Vale do Rio Doce (1942) e a Fábrica Nacional de Motores (1943).

<sup>3</sup> A valorização de elementos da nossa cultura tal como o carnaval, o futebol e a música popular e mistura de raças se fez presente no sentido da busca de uma identidade nacional.

## 2 MAX WEBER: DO PATRIMONIALISMO AO ESTADO RACIONAL BUROCRÁTICO MODERNO

O sociólogo alemão Max Weber (1864 - 1920) pode ser considerado o fundador da teoria burocrática. Para ele (1999), o desenvolvimento de instituições sociais, econômicas e culturais das sociedades modernas ocidentais foi desencadeado por um amplo processo de racionalização que “*desencantou o mundo*”. Trabalhando com a metodologia de *tipo-ideais*, Weber pontua três tipos de dominação para o entendimento e compreensão desse processo de racionalização que perpassou também pelo Estado.

A *dominação carismática* seria aquela na qual o poder é atribuído a uma pessoa que possui vocações heróicas ou aspectos de santidade. A dominação carismática pressupõe um poder sobrenatural e por isso agrega em torno de si discípulos ou partidários (WEBER, 1968).

Já na *dominação tradicional*, o poder tem como base a crença nas tradições e nos costumes. A autoridade se dá geralmente através de um soberano, e os súditos obedecem suas ordens, legitimando-as pelo hábito. Entretanto, essas ordens não são claramente definidas ou pré-estabelecidas formalmente, mas sim dadas conforme as vontades de natureza pessoal do patriarca (WEBER, 1968).

Essa seria a base fundamental para o conceito de patrimonialismo descrito na obra weberiana. Segundo Campante, “*a melhor forma de se trabalhar o conceito weberiano de patrimonialismo é entendê-lo latu sensu como dominação tradicional*” (CAMPANTE, 2003, p. 158).

Weber observa (WEBER, 1999), na família patriarcal é que está o gênese da dominação patrimonial, pois o chefe da comunidade doméstica exerce um papel no qual todos estão submetidos ao seu poder. A obediência dos demais membros da família faz com que se crie um ambiente de fidelidade e respeito ao patriarca.

É nesse sentido, quando o domínio do patriarca ultrapassa os limites domésticos e atinge uma magnitude de outros territórios, abrangendo proporções mais amplas, é que podemos pensar na dominação estatal-patrimonial. Segundo o próprio Weber isso se deu da seguinte forma:

Falaremos de Estado Patrimonial quando o príncipe organiza seu poder político sobre áreas extrapatrimoniais e súditos políticos [...] A administração patrimonial cuidava especificamente das necessidades puramente pessoais, sobretudo privadas, da gestão patrimonial do senhor. A obtenção de um domínio “político”, isto é, do

domínio de um senhor sobre outros senhores, não submetidos ao poder doméstico, significa então a agregação ao poder doméstico de outras relações de dominação [...] (WEBER, 1999, p. 239-240).

Desse modo, era necessário desenvolver uma administração que abrangesse essa nova dimensão territorial<sup>4</sup>. Todavia, o controle dessas novas áreas manteve-se na lógica de autoridade do senhor - que para sua maior autonomia de poder, recrutava funcionários a partir de critérios pessoais de proximidade. O Estado Patrimonialista configura-se assim, na vontade do senhor, tendo uma cultura personalista nas decisões tomadas. O “privado” e o “oficial”, confundem-se numa mesma esfera, e a administração pública é pautada puramente como assunto privado do senhor. Além disso, nenhum limite é dado ao superior: não é preciso a aprovação e a prestação de gastos, o sistema jurídico é exercido de forma casuística, e o sistema de tributação é completamente irracional, voltado apenas para cobrir os rombos gerados pelo superior.

No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. Em outras palavras, a administração patrimonial consiste em administrar e proferir sentenças caso por caso, combinado o exercício discricionário da autoridade pessoal com a consideração devida pela tradição sagrada ou por certos direitos individuais estabelecidos (BENDIX, 1986, p. 270).

Num ambiente conforme descrito acima, onde o uso do público só é exercido em benefício do privado, é de se imaginar que práticas particularistas de nepotismo, clientelismo sejam frequentes no interior da máquina pública.

---

<sup>4</sup> Weber (1999, p. 233) aponta para o fenômeno da “distribuição das terras senhoriais” como o núcleo da transformação do patriarcalismo originário (doméstico) ao patrimonialismo puro (de governo).

De qualquer maneira, com a divisão de funções dentro do Estado, alguns elementos burocráticos começam a ser configurados:

O funcionalismo patrimonial, com a progressiva divisão das funções e racionalização, sobretudo com o aumento das tarefas escritas e o estabelecimento de uma hierarquia ordenada de instância, pode assumir traços burocrático (WEBER, 1999, p.253).

Esse novo tipo de Estado que começa a se edificar, sob elementos burocráticos, tem como fonte de seu surgimento a *dominação racional legal*, ou *dominação burocrática*. Tal dominação é praticada pela crença e validade de regulamentos estabelecidos racionalmente nos termos da lei. O *domínio racional legal*, se dá por meio de uma burocracia que abrange um conjunto de regras que são criadas conforme procedimentos, rotinas e hierarquias. Weber (1968) ressalta, que a burocracia tem como finalidade um modo de administração capaz de gerir o poder de forma impessoal, além otimizar as ações do trabalho, calculando sua eficácia e previsibilidade. Algumas características básicas da administração burocrática são (CHIAVENATO, 2003):

a) *Caráter legal de normas, rotinas e regulamentos*: As leis, estatutos, normas, rotinas, regras e procedimentos são de caráter formal, todas estabelecidas através da escrita e baseada em uma legislação própria que define com antecedência como a organização ou instituição deve funcionar.

b) *Divisão do Trabalho, do direito e do poder*: Com o objetivo de se evitar a pessoalidade nas funções, os cargos são sistematicamente divididos, sendo regidos por atribuições previamente definidas. Cada setor ou cargo possui sua competência

c) *Hierquia da Autoridade*: Todos são supervisionados pelo seu superior. Não há cargo sem controle ou supervisão. A autoridade se dá de forma vertical.

d) *Meritocracia e profissionalização dos participantes*: A seleção é feita por um critério técnico de especialização. Concursos, testes e diplomas são aplicados para o exercício da profissão.

e) *Previsibilidade*: Como as ações estão baseadas conforme regras, é possível presumir as consequências ou os fins de determinadas ações. Dessa forma, é possível traçar uma padronização do desempenho dos participantes, assim como, a previsibilidade de seu comportamento.

Eis alguns elementos do Estado Racional, regido pela burocracia. Em suma, segundo Weber, o Estado Moderno caracteriza-se, entre outros aspectos, “por meio da introdução de um central e contínuo sistema tributário, um central comando militar, pelo monopólio do uso da violência e por uma administração burocrática amparada no direito formal” (citado por MALISKA, 2006).

É esse contexto político-histórico apresentado na seção I, e sob influência teórica weberiana, que o Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP) é pensado no “Estado Novo”. Tentando modernizar o Estado Brasileiro, Vargas, adotou novas experiências de cunho meritocrático - principalmente no campo da contratação e seleção dos funcionários públicos.

### **3 DASP E A TENTATIVA DE BUROCRATIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO**

O DASP foi um órgão previsto pela Constituição de 1937 e criado em julho de 1938, com o objetivo de aprofundar a reforma administrativa destinada a organizar e racionalizar o serviço público no país<sup>5</sup>.

Vinculado diretamente à Presidência da República, e sancionado pelo Decreto de Lei nº 579, o DASP tinha entre suas atribuições:

- a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de um com outros e com o público;
- b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados;
- c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária;
- d) selecionar os candidatos aos cargos públicos federais, excetuados os das Secretarias da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal e os do magistério e da magistratura;
- e) promover a readaptação e o aperfeiçoamento dos funcionários civis da União;

---

<sup>5</sup> Para informações a respeito da fundação do DASP, consultar o acervo digital da FVG. Disponível em: <[http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes\\_htm/8816\\_1.asp](http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/8816_1.asp)>.

- f) estudar e fixar os padrões e especificações do material para uso nos serviços públicos;
- g) auxiliar o Presidente da República no exame dos projetos de lei submetidos a sanção;
- h) inspecionar os serviços públicos;
- i) apresentar anualmente ao Presidente da República relatório pormenorizado dos trabalhos realizados e em andamento.

Pode-se dizer que o DASP, fazia parte do projeto modernizador de Vargas. Encarregado por introduzir o sistema de mérito para a o exercício das atividades estatais, o DASP pretendia melhorar a qualidade dos funcionários públicos do país, a fim de se aperfeiçoar o funcionamento aparelho governamental. Além disso, o órgão teve como importante aspecto, a criação de autarquias e entidades jurídicas auxiliares à administração pública (CARVALHO, 2006).

[...] o cuidado de organizar a administração, no preparo de pessoal e no melhor recrutamento para os quadros do funcionalismo. Verifica-se a superação da administração cartorial, fundada em favores, pela administração burocrática, fundada na eficiência, no preparo, com a seleção feita por concursos abertos a todos e com o estabelecimento de carreiras, com promoções baseadas no mérito. O DASP dará oportunidade a quantos se preparam para a vida pública, através de concursos. (IGLÉSIAS, 1993, p. 254)

Diretamente baseado no universalismo de procedimentos da teoria burocrática de weberiana, o DASP foi reflexo de uma ampla reforma administrativa em nosso país.

[...] o DASP funcionou como órgão de inovação e modernização administrativa, liderando a efetiva organização do aparato público brasileiro e atuando como centro irradiador de influências renovadoras, peça estratégica de um sistema racionalizador no âmbito do Poder Executivo Federal. (NOGUEIRA, 1998, p. 94)

O próprio presidente Getúlio Vargas, em discurso de 1931, enfatizava a necessidade de uma revolução administrativa: “agravados esses males com a anarquia administrativa, a desorganização financeira [do Estado], e a depressão econômica [...] a reação impunha-se” (VARGAS citado por FONSECA, 1986, p.160).

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira:

Desde que chega ao poder, Getúlio Vargas entendeu que as deficiências administrativas eram centrais na explicação do atraso econômico do país. [...] A palavra de ordem nesse período, é a da “racionalização”, um outro nome para o planejamento da intervenção do Estado. Sem uma “boa administração”, nada seria possível fazer. A partir desta ótica, a reforma burocrática ou a reforma do serviço público impunha-se [...] Com o Estado Novo, o autoritarismo brasileiro ressurgia com força, mas agora revestido de um caráter modernizante. (BRESSER-PEREIRA, 2007, p. 15-16)

O mesmo Bresser-Pereira tenta demonstrar a evolução das formas históricas do Estado Brasileiro:

**QUADRO 1 – FORMAS HISTÓRICAS DE ESTADO E DE ADMINISTRAÇÃO**

CATEGORIA	1821-1930	1930-1985	1990-...
Estado/sociedade	Patriarcal-dependente	Nacional-desenvolvimentista	Liberal-dependente
Regime político	Oligárquico	Autoritário	Democrático
Classes dirigentes	Latifundiários e burocracia patrimonial	Empresários e burocracia pública	Agentes financeiros e rentistas
Administração	Patrimonial	Burocrática	Gerencial

**Fonte:** BRESSER-PEREIRA, 2007, p.11.

Sem dúvidas, o caráter técnico das decisões passou a ser levado em conta, e o DASP começava a ganhar o poder de “super-ministério” junto ao Governo Federal. Seu sucesso inicial, fez com que fossem criados organismos parecidos no âmbito estadual, os chamados “daspinhos”.

Os “daspinhos” [funcionavam] ao mesmo tempo como uma espécie de legislativo estadual e como corpo supervisor para o interventor e o Ministério da Justiça: os prefeitos municipais tinham que se submeter não só ao interventor, mas também ao presidente do departamento estadual do serviço público (SOUZA, 1976 p. 96).

Tínhamos então, boas armas da burocracia weberiana no combate ao sistema patrimonialista anterior. Com tais medidas de legalidade, hierarquização e especialização das funções, era de se presumir que práticas viciosas da república café-leite, como o voto de cabresto e o apadrinhamento de funcionários públicos tenderiam a desaparecer.

Entretanto, não foi bem isso o verificado. Políticas clientelistas e o nepotismo ainda permaneceram. O privatismo ficou raízes extremamente profundas tanto no Estado brasileiro como em nossa sociedade.

Sérgio Buarque de Holanda foi o primeiro autor brasileiro, a fazer a constatação de que o “homem cordial” possui aversão aos ritos e a impessoalidade. Como afirma Antonio Candido em seu prefácio ao livro *Raízes do Brasil* (1936), “o homem cordial não pressupõe bondade, mas somente o predomínio dos comportamentos de aparência afetiva” (HOLANDA, 1995, p. 17).

Dessa forma, a cordialidade que se faz presente nos homens públicos resulta no não cumprimento de normas burocráticas, havendo assim, sempre um afrouxamento das ações em relação às leis.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que eles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (HOLANDA, 1995, p. 146)

Em tal ambiente, como seria possível ao DASP, equacionar a administração racional-legal (impessoal) com nossas raízes patrimonialistas? Além disso, tentando imprimir racionalidade ao aparelho estatal brasileiro, o DASP tinha que lidar com exigências pessoais e fisiológicas de um Estado Autoritário no qual ele era submetido.

O DASP era um organismo paradoxal, porque combinava insulamento burocrático com tentativas de institucionalização do universalismo de procedimentos. Criado para racionalizar a administração pública e o serviço público, o departamento preocupava-se com o universalismo de procedimentos em assuntos relacionados com a contratação e a promoção dos funcionários públicos. Nesse aspecto o DASP representava a fração moderna dos administradores profissionais, das classes médias e dos militares, tornando-se um agente crucial para a modernização da administração pública. Embora jamais tenha completado sua missão, o DASP deu inúmeros passos positivos para a modernização do aparelho de Estado e para a reforma

administrativa. [...] Mas o DASP possuía outra face: o papel de conceber e analisar criticamente o regime autoritário. Como tal, implementou o insulamento burocrático e desempenhou várias funções antagônicas ao universalismo de procedimentos que ele próprio defendia, como agente de modernização. (NUNES, 1997, p 53-54)

Entretanto, os aspectos corporativistas de origem patrimonial mantiveram-se em nossa sociedade. O novo (burocracia) parecia engendrar-se com o tradicional (patrimonialismo), sustentando assim, todas as estruturas da sociedade - inclusive as relações de poder.

Isso nos faz perguntar se o DASP seria então mais um órgão fruto do regime autoritário, ou uma instituição de resistência modernizante para Estado Brasileiro?

Para a resposta de tal pergunta se faz necessária uma análise mais profunda do período varguista juntamente com, um maior aprofundamento dos documentos oficiais do DASP. De qualquer maneira, Vargas ao mesmo tempo em que tentava racionalizar o Estado brasileiro, paradoxalmente não abria mão de seus privilégios políticos de concentração de poder.

Orientado por técnicos norte-americanos o DASP distinguia entre “funcionários” (selecionados por concurso e promovidos por merecimento) e “extranumerários” (indicados por favoritismos políticos ou pessoais mantidos fora do sistema de mérito). (CUNHA, 1963, p. 100)

Contudo, apurar se o DASP foi ou não uma instituição voltada aos interesses autoritários faz cairmos numa discussão sem fim. O que cabe ressaltar, é que a tentativa frustrada brasileira de modernização do Estado, foi barrada por obstáculos patrimonialistas presentes até hoje. Engana-se quem pensa que esquemas corruptos como o mensalão, farra das passagens aéreas, atos secretos e nomeação de parentes para o exercício de cargos de alto escalão, são fenômenos exclusivos da época atual. Tais práticas viciosas têm suas origens ancestrais no Estado patrimonialista, trazido de Portugal pra cá<sup>6</sup>.

Vale ressaltar, que a modernização conservadora de Vargas – ou a falsa modernização – excluiu a participação política das camadas inferiores, restando a essas pessoas pírias leis trabalhistas. Assim como já assinalou Florestan Fernandes (1987), a republica em nosso país sempre foi um negócio dos brancos. O estamento configurado desde a época colonial, não permitiu a alternância de poder. Nada se mudou na questão agrária. Os

<sup>6</sup> Para tal formulação, ver Faoro, “Os Donos do Poder”, capítulos I, parte 3; e IV, parte 6.

latifúndios continuaram o mesmo e grande concentração da terra, permitiu assim, a transformação da oligarquia cafeeira em burguesia industrial nacional (FERNANDES, 1987).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resumidamente, o DASP enfrentou diversos problemas desde o início de sua criação. Entre eles a ideologia preponderante nas relações entre Estado e sociedade. O empreguismo e o clientelismo, sempre foram práticas vigentes em nossa sociedade. O Estado era visto como uma oportunidade natural de empregos sem concursos públicos - apenas baseado por meio de indicações pessoais - além de ser o maior empregador nos municípios de pequeno porte no país. Isso fez com que o procedimento universalista de criação de concursos públicos para o ingresso no Estado brasileiro perdesse força, pois não foi possível uma dicotomia ou dissociação do quadro político, social econômico do quadro administrativo. Agamenon Magalhães alertou sobre essa contradição em um artigo publicado na Folha da Manhã de Recife em 18 de setembro 1940:

Esse impossível DASP, – organização feita pelo presidente Getúlio Vargas e diretamente subordinada a ele, como uma superestrutura, a dominar e a regular a atividade administrativa do país – provocou, como era de esperar, a reação maior do mundo. Quando estive no Rio, o ano passado, ouvi muita gente grande e importante dizer que ou o Estado Novo acaba com o DASP ou o DASP acaba com o Brasil. (MAGALHÃES citado por WAHRLICH, 1983, p. 317).

Em suma, durante a era Vargas (1930-1945) em que o Estado brasileiro assumiu o papel de grande indutor do desenvolvimento, houve uma abundante expansão de empregos na máquina pública. Esses emergentes serviços em sua grande maioria eram preenchidos sob a lógica clientelista e empreguista, negando assim, o recém método proposto pelo DASP de concurso público.

Portanto, o Estado brasileiro se modernizava, mas continuava carregando consigo suas antigas práticas. Dessa forma, o DASP naquele momento não representou o esgotamento das práticas não-meritocráticas. A antiga dinâmica de destruição de empregos por indicação permaneceu.

Essa contrassenso (moderno x tradicional) foi um dos motivos para o enfraquecimento do DASP durante o governo Dutra - que passou a ter suas funções reduzidas

a um órgão de estudos. Além disso, o DASP não conseguiu atingir seu objetivo de regular o equilíbrio das contas públicas. Tal problema fez com que os gastos e de desorganização orçamentária governamental perpetuassem ao longo dos anos 30 e 40.

Apesar de tudo, o DASP, deixou boas heranças principalmente em relação à mentalidade de racionalização do sistema gerencial público. Grandes avanços foram feitos na Administração Pública e sua evolução foi sem dúvida, notória e plausível de considerações. Um fruto desse legado é a Fundação Getúlio Vargas (FGV), criada em 1944, para aprofundar os estudos de administração pública. Nesse mesmo período, Vargas ao tentar sistematizar o Estado Brasileiro, criou instituições que tinham o mesmo propósito do DASP: o Instituto Brasileiro de Economia, desenvolvido para acompanhar alguns índices econômicos, o IBGE, as Comissões de Planejamento Regional, o Conselho Nacional de Economia e os “DASPINHOS”. Foi, sem dúvidas, uma tentativa modernizante paradoxal de Vargas. Ao tentar combinar o moderno com o tradicional, o que se criou foi um ambiente esquizofrênico de autoritarismo e desenvolvimento conservador.

## REFERÊNCIAS

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**. Trad. de Elisabeth Hanna e Jose Viegas Filho. Brasília: Unb, 1986.

BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. Burocracia Pública e Classes Dirigentes no Brasil. **Rev. Sociologia e Política**, n. 28, jun. 2007, p. 9-30.

CAMPANTE. Rubens Goyatá. Patrimolialismo em Faoro e Weber. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, 2003, p. 153-93.

CARVALHO. José Tanajura. A intrasitividade do Estado Brasileiro. In: Anais do IV Internacional Sociedade Inclusiva PUC Minas. **Propostas e ações: impasses e avanços**. Belo Horizonte, 2006.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CUNHA, Mário Wagner Vieira da. **O sistema administrativo brasileiro: 1930-1950**. Rio de Janeiro: CBPE/INEP, 1963.

FERNANDES, Florestan. **A revolução Burguesa no Brasil: ensaios de interpretação sociológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

FONSECA, P. C. D.. **Vargas: o capitalismo em construção**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

HOLANDA. Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. **Estado e planejamento econômico no Brasil: 1930-1970**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

IGLÉSIAS, Francisco. **Trajatória política do Brasil: 1500-1964**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

MALISKA, Marcos Augusto. Max Weber e o Estado Racional Moderno. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n.1, ago./dez. 2006.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política: idéias para a reforma democrática do Estado**. São Paulo: Paz e Terra, 1998

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

SOUZA, Maria do Carmo C. Campello de. **Estado e partidos políticos no Brasil: 1930 a 1964**. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma administrativa na era de Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo. Cultrix, 1968.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de sociologia compreensiva. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, v. 2.

## **ATTEMPTED RATIONALIZATION OF THE BRAZILIAN STATE DURING VARGAS' TERM: A BRIEF REVIEW ON THE DASP**

### **ABSTRACT**

This article aims to demonstrate the attempted modernization and bureaucratization of the Brazilian state during Vargas' term through an examination of the Administrative Department of Public Service (DASP). The first section provides a brief introduction, pointing out the historical period, as well as the political context. Afterwards, the second part is intended to present the Weberian conceptual discussion, that aims to establish a deeper explanation about the process of rationalization of the State. Finally, with the theoretical framework discussed in the previous sections, the present paper will raise questions about the establishment of DASP, along with its role in the systematization and bureaucratization of the Brazilian State.

**Keywords:** Bureaucracy, Public Administration, Getúlio Vargas, DASP.



## A FILOSOFIA ROUSSEAUNIANA E SUA INFLUÊNCIA PARA A TEORIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

**Ilana Alcântara Monteiro da Fonsêca\***

**Rafael Jubette Pinheiro\***

### **RESUMO**

*É assente na doutrina que o Poder Constituinte sempre existiu. Todavia, a elaboração de uma teoria que legitimasse a existência do Poder Constituinte só teve início no século XVIII, a partir do livro *Que é o Terceiro Estado?* escrito por Sieyès. Entretanto, a partir dos estudos empreendidos por Rousseau que resultaram na obra *Do Contrato Social* notam-se inúmeros aspectos da teorização do Poder Constituinte realizada por Sieyès. Neste trabalho, iremos expor características da filosofia rousseauiana, a evolução do Poder Constituinte e, ainda, faremos uma breve análise *Do Contrato Social* e a influência que este exerceu na teorização do Poder Constituinte.*

**Palavras-chave:** Rousseau. Poder Constituinte. Contrato Social. Filosofia rousseauiana.

### **1 INTRODUÇÃO**

O direito constitucional nos ensina que a teorização do Poder Constituinte foi elaborada pelo filósofo Sieyès, no entanto, poucas vezes se levantaram para falar da importância da filosofia rousseauiana no desenvolvimento desta teoria. Como poderá ser constatado em momento posterior, o Poder Constituinte sempre existiu, todavia, não existia uma teoria que legitimasse este poder que era responsável por desenvolver a Constituição. A

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Secretário de editoração da Revista Interface, do CCSA-UFRN.

partir do século XVIII, com a junção do pensamento advindo do Iluminismo e das teorias do contrato social é que começa a ser observada a elaboração da teoria que irá legitimar esta força propulsora que fundamenta a Constituição.

No contexto do século XVIII é que ocorre a Revolução Francesa e que podemos falar do abalizado Jean-Jacques Rousseau. Ele foi um filósofo sem muito encadeamento lógico das ideias, e que também não apresentava uma rigorosa fundamentação dos princípios que desenvolveu<sup>1</sup>. Tanto a desmistificação quanto o racionalismo foram preocupações de Rousseau, no entanto, ele valorizava o mundo dos sentimentos, visto que foi base do movimento romântico que assinalou a primeira metade do século XIX e que ainda permanece em vigor.

Rousseau foi autor de diversas obras, entretanto, nos ateremos ao livro *Do Contrato Social*, pois foi este que exerceu grande influência na teorização do Poder Constituinte e onde podemos encontrar inúmeros aspectos que são tratados por Sieyès. Afinal, a partir da análise da obra supracitada, podemos afirmar que na concepção rousseauiana o contrato social originava tanto a sociedade quanto o governo e todas as leis, que os indivíduos integrantes da sociedade não poderiam ser compelidos a assinar tal pacto, que as leis advindas deste estavam acima de todos e que o que faz eternizar uma Constituição é o fato desta ser a somatória da vontade de todos. Portanto, vemos na filosofia de Rousseau diversos aspectos da teoria do Poder Constituinte conforme demonstraremos em momento ulterior. Todavia, antes de nos atermos ao livro *Do Contrato Social* e toda a sua influência na teorização elaborada por Sieyès, pertinente se faz abordar os principais aspectos da filosofia rousseauiana e a evolução do Poder Constituinte no decorrer da história, para que assim possamos fundamentar a nossa ideia principal de que Rousseau exerceu uma grande influência para o desenvolvimento da teorização do Poder Constituinte.

---

<sup>1</sup> De acordo com Marilena de Souza Chauí: “Jean-Jacques Rousseau não terá sido um filósofo no sentido mais estrito do termo. Seu forte não era o encadeamento lógico das idéias nem a fundamentação rigorosamente racional dos princípios que formulou, nem a penetração analítica dos problemas. Seu pensamento procede antes pela expressão de intuições resultantes da paixão permanente com que viveu todos os problemas da existência mais comum, como também os da cultura no nível superior das idéias. Mas soube como poucos expressar essas intuições e defendê-las apaixonadamente. As idéias correspondentes a essas intuições não são conceitos abstratos mas realidades vividas intensamente e valores morais imersos na mais nervosa sensibilidade. Opor-se aos filósofos não foi para ele apenas assunto teórico, mas questão de honra pessoal” (CHAUI, 1987, p. 7). No mais, pertinente se faz destacar que os princípios da liberdade e da igualdade política formulados por ele, serviram de coordenadas para os setores mais radicais da Revolução Francesa e inspiraram a segunda fase da citada revolução.

## 2 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA FILOSOFIA DE ROUSSEAU

Durante um longo período da história, os filósofos estiveram presos às amarras de uma cultura laica, todavia, em meados do século XVIII, sob a égide de grandes agitações sociais, políticas e econômicas, ocorre a Revolução Francesa (1789); e é nesse contexto que iremos falar de Jean-Jacques Rousseau. Ele nasceu em Genebra, no ano de 1712, desenvolveu diversas obras, dentre elas podemos citar: *Considerações sobre o governo da Polônia*, *Emílio*, *Confissões*, *Os devaneios de um caminhante solitário*, entre outras. Não há dúvidas de que sua principal obra foi *Do Contrato Social*; nela o autor explica porque os homens vivem em sociedade e aceitam as condições para uma convivência pacífica onde impere a democracia e a liberdade.

Assim como Kant é para a filosofia, Rousseau é um “ponto terminal de confluência e um novo ponto de partida” (REALE, 1983, p. 245) para a política. Seu pensamento sintetiza todas as vicissitudes políticas a partir do renascimento, tal como a luta entre Estado e indivíduo, entre a liberdade e autoridade; toda a formação da política burguesa está acabada em sua criação. Não só na filosofia e na política Rousseau impera, ele também foi escritor e compositor musical. Uma das figuras marcantes do Iluminismo francês, Rousseau é também um precursor do romantismo, sua influência se faz sentir em nomes da literatura como Tolstói e Thoreau. Muitos de seus opositores e críticos o descrevem como uma pessoa impossível de se conviver; extremamente egocêntrico<sup>2</sup>.

A Revolução Francesa buscou um resgate do homem por si mesmo, de seu autoconhecimento, o bom selvagem, assim como várias características do romantismo<sup>3</sup>, que por sua vez, tem atributos trazidos por Rousseau. Vários deles, todavia, mal apropriados pela Revolução. Características como a nostalgia pelo passado, o bucolismo, a idealização do espaço da soledade são encontradas em Rousseau, considerado um precursor do romantismo. Este movimento, por sua vez, buscava o homem em si mesmo, o homem natural, aquele ser tão invocado pelo autor, numa tentativa de mostrar o indivíduo como seria ou poderia ser sem a influência e corrupção da sociedade; o bom selvagem, aquele que é naturalmente bom, sem

<sup>2</sup> No excerto de CATLIN vê-se como Rousseau tinha um espírito inflamado: “In Rousseau’s first phase, of anarchism, the ex-petty thief protests against the restrictions and corrupt sophistication of civilization in the name of a noble and virtuous savagery. He is the tender barbarian” (CATLIN, 1939, p. 425).

<sup>3</sup> “Mesmo em Rousseau, cuja visão de mundo romântica tem como conteúdo uma recusa de todo o mundo cultural das estruturas, a polêmica configura-se apenas polemicamente, isto é, retórica, lírica e reflexivamente; o mundo da cultura da Europa ocidental radica tão fortemente na inevitabilidade de suas estruturas construtivas que ela jamais será capaz de enfrentá-lo senão como polêmica” (LUKÁCS, 2000, p. 152).

mácula, ser este que vai ser muito lembrado e retomado pelos autores românticos após Rousseau.

Sua proposta em *Do Contrato Social* é que há, de fato, um pacto, uma troca da liberdade natural pela utilidade comum (BITTAR, 2007, p. 271), de forma que se para haver paz e harmonia para um indivíduo, ele terá que ceder parte da sua liberdade para o bem de todos, devido a isto aceita o *pacto*. É um contrato de um com todos e todos com esse um. Tal pacto implica não só na abdicação de sua liberdade, mas também na legitimidade de um governo por todos governados, e não uma cessão desse direito a uma pessoa. Dessa forma, o contrato é assinado visando-se à concretização de interesse comum. Tal é a ideia do contrato social, a de bem comum (ROUSSEAU, 2008, p. 51).

Sua obra acontece em três fases distintas: o passado, que o autor vê como um estado natural e o utiliza para criar uma argumentação; o futuro, que ele imagina em como uma sociedade poderia ser construída, onde todos teriam liberdade e igualdade; e o presente, a sua sociedade, corrupta e injusta, que não aparece de maneira implícita, mas que ele utiliza como reflexão e como base para a construção de uma sociedade melhor, com todos os ideais por si defendidos.

Mesmo depois de pactuado, jamais o pactuante perde seu direito de liberdade, jamais aliena a outrem o poder de governá-lo, pois uma renúncia à liberdade se traduz numa renúncia aos direitos do ser humano, hoje defendidos como direitos humanos fundamentais, inerentes à espécie humana e absolutamente inalienáveis. Para Rousseau, quanto maior é o Estado, menor é a liberdade do cidadão. Assim, alienar sua própria liberdade a um governo é o mesmo que assinar um pacto de escravidão. O autor vê o Estado com mínima expressão. Sua teoria é totalmente o contrário da de Hobbes, o qual vê no Estado o ente absoluto, o leviatã, e com total capacidade imperativa sobre os governados, e sem aquele estes não alcançariam sua integral realização em sociedade.

Todos os homens são naturalmente livres, e não há relação de subordinação entre eles. O mais forte é que transforma a força em direito, de modo a legitimar a autoridade sobre os outros. Portanto, somente as convenções é que vão legitimar a subordinação humana, afinal só há escravos porque estes se sujeitam, alienam e rejeitam sua liberdade ao concedê-la a outro, porque a liberdade é qualidade inerente do ser humano. Ressalte-se que na obra de Rousseau não cabe o mesmo entendimento dado à sociedade nacional para as relações

internacionais, afinal o filósofo parece aceitar que as guerras marquem a vida da sociedade de Estados<sup>4</sup>.

Busca-se com o contrato a materialização daquilo que seria impossível ao homem em seu estado natural. Tal acordo tem o apoio da vontade geral; não é somente a soma das vontades, mas é antes um representante da vontade geral. Essa vontade geral, entretanto, não é unânime, mas representa a maioria, com a participação de todos.

A teoria rousseuniana<sup>5</sup> apresenta aqui, grande contradição, pois, de um lado, afirma o contrato social como forma de proteção e expressão da liberdade, assim como garantia da igualdade entre os homens; por outro lado, já no fim da sua obra, argumenta que são as próprias invenções humanas as causas dos males humanos e que a cura para esses males seria somente a manutenção do estado original de natureza (ROUSSEAU, 2003, p. 180).

Rousseau acredita que o direito natural é um direito que precede aos direitos civis, e estes hão de se apoiar e buscar aqueles para que aconteça a completa realização do indivíduo em sociedade. Entretanto, a sociedade desviou-se do direito natural, de forma que os direitos civis converteram-se em direito arbitrário, sem uma base naturalista. Essa perda só é possível em Rousseau, porque este vê o homem como um ser naturalmente bom, cuja corrupção acontece somente após a constituição em sociedade, o que vem reafirmar sua posição de que o contrato social seria a melhor forma de convivência e, de forma concomitante, a causa dos males entre os homens, o que faz a teoria do contrato social ser contraditória.

### 3 “DO CONTRATO SOCIAL” E SUA INFLUÊNCIA PARA A TEORIZAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

O estudo do poder constituinte compreende a pesquisa sobre a legitimidade do poder, afinal, o poder constituinte pode ser definido como a força propulsora que fundamenta a validade da Constituição<sup>6</sup>. Pertinente se faz destacar a diferença entre o poder constituinte e a

<sup>4</sup> É importante destacar, conforme Gelson Fonseca Jr., que “não existe um equivalente ao Contrato para o universo das relações entre Estados, pois, como ele mesmo diz no fim de seu livro mais conhecido, seria um ‘objeto amplo demais para a minha curta vida’” (ROUSSEAU, 2003, p. XI-XII).

<sup>5</sup> Um relevante ponto que deve ser posto em relevo é que observamos que contemporaneamente, há grande controvérsia quanto aos escritos de Rousseau e sua intenção. Alguns veem em sua obra o fundamento da democracia moderna, enquanto outros o entendem como inspirador do autoritarismo. Tal entendimento procede de sua aguda crítica à organização social.

<sup>6</sup> Neste aspecto pertinente se faz afirmar que segundo Nicola Matteucci (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 250), a Constituição, que emana do poder soberano, é intrínseca a sociedade, ou seja, está presente em todos os Estados, e é o instrumento que permite a existência de uma comunidade política bem estruturada. Um importante aspecto que se relaciona com a temática do presente trabalho pode ser encontrado no livro de

sua teoria, visto que o primeiro sempre existiu em todas as sociedades políticas<sup>7</sup> e o segundo, uma forma de teorização que legitima tal poder, teve seu início apenas em meados do século XVIII, através de uma reflexão advinda do iluminismo e do contrato social.

Antes de fazermos um apanhado histórico sobre a evolução do poder constituinte, faz-se mister destacar a existência do poder constituinte originário<sup>8</sup> e o derivado<sup>9</sup>. O primeiro é o responsável pela elaboração da Constituição, não está preso a ditames formais e é essencialmente político, já o segundo está inserido na própria Constituição, possui diversas limitações e tem por objeto a modificação do texto constitucional.

Agora passaremos a analisar a evolução do poder constituinte em diversas épocas, depois trataremos da influência exercida por Rousseau através de “Do Contrato Social” na teorização do poder constituinte, e, por fim, faremos uma breve abordagem sobre os principais aspectos do poder constituinte originário advindo de Sieyès sob influência rousseauiana.

### 3.1 Breve apanhado histórico sobre o poder constituinte

O poder constituinte sempre existiu, afinal sempre houve a ação de uma sociedade em estabelecer os fundamentos da sua organização, o que só começou a existir a partir do século XVIII foi uma teorização deste, conforme falamos supra.

---

Ferdinand Lassale “*O que é uma Constituição*”, o abalizado jurista diz que a Constituição é uma *força ativa*, que promove, através da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas sejam de determinada forma (LASSALE, 2001, p. 49). Para ele, o que faz com que a Constituição consiga por em prática toda a sua essência são os chamados fatores reais do poder, estes coordenam a sociedade e fazem com que as leis e institutos políticos sejam como a Constituição enuncia (LASSALE, 2001, p. 50).

<sup>7</sup> De acordo com Paulo Bonavides, “do ponto de vista formal, isto é, considerado apenas de modo instrumental, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio com que se estabelece a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. É, a esse aspecto, verdadeira técnica, mas técnica cuja neutralidade perante os regimes, valores ou ideologias se pode em verdade admitir, desde que tenhamos em vista tão-somente assinalar, com a designação desse poder, a presença de uma vontade criadora ou primária, capaz de fundar instituições políticas de maneira originária” (BONAVIDES, 2006, p. 143)

<sup>8</sup> É importante destacar que o poder constituinte originário é “a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 231). O conceito de poder constituinte originário advém dos estudos de Sieyès, a partir do simples folheto *Que é o Terceiro Estado?*, uma espécie de manifestação da Revolução Francesa; esta teoria deriva “do movimento racionalista dos pensadores franceses, nomeadamente de Sieyès. Parte o publicista do “terceiro estado” de um conceito de Rousseau: o de soberania popular, que é na essência o poder constituinte do povo, fonte única do que procedem todos os poderes políticos [...] Engenhosamente, trata pois Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as conseqüências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau” (BONAVIDES, 2006, p. 145).

<sup>9</sup> No que concerne ao poder de reforma, destaca-se que ele é “criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado, nem ilimitado” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 247).

Já na Antiguidade nos deparamos com ideia de que há uma distinção entre as leis que organizam toda a estrutura política e que estabelecem os critérios que devem ser seguidos pelo governo, e as leis ordinárias – àquelas que são desenvolvidas por órgãos pertencentes ao governo. Aristóteles na sua obra “Política” se refere à diferença entre as leis constitucionais, que organizam o governo, e as leis não constitucionais, que são as outras leis<sup>10</sup>. Havia a ideia de que órgãos do governo estavam subordinados a específicas leis, no entanto, não existia a concepção de que a organização das leis teria sido elaborada por um poder especial, “criador dos demais Poderes e não criado por qualquer deles” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 4). Portanto, infere-se que não existia uma real ideia de um Poder Constituinte. Situação semelhante é encontrada na Idade Média<sup>11</sup>.

No que concerne a França, podemos destacar a doutrina das leis fundamentais do Reino. Esta foi fruto da inteligência dos legisladores franceses, eles tinham por escopo anular determinadas ações empreendidas pelos monarcas, ou seja, tal doutrina tratava de certas leis que caso fossem violadas tornariam nulas as ações do monarca responsáveis por aquela violação. Estas leis estavam acima do monarca e ele não poderia ignorá-las. Alguns legistas franceses asseveravam que estas leis fundamentais eram imutáveis, outra parcela falava que elas poderiam sofrer modificações, mas apenas através de um processo especial. Portanto, o monarca não tinha o condão de alterar tais leis, mas a junção dos três Estados (Clero, Nobreza e Povo) poderia empreender esta modificação. A partir daí já podemos enxergar traços do Poder Constituinte, mas ainda era ausente a noção de que as leis eram estabelecidas por um poder especial, visto que eram desenvolvidas pelos costumes, pelo discurso e pelo tempo.

Na doutrina pactista medieval já podemos ver indícios do desenvolvimento da doutrina do Poder Constituinte, visto que certos autores afirmavam que a base do governo era feita através de um acordo entre os governados, a partir do *pactum subjectionis*, o pacto da sujeição, onde todos consentiam que o governo derivava de Deus. Portanto, já começa a se

---

<sup>10</sup> Essa ideia da diferença entre as leis não é encontrada apenas em Aristóteles, mas também no cotidiano da política. “No direito público ateniense [...] havia a ideia de que certas leis, concernentes à própria estrutura da cidade-estado, as que estabeleciam a cidadania, e, pois, que dispunham sobre quem tinha o poder de participar das assembleias, as atinentes aos órgãos do governo etc., eram superiores às demais e superiores às deliberações dos Poderes nelas previstos (que modernamente chamaríamos de *poderes constituídos*) e às magistraturas, como diziam os autores antigos. A superioridade de tais leis, em Atenas, era garantida por um verdadeiro antecedente da ação direta de inconstitucionalidade, aparentemente uma criação do Direito Constitucional moderno. Por meio de uma ação – a *graphe paranomom* – podia-se impugnar a criação de leis que contradissem aquelas normas tidas por fundamentais, concernentes à estrutura fundamental da cidade-estado ateniense” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 4).

<sup>11</sup> Pode-se afirmar que “chegou a existir, na Idade Média, a ideia de que certas normas, pela matéria que versam, por dizerem respeito à organização fundamental, são superiores às demais. Mas também não se chegou à ideia de que essas normas seriam estabelecidas por um poder especial” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 4).

tornar clara a vontade dos homens como pressuposto indispensável para a organização do Estado, eles viam pacto tácito a origem do governo.

Outro passo relevante para o desenvolvimento da teoria do poder constituinte foi a elaboração da ideia do contrato social, pois acreditava-se que a partir desse acordo surgiria a sociedade. Ponto comum entre as diversas teoria do contrato social é que a sociedade precisa ser vista como formada a partir de um contrato entre os homens, pois os indivíduos com a finalidade de escapar do estado de natureza e preservar seus bens decidem instituir um pacto e nomear um poder soberano.

O primeiro expoente desta teoria que merece destaque no nosso estudo é Hobbes (1588-1697). Para ele a organização política precisaria de uma lei fundamental, e esta deveria disciplinar os poderes do soberano e individualizá-lo. De acordo com Hobbes, sem a existência de uma lei fundamental o Estado não teria capacidade de subsistir<sup>12</sup>. E essa ideia foi utilizada como justificativa da monarquia absoluta.

O segundo estudioso que deve ser ressaltado é Locke<sup>13</sup> (1632-1704). Para ele o legislador não teria a capacidade de criar direitos, mas poderia aperfeiçoar sua guarida, visto que estes direitos são anteriores ao Estado, por isso o Poder Público não poderia lesar de forma arbitrária tanto a vida quando a propriedade dos indivíduos. Ele se opõe à monarquia absoluta, foi o precursor a formular a diferença entre poder absoluto e moderado, na seara das constituições dos tempos modernos, elaborou a fórmula de divisão dos poderes como forma de proteger os valores da sociedade e apesar de ter empreendido essa divisão ele não propõe uma igualdade hierárquica entre os poderes<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> De acordo com Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “entendia Hobbes que, se não existisse a sociedade, os homens estariam em guerra contínua entre todos, a guerra de todos contra todos, porque naturalmente se inclinariam a espoliar uns aos outros. É o que se diz na célebre e tão conhecida frase “O homem é o lobo do homem, que Hobbes, por sua vez, extraiu da *Asinária*, II, 4,88 do cômico latino Plauto. Assim, os homens se reuniram em sociedade para obter a paz. Para obtê-la estariam dispostos a abrir mão de todos os direitos naturais. Consistiriam eles, livremente, num contrato, a sociedade. E, por uma verdadeira *estipulação em favor de terceiro*, atribuiriam a um só, o monarca, o governo, cuja função seria manter a paz. Veja-se que o monarca não é parte do contrato; ele é beneficiário de uma estipulação, que poderíamos reduzir ao modelo civilista da *estipulação em favor de terceiro*” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 8).

<sup>13</sup> Locke usa a doutrina do contrato social “como justificativa da organização decorrente da Revolução de 1688 e do *Bill of Rights*, promulgado em decorrência dessa Revolução. Porque na Inglaterra a Revolução de 1688 resultou num governo de divisão de poderes. A Constituição da Inglaterra que Montesquieu descreve, em 1748, no *Espírito das leis*, é a Constituição inglesa de 1690: o monarca, detentor do que iria chamar de Poder Executivo e das relações exteriores e das forças armadas; o parlamento, como cerne do Poder Legislativo; e os juízes, independentes tanto do parlamento quando do Poder Executivo” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 8).

<sup>14</sup> Faz-se relevante ressaltar que “na era moderna, deve-se a Locke a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a buscar. Locke não fala de um Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo. Ao Executivo caberia a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem e ao federativo, a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, no plano do concerto das nações.

O terceiro, e último, que iremos pôr em destaque é Rousseau (1712-1778), ele empreende uma verdadeira revolução ao suscitar a ideia de que a soberania surge da decisão dos indivíduos, seus escritos chegaram até mesmo a serem queimados, em virtude da manifestação que ocasionaram. Em 1762 ele publicou *Do Contrato Social* e tornou pública sua opinião de que o titular do poder soberano é o povo. Rousseau utiliza a doutrina do contrato social como meio de interpretar a democracia, para ele é através do pacto social que os indivíduos formam um corpo político, renunciando, então, à liberdade natural – ao estado de natureza – e construindo a liberdade civil<sup>15</sup>. De acordo com Jean Jacques Rousseau<sup>16</sup>, “a cláusula fundamental do contrato social consistiria em todos os homens colocarem todos os seus direitos ao dispor da vontade geral” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 8). Na concepção rousseauiana não haveria como existir nenhuma forma de lei fundamental obrigatória, nem mesmo o contrato social, a Constituição seria um meio de resguardar direitos, disciplinaria os poderes instituídos e não teria o condão de limitar a vontade e o desejo do povo soberano. Tendo em vista o que abordamos sobre Rousseau, já podemos afirmar que a doutrina do contrato social elaborada por ele foi a que esteve mais próxima da teoria do Poder Constituinte, afinal, de acordo com ele a sociedade se organizaria através de um pacto e essa espécie de contrato feito entre os indivíduos estruturava tanto a sociedade quanto originava o governo, o que se assemelha de forma bastante estreita à teoria do Poder Constituinte.

---

Locke não vê empecilho em reunir em mesmas mãos estes dois poderes. Como se vêem o Executivo, aqui, engloba também o poder de julgar” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 218).

<sup>15</sup> É relevante deixar claro que a doutrina de Rousseau tinha implícita “uma séria conseqüência política, que era a condenação das instituições que então prevaleciam na França, na Europa. É a sua doutrina um dos instrumentos de crítica à estrutura política francesa e européia do século XVIII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas idéias, como das de outros ligados à mesma corrente, mas sustentar a necessidade de se refazer o *pacto social*. Por refazer o *pacto social* entendiam a necessidade de se substituírem as instituições existentes por novas instituições, que fossem adequadas à liberdade dos indivíduos, ao respeito ao direito natural deles, e que se algum modo associassem os governados ao governo, que trouxessem pelo menos a participação da vontade geral no governo. Essa idéia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à idéia de Constituição: a Constituição escrita seria o instrumento pelo qual se renovaria o pacto social e se estabeleceria de forma legítima, o governo respeitoso da liberdade, respeitoso dos direitos, o governo em que a vontade geral tivesse a última palavra” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 9).

<sup>16</sup> Ao observar os estudos empreendidos por Rousseau, infere-se que ele “desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos. Propugna por que o povo mantenha sempre a possibilidade de retomar o que havia delegado aos governantes. Para Rousseau, não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social. A Constituição não tem função de limite ou de garantia. Apenas cuida dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 220).

### 3.2 Do Contrato Social e sua influência para o desenvolvimento da teoria do Poder Constituinte

Como outrora falamos, há diversas doutrinas do contrato social, entretanto, a teoria elaborada por Rousseau em seu livro *Do Contrato Social* é a que mais se aproxima da doutrina do Poder Constituinte, visto que para ele o pacto estabelecido entre os indivíduos estruturava a sociedade e criava o governo, tudo a partir de um comando da vontade geral.

A filosofia rousseauiana tem um viés essencialmente democrático, na medida em que subordina e vincula a autoridade do soberano ao conjunto do povo em sua totalidade. Na concepção dele a soberania é inalienável e indivisível, a população não pode abdicá-la, afinal povo sem soberania é povo sem dignidade humana. Todavia, é importante destacar que este poder do povo pode ser delegado no que concerne à atividade executiva, surgindo, assim, os governos monárquicos, aristocráticos e republicanos.

Para que uma comunidade consiga viver em um ambiente de liberdade humana era imprescindível a existência de um contrato social, pois para ele a realização de cada ser humano e da vontade geral importaria em um pacto social, ou seja, em uma espécie de livre associação, onde os indivíduos poderiam decidir qual tipo de sociedade desejam formar e a qual tipo de governo irão se subordinar e prestar obediência<sup>17</sup>. A partir do estabelecimento do contrato social, o ato de associação gera um corpo moral e coletivo, desaparece a figura singular do particular contratante e passa a ser observada a totalidade dos indivíduos, portanto, o governo que se forma a partir do pacto social é o representante da coletividade<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> De acordo com Rousseau, os homens procuram o estabelecimento de um contrato social porque “não podem criar novas forças, mas só unir o que já existem, o meio que têm para conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia [...] achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes” (ROUSSEAU, 2008, p. 29). Para ele esse pacto deveria ser formado espontaneamente e não através da coerção, visto que “se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda autoridade legítima entre os homens” e “a força é um poder físico, não imagino que moralidade possa resultar de seus efeitos; ceder à força é ato preciso, e não voluntário, ou quando muito prudente: em que sentido pode ser uma obrigação? [...] Qual é pois o direito que resta quando cessa a força? Se por força cumpre obedecer, desnecessário é o direito; e se não somos forçados a obedecer, que obrigação nos resta de o fazer? Logo, está claro que a palavra direito não ajunta à força, e que não tem aqui significação alguma” (ROUSSEAU, 2008, p. 24). Portanto, podemos concluir que o contrato social deve ser estabelecido livremente, nunca através da força.

<sup>18</sup> Na concepção rousseauiana, “a pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava noutro tempo o nome de *cidade*, e hoje se chama *república*, ou *corpo político*, o qual é por seus membros chamado *Estado* quando é passivo, *soberano* se ativo, *poder* se o comparam a seus iguais. A respeito dos associados, tomam coletivamente o nome de *povo*, e chamam-se em particular *cidadãos*, como participantes da autoridade soberana, e *vassallos*, como submetidos às leis do Estado. Esses termos porém se confundem muitas vezes e se tomam um por outro; basta sabê-los distinguir quando se empregam com toda a sua precisão” (ROUSSEAU, 2008, p. 30).

Uma consequência do estabelecimento desse contrato social que organiza a sociedade e cria o governo é a elaboração das leis, afinal, é com o ato de desenvolvimento das leis que se dará movimento e concretude a vontade do povo, “pois o ato primitivo pelo qual esse corpo se forma e une ainda não determina nada do que ele deve fazer para se conservar” (ROUSSEAU, 2008, p. 44). Toda a justiça provém de Deus, de acordo com o que se depreende dos ensinamentos de Rousseau no livro *Do Contrato Social*, entretanto, o homem não tem o discernimento necessário para receber os ensinamentos proferidos por Deus, por isso, a humanidade precisa das leis e do governo.

Na concepção rousseauiana o objeto das leis terá caráter geral, os atos normativos não podem ter por objeto vontades individuais e comportamentos particulares, sempre deverá ter por escopo tratar de questões da coletividade<sup>19</sup>. Portanto, pode-se inferir que só cabe ao poder legislativo às matérias concernentes a uma coletividade.

Pertinente se faz deixar claro que as leis são espécies de condições da associação civil ou seja, são as cláusulas impostas pelo povo para que se estabeleça o contrato social. Já que as leis são frutos da vontade geral, nem mesmo o príncipe estará em uma posição superior a elas, afinal, ele é um dos membros do pacto social firmado, por tanto, vê-se que somente aos associados competem regular e elaborar as leis que regerão a sociedade. Todavia, diferenciar os interesses dos particulares dos almejos da coletividade é tarefa árdua para cada um dos indivíduos que compõe tal pacto, por isso se faz necessário o estabelecimento do poder legislativo, afinal, “cumpre obrigar um a conformar sua vontade com a razão, cumpre ensinar ao outro a conhecer o que quer [...], no corpo social as luzes do público unem então o entendimento à vontade, daí vem o exato concurso das partes, e a maior força do todo” (ROUSSEAU, 2008, p. 46). É dessa necessidade de se unir o racional com o desejo da maioria que nasce o poder do legislador. E esse é o cume da semelhança entre a teoria proposta por Rousseau e aquela teorizada por Sieyès, pois a filosofia rousseauiana há muito já dizia que para que possível fosse a convivência dos indivíduos era preciso o estabelecimento de um pacto, que este deveria se dar pela vontade dos seus associados, nunca através da força, que as leis estariam em um patamar hierárquico superior a todos os indivíduos que compusessem dada sociedade e que tais leis deveriam ser expressão da coletividade elaboradas por àqueles seres extraordinários que tivessem a capacidade de unir a

---

<sup>19</sup> Rousseau nos fala que: “a lei pode bem estatuir que há de haver privilégios, mas não dá-los a este ou àquele pessoalmente; a lei pode fazer muitas classes de cidadãos, especificar mesmo as qualidades que a essas classes darão direito, mas não pode nomear tais e tais para nelas se admitirem; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real; numa palavra, toda a função que se refere a um objeto individual não pertence ao poder legislativo” (ROUSSEAU, 2008, p. 45).

vontade do todo com a racionalidade, abstraindo-se do seu almejo de particular. O aspecto que Rousseau deixou de tratar em sua filosofia foi a ideia de que a Constituição – a totalidade das leis hierarquicamente superiores que regeriam esse pacto - seria elaborada por um poder especial. Em todo o resto da filosofia rousseauiana podemos ver aspectos da teorização proposta por Sieyès<sup>20</sup>.

Com vistas a encerrar a abordagem dos aspectos de Do Contrato Social que influenciaram a teorização do Poder Constituinte, achamos pertinente tratar em particular do papel do legislador e dos traços peculiares do sistema legislativo proposto por Rousseau. De acordo com ele, o legislador desempenha uma função especial, e é intitulado de extraordinário, o legislador é o responsável por constituir a república<sup>21</sup>. Seu cargo é particular e superior e não se assemelha com o império humano<sup>22</sup>. Segundo os ensinamentos de Rousseau, o que faz eternizar a Constituição de um Estado é a observância de todas as conveniências, visto que “as relações naturais e as leis vêm sempre a concordar nos mesmos pontos, quando estas não fazem, por assim dizer, senão assegurar, acompanhar e retificar as outras” (ROUSSEAU, 2008, p. 57)<sup>23</sup>. Por fim, merece destaque a divisão das leis que Rousseau faz no Capítulo XII, do seu livro Do Contrato Social. Para ele há três espécies de relações que devem ser observadas para distinguir os tipos de leis, a primeira destas

<sup>20</sup> Emanuel Joseph Sieyès (1748 – 1836) desempenhou um papel primordial na eclosão da Revolução Francesa e no estabelecimento de instituição que permitiram a estabilização de tal revolução. Ele foi o autor do livro “Que é o terceiro Estado?”. “Como participante ativo da Revolução Francesa, exerceu Sieyès nítida influência, primeiro, no estabelecimento da Constituição de 1791; depois, no estabelecimento da chamada Constituição do ano III, a de 1795; finalmente, no estabelecimento da Constituição do ano VIII, a de 1799. Nesta é que transparece mais profundamente a sua influência” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 12). Sieyès crê que “todo Estado tem uma Constituição. Essa Constituição, entretanto – e aqui entra o *pacto* -, é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes. [...] O titular desse Poder Constituinte, segundo Sieyès, é a *nação*. Que é a *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o conjunto de homens que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação aos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em determinado instante a compõem, e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O Poder Constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 13).

<sup>21</sup> É importante destacar que para Rousseau república é todo Estado regido por leis, independentemente da forma de sua administração.

<sup>22</sup> Afinal, de acordo com Rousseau, a função que o legislador desempenha “nada tem de comum com o império humano; pois, se aquele que governa os homens não deve governar a lei, o que governa as leis também não deve governar os homens; de outra sorte as leis, instrumentos de suas paixões, só perpetuaram muitas vezes as suas injustiças, e nunca ele poderia evitar que a integridade de sua obra fosse alterada por motivos particulares” (ROUSSEAU, 2008, p. 47).

<sup>23</sup> Entretanto, assevera Rousseau que “se o legislador enganando-se em seu objeto, se apodera de um princípio diverso daquele que nasce da natureza das coisas, pois um tende à servidão e outro à liberdade; um às riquezas, o outro à população; um à paz, outro às conquistas, vereis pouco a pouco enfraquecidas as leis, alterada a constituição, e o Estado sempre descomposto, até que seja destruído ou mudado, até que a invencível natureza retome seu império” (ROUSSEAU, 2008, p. 57).

vinculações ocorre entre o todo com o todo, ou entre o soberano com o Estado, as leis que regulam estas relações são denominadas de políticas ou fundamentais. A segunda relação é a dos membros entre si e as leis que orientam esta ligação são chamadas de civis. A última relação é a que se dá entre os homens e as leis no ato da desobediência dos indivíduos e desta vinculação nascem as leis criminais<sup>24</sup>.

Portanto, tendo em vista tudo que foi supra abordado, podemos afirmar que Rousseau e sua filosofia, principalmente no que concerne ao Do Contrato Social, abordaram relevantes aspectos do que foi depois tratado por Sieyès e exerceu, diretamente, influência na teorização do Poder Constituinte, deixando apenas de se referir a um Poder Especial responsável pela união e pela racionalização da vontade do povo. Os demais aspectos da teoria do Poder Constituinte podem ser encontrados nas ideias de Rousseau, seja de forma direta ou indireta, através das suas brilhantes elucidacões.

#### 4 CONCLUSÃO

Rousseau esperava que o contrato social trouxesse uma ordem mais justa, que respeitasse a vontade geral. É por isto que ele se submete a grande contradição em sua obra, pois apesar de crer que melhor mesmo para o homem seria manter-se num estado natural, não socializado, ele indica o contrato como a melhor forma de o ser humano viver nesta sociedade impossível de ser desfeita. Acima de tudo, Rousseau faz uma contundente crítica ao estado de organização da sociedade em que vivia. Em suas obras, cheias de sentimentalismo, cheias de uma tentativa de volta ao passado, inspirando valores outrora existentes na vivência humana, ele procura uma cura, uma recuperação das iniquidades sociais imperantes.

Em seus vários discursos, Rousseau busca uma forma de unir o cidadão do futuro ao homem do passado. Ao invocar este último, com seu *bon sauvage*, o autor clama à sociedade que olhe para seu passado sem mácula, sem iniquidade, em que um indivíduo não estava preso aos grilhões que hoje, apesar de dizer-se livre, está preso por todos os lados. Apesar de

---

<sup>24</sup> É importante salientar que se une a essas três espécies de relações, e, conseqüentemente, de leis, uma quarta espécie, “de todas a mais importante, que não se esculpe no mármore, ou no bronze, mas sim no peito dos cidadãos; que forma a verdadeira constituição do Estado; que todos os dias medra em forças; que reanima e supre as outras leis quando elas envelhecem e se apagam; que conserva um povo no espírito de sua instituição, e insensivelmente substitui pela força do hábito a força da autoridade. Falo dos costumes, usos e mormente da opinião, parte desconhecida de nossos políticos, e da qual depende o acerto de todas as outras; parte de que o grande legislador se ocupa em segredo, enquanto parece limitar-se a estatutos particulares, que são unicamente o arco da abóbada, da qual os costumes, lentos em nascer, formam finalmente a duradoura chave” (ROUSSEAU, 2008, p. 58).

escritas para o século XVIII, suas ideias continuam atuais como nunca. Muitas vezes desacreditado e contestado por sua teoria de um pacto social, sua crítica à sociedade ainda é um alerta para a contemporaneidade, assim como os ideais a serem seguidos são hoje símbolo da luta pela igualdade, liberdade e pela dignidade da pessoa humana.

Por terem sido base para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa, é que agora podemos dizer que também serviram de base para o Poder Constituinte, as ideias de Jean-jacques Rousseau. Foi este quem teorizou os direitos naturais como sendo direitos oponíveis ao soberano, como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Por isso o Poder Constituinte é um poder natural do povo, delegado a alguns, porém sem jamais alienar a liberdade deste povo, de forma a se submeter ao jugo de poucos. Na forma de contrato, Rousseau delinea as bases para o que futuramente chamaremos de Constituição. Esta hoje representa ou deveria representar nada mais nada menos do que o idealizado por Rousseau, ao prever que uma sociedade só pode ser justa e igualitária quando respeitados os direitos de cada cidadão e quando obedecida a vontade geral, materializada na Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmem C. Varriale et al. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CATLIN, George. **The story of the political philosophers**. Nova York: Tudor, 1939.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. de Walter Stöner. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Lider, 2001.

LUKÁCS, Georg. **A teoria do romance**. Trad. de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Duas cidades/34, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Obras políticas**. Brasília: UnB, 1983. [1ª fase 1931/1937]

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social [ou Princípios do Direito Político]**. Trad. de Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret. 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as relações internacionais**. Trad. de Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003. Disponível em: <  
[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=167169](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=167169)>. Acesso em: 12 ago. 2010.

## **ROUSSEAUIAN PHILOSOPHY AND ITS INFLUENCE TO THEORIZING CONSTITUENT POWER**

### **ABSTRACT**

It is the unanimous doctrine that the Constituent Power had always existed. However, the elaboration of a theory that could legitimate the existence of such power began only in the middle of the XVIII century, after the publication of *What is the Third Estate?* written by Sieyès. Nevertheless, taking Rousseau's studies as basis, specifically the book *The Social Contract*, it is possible to notice the existence of many aspects of the theory proposed by Sieyès concerning the Constituent Power. The present paper will introduce the main features of Rousseau's philosophy, the Constituent Power development, and it is also going to analyze the book *The Social Contract* and its influence on the theorization of the Constituent Power.

**Keywords:** Rousseau, Constituent Power, Social Contract, Rousseau's philosophy.



## ENTRE O FÁTICO E O JURÍDICO: AS FAMÍLIAS PLURAIS E O SEU RECONHECIMENTO POR PARTE DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

**Ilana Alcântara Monteiro da Fonsêca\***

### **RESUMO**

*O direito das famílias é permeado de conservadorismo. O nosso legislador constituinte ateu-se a positivar apenas três dos inúmeros tipos de entidades familiares existentes. Além da dificuldade do legislador em inovar e conformar a Constituição à realidade social, há a inércia e o retrocesso da maior parte do Poder Judiciário. Com o intuito de modificar a interpretação que é dada ao artigo 226 da Constituição Federal, propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e da observância do artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil.*

**Palavras-chave:** *Direito das famílias. Pluralismo familiar. Mutações constitucionais.*

*“Lutar com palavras é a luta mais vã. Entanto lutamos mal rompe a manhã”.*

(Carlos Drummond de Andrade)

### **1 INTRODUÇÃO**

Durante um grande decurso de tempo nós ficamos sujeitos à legislação<sup>1</sup> e aos costumes lusitanos, razão pela qual no ano da nossa independência (1822) ainda vigiam as Ordenações Filipinas. A influência europeia, em especial a de Portugal, fez-nos seguir práticas

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

<sup>1</sup> Ressalte-se que as Ordenações do Reino que vigoraram em nosso país foram: a) Ordenações Affonsinas (ano 1446); b) Ordenações Manuêlinas (1512); e c) Ordenações Filipinas (1603).

não condizentes com nosso clima, território e povo. Depois de muita luta é que conseguimos nos libertar das amarras da dominação da Europa e engrenar mudanças na nossa ordem jurídica, para assim adaptá-la à sociedade brasileira. No que concerne ao direito das famílias<sup>2</sup>, é clarividente a dificuldade que sempre esteve presente no legislador pátrio ao legislar sobre a família, visto que no Código Civil de 1916 apenas o matrimônio era tido como entidade familiar, este “trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento” (DIAS, 2009, p. 30). A atual codificação privada, assim como a Constituição Federal de 88, avançou em diversos aspectos – assegurou direito à alimentos mesmo ao cônjuge culpado pela separação, não mais é compulsória a exclusão do sobrenome do marido da mulher, dentre outras – mas perdeu uma grande oportunidade de abarcar as inúmeras pluralidades familiares que compõem o nosso meio.

O direito das famílias é personalíssimo, formado, em sua maior parte, por direitos intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil<sup>3</sup>, faz-se imperativo que todo ordenamento privado seja interpretado de acordo com a Constituição, que dela seja retirado o fundamento de validade do Código Civilista. No que pertine ao ramo do direito destacado neste trabalho, faz-se mister que ressaltemos o artigo 226 da Carta Magna, o qual trouxe à baila uma nova concepção da família e derrubou uma parte do preconceito que estava e ainda está impregnado no direito

---

<sup>2</sup>Aqui iremos utilizar a expressão *direito das famílias*, coadunando com os ensinamentos da Maria Berenice Dias.

<sup>3</sup> Gustavo Tepedino em uma das suas obras diz que “a adjetivação atribuída ao Direito Civil, que se diz constitucionalizado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? [...] A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta realçar o trabalho árduo que incube ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceito estratificados, mas uma integração do direito público e privado de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se em uma palavra de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, o valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, p desenvolvimento de sua personalidade” (TEPEDINO, 2008, p. 22). Para se obter um estudo aprofundado sobre esta temática sugiro a leitura do artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” de Luis Roberto Barroso (2007). É interessante reescrever as brilhantes palavras de Clóvis Beviláqua, ele que sempre esteve a frente do seu tempo: “é certo que todo o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo. Aliás, como todo direito positivo, expressão embora da vontade social preponderante, não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida em comum. As suas theses se dilatam ou flexionam dentro do seu systema legislativo, para se ajustar às relações humanas, de verdade indefinida. Mas a nossa Constituição vigente, urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiências jurídicas, necessárias à existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente, em proveito da utilidade pratica. Por essa attitude, o Codigo Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões logicas” (BEVILÁQUA, 1935, p. 32).

brasileiro. Em único artigo foi capaz de estender igual amparo à entidade familiar formada pelo casamento, bem como à união estável, como também à monoparental, além de ter consagrado a igualdade dos filhos, frutos ou não do casamento civil. “Após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família” (DIAS, 2009, p. 31).

No presente trabalho, iremos fazer uma análise geral do direito das famílias. Daremos enfoque ao pluralismo familiar encontrado na nossa sociedade, sempre com ênfase na ideia de justiça e de efetividade das normas. Por fim, falaremos a respeito das entidades familiares albergadas pela Constituição Cidadã, tecendo críticas a respeito da inércia ainda presente no ordenamento brasileiro.

## 2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS, AS FAMÍLIAS PLURAIS E A SOCIEDADE

“Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca para a qual somente existe uma explicação e um processo: o Direito” (MIRANDA, 1972, p. 75). O Direito está presente em todas as sociedades, mesmo que seja em um agrupamento primitivo de indivíduos, desorganizado e periclitante<sup>4</sup>. E o direito das famílias se destaca e se adapta a cada sociedade, conformando as regras com as peculiaridades dos povos<sup>5</sup>.

A formação das famílias iniciou-se através de um procedimento informal, onde as pessoas uniam-se com o intuito de procriar, mas sua estruturação é que se deu através do

<sup>4</sup> Com relação ao direito e a sociedade, tomemos emprestado as palavras de Pontes Miranda: “não há vida em comum sem ele, como não há vida em comum sem fenômenos econômicos e os outros mais. Se dois homens se deparassem, a sós, em plena mata virgem, cada um traria consigo o sentimento do Direito, que o seu grupo lhe ensinou. Se falam e convivem, duas horas, que sejam, minutos talvez, entre eles, elementos positivos do grupo nascente, - se nenhuma ação vai até eles, nem pode ir, - criam-se inconscientemente, espontâneas, tiradas da resultante dinâmica, imperceptíveis, mas reais e poderosas, as regras de índole jurídica. A resultante não é outra que a diagonal imaginária do paralelogramo das forças; tais forças é que são de várias espécies: física, moral profissional, etc., e daí a preponderância de caracteres de um deles nas recentes relações dos dois desgarrados de sociedades constituídas (Sobre a adição das forças, devemos advertir que tal processo de composição trata as velocidades e forças como extensões: então, somar é juntar a uma força o *quantum* da outra. Não é o que se passa no mundo real, onde a velocidade tem de se ligar a massas: não seria possível dizer  $A = a + b$ , e sim afirmar que se compõem segundo regra menos simples.) A despeito da separação da Igreja e do Estado, continua aquela a alimentar o direito especial, que a rege, e, se não é material a sanção, nem por isso deixa de ser socialmente eficaz. Algumas sociedades secretas conseguem cristalizar as suas regras de caráter jurídico em normas de direito positivo, com as respectivas sanções, de que foi exemplo, no Brasil, a maçonaria.” (MIRANDA, 1972, p. 75).

<sup>5</sup> No que atine à realidade social e o ordenamento jurídico, destaca-se que “o estudo do direito [...] não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção” (PERLINGIERI, 2007, p. 1).

direito<sup>6</sup>. “A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento” (DIAS, 2009, p. 27). Foi com o intervencionismo estatal que se instituiu o casamento e as demais normas que permeiam a entidade familiar.

O conceito de família<sup>7</sup> pode ser visto em três aspectos: a) amplo (são aquelas pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, possuem o mesmo ancestral, há afeto e interesses comuns); b) limitado (abarca os parentes consanguíneos e os colaterais até o quarto grau); c) restrito (formado apenas pelos pais e seus filhos). Tal conceito não é rígido e incapaz de mudanças, mas sim fluido, dotado de adaptabilidade, afinal, as relações familiares estão diretamente ligadas às evoluções sociais. O direito das famílias possui natureza híbrida, pois tem assento tanto no direito privado, quanto no direito público, através das inúmeras normas imperativas e inderrogáveis de que é composto tal ramo.

No que pertine à evolução histórica deste microssistema, ressalta-se que no Código Civil de 1916 o casamento era indissolúvel, a mulher era dotada de incapacidade relativa, havia a distinção entre a família legítima e a ilegítima e estava presente a proibição de se reconhecer os filhos frutos do adultério. A grande mudança no direito das famílias ocorreu com a Constituição de 1988, “o divisor de águas se deu com o início da vigência do texto constitucional [...]. A igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher [...] vieram a ser elevadas à condição de cláusulas pétreas. Daí o dizer de alguns doutrinadores: o Direito de Família é a parte do Direito Civil (direito privado) mais público em nosso contexto

<sup>6</sup> No que concerne à evolução do conceito de família, é importante destacar que “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitava ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e começou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento da celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa” (DIAS, 2009, p. 28).

<sup>7</sup> Com relação a família como formação social, podemos dizer que “a família como formação social, como 'sociedade natural', é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, assim, em função da realização das exigências humanas, de lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertence” (PERLINGIERI, 2007, p. 243-244).

jurídico” (SIMÕES, 2007, p. da internet). Com a entrada em vigor da nossa Constituição Cidadã, a proteção à família, suas formas de constituição e reconhecimento passaram a ter nela os seus aspectos gerais, obrigando o texto civil a se conformar a tais modificações.

Com relação ao Código Civil de 2002, houve a mudança de rumos do direito das famílias, “são características básicas do moderno direito de família, além da revalorização do aspecto afetivo e da busca da autenticidade nas relações familiares, a preocupação em dar primazia aos interesses das crianças e dos adolescentes” (PEREIRA, 2007, p. 17).

É de se destacar que foi com o artigo 226 da Constituição que se instituiu o pluralismo familiar e se deu devida importância para o afeto, como elemento formador da família. “Antes desse dispositivo constitucional, notável por seu poder de síntese e pela riqueza de seus enunciados, não havia senão o *casamento* como entidade familiar, o que contrastava com a pluralidade já praticamente em vigor na sociedade civil” (REALE, 2003, p. 1). Por isso se dá tanta relevância para tal dispositivo, afinal, ele positivou algo que há muito já estava presente na sociedade, conformou o direito à realidade social. Antes de adentrarmos na seara das famílias plurais, cremos ser pertinente transcrever as lúcidas palavras de Pontes de Miranda, ao dizer que,

A prática está intimamente ligada à teoria, ao conhecimento do dado; não se concebe Lógica, nem estética, nem Moral, sem a parte psicológica, sem a análise do conteúdo da consciência lógica, estética e ética assim como a segura técnica não é possível sem a prévia elaboração da ciência natural. O fim da Moral não é pregar a Moral, mas fundá-la e alterá-la ou estendê-la. Assim acontece à Ciência positiva do Direito: não prega o direito, - explica-o, funda-o, altera-o, estende-o. Desse conhecimento é que se pode tirar a técnica, ou corrigir a anterior, que não assentava em dados tão exatos. Ciência do Direito e Ética ensinam a compreender o fenômeno jurídico e o fenômeno ético no conjunto da evolução humana e mostram o caráter causal de tais fenômenos. Também a regra jurídica, como a regra ética, produz, é motivo, o que lhe empresta caráter final; mas isso não justifica considerá-la somente como fim. Sociologicamente, é produto, e, como tal, susceptível de indagação científica. Demais, o que há de final nas realizações das regras perde toda a importância finalística, quando se examina o causalismo social, mas vasto, envolvente, a que corresponderia fim mais geral e mais profundo, que é o da adaptação do homem à vida social. (MIRANDA, 1972, p. 78)

Para se adequar à sociedade não mais é suficiente pensar em família como um homem com uma mulher unidos pelo casamento e dotados de filhos, diante da nossa nova ordem social e constitucional, faz-se imprescindível ter uma visão pluralista da família, pois o elemento distintivo da família, que a caracteriza como tal e a coloca na proteção do direito é a “presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo” (DIAS, 2009, p. 24). Em vista do que já foi exposto até agora, necessário se faz tecer comentário a alguns dos diversos tipos de entidades familiares existentes.

## 2.1 Famílias plurais

O pluralismo das relações familiares<sup>8</sup> produziu inúmeras alterações na estrutura da sociedade, a família gerada através do casamento não é mais a única, o conceito de igualdade entre homens e mulheres, o reconhecimento de outros tipos de estrutura familiar e o reconhecimento dos filhos adulterinos, mudou o conceito de família. Hoje, prega-se por um alargamento conceitual, coloca-se como elemento identificador da família o afeto<sup>9</sup>, por isso tantas novas organizações familiares surgiram.

A primeira entidade familiar que iremos destacar é a matrimonial. Entrementes, muitos anos foi a única que esteve sob a égide do direito e da igreja. Com a justificativa de manter a paz da sociedade, tanto o Estado quanto a igreja impuseram normas jurídicas e sociais. A igreja consagrou a união entre o homem e a mulher como sendo indissolúvel. Já o Estado instituiu e regulamentou o casamento. Em um primeiro momento, o casamento foi tido como indissolúvel e a mulher era obrigada a adotar o nome do marido, o que mostrava a sociedade da época que era patriarcal, hierarquizada e heterossexual. Quando casava, a mulher perdia sua capacidade e tornava-se relativamente incapaz, não podia trabalhar nem

<sup>8</sup> A família como um conceito legislativo é plurívoco, “não é absolutamente unitário e, alternadamente, o legislador propõe ora uma noção restrita [...] ora uma ampla [...], até um conceito mais amplo que compreende todos aqueles que vivem no âmbito de um núcleo familiar. O problema da unidade da família deveria ser apresentado distintamente com referência a cada uma de suas possíveis noções, e a mesma noção de 'unidade' teria sentido completo em imediata relação com determinadas *fattispecie* concretas de família. A pluralidade de modelos familiares, o fato de que a sua organização não se esgote nas restritas formas de uma família nuclear, o fenômeno das reagregações de parentes [...] não devem ser ignorados na análise jurídica” (PERLINGIERI, 2007, p. 250).

<sup>9</sup> Destaca-se que é “o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e compromettimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (DIAS, 2009, p. 43).

administrar seus bens, o regime adotado era o de comunhão universal. “O casamento não podia ser desconstituído, só anulado por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge. Era possível ao marido pedir a anulação do casamento alegando o *desvirginamento* da mulher” (DIAS, 2009, p. 45). Só com o passar dos anos é que foi elaborada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), que trouxe a possibilidade do rompimento do casamento, a mudança do regime legal para o de comunhão parcial e tornou facultativo o uso do sobrenome do marido pela esposa<sup>10</sup>. Foi com a entrada em vigor da Constituição Federal que o casamento perdeu sua posição de única entidade familiar admitida pela ordem jurídica brasileira. Vale destacar que há diversas exigências para a celebração do casamento, que há direitos e deveres impostos, por isso Maria Berenice Dias o chama de “contrato de adesão”.

Não há apenas as entidades familiares surgidas pelo casamento, existem também as famílias informais, como por exemplo a união estável e o concubinato. Ambas por muito tempo foram rejeitadas pela lei, sem respaldo legal, mas como o desenrolar dos anos a sociedade passou a aceitar tais relacionamentos e o Direito viu-se obrigado a albergar tal informalidade, pelo menos no que concerne à união estável<sup>11</sup>, já que o concubinato ainda sofre as consequências da omissão do nosso legislador.

Merece destaque a família homoafetiva, que é aquela formada por pessoas do mesmo sexo. A Constituição deixou claro que tal entidade não está sob seu amparo, visto que disse expressamente que somente há união estável entre homens e mulheres, o que mostra o total preconceito do legislador. A jurisprudência reconhece tal união como *sociedade de fato*, “tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição” (DIAS, 2009, p. 47)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> No dia 14 de julho de 2010 o Poder Constituinte Derivado Reformador agiu mais uma vez e publicou a Emenda Constitucional 66, que alterou o § 6º do artigo 226 da nossa Constituição Federal, tal alteração suprimiu a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano e separação de fato por mais de dois anos para que se conceda o divórcio; agora apenas há a possibilidade do divórcio direto, não mais existe o instituto da separação.

<sup>11</sup> No que concerne à união estável destacamos que “o Código Civil impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao convivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, cabendo afirmar que a união estável transformou-se em um *casamento por usucapião*, ou seja, o decurso do prazo confere o estado de casado. A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo não querido pelos conviventes” (DIAS, 2009, p. 47).

<sup>12</sup> Já existem diversos julgados que reconhecem às uniões homoafetivas efeitos semelhantes de união estável, o que pode ser constatado nos seguintes julgados:

“PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. ‘A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica’ (REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Ag nº 971.466/SP**. T3. Min. Ari Pargendler. j. 02/09/2008. DJe 05/11/2008).

Com relação à família monoparental, podemos dizer que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como está expresso no § 4º do artigo 226, da Carta brasileira.

A anaparental caracteriza-se quando pessoas convivem durante certo tempo sob o mesmo teto, como por exemplo quando uma afilhada passa a viver com seus padrinhos, irmãs que vivem juntas, entre outras. Destaca-se que os conviventes não precisam ter relação de parentesco.

As famílias pluriparentais, também chamadas de mosaicos, resultam de diversas relações parentais, como por exemplo: uma mulher divorciada casa-se com um homem que já possuía filhos, eles formarão uma nova família, a denominada de pluriparental. Tais relações

---

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.’ *In casu*, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : ‘o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não ( neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.’ (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: ‘Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º.’ 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 395.904/RS**. T6. Min. Hélio Quaglia Barbosa. j. 13/12/2005. DJ 06/02/2006, p. 365).

familiares “são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência” (DIAS, 2009, p. 50).

Com relação às famílias paralelas<sup>13</sup>, são aquelas frutos de pessoas que possuem impedimento para casar, chamado de "concubinato", “amantes”, ou outro termo pejorativo. Mais uma vez o legislador não atentou para a realidade, a sociedade forma tais famílias, mas um alto grau de preconceito incide sobre elas. Alguns dizem que elas foram deixadas à margem devido ao *princípio da monogamia*<sup>14</sup>.

Com vistas a terminar, mas não exaurir, a abordagem realizada sobre as famílias plurais ressaltaremos a eudemonista. Tal entidade é aquela formada quando seus membros buscam a felicidade individual convivendo com os outros, é a busca incessante da felicidade, a supremacia do amor, da solidariedade, companheirismo e dedicação, é a família que tem como núcleo central o afeto.

### 3 O PLURALISMO FAMILIAR E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É notável a grande diversidade existente de *tipos* de famílias, algumas delas já foram elencadas em tópico anterior. Mas mesmo com tanta variedade encontrada em uma sociedade plural como a brasileira, o legislador constituinte continuou preso às amarras do conservadorismo e do preconceito e só *admitiu* como entidade familiar o casamento, a união

<sup>13</sup> Com relação ao reconhecimento de tais uniões destacaremos duas jurisprudências do STJ:

“Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou pelo menos, que esteja o companheiro separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência do interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do direito de família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 931.155/RS**. T3. Min. Nancy Andrighi. j. 07.08.2007).

“Concubinato. Relação extraconjugal mantida durante anos. Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente. Indenização por serviços domésticos. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 303.604/SP**. 4T. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ 23/06/2003).

<sup>14</sup> Pertine destacar que “a monogamia não é princípio do direito estatal da família, mas uma regra estrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado” (DIAS, 2009, p. 51).

estável e a família monoparental<sup>15</sup>. Todavia, nós nos filiamos a Paulo Luiz Netto Lôbo e acreditamos que o artigo 226 da Constituição não é *numerus clausus*, não se trata de um rol taxativo, mas exemplificativo, embora essa corrente de pensamento não seja a predominante<sup>16</sup>.

Tal omissão legislativa é uma clara ofensa à igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana visto que as inúmeras famílias existentes não possuem tratamento igual e quando vão pedir a proteção do judiciário recebem apenas sentenças retrógradas, o que pode ser visualizado em uma sentença que não reconhece a concomitância de uniões estáveis, mesmo estando presente todos os pressupostos<sup>17</sup>. Todavia, ainda há vozes que se insurgem e tentam modificar esse quadro estático e conservador que ronda o nosso ordenamento<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> O que está expresso no seguinte artigo da Constituição Federal: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>16</sup> A interpretação majoritária do artigo 226 da nossa Carta “é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento é encontrado tanto entre os “antigos” civilistas quanto entre os “novos” civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles. Os que entendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas: I – Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receberem tutela jurídica limitada; II – Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade” (LÔBO, 2002, p. 3).

<sup>17</sup> No que toca à ideia de justiça, pensamos por bem transcrever as elucidativas palavras de Sobral Pinto quando diz que: “a missão da Justiça, numa sociedade cristãmente organizada, consiste em decidir e resolver todos estes esforços divergentes, afim de que possa surgir, dentro de um ambiente de absoluta estabilidade, o bem *commum*, que aproveite e beneficie, quer de um modo geral, quer de um modo particular, a cada um dos membros dessa sociedade. A Justiça tem, assim, por fim imediato unificar, desinteressada e imparcialmente, as relações que os homens não podem deixar de estabelecer entre si no seio da sociedade em que actua” (PINTO, 2003, p. da internet).

<sup>18</sup> Isso pode ser comprovado na seguinte notícia retirada do site do TRF5: O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), em sessão plenária desta quarta-feira (26), concedeu pensão a uma dona de casa de 58 anos, companheira de um auditor do trabalho, morto em 1999, no Recife. A União Federal foi contrária à concessão do benefício, sob a alegação de que não havia possibilidade de reconhecer união estável entre duas pessoas quando uma delas era casada. A relação extraconjugal teria durado 32 anos. O casal deu início ao relacionamento extraconjugal em meados de 1967, na cidade de Vitória de Santo Antão (PE). Em 1968, ela se mudou com o companheiro para o bairro de Tejipió, em Recife. O auditor, que já tinha três filhos, foi pai de uma filha com a dona de casa, em 1969, e nunca deixou de conviver com as duas famílias. Apenas quando ficava doente, deixava de visitar a concubina. Após o falecimento do servidor, a dona de casa ajuizou ação para receber pensão alimentícia, pois tinha como esteio financeiro o companheiro, desde o início do relacionamento. A requerente demonstrou nos autos sua condição de companheira com o registro de nascimento da filha, constando sobrenome do pai, contas de luz em nome do companheiro e notas fiscais de eletrodomésticos com seu endereço para entrega. O relator, desembargador federal Marcelo Navarro, reconheceu que o entendimento do STF era no sentido de não reconhecer direito à requerente, em virtude do companheiro ser casado. O magistrado lembrou, entretanto, que as Turmas desta Corte estavam formando jurisprudência em sentido contrário. O julgamento foi pela maioria dos votos. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno\\_cria\\_jurisprudencia\\_em\\_matacria\\_de\\_concubinato.html](http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno_cria_jurisprudencia_em_matacria_de_concubinato.html)> Acesso em: 06 jun. 2010.

Diante de tal omissão legislativa, propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil<sup>19</sup>. A mutação constitucional<sup>20</sup> dá-se através de alterações semânticas dos preceitos contidos na Constituição, em virtude de alterações histórico-sociais ou fático-axiológico no ambiente em que se põe em concreto a aplicação da Carta. Esta é possível, visto que os “textos constitucionais são necessariamente mais *abertos* do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 152). Ou seja, em virtude de mudanças na sociedade, com o passar dos anos, faz-se mister a alteração da interpretação que se faz do texto constitucional, para que ele esteja sempre atualizado e dotado de efetividade no seio de uma dada sociedade. As mutações constitucionais são originadas da “conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores *externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 152). É importante destacar que incide na mutação constitucional os mesmos limites existentes à interpretação constitucional. Destacamos também o artigo 5º da LICC, afinal, este permite que o juiz não siga apenas os ditames do direito positivo, mas

<sup>19</sup> É importante destacar os critérios de interpretação constitucional aplicáveis que Paulo Lôbo faz referência: “Carlos Maximiliano aponta-nos três critérios hermenêuticos compatíveis à hipótese em exame, da interpretação ampla: a) Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito; b) Quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente; c) Interpretam-se amplamente as normas feitas para 'abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames' [...] Gomes Canotilho refere o "princípio da máxima efetividade" ou "princípio da interpretação efetiva", que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ou seja, na dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional. Aplicando ao tema: se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do art. 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia aos princípios de 'especial proteção do Estado' (caput) e de realização da dignidade pessoal 'de cada um dos que a integram' (§ 8º). Konrad Hesse diz que a interpretação constitucional é concretização. Precisamente "o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata". Consequentemente, o intérprete encontra-se obrigado à inclusão em seu âmbito normativo dos elementos de concretização que permitam a solução do problema” (LÔBO, 2002, p. 7-8).

<sup>20</sup> Com relação à mutação constitucional, podemos destacar que “leis há, sem dúvida, que durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relvo na *tábua de valores* sociais, nem inovações de monta no concernente aos *suportes fáticos*. Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei e um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar: a) do impacto de valorações novas, ou se mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes; b) da superveniência de fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa; c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação; d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados” (REALE, 2003, 563).

também os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum, isso está diretamente ligado ao respaldo que deve ser dado aos mais diversos *tipos* de famílias existentes.

Por fim, ressaltamos que para o nosso direito das famílias ser dotado da verdadeira eficácia ele não deve ficar preso ao preconceito e conservadorismo, tem que se adequar, adaptar-se à sociedade e para que isso ocorra propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da LICC, dessa forma acreditamos que todas os inúmeros tipos de entidades familiares poderão ser albergados e protegidos pelo nosso ordenamento jurídico.

#### 4 CONCLUSÃO

É assente que o direito das famílias tem natureza híbrida, visto que possui tanto normas de caráter publicista quanto privado, tem respaldo constitucional em diversos artigos, mas destacam-se o art. 226 e o 227. O afeto possui grande relevância para tal ramo, ele é considerado por parte da doutrina como o elemento caracterizador de uma entidade familiar.

Tendo em vista o pluralismo social<sup>21</sup>, infere-se a existência de não apenas três tipos de relações familiares, mas sim inúmeras. Há famílias monoparentais, eudemonistas, anaparentais, informais, paralelas, enfim enquanto houver afeto e o *animus* de conviverem, de dividir experiências haverá novos tipos de famílias sendo formados. Por isso, urge que o nosso ordenamento jurídico adapte-se às transformações sociais e coloque sob sua chancela tais entidades.

Com o escopo de igualar o tratamento dado a todas as relações familiares, de respeitar a dignidade da pessoa humana, de banir o preconceito e o conservadorismo calcado no nosso Direito viemos propor a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da LICC. Com o uso das mutações constitucionais não precisamos alterar o texto da lei para proteger as famílias, através da mudança da interpretação das normas constitucionais podemos obter o

---

<sup>21</sup> Para finalizar, ressalte-se que “os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão. Viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil” (LÔBO, 2002, p. 13).

resultado almejado. Tal modificação interpretativa deve ocorrer em virtude das alterações sociais, históricas e fáticas, para que o texto da lei se adeque ao novo cenário social, e isso só é possível em virtude da linguagem aberta de que é dotada a Constituição Federal. Já o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil propõe ao jurista interpretar utilizando-se das exigências do bem comum.

Com o escopo de concluir, asseveramos que se faz mister que o Direito, adeque-se à nova ordem social, adapte-se aos anseios sociais, afaste-se de todo preconceito, para que assim possa exalar igualdade e justiça para todas as entidades familiares.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **RERE** (Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado), Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 34, set. 1935, p. 31-38.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 9 jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. Naturalidade do fenômeno jurídico. In: \_\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. I, p. 75-100.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, H. Sobral. A missão da Justiça. **Revista Jurídica Virtual**, v. 4, n. 47, abr. 2003, [Panteão dos Clássicos]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_47/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_47/panteao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2010.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva: o afeto como formador de família.** Site IBDFAM, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

## **BETWEEN LEGAL AND FACT: PLURAL FAMILIES AND THEIR RECOGNITION BY THE BRAZIL LAW SYSTEM**

### **ABSTRACT**

The right of families suffers with a big influence of conservative ideas. Brazil's law brings up only three of the many types of family entities existing nowadays. Besides the difficulties faced by the legislative power to innovate and to conform the Constitution to the social reality, there is also the inertia and the setback of most of the Judiciary. In order to change the interpretation given to the Article 226 of the Main Chart, the present study proposes the use of the constitutional mutation and compliance with the Article 5 of the Introductory Law of the Civil Code.

**Keywords:** Right of families, Pluralism family, Constitutional mutation.



## A PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Jair Soares de Oliveira Segundo\*

### RESUMO

*Elabora-se um estudo do princípio da imparcialidade do juiz na sociedade contemporânea. Afirma-se a imparcialidade como regra normativa que propicia legitimação às decisões judiciais quanto aos aspectos subjetivo (juiz imparcial) e objetivo (processo imparcial). No entanto, identifica-se que a imparcialidade global objetiva num provimento jurisdicional demanda, por vezes, a parcialidade tópica subjetiva do juiz, uma vez que estando ao alcance a essência do justo provimento, irracional seria contentar-se o juiz com a mera aparência. Diante disto, no exercício da jurisdição, é permitido ao juiz relativizar a regra clássica da imparcialidade quando esta 'quebra' se estabelece em benefício do justo processual.*

**Palavras-Chave:** *Decisão judicial. Imparcialidade. Parcialidade. Juiz.*

### 1 INTRODUÇÃO

Há no Nordeste brasileiro um cesto de cipó chamado balaio. Dada a sua função de acondicionar mercadorias em desordem, sem arrumação, surgiu a expressão popular *um balaio de gatos*, que significa *uma confusão*.

Neste passo, espelhando o exemplo do balaio cuja utilidade é acondicionar objetos mesmo em desordem e, ainda assim, constata-se sua serventia, temos como perceptível que a palavra *imparcialidade* condiciona numa desordenada harmonia as mais variadas nuances que se lhe atribui. Neutralidade, isenção e independência são algumas dessas ideias que permeiam e preenchem o balaio da imparcialidade.

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Projeto Cine Legis da UFRN. Membro de Grupo de Pesquisa sobre o STF da UFRN. Editor da Revista FIDES.

Diante disto, e levando em consideração que o princípio da imparcialidade apresenta ainda aspectos subjetivos – juiz imparcial – e objetivos – processo imparcial –, trataremos de estudar, ao início, os contornos da imparcialidade tendo por base tais aspectos e, bem assim, as várias acepções a que se lhe atribui (neutralidade, isenção e independência são algumas).

A partir daí, coloca-se para análise a seguinte questão: se a imparcialidade global objetiva num provimento jurisdicional pode demandar, por vezes, a parcialidade tópica subjetiva do juiz, uma vez que estando ao alcance a essência do justo provimento, irracional seria contentar-se o juiz com a mera aparência. Esse agir, essa tomada de posição diante de um caso concreto com vista à uma imparcialidade real (concreta; substantiva), é o que se vai denominar de parcialidade positiva.

Em breves palavras, tentaremos direcionar um olhar atual para essa ideia de imparcialidade considerada princípio do Direito e reitora da correta atuação do Estado-Juiz no deslinde de suas decisões, uma vez que o alheamento à demanda nem sempre é o adequado a garantir o núcleo axiológico do princípio da imparcialidade.

## 2 DELIMITAÇÕES NO CONCEITO DE IMPARCIALIDADE

Um conceito simples de imparcialidade advém da especificação ou delimitação do que seja seu contrário, a parcialidade. Será imparcial aquele ou aquilo que não seja parcial.

De um lado, parcial é *aquela que atua como se fosse parte de disputa ou conflito*, o que constitui caráter pessoal, subjetivo; de outro lado, é parcial *aquilo que é parte (parcela) de um todo*, e isto aponta para um caráter instrumental, objetivo.

Portanto, e inicialmente, a imparcialidade do magistrado pode ser conceituada como característica de alheamento subjetivo em relação às partes e a terceiros, e objetivo em relação ao processo. Não se pode afirmar, contudo, que imparcialidade implica ausência de parcialidade. Isto se deve, por exemplo, a situações onde, tamanha a disparidade de armas entre as partes num conflito, um tratamento imparcial poderia por à evidencia, à contrário senso, uma flagrante parcialidade. Todavia, eventual tratamento parcial somente é admitido em relação a aspectos objetivos (parcialidade objetiva), vez que o que se busca, em si, não é privilegiar uma parte em detrimento de outra (parcialidade subjetiva), e sim garantir critérios

de direito previamente estabelecidos em lei ou resultantes da análise circunstanciada do caso concreto sob exame<sup>1</sup>.

## 2.1 Imparcialidades subjetiva e objetiva

O *subjetivismo do juiz* é objeto de estudo da *imparcialidade subjetiva*. Nesta imparcialidade, tem-se em conta o alheamento do juiz em relação aos sujeitos, quer sejam eles as partes em litígio, quer seja o próprio Judiciário com seus valores ou, ainda, a sociedade que não raro tenta influir na atividade judicial, tudo isto na ideia de manter o juiz equidistante para não colimar a igualdade. Dessa forma, a imparcialidade subjetiva está intimamente ligada a uma percepção centrada no magistrado.

De outro lado, o *objetivismo do processo* está ligado à ideia de *imparcialidade objetiva*<sup>2</sup>, que é a espécie de imparcialidade que se constitui em percepção instrumental direcionada ao processo. Nesse passo, imprescindível se faz a noção de devido processo legal, pois é este princípio que, em verdade, garante tal imparcialidade.

Em síntese, a *imparcialidade subjetiva* busca identificar o nível de alheamento do juiz no *processamento do resultado*, ou seja, o nível de compatibilidade de sua ação em relação ao princípio da igualdade. Já o intuito da *imparcialidade objetiva* é o de identificar o nível de interesse impessoal da sociedade no *resultado do processamento*, ou seja, o nível de compatibilidade ou conformação do processo em relação ao princípio do devido processo legal. Temos de ter sempre em mente sua diferença essencial: na objetiva, perquire-se pela relação entre juiz e processo; na subjetiva, entre juiz e as pessoas processuais ou extra-processuais (partes, sociedade e Judiciário<sup>3</sup>).

Interessante notar que, num e noutro, em subjetivismo e objetivismo, podem ser destacadas nuances que assemelham à disposição dos princípios da Administração Pública

---

<sup>1</sup> Exemplo disso está na aplicação do princípio da boa-fé onde, por vezes, uma parte é impedida de retroceder contra seus próprios passos (*venire contra factum proprium*) em prejuízo da outra parte (SCHREIBER, 2007, p. 95-96). Aqui, em que pese o fato de a cognição do juízo levar em conta aspectos subjetivos das partes (intenção, confiança e outros), a decisão judicial consubstancia um interesse do Direito, não propriamente das partes.

<sup>2</sup> Nas palavras de Artur César de Souza (2008, p. 36), Giuseppe Chiovenda já alertava para que a imparcialidade objetiva resulta da relação do juiz com o objeto do processo, e não com as pessoas que nele atuam, o que já restou infirmado na Sentença 32/94 do Tribunal Constitucional espanhol.

<sup>3</sup> A relação de alheamento entre o Judiciário e os demais Poderes também é foco da imparcialidade subjetiva, notadamente no que diz respeito à nuance da neutralidade (ou independência). Cf.: subseção 2.1.3.

previstos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988<sup>4</sup>. Para o presente trabalho, o foco está na imparcialidade subjetiva.

Vejamos então, *en passant*, uma a uma, as cinco<sup>5</sup> nuanças. Antes, no entanto, registramos a advertência de que boa parte da elaboração teórica a seguir integra, essencialmente (e com abreviado suporte externo), formulações do próprio autor deste estudo.

### 2.1.1 Nuança da Objetividade

A primeira das cinco nuanças guarda relação com o princípio da legalidade.

Ora, se todos são iguais perante a lei, sem distinções de quaisquer natureza, conforme o *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, nada mais evidente que a imparcialidade seja garantida através do tratamento em igualdade diante da lei.

E tenha-se em conta que “tanto é parte da lei o que nela está explícito quanto o que nela está implícito” (BLACK citado por MELLO, 2009, p. 45). Se a essência da lei impõe a observância à imparcialidade, deve isto ser obedecido sob pena de se burlar a própria lei. É o que se abstrai do ensinamento de Seabra Fagundes:

A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal. (FAGUNDES, 1979, p. 71-73)

Na imparcialidade subjetiva, essa nuança da objetividade representa o modo como o juiz se posiciona em relação à juridicidade formal – legalidade em sentido estrito<sup>6</sup>. Para observar tal característica, o exercício da jurisdição deverá permanecer estritamente na linha do direito positivado, devendo a racionalidade da decisão estar adstrita à racionalidade da lei. Na imparcialidade objetiva, a nuança objetividade implica na maneira como o juiz observa a

<sup>4</sup> Isto decorre da classificação a ser proposta no presente estudo, conforme se vê nas cinco subseções seguintes. Tal constatação leva em conta aspectos quantitativos e qualitativos, ou seja, a cada uma das cinco nuanças corresponderá um princípio que lhe serve de base de orientação, indicando sua forma de atuar.

<sup>5</sup> Para nossa classificação, tomamos por base a apresentada por Artur César de Souza (2008, p. 30-34), onde estabelece corolários da imparcialidade no sentido subjetivista as noções de imparcialidade como objetividade, isenção, neutralidade e transparência.

<sup>6</sup> Para Artur César de Souza, em sua tese “A imparcialidade positiva do juiz” a objetividade deve ser entendida como juridicidade, e que, tanto no curso como na conclusão do processo, “o Estado-Juiz deve atuar com objetividade (no sentido de ser objetivo), segundo critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos” (SOUZA, 2008, p. 30). Para ele, seria o critério jurídico, mas não especifica se tal juridicidade seria ampla ou estrita.

juridicidade material (legalidade em sentido lato). De tal forma, uma aparente quebra da imparcialidade só é admitida quanto a aspectos objetivos, ou seja, a parcialidade objetiva – e nunca a subjetiva – poderia estar amparada no princípio da imparcialidade (Cf. seção 3).

### 2.1.2 Nuança da Isenção

A isenção corresponde ao princípio da impessoalidade.

Analisa-se, para a imparcialidade subjetiva, se há ou não alheamento do juiz quanto aos interesses envolvidos. Ou seja: há interesse do próprio magistrado que faça pender a imparcialidade? Nesta acepção de imparcialidade, o juiz deve evitar intervir quando for de seu conhecimento de que seus interesses – direitos ou indiretos – estão em jogo. Será considerado do interesse do magistrado, por exemplo, o interesse de seus familiares e amigos mais próximos.

De acordo com Artur César de Souza (2008, p. 31) a *isenção* refere-se à abstenção de atuar caso esteja envolvida alguma “inclinação pessoal negativa no resultado da decisão”. Aqui, o sentido da palavra ‘negativa’ é o de ‘não desejável’, de ‘prejudicial’.

Em relação à imparcialidade objetiva, a isenção implica na verificação de alheamento do processo também em relação aos interesses em jogo. Nessa medida, o processo deve ser instrumento orientado ao Direito, e não à vontade das partes.

### 2.1.3 Nuança da Neutralidade (ou independência)

A neutralidade é a nuança que corresponde ao princípio da moralidade.

Sob o aspecto da imparcialidade subjetiva, o foco está na independência do juiz relativamente às partes, à sociedade e ao Poder Judiciário, e na independência do Poder Judiciário frente aos demais Poderes<sup>7</sup>. De tal forma, por exemplo, será neutro o juiz que atuar com independência político-ideológica, eximindo-se de se submeter às imposições ideológicas que se possam apresentar. E, no entanto, em nada prejudica que o juiz possa ter suas próprias convicções, mas é vedado que tais convicções se revertam em julgamentos apriorísticos (antecipados à prova), dado seu caráter parcial, e considerada a real possibilidade de danos ao processo.

<sup>7</sup> Na elaboração do prof. Artur César de Souza (2008, p. 32), a neutralidade é apresentada nessa dupla perspectiva: uma subjetiva, representada por um *dever funcional* de neutralidade; outra objetiva, indicativa de um *dever institucional* de neutralidade; ambas no sentido de alheamento às convicções político-partidárias no momento de aplicação da lei.

Para a imparcialidade objetiva, de modo análogo, importa verificar se o processo desenvolve-se com independência em relação às partes, à sociedade e ao Poder Judiciário.

Decerto, ainda, que há uma certa similaridade entre *neutralidade* e *isenção*, na medida em que seus objetos coincidem, numa e noutra é a verificação do interesse do magistrado. Todavia, a diferença torna-se bem evidente quando se tem em conta que na neutralidade há um interesse que estimula benefícios, uma vez que quanto mais politicamente neutro for o juiz, maior a sua imparcialidade; e, na isenção, um interesse que desestimula danos, pois quanto menores os interesses pessoais diretos ou indiretos do juiz, maior a sua imparcialidade.

#### 2.1.4 Nuança da Transparência

É bem de se notar que transparência aponta para o princípio da publicidade (SOUZA, 2008, p. 33).

Em tal nuança, para a imparcialidade subjetiva, o que conta é a análise de como o juiz se percebe e é percebido em relação ao seu ofício de julgar. É a percepção interna e externa de seu atuar. Nesse passo, a imparcialidade é concebida enquanto apreensão cognitiva da imparcialidade que emana do juiz. Tanto mais imparcial será o magistrado que melhor conseguir expressar essa imparcialidade de forma a ser percebida quer pelas partes (percepção externa) quer por ele próprio (percepção interna). Deve o juiz ser imparcial e demonstrar que o é. Deve a imparcialidade restar configurada em essência e em aparência.

Importante aqui a transcrição do ensinamento do médico e professor João Lobo Antunes (RANGEL et al., 2008, p. 35):

A atitude defensiva de nos refugiarmos nas trincheiras da nossa suficiência, indiferentes à percepção que os outros têm daquilo que fazemos, acaba por ser fatal, até porque a eficácia do que praticamos depende em grande parte da conjunção harmônica do modo com somos percebidos dentro e fora das nossas profissões. Esta coincidência é um elemento fundamental na “autoritas” indispensável ao exercício da magistratura.

Já para a imparcialidade objetiva, tal nuança sinaliza para o modo como o processo é publicizado, ou seja, tanto maior a transparência do processo, maior a sua imparcialidade. Isso vale, inclusive, para os processos que tramitam em segredo de justiça, haja vista a transparência, neste caso, voltar-se aos que dele participam.

### 2.1.5 Nuança da Abstenção (ou inércia<sup>8</sup>)

A imparcialidade com a nuance da abstenção guarda relação com o princípio da eficiência.

Em se tratando de imparcialidade subjetiva, a abstenção está no sentido de conformação do juiz com a prova produzida nos autos, de aceitação da verdade aparente. Tal noção, como se vê, denota uma *abstenção estática* onde há a aceitação da verdade formal contida nos autos processuais, isto é, é uma abstenção *contínua no tempo*.

Entretanto, é relevante observar que, na sociedade contemporânea, desenvolve-se cada vez mais a ideia de uma *abstenção dinâmica* que constitui uma abstenção *descontínua no tempo*, ou seja, o juiz estaria pelo menos ética ou moralmente obrigado a uma conduta proativa no sentido de sanar eventual grave irregularidade e, com isto, haveria uma quebra pontual da abstenção. Tal abstenção dinâmica representa, em regra, uma tentativa de “desigualação das desigualdades” ocasionadas por fatores sociais, econômicos e culturais. Tal também é classificada como *abstenção* devido à ideia de que o juiz deve se abster de uma postura estática quando verificar que essa postura possa configurar uma conduta parcial, assim entendida por deixar de agir em apoio à parte comprovadamente hipossuficiente que está necessitada.

Na imparcialidade objetiva, a abstenção é uma nuance pautada em saber até que ponto o processo alinha-se à prova produzida, ou noutras palavras, será considerado imparcial o processo que estiver em consonância com o conteúdo probatório levado aos autos.

## 2.2 Nuances positiva e negativa das imparcialidades subjetiva e objetiva

Acrescente-se, ainda, em breves linhas, que tanto na imparcialidade subjetiva quanto na objetiva há nuances *positivas* e *negativas* cujos significados dicotômicos indicam algumas vezes presença ou ausência de imparcialidade; e noutras, o que será mais constante, a adequação ou não do conteúdo da imparcialidade ao que é esperado pelo sentimento social prevalente (que deve estar de acordo com a Constituição).

---

<sup>8</sup> O Dicionário Priberam da Língua Portuguesa define a palavra “Inércia” como sendo a “falta de movimento ou atividade”, e diz significar também a “propriedade dos corpos que não podem, de per si, alterar o seu repouso ou o seu movimento” (Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 2 jul. 2010).

Assim, não há propriamente *imparcialidade positiva* ou *imparcialidade negativa*, e sim efeitos de presença/ausência e adequação/inadequação referentes à imparcialidade subjetiva e objetiva.

### 2.3 Breve aponte sobre nuances da imparcialidade no HC 95.009

No intuito de comparar as mencionadas noções de imparcialidade ao que se vem considerando como conceito de imparcialidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, faremos uma incursão no HC nº 95.009-4/SP<sup>9</sup>, relatado pelo Min. Eros Grau. O objetivo aqui será retratar um pouco do referido *balaio de gatos* da imparcialidade ou, noutras palavras, evidenciar a desordenada harmonia nas formulações conceituais sobre o princípio da imparcialidade, mas que em nada prejudica sua utilidade<sup>10</sup>.

Em parte da ementa do referido *habeas corpus*, há lição expressa sobre os conceitos de neutralidade, independência e imparcialidade:

*A neutralidade* impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. *A independência* é expressão da atitude do juiz em face de influências proveniente do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo -- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. *A imparcialidade* é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de

<sup>9</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 95.009-4/SP**. Pleno. Min. Eros Grau. J. 6/11/2008. DJe nº 241, 19/12/2008.

<sup>10</sup> O estudo da imparcialidade, de suas características, serve ao que vamos chamar de “graus de imparcialidade”. Há graus forte, leve e levíssimo de imparcialidade, e a apreensão disto leva em conta a noção de zonas de certeza e incerteza que tomaremos da lição de Genaro Carrió, onde diz: “Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero em el médio hay una zona mas o menos extendida de dos casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos que hacer” (CARRIÓ citado por MELLO, 2009, p. 27-28). Assim, a imparcialidade em grau forte implica na zona de certeza positiva, onde há certeza da imparcialidade; o grau levíssimo, do contrário, seria a zona de certeza negativa, onde a certeza é pela parcialidade. O grau leve, portanto, é o que remete à zona cinzenta, onde já não há certezas e pairam dúvidas razoáveis quanto a presença ou não da imparcialidade. Tais formulações são úteis, por exemplo, na verificação da imparcialidade do juiz para fins de definição de sua responsabilidade quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Cf., à propósito, CPC, art. 133, inc. I; cf. também CF/88, art. 37, §6º, mas que José Augusto Delgado considera ser de natureza pessoal a responsabilidade do art. 133 e, portanto, não teria vinculação com a responsabilidade do Estado (DELGADO, s.d., p. de internet). Portanto, não é qualquer erro que enseja a responsabilidade, mas tão somente aqueles desejados ou admitidos pelo juiz. Nesse sentido é a lição de Mauro Cappelletti (1989, p. 86) ao dizer: “Pretender que os juizes não cometam ‘erros’ na sua interpretação do direito, e condenar tais ‘erros’ como dano injusto causado à parte, equivaleria a absurdamente querer retornar aos ‘belos tempos’, quando muitos ainda podiam crer, ou pretender crer, no mito da interpretação jurídica como atividade puramente lógica, operação mecânica que não deixaria espaço à discricionariedade do juiz”.

prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da *impessoalidade*, que a impõe.

Nesse *Habeas Corpus*, o Min. Eros Grau considera que a independência e a imparcialidade são desdobramentos da neutralidade. Isto é, neutralidade seria a categoria da qual independência e imparcialidade seriam espécies (cf. HC nº 95.009/SP, na parte do voto de Eros Grau), e ela – a neutralidade – restaria configurada quando o juiz não tiver nenhum interesse no conflito que está decidindo.

Assim, resta clara a divergência conceitual entre a classificação proposta nas subseções anteriores e essa apresentada pelo Ministro. Enquanto temos que *independência* é o meio pelo qual a neutralidade se manifesta, Eros Grau afirma não passar de um desdobramento da *neutralidade*. Bem assim, o que nominamos de nuança da isenção (cf. subseção 2.1.1) Eros Grau entende por apresentar como imparcialidade, mas acaba por considerar o mesmo princípio constitucional – o da *impessoalidade* – como reitor da matéria. Há, ainda, outros pontos dissonantes em relação a esse *Habeas Corpus*, e um exemplo está em que, conforme formulação da subseção 2.1.3, a neutralidade é uma nuança da imparcialidade, e não o inverso como consta do julgado.

Perceba-se, em tudo, que a discussão gira sempre em torno de conceitos postos, mas, ao final, a relevância prática é a mesma seja qual for o nome conferido à esse alheamento do juiz ante às pessoas – intra ou extraprocessuais – e ao processo em si.

Vencida essa parte inicial, essencialmente teórica, passamos à parte de maior interesse que se nos apresenta: a visualização pragmática desses conceitos no âmbito das ideias na contemporaneidade.

### 3 PARCIALIDADE POSITIVA

Exemplo bastante da mencionada “nuança positiva” (cf. subseção 2.2) é o que integra o título do presente estudo. Aqui, no adjetivo que compõe a expressão “parcialidade positiva”, o que se tem é a verificação de adequação/inadequação do conteúdo da *parcialidade*. No caso, adequação.

Uma vez que a parcialidade positiva expressa a necessidade de adequação circunstancial da imparcialidade subjetiva aos ditames jurídicos e axiológicos do ordenamento, percebe-se claramente sua intenção de ajustar-se às demandas do sentimento

social. É o caso, por exemplo, do ativismo judicial que tenha por base a concretização de princípios constitucionais<sup>11</sup>. O sentido disso, em regra, é conferir ao magistrado o poder de amainar graves distorções que, pela natureza e amplitude, evidenciam hipossuficiência de uma das partes. Em havendo essa atuação parcial fundada no processo e no Direito, haverá a parcialidade positiva.

No entanto, é importante destacar que, para atuar conforme a parcialidade positiva, o juiz deverá levar em consideração tão somente aspectos de ordem objetiva cuja racionalidade e juridicidade possam ser validamente justificadas<sup>12</sup>. É dizer, portanto, não estar autorizada a quebra<sup>13</sup> da imparcialidade por razões de ordem subjetiva. Assim, a parcialidade positiva é, por assim dizer, uma parcialidade objetiva, mas não parcialidade subjetiva<sup>14</sup>.

E de onde exsurge essa necessidade de atuação parcial? Em que contexto isso se torna necessário? Uma breve dimensão será disposta nas seções que seguem.

#### **4 IMPARCIALIDADE NA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA**

Muito se tem falado nas características do Estado Democrático de Direito, ou Estado de Direito Democrático, no nível de relacionamento que seus Poderes devem manter entre si, com os cidadãos, com a sociedade. Nesse contexto, insere-se o Poder Judiciário brasileiro como o defensor da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, defensor do ordenamento jurídico em benefício de toda a sociedade.

Na jurisdição democrática, o princípio da imparcialidade deve interagir com os ditames axiológicos do corpo social e, nesse sentido, a virtude norteia e preenche o conteúdo da imparcialidade. De tal forma, será a imparcialidade não meramente um princípio indicativo do alheamento do juiz face ao ambiente exterior, mas sim uma diretiva que propicia, por vezes, a atitude proativa do magistrado com o intuito de solver eventuais graves distorções

<sup>11</sup> É bem de ver, nesse sentido, que o conceito de parcialidade positiva remete ao conceito imparcialidade subjetiva na nuance abstenção dinâmica (cf. subseção 2.1.5).

<sup>12</sup> Os aspectos de ordem objetiva são os que direcionam a análise para os aspectos processuais, jurídicos. Dizem respeito à realização dos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça. Ora, se a noção de imparcialidade caracteriza impessoalidade no tratamento, nada mais lógico que a parcialidade positiva deva ter fundamento no processo e no Direito, até por beneficiar uma das partes. Em suma: é necessária a aferição da juridicidade da atuação do juiz. O mero subjetivismo fere a imparcialidade.

<sup>13</sup> Tratando-se de parcialidade positiva, a quebra da imparcialidade seria apenas aparente, uma vez que a atuação parcial teria por objetivo a imparcialidade efetiva (ou material).

<sup>14</sup> A parcialidade subjetiva não tem por objeto o processo regular nem se submete à juridicidade, tendo em vista levar em consideração apenas razões de ordem subjetiva, pessoal.

advindas, em regra, de fatores socioeconômicos e culturais. Essa é a base de aplicação para a teoria da parcialidade positiva do juiz<sup>15</sup>.

Sabe-se que os juízes são o espelho e a virtude de sua Instituição, e que devem estar abertos à mudança e renovação exigidos pela sociedade (RANGEL et al., 2008, p. 11). Nessa quadra, “na verdade, nunca foi tão complexo, tão angustiante e tão arriscado ser Juiz Hoje. Mas também nunca foi tão desafiante e estimulante” (RANGEL et al., 2008, p. 10).

Conforme nos fala José Eduardo Sapateiro, há três características pessoais e profissionais do magistrado:

**honestidade, humildade e humanidade**, ou seja, uma vida honrada e séria, em que a palavra, como a cara, é só uma. Muita capacidade de encaixe à razão contrária e um cavado sentido de auto-crítica. Para reconhecer os seus erros e deficiências. Bem como para entender os dos outros. Estando sempre disposto a aprender e a mudar. Finalmente, uma entranhada sensibilidade pessoal e social relativamente a cada uma das situações que é chamado a decidir. Porque muitos dos casos judiciais são, também e acima de tudo, casos humanos. (RANGEL et al., 2008, p. 25, grifos do autor)

Até porque “nenhum Juiz é uma ilha. Cercada de cidadãos. Ou sequer um Robinson Crusoe. Civilizando Sextas-Feiras. Partilha antes, ombro a ombro com a comunidade onde se encontra inserido, o sentir e devir coletivos” (RANGEL et al., 2008, p. 28).

Atentos a essas premissas, os juízes podem ser considerados responsáveis pela vivacidade da função jurisdicional, sendo considerados *señores del derecho* (ZAGREBELSKY, 2008a, p. 150), uma vez que por eles transitam todas as dimensões do direito: lei, direitos, justiça. Daí o arremate de Gustavo Zagrebelsky (2008a, p. 153):

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.

À vista disso é que, na sociedade contemporânea, ao judiciário não cabe a desconsideração apriorística do direito legislado, relegando a contribuição do Legislativo ao

<sup>15</sup> Cf. à propósito, a obra “A parcialidade positiva do juiz”, de Artur César de Souza, pela Revista dos Tribunais.

ordenamento jurídico, pois, nesse cenário, teríamos um Estado até mais constitucional, porém não democrático (ZAGREBELSKY, 2008a, p. 153).

A ressalva ao contributo do legislador é feita tão somente quando este se aparta da Constituição, sem que reste nem a alternativa da interpretação conforme. Assim, temos que “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 480).

Mas é preciso resguardar os membros do Judiciário das influências externas. Para tanto é que as modernas Constituições estabelecem garantias a estes servidores especiais.

Conforme Alexander Hamilton (2009, p. 478), na obra *O Federalista*, a liberdade geral do povo está condicionada ao grau de independência do Poder Judiciário relativamente aos Poderes Executivo e Legislativo, dado que é temeroso estabelecer uma união do Judiciário com os demais sob pena daquele ser dominado, intimidado ou influenciado e, por isto, a estabilidade nos cargos no Judiciário ser imprescindível à sua constituição, à justiça e segurança pública. Outro ponto merecedor de atenção – além da estabilidade do cargo – é o dos vencimentos do juiz, pois “de acordo com o procedimento geral da natureza humana, ‘o controle sobre os meios de subsistência de um homem equivale a um controle sobre sua vontade’” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 485).

Tudo isto é necessário para garantir ao juiz os meios necessários a que exerça devidamente suas funções, e para que o Judiciário cumpra com sua missão Estatal de garantir a vida e o desenvolvimento do Direito e da jurisdição. No mesmo sentido, e já revelando o poder/dever do juiz de alheamento às pressões externas, tem-se que:

Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que, embora esta rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor, tendem, entretantes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. [...] Entretanto, é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão, por parte dos juízes, para cumprirem seus deveres como fiéis guardiães da Constituição, se as invasões do Legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 481).

Ou ainda, nas palavras da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em seu voto na ADI 3.510-O/DF<sup>16</sup>, “emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica”.

Mas, se de um lado a emoção não faz direito; de outro, a percepção da realidade envolvente é essencial à conformação do Direito ao ambiente social. Em atenção a isto, e no mesmo sentido, transcreve-se do voto do Min. Eros Grau na ADI nº 3.510-0/DF<sup>17</sup>:

Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser, há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa.

Ainda o voto do Min. Eros Grau, ao esclarecer que a Corte não se subjeta à comodidade dos interessados, nos diz que “o tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados”.

E onde se encontra positivado tal princípio da imparcialidade<sup>18</sup>? No ordenamento jurídico brasileiro, o *locus* desse princípio, embora de maneira implícita, está na Constituição Federal de 1988<sup>19</sup> e, bem como, na legislação ordinária, com especial destaque para os códigos de processo civil<sup>20</sup> e penal<sup>21</sup>. Para Artur César de Souza (2008, p. 55-56), esse princípio entra no ordenamento jurídico brasileiro através da integração propiciada pelo art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, que fala da incorporação dos princípios decorrentes de Tratados e Acordos Internacionais. E cita alguns dos quais: o art. 10 da Declaração Universal

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF**. Pleno. Min. Carlos Brito. J. 29/05/2008. DJe. nº 101, 05/06/2008

<sup>17</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF**. Pleno. Min. Carlos Brito. J. 29/05/2008. DJe. nº 101, 05/06/2008

<sup>18</sup> No direito constitucional comparado, do que optamos por citar a Constituição portuguesa de 1976, temos a previsão expressa do princípio da imparcialidade em seu art. 222º.5, vejamos: “Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais”. E também há menção no ar. 266º.2: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (PORTUGAL. Constituição Portuguesa de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 30 out. 2009).

<sup>19</sup> A imparcialidade pode ser abstraída dos princípios que constam no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (Cf. subseção 2.1). Outros dispositivos da Constituição também apontam para a existência da imparcialidade, como é o caso do princípio da separação de poderes cuja atuação no resguardo à independência do Judiciário face aos demais Poderes é evidente.

<sup>20</sup> Cf. arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. Cf. também: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na Exceção De Suspeição nº 19/PR**. S1. Min. Ministro Teori Albino Zavascki. J. 09/06/2004. DJ. 28/06/2004, p. 176.

<sup>21</sup> Cf. arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal.

dos Direitos Humanos<sup>22</sup>, de 10/12/1948; o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>23</sup>, de 12/12/1966, dentre outros<sup>24</sup>.

Nesse contexto, o princípio da imparcialidade – como espelho de um Judiciário em sintonia com as expectativas da sociedade – apresenta-se como das mais transparentes qualidades de quem, por ofício, tem o poder/dever de dirimir conflitos e promover a paz e harmonia no seio social.

#### **4 COMPROMISSO SOCIAL DO JUIZ E A PARCIALIDADE POSITIVA**

Ao tratar do compromisso do profissional para com a sociedade, Paulo Freire (2006, p. 19) diz que este tem de estar engajado com a realidade envolvente, ser necessariamente solidário, verdadeiramente generoso e multilateral (no sentido de solidariedade mútua entre os que se comprometem<sup>25</sup>).

À medida que aumentamos nossa capacitação como profissionais, e mais nos utilizamos do patrimônio cultural que é de todos, mais aumenta nossa responsabilidade com os homens (FREIRE, 2006, p. 20). E o professor esclarece:

Se o compromisso só é válido quando está carregado de humanismo, este, por sua vez, só é conseqüente quando está fundado cientificamente. Envolve, portanto, no compromisso do profissional, seja ele quem for, está a exigência de seu constante aperfeiçoamento, de superação do especialismo, que não é o mesmo que especialidade. O profissional deve ir ampliando seus conhecimentos em torno do homem, de sua forma de estar sendo no mundo, substituindo por uma visão crítica a visão ingênua da realidade, deformada pelos especialismos estreitos. (FREIRE, 2006, p. 21)

<sup>22</sup> Diz o art. 10: “Toda pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial [...]”.

<sup>23</sup> Conforme o art. 14: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

<sup>24</sup> Cf. também: art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 26.2 da Declaração Americana dos Direitos do Homem.

<sup>25</sup> Nesse sentido é que Paulo Freire (2006, p. 21) afirma: “Não devo julgar-me, como profissional, ‘habitante’ de um mundo estranho; mundo de técnicos e especialistas salvadores dos demais, donos da verdade, proprietários do saber, que devem ser doados aos ‘ignorantes e incapazes’. Habitantes de um gueto, de onde saio messianicamente para salvar os ‘perdidos’, que estão fora. Se procedo assim, não me comprometo verdadeiramente como profissional nem como homem. Simplesmente me alieno”.

A neutralidade do profissional frente ao mundo refletiria um medo de atuar, ou uma atuação comprometida egoisticamente com a desumanização do homem e, reflexamente, desumaniza-se também a si mesmo (FREIRE, 2006, 19).

A imparcialidade do juiz de que tratamos não é o mero alheamento ante a realidade concreta (técnica pela técnica, que alimenta o processo de alienação), e sim uma conduta ativa de compromisso do homem concreto que deve ser o juiz, onde a imparcialidade subjetiva ou objetiva deve estar a serviço de uma ética da humanização, de um reconhecimento das situações imanentes à natureza humana. Nesse sentido, diante de uma visível desigualdade material, que comprometa o acesso à justiça, a perspectiva de imparcialidade deve guardar consonância com as diferenças sociais, econômicas e culturais (SOUZA, 2008, p. 62-64).

Nesse sentido, para Artur César de Souza (2008, p. 59, 64 e 65), a parcialidade positiva decorre tanto mais de uma dupla vertente, que exige um julgador sem inclinações pessoais em favor de uma das partes e, também, que leve em consideração as desigualdades sociais, culturais e econômicas das partes; que de uma mera colisão entre princípios da imparcialidade e igualdade. Na prática dos tribunais,

A função jurídica de interpretação da imparcialidade cabe apenas ao Judiciário, uma vez que o Legislativo ou Executivo interpretam a Constituição simplesmente como meio de subsidiar o exercício de suas funções de Estado (MELLO, 2009, p. 52). E uma tal interpretação “Solo en una mínima parte depende de reglas escritas. Éstas, como mucho, sirven de marco. Lo que cuenta es la institución y la percepción que de ella tienen los jueces” (ZAGREBELSKY, 2008b, p. 21).

E, ao arremate dessas reflexões sobre o compromisso do juiz, vale registrar a lição de Gustavo Zagrebelsky (2008b, p. 98) onde afirma que “La razón de ser del juez es el derecho, es decir, algo separado de la crudeza de la vida y de la inmediatez de los hechos, y de lo que ellos llevan en si de tosco, ocasional, arbitrário y prepotente”.

Face a esse compromisso, falar em parcialidade positiva do juiz, portanto, nada mais é que falar na imparcialidade mesma.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, podemos perceber que, embora haja certa confusão doutrinária e jurisprudencial quando o assunto é delimitar o conteúdo jurídico da imparcialidade do juiz – o que sinaliza para um verdadeiro *balaio de gatos* – não há maiores

complicadores quando da implementação prática do princípio. No entanto, a jurisprudência necessita de atualização no sentido de privilegiar o princípio da imparcialidade para além dos estreitos espaços dos comandos legais, uma vez que, como se pode presumir, seria impossível catalogar numa lei todas as situações que possam ensejar mácula à imparcialidade.

Bem assim, tem-se que o juiz deve respirar o ar da contemporaneidade e viver intensamente a sociedade e seu cotidiano, devendo ficar sempre atento para as desigualdades sociais, econômicas e culturais que possam vir a comprometer o acesso à justiça para as pessoas hipossuficientes. Caso venha a perceber tal acontecimento, deverá ser pontualmente parcial para que consiga, em verdade, a imparcialidade global, em privilégio das nuances objetividade, isenção, neutralidade, transparência e abstenção. A isto nomina-se parcialidade positiva do juiz.

Por fim, ao respeitar o princípio da imparcialidade, estará o magistrado cumprindo corretamente com seu dever, seu compromisso social, em observância do sentimento de nossa Constituição e, ainda mais, em destacado respeito aos anseios dos cidadãos que querem e merecem um Poder Judiciário mais justo e zeloso com suas atribuições, e mais alinhado à esta sociedade brasileira que tanto o admira e respeita.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. **BDJur**, Brasília, s.d.. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/9390>>. Acesso em: 30 out. 2009.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 29. ed. São Paulo: Paz e terra, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

RANGEL, Rui (Coord.) et al. **Ser juiz hoje**. Coimbra: Almedina, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madri: Trotta, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2008b.

## **THE POSITIVE PARTIALITY OF THE JUDGE IN CURRENT SOCIETY**

### **ABSTRACT**

It elaborates a study about the principle of impartiality of the judge in our current society. Also, defends the impartiality as the rule that gives legitimacy to the judgments concerning the subjective aspects (impartial judge) and objective (impartial process). However, it identifies that general impartiality demands, sometimes, topical subjective bias of the judge ‘cause, being possible to reach the essence of the just provement, it would be irrational that the judge get satisfied with mere formality. Faced this situation, in the exercise of jurisdiction, the judge is allowed to relativize the traditional rule of impartiality when this “rupture” is established aiming the benefit of fair procedural.

**Keywords:** Judicial decision, Impartiality, Partiality, Judge.



## DEVERES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

**Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira\***

### **RESUMO**

*A temática dos deveres fundamentais tem sido objeto de poucos estudos, sendo relegada, quando muito, a um papel de pouca expressão no constitucionalismo contemporâneo. O presente ensaio delinea três aspectos fundamentais para uma teoria geral dos deveres fundamentais: sua tipologia (ou classificação), seu regime jurídico-constitucional e seu conceito.*

**Palavras-chave:** *Direito constitucional. Deveres fundamentais. Tipologia. Regime jurídico. Conceito.*

### **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988 (doravante CF) prevê expressamente a existência de deveres fundamentais em seu Capítulo I do Título II. Noutras passagens do próprio texto constitucional é possível encontrar referências diretas a deveres fundamentais, e, ainda, é possível extrair, porque implícitos, alguns deveres do texto constitucional. Todavia, doutrina e jurisprudência preferiram, durante muito tempo, ocupar-se dos direitos fundamentais, de maneira que a preocupação em entender e resolver os vários problemas suscitados pela temática dos direitos fundamentais proporcionou sua excessiva ênfase e deixou as questões levantadas pelos deveres fundamentais na sombra (CANOTILHO, 2005, p. 80). O que permitiu, então, que José Casalta Nabais oportunamente se referisse a este tema como um daqueles que a doutrina constitucional contemporânea mais se esqueceu de tratar (NABAIS,

---

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Vitória (FDV). Colaborador Externo do Mestrado em Direito da pela Faculdade de Vitória (FDV). Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos. Advogado.

2004, p. 15). Assim, a presente contribuição ao problema dos deveres pode ser justificada, senão pela verificação de que os juristas em todo o mundo têm se ocupado muito pouco de desenvolver, pelo menos pelo quase inexistente desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário do tema no constitucionalismo brasileiro (SARLET, 2009, p. 226).

Os deveres fundamentais – embora a doutrina em seu encaixe seja ainda relativamente pouca – não podem ser concebidos noutra lugar que não ao lado dos direitos fundamentais (NABAIS, 2004, p. 64; PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 330), até porque não se pode, atualmente, conceber o indivíduo como portador apenas de direitos, devendo-se observá-lo também como sujeito de deveres – em relação a si próprio, à sociedade e às gerações futuras.

A ideia de os seres humanos serem ao mesmo tempo sujeitos de direitos e de deveres era muito comum no mundo antigo, mas que se perdeu com o passar dos anos na história da sociedade ocidental, de maneira que a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade ou sociedade foi perdendo valor, sobretudo a partir da necessidade de se proteger a pessoa das ingerências estatais. Diante desse quadro, falar-se de direitos tão-só individuais foi muito comum especialmente a partir do constitucionalismo da era das revoluções (século XVIII). Entretanto, esse modelo já vetusto precisa ser substituído, porque as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, implicando a existência daqueles na existência destes (LOPES, 2006, P. 84-87).

Como apontam Gregorio Peces-Barba (1987, p. 329) e Gianluigi Palombella (2007, pp. 117-118), o conceito de dever tem, historicamente, influência da moral, de modo a se dizer, inclusive, que não há direitos morais, e sim deveres (LAWS, 2003, p. 267). A influência da moral religiosa, notadamente a cristã, sobre o conceito atualmente adotado de deveres é bastante clara. Para se ter uma breve ideia disso, deveres muito comuns na Antiguidade Greco-Romana eram os de culto aos mortos e de manter aceso o fogo sagrado da família, além disso, na tradição cristã encontram-se deveres insertos nos mandamentos do Antigo Testamento (ALCÂNTARA, 2006, p. 3). Há, também, influência da ética sobre o conceito de deveres, do que se pode citar a obra de Marco Túlio Cícero, *De officiis*, que trata sobre os deveres, e que se constitui como uma das influências mais nítidas para a recepção jurídica moderna do conceito de dever (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 329). Ainda no campo ético-moral é possível referir ao bastante citado dever de não fazer a outrem o que não se quer que faça a si próprio, visto pelos contratualistas clássicos como uma lei natural e por Immanuel Kant como imperativo categórico.

Mas estes são apenas alguns dos exemplos em que se pode buscar o tema dos deveres fundamentais. Deveres como respeitar ao próximo, não prejudicar os outros, reparar os danos causados, não matar, manter a palavra empenhada, não cobiçar, cumprir com os compromissos, não furtar, respeitar a propriedade, obedecer ao direito positivo, cumprir as decisões, dentre diversos outros podem ser encontrados nos mais vários documentos, jurídicos ou não.

No âmbito jurídico, assim como no moral, aos deveres se contrapuseram sanções. Ou seja, a previsão jurídica de um dever e o seu descumprimento pelas pessoas poderia ensejar algum tipo de castigo (sanção). Tem-se, então, em certo momento histórico, uma proximidade muito grande entre o antijurídico e o pecado, ligação esta que, com o passar dos anos, em muitas sociedades, foi se tornando mais frágil até que foi desfeita, com o a separação entre Estado e religião, e entre direito e moral. É assaz interessante observar que muitos dos deveres que se encontram nas ordens constitucionais, especialmente na brasileira, têm a ver, ainda, com os pecados, por exemplo, furtar é um pecado que se constitui como a não observância de um dos dez mandamentos ensejando, então, uma penitência a ser paga pelo sujeito, e é também um crime que pode ser punido com uma sanção privativa da liberdade ou restritiva de direitos ou mesmo pecuniária.

A positivação, contudo, desse tipo condutas, ou de não-condutas, propriamente não se refere a deveres fundamentais. A norma penal que prevê a aplicação de uma determinada sanção ao cometimento do crime de furto, não estabelece o dever de não furtar, e sim, por uma leitura constitucional e juridicamente adequada, o dever de respeitar o ordenamento jurídico, não prejudicando, assim, a situação jurídica de outrem. Assim, também, não furtar é um mandamento, uma norma religiosa, que se descumprida pode ensejar sanção moral, de maneira que o dever contido neste comando é o de respeitar aos mandamentos religiosos e, ainda, o de não fazer a outrem aquilo que não se quer para si próprio. Bem como o chamado dever de culto e alimento os mortos e o de manter aceso o fogo sagrado não são senão mandamentos cujo descumprimento enseja uma pena moral, sendo, propriamente, dever aquele de respeitar os costumes sociais.

Portanto, fica claro que, mesmo no campo do direito constitucional não se prescinde de uma busca no campo da moral, especialmente da moral cristã, em se tratando da cultura ocidental, tanto do conceito quanto da tipologia dos deveres fundamentais. Isso, de um ponto de vista jurídico excessivamente puro provoca a sensação de que os deveres não são uma categoria jurídica. Fosse assim, não haveria institutos jurídicos, já que todos eles, salvo raríssimas exceções, derivam de uma situação social ou de um costume que lhes são pré-

existentes. Assim, a relação entre direito e moral, no campo dos deveres fundamentais, não é senão bastante forte.

## **2 TIPOLOGIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS**

A partir dessas notas introdutórias, verifica-se que da relação entre direito e moral se encontram, a princípio, dois deveres fundamentais – respeitar o ordenamento jurídico constitucional e respeitar a situação jurídica de outrem –, que, na realidade, podem ser reduzidos a um só, já que o respeito à ordem jurídica pressupõe o respeito aos demais indivíduos. Assim, tem-se um dever universal e quiçá natural das pessoas que é o respeito à ordem jurídica legitimamente estabelecida. Diante disso, há que destacar que os deveres podem assumir um sentido amplo ou estrito. Deveres em sentido amplo englobam os deveres de prestação do Estado (serviços e políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais) e os deveres fundamentais dos cidadãos (deveres em sentido estrito). O foco neste trabalho recai sobre os últimos. Há, também, que se esclarecer que os deveres não se contrapõem nem servem para restringir ou limitar o alcance dos direitos fundamentais, já que são os próprios direitos, ou melhor, as próprias normas que estabelecem direitos que contêm cláusulas limitadoras em sua estrutura. Por exemplo: a norma que diz ser assegurada liberdade de expressão, e vedado o anonimato, não contém um direito e um dever, e sim uma limitação inerente ao direito garantido, ou seja, tem-se assegurado a liberdade de expressão, mas o seu exercício é limitado pela necessidade de identificação de seu exercente.

Pois bem, uma primeira classificação de deveres fundamentais diz respeito ao fato de que à existência de um direito nem sempre corresponde a existência de um dever, salvo se a intenção for dizer que ao direito de um implica o dever de reconhecimento e respeito de outrem. Contudo, essa pretensa exceção não permite que se fale em dever, e sim num direito de ter reconhecido e respeitado um direito próprio. Haveria, então, um falso dever. Isso porque, na verdade, a correlação entre direito e dever não é de reciprocidade, ou seja, a um direito de alguém não é necessariamente correspondente um dever de outrem. O que se pode verificar é que tanto o direito quanto o dever pertencem à mesma pessoa, são detidos pelo mesmo indivíduo. Neste passo, é interessante notar, como faz José Casalta Nabais (2004, p. 65), que, enquanto os direitos fundamentais exprimem o aspecto ativo dos indivíduos perante Estado e a sociedade, os deveres expressam o aspecto passivo da mesma relação, daí a coexistência entre direitos e deveres. Isto é, considerando-se a mesma relação jurídica, os

direitos representam o que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, e os deveres, o que os indivíduos devem proporcionar ao Estado. Trata-se de um ciclo, onde algumas das prestações estatais dependem, ao menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, ou seja, há direitos que dependem da realização correta e efetiva de deveres. A primeira classificação, portanto, divide os deveres fundamentais em dois tipos: *deveres autônomos* (ou *genéricos*) e *deveres correlatos* (ou *conexos*) aos direitos (ou, ainda, *deveres específicos*), diferenciando-se pelo fato de que uns não estão embora outros estejam relacionados material e diretamente à concretização dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 228). Dever correlato é, por exemplo, o dever de solidariedade, que tem grande relação com o dever de pagar tributos na concretização de vários direitos, como é o caso dos direitos sociais, como a saúde e a educação. O dever de preservação do meio ambiente também é um exemplo de dever correlato, e, no seu caso, ao direito ao ambiente saudável e democrático. Como deveres autônomos podem ser listados, dentre outros, o de alistamento eleitoral e militar e de voto. É, ainda, necessário, referir àqueles deveres que propiciam uma divergência quanto à sua classificação, é o caso do dever de pagar tributos, que é híbrido, já que serve tanto à concretização de direitos, pois é nítido o caráter de financiamento das exações, quanto à manutenção do maquinário estatal, caso em que é clara sua função remuneradora. É, também, o caso do dever de atender à função social da propriedade, que para alguns juristas não se constitui como um dever, e sim um limite inerente ao próprio direito de propriedade (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 78), o que, no entanto, não se adota aqui, por se entender que é dever do proprietário cumprir a função social de sua propriedade para poder fruir do direito que lhe é correlato.

Outra tipologia é aquela que divide os deveres conforme os seus direitos correlatos, em três espécies: *deveres em relação à liberdade*, *deveres em relação à igualdade* e *deveres em relação à fraternidade*. Os deveres em relação à liberdade são aqueles que têm a ver com o respeito aos direitos à liberdade dos indivíduos, tratando-se, pois, do dever de não-uso de direito com finalidade de prejudicar (ou, de outro modo, do dever de não-abuso de direito) a situação jurídica de outrem. Em suma, é um dever individual dirigido a outro indivíduo. Os deveres em relação à igualdade são os que têm a ver com o respeito aos direitos à igualdade dos indivíduos, consistindo, assim, em deveres de promoção de situações que facilitem ou que proporcionem situação de igualdade entre os indivíduos; de tal forma, são deveres individuais voltados à sociedade. Os deveres em relação à fraternidade, por fim, são aqueles que têm a ver com o compromisso de manutenção de um ambiente equilibrado e saudável para o desenvolvimento dos direitos. Como se pode vislumbrar, tal classificação consiste na

coexistência relacional de direitos e deveres, vale dizer, na necessária relação entre determinados direitos e certos deveres.

Terceira tipologia classifica os deveres em *deveres expressos* e *deveres implícitos*, consistindo a diferença no fato de serem ou não facilmente identificados nos enunciados normativos constitucionais. Embora não haja a formulação, por exemplo, de que pagar tributos seja um dever, ou seja, não haja no texto constitucional enunciado que explicita como dever das pessoas em pagar determinados tributos, dos enunciados de direito tributário previstos na CF é claramente possível extrair a obrigação dos sujeitos de pagar tributos, assim como, por exemplo, no art. 14, §1º, da CF, é clara a obrigatoriedade de alistamento eleitoral para os brasileiros alfabetizados maiores de 18 e menores de 70 anos. De outro modo, não há no texto fundamental brasileiro qualquer referência em suas normas que permita a extração dos deveres de respeitar a situação jurídica de terceiros e de respeitar a ordem jurídica brasileira<sup>1</sup>. Esses deveres são formulações tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais pacíficas, mas que não têm qualquer pista de sua existência no texto magno. Dentro desse esquema, poder-se trazer quarta classificação: *deveres legais* ou *constitucionais* e *deveres judiciais* ou *doutrinários*, de acordo com sua previsão no ordenamento jurídico – que é o primeiro caso – ou com sua criação pela doutrina ou pela jurisprudência – que é o segundo caso.

Gregorio Peces-Barba (1987, p. 336) e Francisco Rubio Llorente (2001, p. 21 e SS.) trazem algumas outras tipologias que merecem referência: a) *deveres positivos* (ou *prestacionais*) e *deveres negativos* (ou *defensivos*), caso consistam, respectivamente, em um fazer ou em um não-fazer ou suportar determinadas condutas (GARZÓN VALDÉS, 1986, p. 17-33; LAPORTA, 1986, p. 55-63). Tanto o dever de não interferir na situação jurídica de terceiros quanto o dever de preservar o ambiente são deveres negativos, ao passo que deveres tais quais os de pagar tributos e de alistamento militar e eleitoral são positivos; b) *deveres individuais*, *deveres coletivos* e *deveres estatais*, os quais se distinguem, respectivamente, por dizerem respeito àquilo que pode ser exigido dos indivíduos, que pode ser cobrado dos grupos de indivíduos ou que os representam (família, sindicato, partido político, clube etc.), ou que pode ser exigido do Estado (tanto no âmbito interno quanto no externo); c) *deveres constitucionais* e *deveres fundamentais*. Para o autor, o primeiro tipo engloba o segundo, de modo que os deveres fundamentais são também constitucionais. O ponto que permite a

<sup>1</sup> Normas constitucionais que estabelecem as organizações do Estado e dos Poderes não são normas que instituem propriamente deveres, mas normas de competência e organização que têm de ser respeitadas em decorrência do próprio sistema constitucional. Ou seja, há o dever de respeitar as normas constitucionais e legais que estabelecem critérios de competência e de organização voltados ao Estado e aos Poderes estatais. Além disso, é de se observar que mesmo o que se poderia chamar de deveres genéricos de legislar, julgar e administrar/executar não são propriamente deveres, mas normas de competência que devem ser respeitadas.

distinção entre as duas categorias é o de que os deveres fundamentais só podem encontrar previsão constitucional, ao passo que os deveres constitucionais podem estar previstos em normas constitucionais e infraconstitucionais (supralegais e legais); d) *deveres em interesse pessoal e deveres em interesse do Estado e da sociedade*, do que se pode referir: no primeiro caso, o dever de filiação a um partido político com o intuito de se candidatar/eleger; e, no segundo caso, o dever de prestar ajuda ao Estado em situações de guerra externa, de calamidade ou de catástrofe, o dever de financiar os gastos públicos pelo pagamento de tributos.

### 3 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Todos esses aspectos não deixam de ser mais do que preliminares a qualquer tentativa de propor uma teoria geral dos deveres fundamentais. Assim, seguindo a linha aqui adotada – de, simplesmente, propor alguma introdução à temática –, cumpre referir sobre o regime jurídico-constitucional brasileiro envolvente dos deveres fundamentais. Como já referido, a CF no Capítulo I de seu Título II já faz referência à existência de deveres fundamentais, que, por simples disposição normativa, podem ser individuais ou coletivos, não afastando, obviamente, a possibilidade de seu enquadramento em tipologias diversas como visto no tópico antecedente.

Em que pese uma análise do texto constitucional vigente na busca por deveres a fim de formar uma lista, desde logo ficou demonstrada a dificuldade de tal empreitada, em virtude da existência de deveres implícitos, que, embora haja certo consenso sobre sua existência, há dissenso sobre quais seriam eles (SARLET, 2009, p. 229). Além de deveres que muito se assemelham às possíveis limitações ou restrições a direitos, seja por uma questão de pura semelhança, seja por uma questão de seu uso como justificativa para tais limitações ou restrições (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 320-321). Pode-se dizer, então, que independente da tipologia em que se enquadre um dever fundamental, o fato é que, mesmo na análise fechada da CF, eles existem aos montes, ou, pelo menos, muitos de seus enunciados podem ensejar o surgimento de deveres, assim como é possível para o caso dos direitos fundamentais.

Considerando essa dificuldade, é possível tentar elaborar um rol de deveres fundamentais em sentido estrito presentes no texto constitucional brasileiro. Assim, por exemplo: dever de respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art.

5º, *caput*, da CF); dever de fazer ou deixar de fazer algo em virtude da existência de lei (art. 5º, II, da CF); dever de não torturar ou submeter outrem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF); dever de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X, da CF); dever de respeito à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI-VIII, da CF); dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e a casa do indivíduo, bem como sua correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, X a XII, da CF); dever de respeitar a propriedade (art. 5º, XXII, da CF); dever de atender à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF); dever de prestar ajuda ao Estado e/ou à sociedade em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, da CF); dever de respeitar as criações alheias, bem como seu valor (art. 5º, XXVII a XXIX, da CF); deveres de alistamento eleitoral, de votar e de filiação partidária para se eleger (art. 14, da CF); dever de alistamento militar (art. 143, da CF); dever de pagar tributos (arts. 145 a 162, da CF); dever de contribuir para a seguridade social (arts. 194 e 195); dever de educar (art. 205, da CF); dever de promover e proteger o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, da CF); dever de preservar o ambiente (art. 225, da CF); deveres conjugais (art. 226, §5º, da CF); dever de dar suporte à criança e ao adolescente (art. 227, da CF); dever de amparar as pessoas idosas (art. 230, da CF).

Verifica-se pelo extenso embora não exaustivo rol de deveres acima indicados, que é tão difícil quanto em relação aos direitos fundamentais apontar uma lista fechada e fixa de deveres fundamentais, mesmo analisando tão-somente o texto constitucional. Isso é um tanto quanto claro quando se verifica a possibilidade de que os juristas ao classificarem determinadas normas constitucionais apontarem que elas determinam uma restrição a direitos, mas não deveres. Essa é, aliás, uma questão bem interessante quando se fala em deveres conexos a direitos e deveres autônomos, já que embora seu papel não seja o de restringir determinados direitos, sua natureza acaba gerando essa restrição (SARLET, 2009, p. 231), como ocorre entre o dever de proporcionar a função social da propriedade e o direito à propriedade, ou como se dá em relação ao dever de pagar tributos, que pode obstar o indivíduo de exercer com mais ênfase uma liberdade, por exemplo. Essa dificuldade quanto ao rol é também visível quando se fala em deveres implícitos, já que há um dissenso sobre o seu rol.

Além da formação de um elenco, em relação ao regime jurídico-constitucional brasileiro dos deveres fundamentais é preciso observar o art. 5º, §1º, da CF, que estabelece que as normas estabelecidas de direitos e garantias fundamentais, bem como as de deveres fundamentais têm aplicabilidade imediata. Sujeitam-se os deveres a esta norma por uma

simples questão de leitura da Constituição. Ora, se o §1º fala em “direitos e garantias fundamentais”, ele se refere, então, embora não somente, às normas contidas sob o Título II da CF, que, por sua vez, contém, já em seu Capítulo I, a previsão de direitos e deveres individuais e coletivos. Se no particular caso dos direitos fundamentais a questão sobre a aplicabilidade imediata ainda gera algumas polêmicas, que dirá em relação aos deveres fundamentais, especialmente por se tratar de abordagem ainda incipiente na doutrina (SARLET, 2009, p. 230).

#### **4 CONCEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS**

A apresentação introdutória dos deveres fundamentais no sistema constitucional deve ser completada com uma tentativa de sua conceituação. Gregorio Peces-Barba (1987, p. 336) formula, com base em suas ponderações, um conceito em que trabalha com as ideias seguintes: “dimensões básicas da vida do indivíduo em sociedade”; “bens de importância primordial”; “satisfação de necessidades básicas para organização e funcionamento das instituições públicas”; “exercício de direitos fundamentais”. Essas ideias parecem ter a ver com a maioria dos deveres fundamentais abarcados pela CF. Assim, ampliando o rol de ideias que de início possam estar presentes num conceito de deveres, adicionam-se outras apresentadas por André Ramos Tavares (2008, p. 488): “vedação ao uso de direitos para prática de ilícitos”; “vedação ao uso de direitos para justificar irresponsabilidade civil”; “vedação ao uso de direitos para anular outros direitos constitucionais”; “vedação ao uso de direitos para anular os mesmos direitos de outras pessoas”. Todas essas ideias permitem que se comece a formar um conceito adequado e plausível de deveres fundamentais, no que se esboça o seguinte: deveres que cada indivíduo tem ante o Estado e a sociedade de (a) proporcionar a formação de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância, para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais (ver também: GARZÓN VALDÉS, 1986, p. 17) e de (b) respeitar a ordem constitucional legitimamente estabelecida.

Em relação àquilo que logo acima se disse sobre a possibilidade de os deveres atuarem como limitadores do exercício de direitos, além de deveres expressos como o da função social da propriedade e o de pagamento de tributos, pode ser citado aquele que aqui é entendido como dever implícito, o de respeito à ordem jurídica legitimamente estabelecida. Todavia, embora exerçam essa limitação, não há que se confundirem as normas

estabelecedoras de deveres com normas restritivas de direitos. Pelo contrário, esse tipo de dever limitador é tratado como cláusula limitativa ao exercício de direitos, especificamente de liberdades dos indivíduos. Assim, por exemplo, o caso da função social que limita a propriedade, o dever de pagar tributos que pode limitar a potencialização de certas liberdades<sup>2</sup> e o dever de respeito à situação jurídica de terceiros que limita o abuso de direitos.

Neste rumo, e considerando o esboço conceitual feito acima, os deveres implícitos estão na segunda parte (b), enquanto os deveres expressos se encontram na primeira parte (a). Em breve síntese, a primeira parte funciona como garantidora de direitos, enquanto a segunda funciona como garantidora da ordem constitucional. Em vista disso, pode-se apurar a conceituação de deveres fundamentais aqui proposta, já que os direitos a serem garantidos estão todos eles previstos na ordem constitucional.

Neste sentido, pode-se formular um conceito, ainda primário, para os deveres fundamentais. Trata-se, portanto, de categoria jurídica que estabelece a cada indivíduo, à sociedade e ao Estado a necessidade de observância da ordem jurídica legitimamente estabelecida e de proporcionar a formação e a manutenção de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância, para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais.

## 5 CONCLUSÕES

Vistas algumas das notas introdutórias sobre a temática dos deveres fundamentais, pode-se arrematar com a tentativa, mesmo que muito preliminar e incipiente, de lhe conferir alguns contornos de teoria geral, no que fica proposto, para reflexão, o seguinte:

Os deveres fundamentais, quanto ao seu regime jurídico-constitucional, são tão variados quanto os direitos fundamentais, já que muitos dos enunciados da Constituição brasileira podem ensejar o surgimento de deveres.

Assim, qualquer catálogo de deveres que se procure estabelecer, mesmo que a partir apenas da análise do texto constitucional, será exemplificativo.

Isso se observa, sobretudo, a partir das classificações que a doutrina tem encontrado para o estudo dos deveres. Dentre as tipologias aqui referidas, três merecem destaque maior e

---

<sup>2</sup> É o caso, por exemplo, do imposto sobre a renda, onde parte da renda bruta do indivíduo é tributada para fins de financiamento do Estado, provocando uma diminuição no orçamento individual disponível para o exercício de alguma liberdade, diminuindo uma possível poupança do indivíduo.

também maior reflexão: (1) deveres de prestação do Estado e deveres dos cidadãos, incluídos nestes os deveres dos cidadãos em seu próprio interesse, em interesse do Estado e em interesse da sociedade; (2) deveres autônomos e deveres correlatos aos direitos; (3) deveres expressos e deveres implícitos.

Por fim, ante a relativa novidade do tema e a falta de clareza da doutrina quanto ao seu tratamento, há que se desenvolver um conceito de contornos mais exatos, a fim de que não se caia como acontece no caso dos direitos em uma pluralidade de concepções que servem mais aos debates acadêmicos que à prática.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, 2006, Disponível em: <<http://conpedi.org>>. Acesso em: 09 set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, Brasília, n. 7, 2005.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**, Alicante, n. 3, 1986.

LAPORTA, Francisco J. Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). **Doxa**, Alicante, n. 3, 1986, p. 55-63.

LAWS, Sir John. Beyond rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 23, n. 2, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. *In*: LIMA, Martonio Mont'Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

PACES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, 1987.

PALOMBELLA, Gianluigi. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes. Trad. María Engénia Rodríguez Palop. **Derechos y Libertades**, n. 17, 2007.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 62, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Custo de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

## **FUNDAMENTAL DUTIES AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION**

### **ABSTRACT**

The theme of the fundamental duties has not been the central subject of many studies, being the thematic relegated, if so, to play a role with no expression in the contemporary constitutionalism. This essay delineates three essential aspects of a general theory of the fundamental duties: its typology (or classification), its legal regime, and its concept.

**Keywords:** Constitutional Law, Fundamental duties, Typology, Legal regime, Concept.



## DIREITO DE EXCEÇÃO: OS RISCOS DE UM MAL NECESSÁRIO

Mariana Belchior Ribeiro Freire\*

Gabrielle Carvalho Ribeiro\*

### RESUMO

*O presente trabalho tem como escopo analisar o estado de exceção no seu liame entre a manutenção do status quo ante e o salto para a revolução. Sob a óptica dos pensamentos de renomados filósofos (Jean Bodin, Thomas Hobbes, Rosseau, Hans Kelsen e Carl Schmitt), procuramos analisar os benefícios e os riscos da instituição do estado de exceção, tendo em vista que se pode considerar este um mal necessário. O estado de exceção é um avanço nas democracias contemporâneas, como observaremos a sua previsão importa uma segurança à sociedade de que é possível mudar preservando alguns direitos constitucionais.*

**Palavras-chave:** Estado de exceção. Riscos. Princípio da necessidade. Soberania.

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os Estados contemporâneos têm em sua estrutura político-organizacional uma ordem complexa em todos os seus âmbitos de atuação, isto é, com a atual conjuntura política todos os atos estatais são interligados de tal forma que um interfere no outro. Desta maneira, a título de exemplificação, o Legislativo ao editar uma nova lei, por consequência também se estará influenciando no Executivo e no Judiciário do Estado. Ademais se faz necessário frisar que em Estados federativos, como o Brasil, nos quais os estados-membros têm autonomia para decidir sobre determinados assuntos, há de se ser mais cautelosos no momento de decidir, seja em assuntos legislativos, executivos e judiciários.

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Diante desta situação, a tripartição funcional do poder público, adotada por Montesquieu, atualmente, não se torna mais tão visível. Isto porque, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuam em conjunto, de maneira tal que suas esferas de atuação se entrelaçam gerando as funções típicas e atípicas destes. A título de explicação, tem-se que as funções típicas do Legislativo são legislar e fiscalizar, e as suas funções atípicas são administrar e julgar; o Executivo, por sua vez, tem como funções típicas administrar, e como atípicas legislar e julgar; enquanto o Judiciário tem como função típica julgar, e como atípica administrar e legislar. (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 895, 949, 975)

Diante da ordem mundial hodierna, na qual a globalização tece os caminhos da humanidade, os Estados estão cada vez mais interligados e dependentes uns dos outros, e assim sendo, as alterações em uma ordem estatal não geraria consequências somente no território desta, e sim, em todo o mundo globalizado.

Sendo assim, o célebre brocardo “*ubis societas, ibi jus*” tem no mundo atual imensa importância, pois o Direito deve acompanhar a sociedade e sua evolução. Com isso, a conexão entre a sociedade e o Direito faz deste um instrumento que visa garantir a ordem e o bem-estar social. Portanto, o ordenamento jurídico objetiva *a priori* à manutenção de uma ordem pré-estabelecida, não impedindo, todavia, que esta ordem venha a sofrer mudanças isto porque o Direito deve andar em consonância com a Democracia, e esta, se autêntica, deve permitir alterações.

Nesse contexto, buscaremos apreciar a importância trazida para a sociedade com a instituição do estado de exceção, sendo este um dos paradoxos mais interessantes no ordenamento jurídico, isso porque tal instituto é caracterizado por ser o último suspiro da democracia, isto é, o limite entre o Estado Democrático e a Ditadura. Para muitos é impensável e improvável que o Direito elaborado pelo Legislador consiga regular e assegurar o mínimo de garantias à sociedade quando esta se encontra em momentos de intensas conturbações na ordem política, como é o caso do estado de exceção.

Entretanto, antes de partimos para uma análise mais crítica do que seria a referida situação excepcional, há de se fazer uma breve conceituação sobre a mesma. Nesta seara, temos que estado de exceção se configura nos momentos no qual a defesa do Estado de Direito constitui a conhecida *organização constitucional dos períodos de crise*. Esta situação fática, representada no Brasil por duas medidas excepcionais e específicas, quais sejam elas, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, visa a assegurar a ordem nos momentos de anormalidade, mesmo que para isso seja preciso suspender total ou parcialmente alguns direitos fundamentais.

O estado de exceção implica na tentativa de tornar a crise efêmera, isto porque a intenção é que haja o retorno ao *status quo ante*, com o mínimo possível de interferências nas garantias jurídicas. Entretanto, a previsão desse instituto pode trazer riscos à própria democracia, já que ele pode ser interpretado como uma ponte para a revolução, isto é, possa ser que ocorra alteração no regime político, como veremos mais adiante. Ademais, essa afirmação se baseia no fato de que somente encontraremos o estado de exceção onde for possível ocorrer alterações sócio-políticas.

Como lembra Inocêncio Coelho:

O estado de exceção conformado pelo Direito é uma instituição jurídico-constitucional que não faz sentido nos sistemas de cariz/totalitário, nem tampouco nos sistemas idealmente anômicos, uma vez que neles, por diversas razões, não se opera a contraposição existencial entre a normalidade e a exceção. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 1385)

Em breves linhas, o estado de exceção no Brasil é representando, como já dito, pelo Estado de Defesa e o Estado de Sítio, sendo que este importa uma maior gravidade na crise do que aquele. Entende-se que o Estado de Sítio entra em vigor quando as medidas tomadas no Estado de Defesa não mais lograrem efeitos na manutenção das garantias constitucionais mínimas, isto é, quando as interferências já não forem tão ínfimas.

Malgrado, modernamente, ser habitual os ordenamentos jurídicos fazerem referência ao estado de exceção, seja em suas Constituições ou em Leis Extravagantes, não se pode desprezar o caminho percorrido até que isso se tornasse possível. Tendo em vista que, filósofos como Jean Bodin, Thomas Hobbes, Rosseau, Hans Kelsen e Carl Schmitt tiveram grande contribuição na instituição do estado de exceção.

## **2 O DIREITO DE EXCEÇÃO À LUZ DE UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA**

O Estado de exceção, como um todo, está ancorado nas ideias de exceção e necessidade, soberania (leia-se poder), por conseguinte, decisão (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Analisando criticamente a afirmação anterior, temos que o estado de exceção é ligado intrinsecamente a um momento no qual, para se garantir o poder, é necessário que o soberano tenha certas atitudes excepcionais, ou seja, que ele decida sobre o que é preciso para

que o seu poder seja mantido. E essas decisões são reguladas pelo Direito, isto é, pelo ordenamento jurídico em vigor à época do ataque, sendo necessário que o legislador seja cuidadoso na ocasião de definir os atos permitidos ao governante no instante da crise, para que este não venha a torna-se um ditador. Caso contrário, o objetivo do estado de exceção seria frustrado: qual seja ele, o Direito de assegurar a sua própria existência.

Carl Schmitt acreditava que sempre existe a necessidade da presença de alguém responsável capaz decidir nos momentos de crise para se evitar a neutralização da política. Tendo em vista isso, Schmitt adentrou no partido nazista, sendo alvo de críticas e considerado por muitos, até mesmo mentor intelectual do nazismo (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Schmitt justificava a sua filiação ao referido partido, no fato de que ele podia ver nos líderes nazistas poder e determinação para decidir nos momentos de crise e com isso, acreditava que o nazismo permitiria a não neutralização da política estatal. Podendo-se então traçar um paralelo entre a importância que Schmitt dava a manutenção da atividade política estatal e a importância que dava ao estado de exceção, ambos, segundo ele, evitam, de certa forma a paralisação política graças à manutenção do poder nas mãos de um soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), como é possível subtrair da sua obra *Teologia Política*.

Para Schmitt, como aduz Newton Bignotto, soberano é aquele capaz de decidir no momento de crise, ou seja, declarar o estado de exceção. Bignotto (2008, p. de internet) infere também que no ensaio de Schmitt, o mencionado filósofo adianta que abordará um assunto que não é comum à vida humana, uma “noção limite” na qual o direito de exceção figura não só como fator estranho ao convívio normal, mas também como algo necessário.

O filósofo acreditava que a imposição do estado de exceção é inevitável para que seja possível ao governante decidir e manter a sua soberania. Destarte, seria o poder do soberano se sobressaindo ao poder da crise, e esta é a característica principal de um governante, como já adiantado, o poder de escolha.

Ele defendia que não é possível que uma Constituição possa prever quando será constatada uma exceção, entretanto, deve no mínimo indicar quem deverá intervir nessas situações e, neste exato momento, aparece a figura do soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). É notável o paradoxo existente nestas situações, pois ao mesmo tempo em que a ordem jurídica busca o soberano no cenário político, há a ameaça da extinção da mesma, ou seja, vislumbra-se uma conjuntura na qual o direito tenta evitar a sua própria aniquilação.

Em frente a isso, é importante ressaltar que Carl Schmitt (BIGNOTTO, 2008, p. de internet) salienta a importância de não confundir o estado de exceção com a Anarquia, por um evidente motivo: esta é a ausência de governo, enquanto aquele é a luta do ordenamento

jurídico para a salvaguarda do Estado. Trata-se da tentativa do mesmo de se auto-conservar mediante a redução de alguns direitos (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Diante disso, Carl Schmitt indica a importância fundamental das sociedades se armarem contra as ameaças as suas identidades jurídicas, pelo fato de que o Direito não pode abarcar estas situações, ou seja, cabe a sociedade lutar pela manutenção do ordenamento jurídico (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Nesse sentido, Newton Bignotto infere:

Se ele [Carl Schmitt] é fecundo ao apontar o fato de que as sociedades atuais não podem deixar de lado os acontecimentos que ameaçam sua identidade jurídica, pelo simples fato de que o direito não dá conta dessas situações, ele não avalia em toda sua extensão os riscos que o momento de exceção faz correr os regimes voltados para a defesa da liberdade como referência última da vida em comum. [...]. (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Em suma, Carl Schmitt justificava a necessidade de existir o estado de exceção no fato de que o Estado não pode ficar sem um soberano, e este, deve ter em suas mãos o poder de decidir, já que para ele uma sociedade sem conflitos é uma sociedade imutável. E sendo assim, é uma sociedade morta e incapaz de fazer frente aos seus inimigos e aos desafios de uma vida moderna. Podemos então inferir, como preconiza Newton Bignotto (2008, p. de internet), que ao mesmo tempo em que o estado de exceção é uma ameaça para a vida política, é também necessário para a democracia.

Sendo necessário realizar um adendo, qual seja ele de que Carl Schmitt baseou suas ideias no pensamento de Jean Bodin, o qual, ao publicar sua obra *Six livres de la republique*, preconiza que a noção de Estado encontra-se atrelada à possibilidade de decidir e, conseqüentemente, ao entendimento de soberania, que para ele é caráter fundamental do Estado (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). Em suma, segundo os autores mencionados, para Bodin soberano era aquele capaz de tomar a decisão política final dentro de determinado território e sobre certa sociedade.

O poder do soberano seria limitado à lei natural e a lei divina e, como notam André Giamberardino e Katya Kozicki:

Segundo Carl Schmitt, Bodin insere a decisão no conceito de soberania e a possibilidade da necessidade fazer cessar a vinculação do soberano às leis e aos princípios naturais. Nesse sentido, afirma que “a competência para revogar a lei

vigente – seja de forma geral ou no caso isolado – é o que realmente caracteriza a soberania”. (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet)

Giamberardino e Kozicki (2008, p. de internet) inferem que na visão do referido filósofo, o poder do soberano não era ilimitado, mas era indivisível, e por assim ser, era absoluto. Seria absoluto pelo fato de que o soberano não é obrigado a obedecer às leis positivas ditadas por quem lhe antecedeu e nem àquelas que ele mesmo promulgou, concluindo-se então que o cerne da soberania consiste no poder de construir e desconstruir leis (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). Assim, através do “monopólio do Direito”, ocorreria a manutenção da unidade estatal. A propósito leia-se:

Absoluto significa um poder soberano que não deve obediência às leis positivas promulgadas por quem lhe antecedeu e nem às leis por ele próprio promulgadas. Isso significa que o soberano, a quem cabe fazer as leis, não deve se sujeitar a essas mesmas leis, pois não lhe caberia dar ordens a si mesmo. [...]. O mais interessante é que a essência da soberania, para Bodin, reside no poder de fazer e de anular as leis e, assim, através do ‘monopólio do direito’, se manteria a unidade do Estado. (BODIN *apud* GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Dessa maneira, a figura do legislador não recebia credibilidade, pois era como se as leis criadas o fossem com a única finalidade de manter as aparências, não importando poder de coerção perante o soberano (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

No entanto, essa contraposição, de Bodin, acerca da soberania e do poder do legislador é passível de críticas atualmente, visto que não parece ser interessante, para um Estado que queira manter a sua segurança jurídica, conceber um governante que não obedece às normas jurídicas, por motivos banais. Ademais, vale ressaltar que o conceito de soberano supra-transcrito está imerso em contexto social contemporâneo, no qual as decisões do Legislador ganharam também soberania.

Nessa linha de raciocínio, temos a visão de Jean Jaques Rousseau, que insere, no entendimento de soberania, a vontade popular, representada pelo legislador (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Como Bignotto (2008, p. de internet) aduz, ele acreditava que o Contrato Social estabelecia uma ligação entre o objeto do contrato e a sua efetivação, por meio do corpo legislativo. Em outras palavras, para Rousseau o pacto social fazia com que tanto o soberano como o legislador trabalhassem em conjunto para a efetivação do contrato social

(BIGNOTTO, 2008, p. de internet). O legislador seria responsável por dar movimento a tal contrato, por conseguinte, escutar a vontade do povo, e então, criar as leis.

Entretanto, a complexidade reside exatamente na representação, ou seja, na construção de um quadro legal. Segundo Rousseau (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), o que seria capaz de fundar um novo corpo político é um princípio ativo – representado pela figura do legislador – o qual é apto a transformar um conglomerado de vontades particulares em uma homogeneidade política. O lugar ocupado pelo legislador, na visão de Rousseau, assemelha-se ao ocupado pela exceção no entendimento de Carl Schmitt, isto porque ambos surgem relacionados à vontade humana, esta desejando uma alteração na unidade política vigente (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Importante, no entanto, é que na opinião de Rousseau a liberdade é algo inalienável, indispensável e, portanto, não pode ser renegada sem incidir em consequências drásticas para o corpo político (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Imprescindível é inferir, ainda, que ela se situa no fato de que o soberano se sobrepõe ao legislador, e com isso, as ações deste sempre serão submissas aos desejos daquele. Concluindo-se então, que o estado de exceção, em Rousseau, só é possível devido a esta submissão legislador-soberano e a essa fundamental importância dada à liberdade (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), pois essa situação fática é um ato previsto pelo legislador para salvaguardar o poder soberano, partindo do poder decisório daquele, com vistas a defender a liberdade de agir da sociedade. Abrindo-se um paralelo entre o pensamento de Rousseau e Schmitt, temos que:

Para o deputado francês [Rousseau], a nação é sempre a referência última, o que leva Schmitt a identificar esse lugar com aquele da exceção: "o poder constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentos, quando atua no interior dessa propriedade inalienável, está sempre em estado de natureza". (BIGNOTTO, 2008, p. de internet)

Faz-se mister comentar a respeito da conexão existente entre a ideia que Thomas Hobbes tinha a respeito do Estado e o próprio estado de exceção. Hobbes, em sua obra *O Leviatã*, preconizou que o Estado é resultado do *Contrato Social*, e dele advém todo o poder (ALMEIDA; BITTAR, 2010, p. 288), ou seja, para Hobbes o poder Estatal era absoluto, por ser decorrência da união das vontades individuais, e sendo assim, a segurança deste Estado não poderia ser abalada. Conservar a ordem estatal era o mesmo que conservar a própria

sociedade, e para tanto, o legislador deveria obedecer ao todo-poderoso soberano (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Podemos, então, inferir que o estado de exceção se justifica (na visão de Hobbes) no fato de que, de nenhuma maneira, ele aceitava que a ordem estatal sofresse ameaças, ou seja, o Estado deveria sempre ter uma alternativa para se autossegurar. Diante dessa afirmação, altamente previsível seria imaginar que Thomas Hobbes defenderia o estado de exceção, pois este seria um meio de manter a ordem jurídica e social, sob os ditames de um soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Encontra-se uma justificativa, para essa conclusão neste trecho do *Leviatã*, transcrito abaixo:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os votos), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. (HOBBS, p. da internet)

Faz-se necessário ainda explanarmos sobre a contribuição que Hans Kelsen para a concretização do tema abordado no presente trabalho, o estado de exceção. O mencionado jusfilósofo, quando adentra em tal seara, é bastante enfático ao afirmar que no Direito não há espaço para a exceção, isto porque, para ele, não é permitido imaginar que em algum momento o Direito não poderia ser aplicado (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). É, assim, do entendimento de Kelsen, que o ordenamento jurídico é completo, e por assim ser, não admite falhas, lacunas, ou seja, para este jusfilósofo o direito deveria abarcar todas as situações fáticas que a ele fossem apresentadas.

Nesta linha de pensamento, podemos compreender que Hans Kelsen, ao declarar que o Direito é completo e não apresenta lacunas, estaria deixando o espaço para o surgimento do Direito de Exceção. Isto se justifica no próprio fato da sua não crença na exceção, pois, de acordo com a sua visão, o Direito não poderia se abster de regular nada, de modo a estar pronto para qualquer acaso. Portanto, o legislador não poderia deixar de intervir, ao regular uma situação anormal, ou seja, ele deveria deixar pronta a resposta a uma futura ameaça ao ordenamento jurídico estatal.

Kelsen enxergava o poder soberano como o monopólio do *exercício da força*, representada pela capacidade de aplicar sanção no momento do descumprimento da norma, podendo-se frisar que a soberania e o direito estão intrinsecamente ligados, mantendo um elo no qual a soberania encontra apoio no ordenamento jurídico (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Posto isso, ao realizarmos um paralelo entre os pensamentos desses jusfilósofos, podemos subtrair que o estado de exceção é um necessário instituto do Direito, dado a importância hoje concedida aos direitos humanos, não sendo aceitável que depois de diversas lutas revolucionárias para o alcance desses direitos, eles sejam renegados a qualquer momento, sem nenhuma espécie de defesa.

Entretanto, não se pode deixar de lembrar a importância da sociedade na execução correta do estado de exceção, pois o Direito não terá o poder de garantir o cumprimento destas normas em um momento em que ele próprio pode deixar de existir.

Há de se enfatizar, ainda, que o estado de exceção pode representar um estágio em uma revolução que visa à alteração do *status quo ante*, sendo, portanto, visto por muitos como algo positivo, e isso se baseia naquela ideia de Carl Schmitt de que o direito de exceção é necessário à democracia, pois é na democracia que podemos encontrar as mudanças (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Ainda sobre Kelsen, tem-se que este justificava a regulamentação do estado de exceção no fato de que ele acreditava na completude do Direito, ou seja, para tal jusfilósofo o Direito deveria ter uma resposta para qualquer situação, até mesmo quando ele sofresse alguma ameaça. Sendo assim, o estado de exceção era extremamente necessário, já que sem ele o Direito não estaria abarcando todas as situações prováveis, sobre este assunto trataremos logo em seguida (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

### **3 ANALOGIA ENTRE O DIREITO DE EXCEÇÃO E A TEORIA DAS LACUNAS**

O ordenamento jurídico, enquanto conjunto de regras e princípios hierarquicamente dispostos num sistema normativo, tem que objetivar sempre a coerência, a unidade e a completude, qualificando-se não como completo, mas completável (DINIZ, 1999, p. 298). Deve-se isso ao fato de o Direito e a sociedade se correlacionarem intrinsecamente, configurando-se como incoerente a uma sociedade que vivencia constantemente mudanças ser regulada por um ordenamento rígido e, portanto, incapaz de se adequar a todas as condutas

possíveis, já que estas não são realidades imutáveis, por se renovarem com o decorrer do tempo. Maria Helena Diniz (DINIZ, 1999, p. 297) é enfática ao dizer que as leis são, indubitavelmente, sempre insuficientes para resolver os infinitos problemas da vida

Assim, é claro aferir que o estado de exceção está atrelado à teoria das lacunas, no sentido de que a previsão do referido instituto figura como a abertura de uma lacuna fictícia – e não normativa – no ordenamento, criada com o intuito de proteger a aplicabilidade das normas. Essa constatação é averiguada quando se estabelece uma analogia entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Assim, da mesma forma que o magistrado deve fundamentar suas decisões e julgar, mesmo quando não houver norma regulamentando a matéria<sup>1</sup>, deve o Poder Executivo intervir, por meio da suspensão constitucional do ordenamento jurídico, para que a referida lacuna fictícia, fruto não da carência do texto legislativo, mas de um vazio estabelecido entre o ordenamento e a realidade, não redunde em consequências gravosas à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Giorgio Agamben:

A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma da sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo Estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal permanece em vigor. (AGAMBEN, 2007, p. 48)

É possível estabelecer uma analogia entre o estado de exceção e o direito de resistência, pelo fato de que em ambos pode ser perquirido o significado jurídico de um âmbito de ação em si extrajurídico. Tratam-se, conforme pode ser averiguado pelo estudo da teoria das lacunas, de institutos voltados à adaptação da sociedade às eventuais mudanças, as quais podem requisitar tratamentos diversos: a suspensão de direitos com o intuito de restaurar o *status quo* ou a possibilidade da população, diante das necessidades emergentes, resistir à opressão e lutar por transformações sócio-políticas.

Resta, assim, analisar o modo pelo qual o estado de exceção se insere no âmbito do Direito e como a abertura dessa mencionada lacuna fictícia pode trazer riscos à manutenção da democracia.

<sup>1</sup> Nesse sentido, é importante lembrar o art. 4º da LICC, a qual diz que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

#### 4 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO

O estado de exceção - instituto fruto da tradição democrático-revolucionária e refletidor do limite entre política e direito - é considerado, concomitantemente, como algo necessário à proteção da própria ordem constitucional e uma possível via de derrocada da democracia. Sob essa perspectiva, imprescindível, para que a simples previsão de tal medida excepcional não redunde no comprometimento da ordem jurídica vigente, é situá-la no âmbito do Direito.

Adentrando nessa seara, Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2007, p.39) afirma que o problema da definição do estado de exceção situa-se num patamar de indiferença em relação ao ordenamento jurídico, não se configurando nem como algo inerente a este e nem tampouco externo, mas apenas localizado em uma zona na qual dentro e fora se indeterminam, sem que para isso haja exclusão. Denota-se que a possibilidade de uma aplicação eficaz e coerente do estado de exceção, quanto aos seus objetivos de restauração da ordem em momentos de anormalidade, requer que a suspensão de determinadas normas, não seja confundida com a abolição das regras e princípios do ordenamento jurídico.

É interessante lembrar que o desenvolvimento do referido instituto, sobretudo a partir do início do século XX, vem ocorrendo independentemente de formalização constitucional ou legislativa, fato que está atrelado à intensidade prática do direito de exceção. Evidencia-se isso quando se compara à experiência ocorrida na França, onde a previsão do estado de exceção restringia sua declaração a uma lei, expressamente elencada no *Acte additionnel* à Constituição de 22 de abril de 1815, ou da Itália, onde não havia previsão expressa de tal instituto. Também se destaca a experiência vivenciada na Alemanha, a qual elencava no art. 48 da Constituição de Weimar a possibilidade de suspensão de normas constitucionais em casos de ameaça à "segurança pública e à ordem" - fato que acabou por abrir a possibilidade de instauração do nazismo (AGAMBEN, 2007, p.23).

No Brasil, particularmente, há a previsão constitucional para a implantação do estado de exceção, de modo que a decretação dos estados de sítio (art. 137, *caput*, da CF) e de defesa (art. 136, *caput*, da CF) visa a colimar os objetivos de restauração da ordem pública e de proteção aos preceitos constitucionais, dentre eles aqueles que representam as maiores garantias dos indivíduos frente às possíveis arbitrariedades estatais: os direitos fundamentais. Assim, o chamado sistema de crises deve ser necessariamente norteado pelos princípios da temporariedade e da necessidade (AGAMBEN, 2007, p.40), havendo o imperativo de cumprimento de todas as hipóteses e requisitos constitucionais, sob pena de responsabilização

civil, criminal e política dos agentes violadores, já que o art. 141 da CF determina que os efeitos dos estados de sítio e de defesa cessarão quando estiver cessado o estado de exceção, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos pelos seus executores ou agentes.

Do princípio da temporariedade (AGAMBEN, 2007, p.21) deve ser extraída a excepcionalidade da aplicação do estado de exceção, devendo este não ultrapassar o lapso temporal requisitado, seja por determinação constitucional, legal ou pela própria exigibilidade da circunstância motivadora. Por isso, a suspensão total ou parcial das garantias constitucionais deve ocorrer apenas durante o período estritamente necessário ao restabelecimento da normalidade, sob pena de se visualizar uma grande contradição: a conversão de um instituto compatível com a ordem jurídica democrática em uma prática duradoura do governo, isto é, um hábito apto a fragilizar e até a aniquilar a democracia.

A compreensão do princípio da necessidade, à luz do exposto por Giorgio Agamben (2007, p.40), deve perpassar pela análise do adágio "*necessitas non habet*" (a necessidade não tem lei), cuja interpretação suscita não apenas a ideia de que a necessidade não reconhece nenhuma lei, mas também que esta pode ser criada por aquela. Acrescenta o filósofo italiano que "mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção" (AGAMBEN, 2007, p. 40 e 41), de tal modo que ela "não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; limita-se a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma" (AGAMBEN, 2007, p. 41).

Conclui-se, com base no supracitado, que a previsibilidade do estado de exceção traz riscos à estabilidade democrática, ao mesmo tempo em que visa a assegurar a própria existência da democracia. É relevante, pois, extrair da história experiências falhas nesse sentido, a fim de evitar que se repitam.

#### **4.1 Os riscos do estado de exceção em uma perspectiva histórica**

Na história contemporânea, a análise dos riscos do estado de exceção conduz à necessária observância da Alemanha, no início do século XX. A então vigente Constituição de Weimar previa, em seu artigo 48, a hipótese de o presidente do Reich, diante de ameaças e conturbações sérias à ordem pública e à segurança, tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, com o possível auxílio das forças armadas, podendo, inclusive, suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais. Em suma, foram conferidos poderes demasiadamente amplos ao chefe do Executivo, ao ponto de levar

Schmitt a afirmar que "nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado" (citado por AGAMBEN, 2007, p. 28).

Não à toa, os governos da república foram marcados pelo uso constante do estado de exceção, em consonância com a instauração de tribunais especiais, nos quais a ausência de imparcialidade e os julgamentos tendenciosamente voltados à condenação levaram à prisão e execução de militantes comunistas (AGAMBEN, 2007, p.29). Ademais, a presença de governos ditatoriais e o não funcionamento do parlamento constituíram fatores fundamentais à subida de Hitler ao poder, fato que permite a conclusão de que um preceito formulado para a proteção da Constituição pode redundar na transição da ditadura constitucional para o totalitarismo. Nesse sentido:

O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais nos estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos. (AGAMBEN, 2007, p. 12)

Outro exemplo que suscita relevância é o da Itália, onde, conforme supramencionado, não havia previsão legal ou constitucional expressa para a instauração do Estado de exceção. A experiência jurídica vivenciada pelos italianos, sobretudo na década de 20, revela uma extrema valorização dos decretos-lei, os quais, na prática, abandonavam a rotulação de instrumento utilizado em circunstâncias excepcionais e de relevo, para se concretizarem como uma efetiva fonte do Direito.

Essa situação foi agravada, em 1926, com a aprovação, motivada pelo regime fascista, de uma regulamentação legal e expressa dos decretos-lei, a qual garantiu uma ampliação no uso e nos abusos dos referidos institutos de urgência. O quadro que se visualizou foi de desestruturação da organização governamental – reduziu-se a soberania do Parlamento, limitando-o à função de ratificar os decretos do Executivo, convertendo-se a República de parlamentar à governamental (AGAMBEN, 2007, p.31).

Adentrando no contexto do século XXI, é possível inferir que as novas exigências da ordem econômica e social – reais consequências da globalização – revelaram novos paradigmas no que concerne ao conceito de defesa nacional, os quais perpassam pela

consonância entre o dever estatal de assegurar a soberania nacional e a crescente internacionalização do fluxo de pessoas, informações e capitais. Vale lembrar as medidas tomadas pelo governo norte-americano após os ataques terroristas de 11 de setembro, as quais traduzem a ideia de que as normas excepcionais, mesmo restritivas da liberdade, adquirem legitimidade enquanto instrumentos necessários para a superação de crises e preservação dos sentimentos de segurança e de nacionalismo. Nesse sentido, afirma Inocência Martires Coelho que:

Exemplos dessa legislação regressiva são o USA *Patriot Act*, de 26-10-2001, que autorizava o Procurador-Geral da República a deter todo estrangeiro suspeito de pôr em perigo a segurança nacional, sob a condição de ser expulso do país, dentro de sete dias, ou vir a ser formalmente acusado de ter violado a lei de imigração ou cometido qualquer outro delito; e a rebarbarizante *Military Order*, do presidente George W. Bush, que, violando a garantia do juiz natural, passou a submeter os não-cidadãos suspeitos de atividades terroristas a jurisdições especiais, permitindo sejam eles detidos por tempo indeterminado e transferidos ao controle de comissões militares, o que, tudo somado, implica negar a essas pessoas qualquer tratamento jurídico. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 1388)

Imprescindível é, pois, a ressalva de que, mesmo em países atentos às exigências de observância dos direitos fundamentais e aos imperativos da diplomacia internacional, podem haver práticas incoerentes com a valorização da dignidade da pessoa humana – tais como o encarceramento dos suspeitos de terrorismo no presídio de Guantânamo – o que revela o perigo representado pela alegação de um direito de exceção diante da necessidade de restabelecer a tão prezada segurança nacional, devendo esta ser compreendida como uma prerrogativa eminentemente estatal de proteção da população, do território e dos interesses nacionais.

#### 4.2 A ditadura militar brasileira, analisada sob a ótica constitucional

A análise da conjuntura sócio-política brasileira, da última metade do século XX, também constitui, ao lado dos exemplos históricos supramencionados, um importante instrumento de estudo dos riscos do estado de exceção e de como este pode atrelar-se a governos autoritários e ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, cabe frisar que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 –

síntese da reação contra os excessos do presidencialismo da Primeira República e das tendências autoritárias da Constituição de 1937 – elencou, em seu art. 206, a possibilidade de instauração do estado de sítio, dentro de uma perspectiva conivente com o Estado de Direito. Tal artigo conferia ao Congresso Nacional a tarefa de decretar o estado de sítio nas circunstâncias de comoção intestina grave ou de sua ameaça, bem como nos casos de guerra externa. Na última hipótese, o prazo seria o mesmo da duração da guerra, enquanto nas demais situações não poderiam ser suspensas as garantias constitucionais por mais de 30 dias, não podendo esse lapso temporal ser prorrogado por prazo que lhe fosse superior.

Significativa mudança ocorreu após o Golpe Militar de 1964, época na qual a sucessiva outorga de atos institucionais arbitrários distorceu a tripartição dos poderes, revestindo o Executivo de uma posição hierárquica e coercitivamente preponderante. Urge destacar o AI-1, de 9 de abril de 1964, que transferiu, do Congresso Nacional para o Presidente da República, a função de decretar e prorrogar o estado de sítio<sup>2</sup>. O AI-2, de 27 de outubro de 1965, incumbiu-se de ampliar o prazo de manutenção do estado de exceção para 180 dias, além de permitir decretá-lo para a prevenção ou repressão à subversão de ordem interna<sup>3</sup>, fato que converteu o referido instituto em um instrumento de conveniência política e de arbitrariedade.

A Constituição Federal de 1967 colimou o objetivo de sintetizar os atos institucionais estabelecidos até então, portando-se de forma conservadora e voltada à manutenção do governo instaurado, embora fosse logo ultrapassada por novos atos da governança ditatorial (VISCENTINO, DORIGO, 2007, p. 527). No que concerne ao estado de sítio, a Carta de 1967 determinava, em seu art. 7º, a redução, salvo em caso de guerra, do prazo desse instituto para 60 dias, os quais poderiam ser prorrogáveis. O ordem constitucional foi estremecida pelo AI-5 – o mais violento dos atos institucionais – o qual determinou a possibilidade do Presidente da República decretar e prorrogar o estado de sítio pelo prazo que lhe conviesse, em qualquer das hipóteses previstas constitucionalmente, sem precisar justificar-se perante o Congresso Nacional, estando este em recesso.

Assim, embora distintos semanticamente, tanto o governo ditatorial como o estado de exceção encontram suas origens em contextos sócio-políticos críticos, isto é, em situações

<sup>2</sup> Determinava o art. 6 do AI-1: “O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo mínimo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação dentro de quarenta e oito (48) horas”.

<sup>3</sup> Determinava o art. 13 do AI-2: “O presidente da República poderá decretar o estado de sítio ou prorrogá-lo pelo máximo de cento e oitenta (180) dias, para prevenir ou reprimir a subversão de ordem interna. Parágrafo único: o ato que decretar o estado de sítio estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor”.

emergenciais, as quais trazem à tona a necessidade de uma tomada de posição satisfatória. Nesse sentido, abre-se a possibilidade para as soluções constitucionalmente estabelecidas, que perpassam pelo estado de exceção, mas também para atos ilegais e imorais, reais reflexos de práticas governamentais autoritárias e dissociadas do fim estatal de obter o bem comum.

Por isso, o estado de exceção pode ser utilizado, assim como o foi na ditadura militar brasileira, como um instrumento ditatorial e, portanto, voltado não à salvaguarda do ordenamento jurídico, mas à manutenção do regime governamental, da opressão e da manipulação política. Nesse sentido, a história comprova que, quando utilizado de forma prolongada e com prorrogação indeterminada, distorce-se o estado de sítio, transformando-o em instrumento de autoritarismo do Executivo.

## 5 ESTADO DE EXCEÇÃO: APESAR DOS RISCOS, UM MAL NECESSÁRIO

Urge inferir que o estado de exceção prevalece, no constitucionalismo contemporâneo, como um instituto necessário e imprescindível para a manutenção da ordem democrática e, por isso, deve ser exercido dentro dos limites previstos pelo ordenamento jurídico. Sabido é, entretanto, que foi frequente a utilização desse instrumento para fins distorcidos do seu objetivo constitucional, sobretudo quanto à proteção dos direitos humanos, conforme pode ser averiguado na análise das experiências nazista, fascista, na ditadura militar brasileira e, em uma escala hodierna, com o *Patriot Act* norte-americano.

Isso traz à tona a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle entre os poderes estatais – através do sistema de freios e contrapesos – no qual o exercício das funções típicas e atípicas do Executivo, Legislativo e Judiciário deve redundar numa vigilância recíproca, apta a evitar a exacerbação de um deles (MORAES, 2010, p.413). Ademais, um aspecto de crucial importância é impedir uma instauração prolongada e de prorrogação ilimitada do estado de exceção, sob pena de converter esse instituto em um instrumento ditatorial. Constata-se, assim, que:

As medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam a sua ruína. Não há nenhuma salvaguarda constitucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição. Só a determinação do próprio povo em verificar se são usados para tal fim é que pode assegurar isso. (AGAMBEN, 2007, p. 20)

Dessa forma, é a própria população a principal incumbida de evitar os abusos governamentais, posto que o próprio sentido etimológico da palavra democracia conduz à constatação de que esse tipo de governo deve ser estabelecido para o povo e pelo povo. Assim, enquanto um mal necessário, o estado de exceção revela-se como um imperativo de manutenção dos anseios populares, reveladores de uma adaptação estatal conciliada às transformações sociais e à salvaguarda dos direitos fundamentais. Carl Schmitt é enfático ao afirmar que o direito de exceção é necessário à democracia, pois é nesta que podemos encontrar as mudanças (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Como leciona Bignotto:

A vida política contemporânea passa a ser regida, portanto, pelo que lhe escapa. Se na vida ordinária isso nem sempre acontece, a exceção é como um ator maior de um drama que não deixará de ocorrer, uma vez que não parece possível para Schmitt encontrar formas estáveis de poder ao longo da história. [...] Para nosso autor, uma sociedade pacificada é uma sociedade sem conflitos o que quer dizer que é uma sociedade morta e incapaz de fazer face aos desafios do tempo, sobretudo daqueles lançados por seus inimigos. Ora, se a busca da estabilidade é uma ameaça para a vida política, a exceção ronda a democracia como uma parte necessária de sua existência. (BIGNOTTO, 2008, p. de internet)

Suspendendo-se determinados direitos, em situações excepcionais e perfeitamente reguladas, visa-se a proteger o ordenamento jurídico, pois é este o mecanismo até hoje considerado o mais adequado para facilitar a atividade estatal diante de circunstâncias excepcionais. Segue, portanto, a afirmação de Dalmo de Abreu Dallari:

Se for realizada a institucionalização dos conflitos, pela criação de canais regulares para a expressão das discordâncias e aferição das vontades, o Estado sofrerá constante adaptação em aspectos particulares, permanecendo sempre a expressão da vontade social preponderante. Este será o Estado adequado, capaz de realizar o bem comum. (DALLARI, 1995, p.120)

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As considerações filosóficas, jurídicas e históricas acerca do estado de exceção permitem concluir que tal instituto continua sendo alvo de especulações quanto ao seu

enquadramento no ordenamento jurídico. Nessa conjuntura, enquanto figura da necessidade, o referido instituto se configura como uma medida “ilegal”, mas perfeitamente “jurídica e constitucional”, que se concretiza na criação de novas normas ou de uma nova ordem jurídica (AGAMBEN, 2007, p.44).

Assim, a suspensão total ou parcial do ordenamento jurídico – razão de ser do estado de exceção e do direito de exceção – desempenha um papel fundamental na salvaguarda da democracia e se revela como uma exigência da segurança nacional. Trata-se de um instituto aparentemente paradoxal: limita os direitos com o intuito de protegê-los. Imprescindível é, entretanto, alertar-se com os exemplos oriundos da experiência histórica do último século, os quais revelam o quão a instauração de um direito de exceção, por mais que esteja prevista constitucionalmente, pode revelar seus riscos e redundar na ruína da democracia. Nesse sentido, é relevante destacar a importância da temporariedade e da necessidade, pois sem eles a excepcionalidade pode tornar-se a regra, e a suspensão total ou parcial de direitos um pressuposto da violação das garantias fundamentais.

Em suma, a instauração do estado de exceção perpassa pela necessária consonância do direito com as aspirações sociais, o que revela a importância da fiscalização popular sobre os atos estatais, afinal, a soberania de um Estado encontra fundamento na legitimidade do poder. A instauração de um estado de exceção deve ser norteada, assim, pela vontade do povo e em benefício deste.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. de Iraci Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n.118, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 11 jun. 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; KOZICKI, Katya. A Exceção na Teoria Geral do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2008, p. 35-48. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/717/570>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã [ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil]**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <[http://docs.google.com/viewer?url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://docs.google.com/viewer?url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2010.

VISCENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o Ensino Médio**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2007.

## **LAW OF EXCEPTION: THE RISKS OF A NECESSARY HARM**

### **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the State of exception and its limits between the maintenance of the status quo ante and the leap for revolution. Under the ideas of renowned philosophers, such as Carl Schmitt, Jean Bodin, Rosseau, Thomas Hobbes and Hans Kelsen, it tries to analyze the positive aspects and the risk of the State of exception, keeping in mind that it can be considered a necessary harm. The State of exception is an advance in the contemporary democracies and, as it can be observed, such prevision implies security to the society, showing that it is possible to make substantial changes and still preserve some of the constitutional rights.

**Keywords:** State of Exception, Risks, Principle of necessity, Sovereignty.



## IMPROPRIEDADE DOS PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL E DA VERDADE FORMAL: UMA ANÁLISE FILOSÓFICA SOBRE A VERDADE ALCANÇÁVEL PELO DIREITO

Patrícia de Almeida Cardoso\*

### RESUMO

*A doutrina relaciona à atividade probatória os princípios da verdade material e da verdade formal. Entretanto, o presente trabalho tem por escopo demonstrar a impropriedade desta divisão principiológica. Transportando-se para o Direito o conceito de verdade da Filosofia, em destaque à Escola do Pragmatismo e do Neopragmatismo, bem como, apresentando-se o conjunto de limitações intrínsecas à natureza humana e criadas pelo ordenamento jurídico, busca-se evidenciar a intangibilidade da verdade pelo sistema jusprocessual e individualizar o que, de fato, é retratado pelas sentenças penal e civil.*

**Palavras-chave:** *Princípios. Verdade material. Verdade formal. Impropriedade doutrinária.*

### 1 INTRODUÇÃO

No direito processual brasileiro, a doutrina tradicional distingue dois princípios relativos à matéria probatória, adotando-se por justificação a matéria de ordem pública do bem tutelado pelo direito processual penal e a de interesses privados protegidos pelo processo civil.

O primeiro, predominante no processo civil e denominado de princípio dispositivo, atribui ao juiz poderes instrutórios limitados, vinculando-o, em regra, à iniciativa das partes na produção de provas constitutivas, modificativas, extintivas e impeditivas do direito. O

---

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Monitora de Dir. Penal II.

magistrado forma sua convicção com base nas provas carreadas pelas partes, razão pela qual se costuma afirmar que, no processo civil, o juiz retrata em sua decisão uma verdade formal, ou seja, uma verdade resultante “do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos” (ALVIM, 1998, p. 246).

O segundo princípio é o da livre investigação das provas, tradicionalmente atrelado ao processo penal, em função da indisponibilidade do bem posto à tutela jurisdicional. Seu conceito assenta-se na livre disposição do juiz na fase probatória, não dependendo este exclusivamente da iniciativa das partes na busca pela verdade, razão pela qual se convencionou que o juiz, no processo penal, decide com base na verdade real, material, ou, ainda, substancial.

Deste modo, norteando a fase probatória processual, a doutrina desenvolveu os princípios da verdade formal e da verdade real. Tem por escopo o presente trabalho demonstrar que essa divisão principiológica é fonte de impropriedade jurídica. Para isso, imprescindível iniciar a fundamentação a partir de uma reflexão filosófica do conceito de verdade.

## **2 VERDADE: CONCEITO UNO E INDIVISÍVEL**

Na tentativa de conceituar o sentido de “verdade”, a Filosofia tem apresentado complexas teorias, dentre as quais a aristotélica, escolástica, a platônica, a de Santo Agostinho, a dos filósofos idealistas como Kant e Hegel, dentre outras de relevante importância. Contudo, opta-se aqui pelo conceito da *aletheia* grega, para a qual a verdade é uma qualidade das coisas, ou seja, verdade é o que é. Reporta-se à ideia de verdade como conformidade com o real, sendo uma adequação plena e inteiramente do conhecimento correspondente ao real (KHALED JR. 2009, p. 30-31).

A verdade é, portanto, um conceito absoluto: ou é ou não é. Como conceito único, a verdade é utópica e perfeita, simplesmente irreconhecível. O homem busca, então, justificar a verdade para si. Enquanto a verdade pura é inatingível, por outro lado, a sua justificação é reconhecível.

A sistemática de justificação da verdade faz com que o homem crie regras para que aceite os fatos como verdadeiros. Miguel Reale (citado por MARINONI, 2007, p. 252) destaca que “toda a verdade se reduz a uma ‘ficção’ [...] que o nosso espírito admite para compreender e dominar uma série de situações problemáticas”. Obviamente, não se trata da

verdade correspondente com a realidade, mas da crença na percepção dessa realidade. Assim, é possível que o homem convença-se de fatos na realidade falsos, bem como desacredite de fatos substancialmente verdadeiros.

Algumas escolas filosóficas preocuparam-se com a forma pela qual o homem justifica o que julga ser verdadeiro. Inicialmente, ressalta-se a filosofia do pragmatismo, fundada por Charles Sanders Peirce e William James. Para esta escola, algo se torna verdadeiro para o homem quando é útil à solução de problemas em determinado momento. A verdade seria tudo aquilo que, na prática, proporcionasse a solução, o acordo e a paz. Se existe um fato controverso, considerar que uma das partes está com a verdade e a outra não somente faria sentido se isto provocasse consequências para alguém. Sendo inútil, não se discutiria a verdade.

A filosofia do pragmatismo exerce certa influência sobre o Direito brasileiro. Veja-se, por exemplo, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal durante a instrução processual penal. Nos termos do art. 397, inciso IV do Código de Processo Penal, o juiz deverá proferir sentença absolutória. Se o réu, na verdade, merece a absolvição por ser inocente, não se sabe. Entretanto, a absolvição do réu será determinante e passa a ser a verdade para a ação penal, por ser, naquele momento, a solução mais prática e útil, haja vista que a ocorrência da prescrição destina a ação penal ao insucesso.

Outra escola filosófica a ser ressaltada, mais atual que a filosofia do pragmatismo, é a escola do neopragmatismo. Esta doutrina, impulsionada por Richard Rorty, defende que verdade é aquela construída através da linguagem.

Segundo Richard Rorty (1989, p. 9), o homem é o criador da verdade através da linguagem<sup>1</sup>. A necessidade de justificar as crenças que a sociedade acredita ser verdadeira impõe aos indivíduos uma prática social mediada através da linguagem.

Todo o conhecimento só pode ser uma descrição, e não uma representação da natureza intrínseca da realidade. Rorty (1989, p. 36-37) entende que a verdade é flexível, tendo em vista ser definida pelo homem, por ser uma propriedade de frases que dependem de vocabulários feitos pelos próprios seres humanos. Se o homem muda sua forma de viver e de pensar, muda-se também o conceito de verdade<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “I begin, in this first chapter, with the philosophy of language because I want to spell out the consequences of my claims that only sentences can be true, and that human beings make truths by making languages in which to phrase sentences”.

<sup>2</sup> “[...] In this view, substituting dialectic for demonstration as the method of philosophy, or getting rid of the correspondence theory of truth, is not a discovery about the nature of a preexistent entity called "philosophy" or "truth." It is changing the way we talk, and thereby changing what we want to do and what we think we are.”

Ao relacionar o conceito de verdade proposto por Richard Rorty com a Ciência do Direito, tem-se que a verdade para o Direito é aquela construída através de sua linguagem, qual seja, as normas jurídicas. Para o Direito, um fato deixará de ser verdadeiro ou falso quando a norma que o regulamenta for alterada. Na medida em que as normas são modificadas, altera-se a interpretação daquilo que o Direito convencionou considerar verdadeiro.

Seja na doutrina do pragmatismo, ou na filosofia do neopragmatismo, o certo é que a verdade é mais criada do que descoberta (RORTY, 1989, p. 23)<sup>3</sup>. Afinal, a “verdade” para o Direito é a construída pelo homem, em conformidade com as normas jurídicas, na busca de uma solução prática. “É uma verdade ética, pragmaticamente construída mediante argumentação” (BAPTISTA, 2001, p. 212). Por isso, não corresponde à realidade, mas à percepção dela, convenientemente qualificada como verdade, mas que não passa de um juízo de verossimilhança.

### **3 LIMITAÇÕES DETERMINANTES À INTANGIBILIDADE DA VERDADE PELO SISTEMA JUSPROCESSUAL**

A verdade é, então, um conceito uno, indivisível e, como tal, é inalcançável ao ser humano. Assinala Francesco Carnelutti (citado por ALMEIDA JÚNIOR, 2008, p. 52) que “[...] a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. [...] a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isto me serviu para compreender, ou menos tentar compreender, porque Cristo disse: [...] eu sou a verdade”.

A verdade como exatidão da realidade é um todo, formado por partes. Para se compreender o todo, necessário seria que todas as partes fossem descobertas pelo homem. Entretanto, “o ser humano não dispõe de meios para efetivamente apreender a imensidão do real, está condenado a obter apenas frações, pois apreendemos somente partes. Qualquer composição de partes implica em uma nova parte, permanecendo inacessível o todo” (KHALED JR., 2009, p. 229).

Assim, uma das razões que impossibilita a obtenção da verdade pelo processo é o fato de o Direito lidar não apenas com normas e fatos, mas também com pessoas que possuem

---

[...] “since truth is a property of sentences, since sentences are dependent for their existence upon vocabularies, and since vocabularies are made by human beings, so are truths”.

<sup>3</sup> “[...] truth is made rather than found. What is true about this claim is just that languages are made rather than found, and that truth is a property of linguistic entities, of sentences”.

limitações intrínsecas à natureza, tornando-se impossível que se eliminem todas as dúvidas das partes, do juiz, das testemunhas, dos peritos, dos intérpretes e dos tradutores. Por isso, afirma com propriedade Khaled Jr. (2009, p. 186) que “o passado nunca é mais do que um quebra-cabeças incompleto, onde jamais se tem todas as peças”.

A Ciência do Direito lida com pessoas que não têm a exata percepção do passado, o que implica que cada uma poderá ter uma impressão diferente de um mesmo fato. É o que ocorre com dois pintores postos à frente de uma paisagem para transmiti-la a uma tela<sup>4</sup>. Ambos, vendo a mesma paisagem, pintarão, sem dúvida, telas diferentes, pois cada um tem uma impressão da verdade posta à frente deles. A pintura de cada um não condiz com a verdade absoluta, pois esta é impossível de ser reproduzida. Nenhum deles conseguiria pintar com a mesma tonalidade, textura e dimensões que a paisagem natural. Assim, a tela representa o que por cada um foi descoberto da realidade.

Dessa forma, tem-se que verdade é uma adequação da coisa e da mente, uma ficção construída pelo homem que observa a realidade e a relaciona aos seus ideais, personalidade e convicções, variando de acordo com a subjetividade de cada um. “É a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele” (MARINONI, 2007, p. 249). Portanto, a verdade absoluta é imprestável, inalcançável, sendo a verdade para o homem uma interpretação dela.

Veja-se, por exemplo, o relato de uma testemunha que necessita se reportar ao passado na tentativa de expor a verdade. O passado depende da memória de quem narra e os espaços em branco são preenchidos por experiências, ainda que relacionadas a outros acontecimentos. Quando se reporta ao passado, não se obtém uma reprodução exata da realidade, mas antes uma interpretação, uma versão reconstruída do original (KHALED JR. 2009, p. 232). O testemunho é sempre recorte, falho e limitado, do que pode ter sido real (KHALED JR. 2009, p. 241). Por isso que a própria prova testemunhal mostra-se falível ante a limitação da apreensão do real pelos sentidos e, por esta razão, só deve ser utilizada para indicar algo e não para demonstrar plena equivalência com a realidade.

No mesmo sentido, as sanções por litigância de má-fé das partes e testemunhas por alterar a verdade dos fatos devem levar em consideração o conceito restrito de verdade, atinente à constatada e sensível às partes ou testemunhas. Afinal, cada um depõe de acordo com a sua verdade, de forma que o processo contará com várias impressões da realidade, as

---

<sup>4</sup>“Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-á nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?” (CALAMANDREI citado por MARINONI. 2007, p. 251).

quais não corresponderão à verdade real, mas terão a sua validade para a formação da verdade processual.

Outras circunstâncias igualmente impossibilitam o alcance da verdade absoluta pelo processo. Destaca Almeida Júnior (2008, p. 54) que uma lide processualmente instaurada também é palco de ações típicas da natureza humana, como o engano, a lisonja indevida, os interesses, a mentira, a representação, o equívoco. Além disso, a interpretação da lei, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, de eminente carga valorativa, são barreiras ao alcance da almejada verdade substancial.

Além das limitações naturais do ser humano, de sua falibilidade e possível má-fé, tem-se as limitações do direito, que determinam que os fatos descobertos da realidade sensível ainda se enquadrem às normas legais, agravando o grau de dificuldade de se atingir o ideal da verdade absoluta.

É certo que “o processo visa à pacificação social, sendo a busca da verdade o objetivo da pesquisa probatória” (MANZANO, 2008, p. 449). Entretanto, o juiz e as partes sujeitam-se a limites legais nessa atividade probatória, previstos, principalmente, na Constituição Federal.

Primeiramente, aponta-se o rol de direitos invioláveis previstas na Carta Magna, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações. Não obstante a inviolabilidade não ser absoluta, existindo hipóteses em que é relativizada em detrimento do interesse público ou interesse da justiça, é certo que se tornam obstáculos à produção de provas.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, prevê que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito, como forma de proteção de valores exaltados pela sociedade, como a moralidade e a legitimidade, ou ainda de direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange à proteção das liberdades públicas e dos direitos de personalidade. Assim, provas que sejam adquiridas mediante fraude, simulação e coação, ou ainda que transgridam os direitos tidos por invioláveis, serão consideradas, em regra, ilícitas e obstarão o alcance da verdade, pois determinados fatos podem não ser passíveis de comprovação com base nas provas permitidas, mas seriam a partir das provas vedadas.

Outro obstáculo na fase probatória é a necessidade de adoção de certas formalidades como condição de eficácia da prova. Marinoni (2007, p. 253) destaca o uso de instrumento público, restringindo a utilização de documentos que poderiam ser úteis na busca da verdade ante a inadequação às normas legais.

Outrossim, as presunções no processo civil e penal podem conduzir a uma resposta processual diversa da realidade dos fatos. Veja-se, por exemplo, a Súmula n.º 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. A declaração de paternidade pela simples recusa à submissão ao exame de DNA pode gerar uma paternidade jurídica distinta da paternidade biológica. Por este motivo, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2008, p. 45) reforça a ideia de que a verdade não é a meta do processo, mas da instrução probatória, ao concluir que “o processo não visa a verdade, mas simplesmente a resolução de um litígio. E para a solução desta lide a busca da verdade deixou de ser fundamental. Basta uma presunção”.

Ademais, não obstante a tendente relativização, o princípio da congruência entre o pedido e a sentença no Processo Civil, em regra, impossibilita ao juiz sentenciar no sentido que realmente deveria ser, ou seja, na forma que realmente lhe parece mais justa e verossímil, por estar adstrito ao pedido formulado pela parte autora. E no processo penal, o princípio da congruência entre acusação e a sentença, significa que, em tese, a decisão judicial não pode proceder de ofício e condenar o réu a condenação não postulada pelo *dominus litis*, ou seja, pelo Ministério Público, sob pena de negar vigência ao sistema acusatório e ferir os princípios do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório. Assim, no processo penal, excetuando-se as hipóteses de *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, este princípio impossibilita, em regra, o juiz de sentenciar por uma infração penal de maior gravidade que tenha se revelado mais condizente com a realidade.

Ainda, a absolvição por falta de provas<sup>5</sup> também demonstra que a verdade do processo penal, ou seja, a convencionada inocência, não necessariamente condiz com a verdade substancial. Por isso, fundamenta Francisco das Neves Baptista (2001, p. 7) ser “[...] intuitiva a incompatibilidade do princípio do *in dubio pro reo*, à luz do qual a falta de convencimento ou a incerteza impõem a decisão absolutória, com a idéia de uma convicção de verdade”, como se a verdade real no processo penal, nesta hipótese, tivesse sido revelada.

Ressalta-se, também, a possibilidade de o querelante, no processo penal, perdoar o ofensor e esse perdão ser aceito pelo querelado, pois, nesta hipótese, o juiz declarará extinta a punibilidade (art. 58, do CPP). No mesmo sentido, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n.º 9.099/1995, posteriormente ampliada e modificada pela Lei n.º 10.259/2001, em muito

<sup>5</sup> Cf.: art. 386 II, V e VII, do CPP.

prejudicam o alcance da verdade real, pois postergam eventual instrução processual, prejudicando, sobremaneira, a reconstituição do fato delituoso. Na hipótese de perdão do ofendido e das medidas despenalizadoras, “as partes e o Poder Judiciário declinam da tarefa de melhor instruir o processo, na busca da verdade sobre fato determinado, em detrimento até da realização da Justiça, que se consubstanciaria nessa descoberta da verdade, o qual só se alcançaria por meio do devido processo legal” (FERREIRA, 2006, p. 46).

Eis alguns dos obstáculos, ora decorrentes da condição humana, ora do Direito material e processual, que por tutelarem outros bens jurídicos, impossibilitam o alcance da verdade material. Não sendo reconhecível a única verdade, sempre restarão dúvidas no processo. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2008, p. 53), com fundamento nas ideias de Carnelutti, assina que:

O juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valoradas, continua a encontrar-se, em realidade, de frente àquela dúvida, que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente essas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento [...]. A dúvida ‘vem à ribata’. O cruel é que a escolha não afasta; a opção é simplesmente uma opção, e nada mais. [...] Mas, a mim, atormenta, mais que esse aceno, pôr ênfase sobre idéia de que a certeza pertence ao reino da ação, não ao pensamento, que é como dizer, ao reino da liberdade.

Jamais o juiz conseguirá eliminar conscientemente todas as suas dúvidas, não sendo, por esta razão, possível que o processo solucione uma lide com base na verdade. A verdade deve ser o objetivo da atividade probatória, entretanto, a sentença representa um *juízo de verossimilhança*, ou seja, a aparência daquilo que seja verdadeiro, mas nunca a verdade. A atividade probatória atinge, por assim dizer, uma “verdade processualmente válida”, seja por significar a solução mais equânime ao caso (pragmatismo) ou por de ter sido a “verdade” convencionalizada pelo Direito através de suas normas jurídicas (neopragmatismo).

#### **4 IMPROPRIEDADE DA DICOTOMIA VERDADE REAL E VERDADE FORMAL**

Conforme já introduzido, tradicionalmente, os princípios da verdade formal e da verdade material se relacionam à fase de instrução probatória do processo. Costuma-se dizer

que, no processo civil, o Estado-Juiz “pode satisfazer-se com a verdade formal, entendida esta como aquilo que se reputa verdadeiro em face das provas carreadas aos autos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 71), representando a aplicação do brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo). O magistrado contentar-se-ia com a verdade projetada pelas partes nos autos do processo, possuindo restritos poderes de iniciativa probatória.

Já no processo penal o Estado-juiz somente deveria satisfazer-se com o descobrimento da verdade real, tendo em vista a natureza de ordem pública do bem tutelado. Por essa razão, o magistrado teria amplos poderes instrutórios para determinar de ofício as diligências que convir necessárias para o esclarecimento dos fatos.

Todavia, cientes de que a verdade é uma e de que esta única verdade - a verdade real - é irreconhecível pelo Direito, mostra-se imprópria a divisão principiológica em espécies de um gênero indivisível.

Não havendo mais de uma verdade, a única existente é de difícil conhecimento pelo processo. Conduto, deve-se ressaltar que o seu descobrimento não é de todo impossível, não obstante ser impossível afirmar que assim se procedeu. Diante de tantas limitações, as dúvidas sempre perdurarão.

Coadunando com o entendimento esposado, Eduardo Cambi (2001, p. 72), à luz das ideias de Luigi Paolo Comoglio, ensina:

A distinção entre verdade material e processual não tem razão de ser, seja porque não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real, seja porque não se pode sustentar a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual. A verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para seu conhecimento, não podendo-se ignorar *a priori* que o mecanismo processual, mesmo que limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos.

Nesse contexto, mais correto afirmar que o processo visa à solução de um litígio com base em um juízo de verossimilhança. Através das provas legais carreadas nos autos, o juiz é convencido de que o sentido adotado pela decisão é o mais condizente com a realidade. Adota-se, portanto, uma “verdade” para o caso concreto, ou seja, uma “verdade processualmente válida”, a qual o Direito justifica, ora ser a posição mais justa e prática a ser

adotada, como influência da Escola do Pragmatismo, ora ser o resultado da incidência das normas jurídicas aos fatos, como fundamentado pela Escola do Neopragmatismo.

Luís Fernando de Moraes Manzano (2008, p. 441) anota que:

A verdade que se busca pelo processo é uma só (verdade absoluta) que, reconstruída historicamente pelo juiz ou tribunal, adquire nuance de verdade relativa, probabilística, aproximativa, provável, possível de ser alcançada, seja o processo civil ou penal – verdade processual enfim, que decorre da mais ampla instrução probatória possível.

Portanto, apenas existindo uma verdade e um juízo de verossimilhança, a diferença que reside entre o processo penal e o processo civil assenta-se no grau de proximidade à única verdade a ser buscada, em outras palavras, ao grau de verossimilhança ao mundo empírico, sendo este, a princípio, mais elevado no processo penal do que no processo civil, em decorrência da técnica processual penal atribuir poderes instrutórios mais amplos ao juiz, permitindo uma maior cooperação entre partes e o magistrado e admitindo um maior número de provas.

Contudo, registre-se que o grau de verossimilhança revelado no processo civil está cada vez mais próximo ao alcançado pelo processo penal. Isto porque, tem-se ampliado os poderes de atuação *ex officio* do juiz no processo civil e, por outro lado, maiores limitações têm surgido no processo penal.

Veja-se, por exemplo, o art. 502, *caput*, do Código de Processo Penal, que arazoava: “Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em cinco dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”. Esse artigo representava a fase de “diligências complementares pelo juiz” e previa amplos poderes instrutórios do magistrado para o descobrimento da verdade. Entretanto, o artigo em epígrafe foi revogado pela Lei nº 11.719/2008, de forma que compete às partes desincumbir de seu ônus probatório e requerer diligências que julguem necessárias para o esclarecimento da verdade, para posteriormente serem ou não deferidas pelo juiz.

Assim, as recentes alterações no sistema processual penal mitigam alguns dos poderes instrutórios do juiz. No entanto, tais poderes não foram abolidos por completo, permitindo-se ainda, por exemplo, a produção de prova de ofício pelo juiz (art. 156, CPP).

Já no processo civil, segundo apontamentos de Luís Fernando de Moraes Manzano<sup>6</sup>, está prevista uma série de poderes instrutórios que permitem a atuação de ofício do magistrado nas diligências que reputar necessárias na busca incansável, mas essencial, da verdade, demonstrando que o processo civil não prima apenas pela verdade formal.

Aprioristicamente, a regra geral é de que o processo civil trata de direitos pessoais, o que justificaria a atuação mais contida do juiz na instrução probatória, ao contrário da matéria de ordem pública que, a princípio, é objeto do Direito Penal. Aliás, este é um dos argumentos sustentados pela doutrina ao distinguir os princípios da verdade material e verdade formal. Ocorre que algumas matérias civis tratam de direitos e interesses indisponíveis, como as causas de família, que envolvem pátrio poder e incapazes. Tais matérias são inclusive mais importantes do que alguns bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, por exemplo, nas contravenções penais, que não implicam pena privativa de liberdade, de forma que se denota a possibilidade de existência de condenações civis mais graves do que condenações penais.

Ainda, ao reconhecer a existência de duas verdades, uma absoluta e outra formal, implica dizer que no processo civil o juiz pode contentar-se com uma solução imperfeita, condizente com uma não verdade, quando o que acontece é que a busca pela verdade deve ser o objetivo de toda instrução probatória, afinal, apesar de a finalidade do processo ser a justa solução de um litígio e não a apuração da verdade, indubitavelmente tem-se que esta é uma premissa daquela.

Eduardo Cambi (2001, p. 71) preleciona que “a verdade não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça”. Dessa forma, tanto no processo civil, quanto no processo penal a prova deve ser um meio para que se busque pela verdade

---

<sup>6</sup> “A evolução mais recente denota clara mudança de perspectiva. De um lado, com a adoção de medidas despenalizadoras, introduzidas no processo penal pela Lei 9.099/95, transige-se com a verdade real e, não se admite a revisão criminal *pro societate*, ainda que surjam provas cabais da culpabilidade do absolvido, após o trânsito em julgado; de outro, “verifica-se a propensão a aprimorar os mecanismos da prova e, com isso, propiciar uma correspondência mais exata entre a fundamentação *in facto* da sentença e a realidade histórica. Pelo menos quatro sinais apontam em tal sentido: (a) o desfavor em que vem caindo o antigo princípio da enumeração taxativa das provas utilizáveis, já substituído, em várias legislações, pelo da atipicidade dos meios de prova; (b) o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo órgão judicial; (c) a progressiva redução, quando não o abandono, das restrições impostas pelo velho sistema da “prova legal” à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; (d) a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos” (BARBOSA MOREIRA citado por MANZANO, 2008, p. 442). Várias regras do processo civil se identificam com o princípio da verdade material: (a) cabe ao juiz, de ofício (ou a requerimento da parte), determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC); (b) o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342 do CPC); (c) o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder (art. 355 do CPC); (d) o juiz, de ofício (ou a requerimento da parte), pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse a decisão da causa (art. 440 do CPC); [...]”. (MANZANO, 2008, p. 432).

processualmente válida, ou seja, o juízo de verossimilhança e, conseqüentemente, para que a atividade jurisdicional seja efetivamente um meio para realização da justiça. Isso não significa que o juízo de verossimilhança, por não ser substancialmente a verdade, não retrate uma decisão justa. Francisco das Neves Baptista (2001, p. 210) lembra que “é o escopo do processo a justiça e não há por que inadmitir-se que essa se possa atingir independentemente de uma verdade qualquer”.

Além disso, convém destacar que ambas as verdades (material e formal) na concepção desenvolvida pela doutrina são substancialmente “verdades” formais, porque juízos de verossimilhanças justificados pelo magistrado. Como a verdade absoluta ou real é irreconhecível, o que se tem é um juízo de verossimilhança, quer dizer, uma “verdade” criada a partir da instrução processual e que dificilmente condiz com a verdade real. Por esta razão se diz que ambas as verdades são formais, porque relativas, mas processualmente válidas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divisão da verdade em duas vertentes, uma formal e outra material, não se justifica. Primeiro porque a verdade é uma só. Segundo, porque essa verdade única, apesar de não impossível, é, no mínimo, irreconhecível pelo sistema jusprocessual, em razão do conjunto de limitações intrínsecas à natureza humana e decorrente do ordenamento jurídico.

Terceiro, as mudanças no sistema processual tem atribuído ao processo civil a tutela de bens jurídicos tão importantes quanto aos entregues à tutela penal, razão pela qual se vem ampliando os poderes instrutórios do juiz das varas cíveis, de forma que tanto, no processo penal, quanto no processo civil, a atividade probatória deve ter por fim a incessante busca da verdade real, não obstante, em ambos os casos, a sentença retratar um juízo de verossimilhança, ou seja, aquilo que se revelou mais condizente com a realidade, a partir dos instrumentos postos às partes e ao juiz pelo Direito.

O juízo de verossimilhança será, assim, a verdade para o juiz (e para o processo) extraída dos elementos probatórios produzidos de ofício ou pelas partes, através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação, pelo qual pesa e estima tais elementos.

A sentença penal e a sentença civil materializam a “verdade” justificada pelo Direito, que cria regras para que as partes aceitem os fatos como verdadeiros. A justificativa para a formação das regras pode ter por base a filosofia do pragmatismo – adota-se como verdadeira

a posição mais prática e útil – ora baseia-se na Escola do Neopragmatismo – a qual qualifica a posição adotada como a verdadeira por ser resultado da aplicação das normas jurídicas.

Assim, torna-se evidente a relatividade do conceito “verdade” para o sistema jusprocessual. É patente a volatilidade deste conceito para o Direito, tendo em vista as mudanças sociais que ensejam distintas soluções qualificadas como práticas, bem como as alterações das normas jurídicas. Em ambos os casos, altera-se o que poderia ter sido adotado anteriormente como a “verdade”.

Assim, por mais provável que o resultado extraído da instrução processual seja o correspondente com a realidade dos fatos, o juiz sempre emergirá em dúvidas, de forma que nem mesmo no processo penal poderá ser afirmado que a sentença retrata a verdade real. Se assim fosse, inexisteriam erros judiciais.

Diante do exposto, robusto se torna entender pela impropriedade dos princípios da verdade formal e verdade material.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Um Réquiem à Busca da Verdade no Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, a. 4, n. 23, mar./abr. 2008, p. 39-58.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. São Paulo: Renovar, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 3.

FERREIRA, Rosana Miranda. **O Processo Penal e a busca pela verdade**. 2006. 199f.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC de São Paulo, São Paulo, 2006.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Podivm, 2009.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 97, v. 875, set. 2008, p. 432-452.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. [Processo de conhecimento].

RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

## **THE INADEQUACY OF THE PRINCIPLES OF THE MATERIAL TRUTH AND FORMAL TRUTH: A PHILOSOPHIC ANALYSIS OF THE TRUTH ACHIEVABLE BY THE LAW**

### **ABSTRACT**

The traditional doctrine correlates the proof activity to the principles of the formal truth and material truth. However, it is the scope of the present article to demonstrate that this dichotomy is inappropriate. Carrying on the concept of truth of the Philosophy, especially for the Pragmatism and Neopragmatism philosophies and, presenting some human's limitation and law's limitation, it seeks to recognize that the truth is intangible for the process of law, being to recognize only a idea of probability.

**Keywords:** Principles, Material Truth, Formal Truth, Inappropriate dichotomy.



## HERMENÊUTICA E REALIDADE: O DEBATE METODOLÓGICO ENTRE HART, DWORKIN E RAZ

Rubens Eduardo Glezer\*

### RESUMO

*Este artigo pretende apontar como as diferentes opções de hermenêutica, que por sua vez se fundam em diferentes fundamentos teóricos do direito, decorrem de diferentes concepções sobre realidade. Através do debate realizado, em um primeiro nível, entre Herbert Hart e Ronald Dworkin e também, em um segundo nível, entre Joseph Raz e Ronald Dworkin, optou-se por explorar a origem das diferenças de premissa entre o positivismo atual e o que se tem convencionalmente chamado de pós-positivismo.*

**Palavras-chave:** *Hermenêutica. Teoria do Direito. Debate metodológico. Positivismo. Pós-positivismo.*

### 1 INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo na Filosofia do Direito é marcadamente metodológico. As questões sobre a normatividade dos princípios, separação entre direito e moral, discricionariedade judicial, dentre outras, não são mais pontos de partida das investigações filosóficas, mas decorrências.

As diferenças metodológicas sobre as quais se discutem, estão no cerne do empreendimento filosófico-científico de descoberta da realidade, ou seja, da investigação de quais são os elementos que podem servir como parâmetro de avaliação da experiência

---

\* Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atua no Núcleo de Justiça e Constituição da FGV.

humana. Uma das principais chaves de compreensão do estágio atual deste debate no direito está na confrontação entre as ideias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. Dentre os recortes possíveis, contrapor os dois autores continua sendo uma experiência rica, considerando o concomitante paralelismo e antagonismo entre os dois na história do pensamento jurídico, marcado pelo como exploraram o giro linguístico na filosofia do direito.

Neste artigo, através de uma análise restrita, em um primeiro momento, ao embate mantido entre *O Conceito de Direito* (HART, 1994) e *O Império do Direito* (DWORKIN, 1990), pretende-se apresentar o modo pelo qual os diferentes métodos de pesquisa dos filósofos denotam diferentes concepções de realidade e, portanto, de direito; para, após, explorar certos pontos críticos. Ao final, apresenta-se o segundo nível do mesmo debate, levado adiante por Raz e Dworkin.

## 2 A ANÁLISE SOCIOLÓGICA DE HART

Pode-se dizer que Hart estabeleceu os fundamentos do positivismo jurídico contemporâneo justamente por uma questão de metodologia. Hart causa uma ruptura no pensamento jurídico, pois estabelece um novo terreno sobre o qual se deve debater o fenômeno jurídico, ou seja, com sua “virada hermenêutica”, ofereceu um novo paradigma científico de compreensão do Direito (BIX, 1999, p. 172). Este novo conceito consiste, *grosseiramente*, em reconhecer a existência do fenômeno jurídico ao mesmo tempo em que se abandona uma “visão absoluta de mundo”, pela qual, a realidade somente existiria fora do subjetivismo humano (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 53). Em outras palavras, Hart buscou abandonar a racionalidade própria das ciências naturais para tentar descrever o direito – como se verifica implicitamente desde a primeira página de *O Conceito de Direito*<sup>1</sup> até a refutação do critério *per genus et differentiam* (HART, 1994, p. 15).

Reconhecer a existência do fenômeno jurídico ao mesmo tempo em que nega descrevê-lo através da quantificação de dados e fatos brutos foi justamente o que lhe distinguiu da literatura jurídica produzida até então (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 157). No entanto, restou uma dificuldade óbvia: como descrever esse fenômeno? A compreensão do Direito exige algo mais do que simplesmente observar padrões de comportamento e traçar

<sup>1</sup> Logo de início, Hart indica a dificuldade histórica de se compreender a ciência e o fenômeno jurídico do mesmo modo que a química ou medicina. Cf.: HART, 1994, p. 1-3.

relações factuais de causalidade; esse tipo de análise não seria apta sequer a distinguir *hábitos* de *regras*, bem como alguém *ser obrigado* de *ter uma obrigação* (BIX, 1999, p. 174).

É na distinção entre regra e hábito que Hart estabelece questões a respeito de pontos de vista *internos* e *externos* a respeito do direito – centrais ao desenvolvimento de sua tese (HART, 1994, p. 89). Abordar o fenômeno jurídico a partir de um ponto de vista interno implica em reconhecer, à moda sociológica, como os agentes sociais refletem sobre o que fazem, enquanto o ponto de vista externo ignora essa dimensão de *razões* para agir (BIX, 1999, p. 176). Cada um destes pontos de vista retrata diferentes realidades – na medida de sua capacidade (MICHELON JÚNIOR, 2004). Um exemplo é adequado para ilustrar a questão. Uma situação ordinária quanto ao fenômeno em volta de um sinal de trânsito pode ser compreendida, nos termos expostos, de duas maneiras diferentes. Pelo ponto de vista *externo* o que se pode descrever é uma simples tendência de pessoas pararem quando presente certo tipo de luz e não pararem enquanto presente outro tipo, ou ausente aquele primeiro. Sob o ponto de vista *interno*, é necessário contextualizar os atos externos de acordo com o significado destes sinais para os agentes sociais – somente assim podemos entender que parar em um semáforo é respeitar toda uma ordem de tráfego, cujo desrespeito implica na possibilidade de crítica interna e por terceiros. Assim, apenas adotando o ponto de vista *interno* é que podemos diferenciar o indivíduo que atravessa o farol vermelho, de um paulista que deixa de pedir uma pizza no domingo<sup>2</sup> - na medida em que ambos estariam rompendo com as “tendências” captáveis pelo ponto de vista *externo*.

Dada esta concepção do que é o fenômeno jurídico e de como deve ser compreendido, para realizar esse auto-intitulado “ensaio de sociologia descritiva” (HART, 1994, p. iii, prefácio), Hart precisava de um aparato metodológico adequado, que indicou se tratar da *análise conceitual*. Por este método o ponto de vista interno pode ser encontrado através de “usos comuns” no mundo (STAVROPOULOS, 2001, p. 64). Em outras palavras, o fenômeno jurídico se situa e pode ser identificado em uma esfera de convenções sociais (HART, 1994, p. 267). Apesar da complexidade da *análise conceitual* hartiana, aprofundá-la fora deste viés fugiria ao escopo deste trabalho (Cf.: MARMOR, 2001).

Essa observação de fatos sociais poderia ser descrita sem qualquer juízo de valoração; ainda que tenha incorporado em seu exame as razões de obediências às regras/obrigações jurídicas por parte dos agentes sociais, inclusive as razões morais (HART,

---

<sup>2</sup> Exemplo inteiramente devido ao professor Ronaldo Porto Macedo, exposto durante as aulas da disciplina “Teoria do Direito” ministrada no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Desenvolvimento da DIREITO GV, no segundo semestre de 2009.

1994, p. 244). Posto diferentemente, não decorreria do método de pesquisa hartiano que o pesquisador se posicione perante as razões existentes no ponto de vista interno dos agentes sociais investigados (BIX, 1999, p. 178). É esta concepção que impede Hart de compreender porque Dworkin compara suas teorias, já que ambas teriam finalidades diferentes:

Meu propósito é *descritivo* e, portanto, moralmente neutro e não visa dar justificativas: não busca justificar ou validar em fundamentos morais, ou de qualquer outro gênero, as formas e estruturas presentes em minha definição geral de direito, apesar de pensar que uma compreensão destas características é requisito para qualquer crítica moral relevante do direito (HART, 1994, p. 240).

A ambiguidade do ponto é profunda. Hart defende que uma conceituação adequada do direito deve dar conta do ponto de vista interno dos agentes, mas sem que o “conceituador” deva partilhar deste olhar interno – ao contrário, deve se tratar de um *observador externo* (HART, 1994, p. 242) (dotado de um esforço empático). No entanto, tal conclusão decorre de sua caracterização do fenômeno jurídico enquanto fato institucional construído através do uso comum da linguagem. Substitui-se a noção de direito como *fato bruto* por *fato social*, de modo que ainda possa ser observável e descrito sem qualquer carga de valor<sup>3</sup>.

Para Hart, a tarefa descritiva serve ao propósito de se alcançar um maior nível de compreensão do objeto de exame, através da linguagem (HART, 1994, p. 14): que permite identificar as fontes sociais do direito (HART, 1994, p. 269). Nesta concepção o fato institucional pode ser “desvendado”, enquanto realidade linguística, tal qual a real composição do átomo (ainda que a partir de uma metodologia própria e outros fundamentos). Essa realidade, no pensamento hartiano, somente pode existir no espaço da experiência partilhada – um tipo de mínimo consenso linguístico e social. Inclusive por este motivo que a relação entre direito e moral seria apenas contingente, na medida em que não há consenso *a priori* quanto ao conteúdo moral. Verificar a possibilidade metodológica dessa descrição feita a partir de um observador externo nos trará ao cerne da contraposição às ideias de Dworkin.

<sup>3</sup> Para aprofundamento na questão específica do papel dos fatos sociais, confronte SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Soceidade, Filosofia no Mundo Real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

### 3 A ANÁLISE POLÍTICA DE DWORKIN

Dworkin nega a viabilidade do empreendimento hartiano de uma descrição neutra do fenômeno jurídico, não porque seja comparativamente pior do que uma análise valorativa, mas porque falha na sua própria finalidade descritiva. Dentre os argumentos utilizados, há um central: a descrição hartiana não é neutra (moral e politicamente) como se pretende e fracassa em perceber essa sua característica. Tal conclusão não é óbvia, mas é alcançada após um complexo esforço argumentativo, do qual foram selecionadas apenas algumas facetas.

Para Dworkin, a descrição positivista se engana ao pressupor que a existência de convenções sociais é o único fator suficiente para o surgimento de regras sociais (PERRY, 2001). O direito, nesta concepção, se organizaria primordialmente em torno das opções políticas feitas – identificar o direito aplicável ao caso concreto se tornaria uma questão histórica – que por serem de conhecimento geral dos técnicos do direito, não poderiam gerar divergências genuínas (DWORKIN, 1990, p. 12). Por este raciocínio, as divergências teóricas entre profissionais seriam apenas frutos de ausência de convenções sociais prévias, mal-entendidos, fingimento ou do favorecimento de posicionamento pessoais em detrimento do “verdadeiro” direito (DWORKIN, 1990, p. 12).

O filósofo vê um grande engano em enxergar a prática jurídica (e sua intrínseca divergência) como um embate entre aqueles que respeitam o direito e aqueles que querem melhorá-lo. Através do estudo de alguns casos, como *Brown, Elmer* e *Snail darter*, Dworkin (1990, p. 46) procura demonstrar que as divergências decorrem de diferentes concepções sobre qual é o verdadeiro conteúdo do direito. Em síntese, cada juiz decide conforme o que acredita ser o direito – seja ele o respeito inflexível à literalidade da lei, a melhor alocação de custos na sociedade ou o valor de justiça. Assim, acreditar que os juristas deveriam convergir quando “a lei é clara”, ou se existem precedentes judiciais bem estabelecidos, é recair no equivoco de que há um direito que existe sem qualquer esforço interpretativo (DWORKIN, 1990, p. 13-14), ou seja, fora da valoração. A incapacidade da tese hartiana em explicar satisfatoriamente essas divergências teóricas sobre o direito, é o que Dworkin chamou de “agulhão semântico” (DWORKIN, 1990, p. 55-56).

Essa ferroada que atinge a teoria positivista, dá suporte à necessidade de substituir essa teoria do direito como “simples fato” (*simple fact*) por outra teoria que “dê conta” dessa falha (DWORKIN, 1990, p. 19). A partir de tal conclusão Dworkin passa a desenvolver sua tese de que o direito pertence a uma categoria de conceitos chamados de interpretativos, que não podem ser identificados *somente* pelo uso linguístico convencional. Ao invés de uma

caracterização precisa, nos bastará o saber o seguinte: este tipo de conceito se distingue dos demais, pois veicula valores sociais; deste modo, ao mesmo tempo em que classificamos um ato, uma pessoa ou objeto, imediatamente fazemos um juízo de valor. Desta forma, distingue-se diferenciar semanticamente um livro de um folhetim, de diferenciar interpretativamente entre um país desenvolvido e outro subdesenvolvido; ou para nossos fins, uma conduta lícita de uma ilícita (DWORKIN, 1990, p. 55-89) - está presente na classificação um juízo moral de aprovação ou reprovação. Em outros termos, seria impossível adotar um método relevante compreensão do fenômeno jurídico através de uma metodologia externa, ou moralmente neutra (PERRY, 2001, p. 353). Mas no que se constitui então uma metodologia adequada de compreensão do fenômeno jurídico?

Ironicamente, a refutação de Dworkin consistiu em levar o empreendimento hartiano mais adiante; de certo modo, radicalizá-lo (PERRY, 2001, p. 347). Do mesmo modo que Hart rompeu com as correntes filosóficas que ignoravam a importância de serem explorados os pontos de vista internos dos agentes sociais sobre o fenômeno jurídico, Dworkin o faz “beber do próprio veneno” ao demonstrar que ignorou a importância do pesquisador apresentar um ponto de vista interno, apresentar o sentido do ordenamento jurídico: o que implica em justificar-lhe (PERRY, 2001, p. 348), indicar sua finalidade (PERRY, 2000, p. 182). Apenas na sua justificativa é que podemos reconhecer como se opera a normatividade do fenômeno jurídico; já que os próprios agentes sociais possuem uma atitude interpretativa (PERRY, 2000, p. 186). Daí a inutilidade de se realizar um esforço descritivo geral do fenômeno jurídico que busque explicar e elucidá-lo apenas através da enumeração de sua estrutura comum entre diferentes sociedades, como quis Hart (1994, p. 239).

Mas de certo modo voltamos ao mesmo ponto: como o agulhão semântico não atinge Dworkin? Reconhecemos que o direito é um conceito interpretativo, mas o que isso nos diz sobre as divergências teóricas? Até o momento conseguimos identificar a necessidade do pesquisador de adotar um ponto de vista interno, dotado de razões morais para descrever o fenômeno jurídico. Isso porque, conforme Perry, adotar uma teoria pela qual o teórico deve esclarecer as convicções dos agentes sociais e não somente relatá-las implica na adoção de um conteúdo moral, já que “a elucidação de convicções a respeito de razões para a ação envolverá, quase inevitavelmente, o argumento moral ou, pelo menos, normativo” (PERRY, 2000, p. 199). No entanto, não esclarecemos como justificar a divergência no direito. O aprofundamento sobre esta questão expõe uma das facetas relevantes sobre o debate contemporâneo.

#### 4 DIVERGÊNCIA , CONTEÚDO E VALOR

Ao prescrever a metodologia interpretativa, Dworkin traça algumas distinções entre certas etapas da prática interpretativa, dentre as quais destacamos separar *conceito* de *concepção*. É no âmbito do *conceito* que as práticas estão compartilhadas, onde existe uma firme condição linguística. Tomando o exemplo utilizado no *O Império do Direito*, nosso conceito de “cortesia” está ligado a uma ideia de respeito (DWORKIN, 1990, p. 86). Neste altíssimo nível de abstração conseguimos realizar distinções de baixo esforço interpretativo, como para excluir da ideia de cortesia a agressão física de um homem contra uma mulher. No entanto, ainda que toda nossa comunidade partilhe do mesmo conceito de cortesia, haverá divergência quanto à classificação o caso de um homem que paga toda a conta de uma refeição para uma mulher como cortesia ou machismo.

Essa divergência decorre das diferentes *concepções* sobre ideia de respeito que deve informar a cortesia. No âmbito jurídico, a conclusão decorrente é a de que os juízes decidem diferentemente de acordo com as diferentes concepções de direito que adotam, que são, necessariamente, informadas por suas convicções morais e políticas sobre o sistema jurídico. Assim, ainda que conceitualmente concordemos com que o direito deve respeitar a dignidade da pessoa humana, nossas diferentes concepções nos fazem divergir se a eutanásia respeita ou afronta o direito brasileiro, ou seja, se as pessoas têm ou não direito à eutanásia.

No entanto, a resposta esboçada por Hart ao ferrão semântico, no posfácio, nos leva a crer que a crítica foi mal interpretada. A defesa foi estabelecida em poucas linhas, com base em alegar que: i) sua tese não foi atingida pelo aguilhão semântico, na medida em que não buscou definir o direito a partir da palavra “direito” (HART, 1994, p. 246); ii) Dworkin haveria confundido o *significado* de conceito com sua *aplicação* (HART, 1994, p. 246); e iii) a diferença entre conceito e concepção fortalece sua tese ao invés de enfraquecê-la (HART, 1994, p. 271).

Ao invés de pressupormos que Hart não alçou a mínima compreensão das críticas lançadas no *O Império do Direito*, preferimos entender que para o filósofo, definir o direito a partir de um sistema de regras que indique a *validade* das normas jurídicas já fornece todas as *condições de verdade* de um sistema jurídico. Para Hart, as condições de verdade do sistema jurídico podem ser estabelecidas independentemente do conteúdo das normas: a validade será o guia adequado (HART, 1994, p. 247). Este é o ponto fulcral do aguilhão semântico: negar que as condições de verdade em um sistema jurídico, como a licitude, dependam dos valores contidos na norma. Refutar o aguilhão semântico implica em refutar a metodologia

dworkiniana. Entendemos que a crítica mais contundente, nesse sentido, não foi feita pelo próprio Hart, mas por Joseph Raz.

#### 4.1 A refutação raziana do agulhão semântico e sua resposta

Raz consegue avançar nos argumentos positivistas por acatar a premissa dworkiniana de que explicações a respeito da “natureza do direito” implicam na adoção de critérios valorativos – abandonando a pretensão puramente descritiva de Hart (2001, p. 21). No entanto, isso não impediria o exame de certos conceitos sem o aprofundamento em determinada concepção (na linguagem dworkiniana). Para Raz, os conceitos são necessários para criticar ou abandonar outros conceitos (RAZ, 2001, p. 22), que apesar de conexos, seriam independentes entre si (RAZ, 2001, p. 23). Na verdade, mantém-se a ideia hartiana que o conceito serve para aprofundar nosso conhecimento, trazer ideias gerais, tal como se procura em um dicionário (RAZ, 2001, p. 7)<sup>4</sup>.

A fim de esclarecer seu ponto, Raz utiliza o exemplo da “guerra justa” (RAZ, 2001, p. 23). Supondo que aceitemos que a guerra justa é aquela na qual há proporcionalidade entre as agressões cometidas, ainda que partilhemos deste conceito iremos divergir sobre quais são os limites da proporcionalidade e como os atos de guerra se enquadram nessa classificação e como ambos os critérios se relacionam com a “justiça” inserida no conceito. No entanto, para Raz estes debates são *irrelevantes* para a compreensão do conceito apresentado, o que demonstra através de uma pergunta: “Uma compreensão efetiva do conceito de guerra justa envolve a compreensão de como comparar as diferentes agressões?”<sup>5</sup> A divergência em questão afetaria apenas nossa capacidade de saber se determinada guerra é justa ou não, mas não que teríamos uma compreensão equivocada ou incompleta do que é uma guerra justa (RAZ, 2001, p. 23).

A defesa positivista contra o agulhão semântico se baseia na premissa de que as *condições de verdade* das proposições jurídicas são alcançadas por condições que independem de qualquer valor moral, por critérios objetivos, qual seja: a validade jurídica (RAZ, 2001, p. 29). Por decorrência lógica, isso significa que é possível operar o direito sem que suas ações estejam fundadas em determinada concepção de direito – e é justamente esta a tese de Raz (2001, p. 36). À grosso modo, o que se pretende dizer é que nenhum juiz brasileiro *precisa* ter

<sup>4</sup> Para defender seu ponto, Raz usa um exemplo de um verbete do *Oxford English Dictionary* (RAZ, 2001, p. 7).

<sup>5</sup> “Does it follow that a comprehensive understanding of how to compare the severity of different harms is part of understanding the concept of a just war?” (RAZ, 2001, p. 23).

uma concepção clara sobre o direito brasileiro para aplicá-lo aos casos concretos. Nesse sentido, equivaleria afirmar que certo juiz não precisa ter qualquer concepção determinada de direito para efetivar uma reintegração da posse; bastando para tanto, aplicar as leis brasileiras.

O aspecto intuitivo destas proposições engana o seu próprio formulador. O que Dworkin aponta em *A Justiça de Toga*, é que se tratando de valores morais e políticos, como a justiça, a ideia de conceituação apresentada por Raz é tautológica (DWORKIN, 2006, p. 155). Ao “definir” a guerra justa como aquela de agressões proporcionais, não fez nada mais do que apresentar seu conceito de justiça em palavras diferentes; equivale a dizer que democracia é o governo do povo ou que a liberdade é a qualidade de agir de acordo com sua própria determinação. São apenas ilusões de esclarecimento que decorrem do agulhão semântico.

Raz não consegue enxergar, ou sentir, que também foi ferroadado e, precisamente por este motivo, entende que é possível explicar conceitos valorativos sem a apresentação de suas próprias convicções; entende que apresentar as *aplicações* jurídicas é apenas uma questão (necessária) de *exemplo* (RAZ, 2001, p. 20). No entanto, Raz “dá por barato” a necessidade de exemplificar conceitos valorativos, recaindo na confusão de tratar as concepções como *extensões do significado* de uma palavra (DWORKIN, 1990, p. 87). Estes “exemplos”, na tese dworkiniana, integram o processo interpretativo e viabilizam a compreensão do valor que se pretende definir – são eles que trazem os critérios de correção no uso, não simplesmente a convenção social. Pela mesma razão há ilusão na ideia de que “bastaria” ao juiz aplicar a lei brasileira: sua concepção de direito o faz divergir de outros juízes sobre no que consiste aplicar o código civil brasileiro perante um mesmo caso concreto ou que tipo de princípios deve preponderar, por exemplo. Essa é a real profundidade do agulhão semântico: apresentar conceitos de valores morais e políticos neste nível de alta abstração, não gera compreensão sobre o que se examina.

## **5 FAZENDO O QUE SE DIZ: O JUÍZO DE VALOR SOBRE AS METODOLOGIAS (CONCLUSÃO)**

Para que este artigo não padeça de certa hipocrisia, expor explicitamente o juízo de valor deste pesquisador entre o embate metodológico exposto ao longo deste trabalho se faz necessário. Apesar de até demasiado explícita a preferência pela metodologia dworkiniana, os principais motivos desta escolha estão subjacentes. O leitor atento constata que a apresentação do embate contemporâneo foi concluída com a “vitória” do agulhão semântico; o que não

implica na “vitória” de Dworkin. Para que se possa indicar que metodologia dworkiniana sagrou-se vencedora, não basta indicar a falha das teses competidoras, mas indicar porque a sua é correta – o que consistiria por si só em um novo trabalho. Isso porque, ao final, sabemos como não podemos conceituar valores morais e políticos, mas não indicamos por completo como fazê-lo.

A virtude da metodologia dworkiniana está em sua complexidade. A capacidade do filósofo em compreender a íntima conexão que há entre os fenômenos sociais da linguagem, ética, moral e política: uma ligação intensa entre o micro e o macro que é bem representada pela alegoria de Wittgenstein de uma corda composta por fios que se entrelaçam, mas sem que nenhum deles percorra toda sua extensão ou largura (citado por DWORKIN, 1990, p. 85). Sua refutação do ceticismo moral através do deslocamento de nossa concepção de *objetividade* (DWORKIN, 1996) e através do valor da *integridade* (DWORKIN, 1990) nos instrumentaliza para raciocinarmos através da lógica que nos parece mais adequada ao direito: a de ter direitos.

Em conclusão, parece-nos correta a proposição de que nossa compreensão do fenômeno jurídico é profundamente interpretativa e, portanto, normativa. Somente conseguimos criar qualquer distinção do Direito de outros fenômenos sociais por meio de condições de verdade, que não conseguimos encontrar fora do âmbito das concepções. É justamente por esta razão que o debate contemporâneo é, repise-se, notadamente metodológico: são os diferentes modos de *como se pode compreender a realidade* e, portanto, o fenômeno jurídico, vão implicar nas diferentes teses polêmicas sobre separação do Direito e moral, o papel da autoridade estatal, a normatividade dos princípios, dentre outros.

## REFERÊNCIAS

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. **Southern Methodist University Law Review**, v. 52, 1999, p. 167-200. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=163810](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=163810)>. Acesso em: 20 nov. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Indeterminacy and Law.** In: GUEST, Stephen (Org.). *Positivism Today*, Aldershot. England: Dartmouth, 1996, p. 1-11.

\_\_\_\_\_. **Justice in Robes.** Cambridge: Harvard University Press, 2006

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law.** Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 1994.

MARMOR, Andrei. **Legal Conventionalism.** In: COLEMAN, Jules (Ed). *Hart's Postscript.* Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 193-217.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERRY, Stephen R. **Hart's Methodological Positivism.** In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript.* Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 311-354.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e metodologia na teoria jurídica.** In: MARMOR, Andrei (Org.). Trad. de Luís Carlos Borges. *Direito e Interpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 145-203.

RAZ, Joseph. **Two Views of the Nature of the Theory of Law: a partial comparison.** In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript.* Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 1-37.

STAVROPOULOS, Nicos. **Hart's Semantics.** In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript.* Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 59-98.

## **HERMENEUTICS AND REALITY: THE METHODOLOGICAL DEBATE BETWEEN HART, DWORKIN AND RAZ**

### **ABSTRACT**

This article aims to point out how the different options of hermeneutics and interpretation, which are based on different

theoretical principles of Law, result from different conceptions of reality. By an exam of the debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin, in a first moment, as well as between Joseph Raz and Ronald Dworkin, in a second moment, we explored the origins of the groundings differences between contemporary positivism and what have been named in Brazil as post-positivism.

**Key-words:** Hermeneutics, Interpretation, Jurisprudence, Methodological debate, Positivism.