



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
UNIDADE SETE LAGOAS

REVISTA JURÍDICA
SANTO AGOSTINHO
DE SETE LAGOAS

Sete Lagoas - Minas Gerais - Brasil. Publicação Anual: jan./dez. 2015 / V. 1 / N. 1 / ISSN 2448-2021



Revista Jurídica

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Organizadores

Alvaro Augusto Fernandes da Cruz

Sílvio de Sá Batista

ISSN 2448-2021

REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO
DE SETE LAGOAS

v. 1, n. 1 – Anual – Montes Claros, MG – 2015



FACULDADES SANTO AGOSTINHO

Eustáquio Eleutério do Couto Júnior
Diretor Administrativo Financeiro

Flávio Júnior Barbosa Figueiredo
Coordenador de Pesquisa

Silvana Maria de Carvalho Mendes
Diretora Acadêmica

Simarly Maria Soares
Coordenadora de Extensão

Tilde Miranda Sarmento
Coordenadora de Ensino

SOBRE A REVISTA
revistajur.sl@fasa.edu.br

REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

EQUIPE

1) Contato: Prof. Sílvio de Sá Batista - E-mail: silvio.desa@yahoo.com.br
Prof. Alvaro Augusto Fernandes da Cruz - E-mail: alvaro@fasa.edu.br

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Adriana Campos Silva - UFMG - Constitucional
Prof. Dr. *h.c.* Amilton Bueno de Carvalho – Prof. Convidado UniRITTER/RS, FESP/PR, UCSAL/
BA e Faculdade Baiana de Direito – Penal e Processo Penal
Professor Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho – USP/SP – Processo Civil
Professor Dr. Bruno Camilloto Arantes - UFOP - Filosofia do Direito
Prof. Me. Gabriel Aparecido Anízio Caldas - FASIP/MT - Direito Constitucional e Direito do Trabalho
Professor Dr. José Luis Quadros de Magalhães - PUC-MINAS e FADISA/MG – Constitucional
Professor Dr. Lafayette Pozzoli – PUC/SP e UNIVEM/SP – Constitucional e Filosofia do Direito
Professor Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC-MINAS – Constitucional
Professora Dra. Patrícia Aurélio Del Nero - UFV
Professora Ma. Tanise Zago Thomasi – Faculdades AGES/BA – Biodireito e Direito Ambiental

CONSELHO EXECUTIVO

Professor Me. Alvaro Augusto Fernandes da Cruz – FASASETE/MG
Professor Me. Sílvio de Sá Batista – FASASETE/MG

DIAGRAMAÇÃO

Maria Rodrigues Mendes

REVISÃO

Amélia Maria Alves Rodrigues
Thales Andrade Campos

Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas. v.1, n.1 (2015) – Montes Claros:
Faculdades Santo Agostinho, 2015.

Annual.

v.1, n.1, 2015.

ISSN 2448-2021

Organizadores: Álvaro Augusto Fernandes da Cruz; Sílvio de Sá Batista.

1. Direito. 2. Jurisprudência. 3. Ciência do direito. I. Faculdades Santo Agostinho. II.
Cruz, Álvaro Augusto Fernandes da. III. Batista, Sílvio de Sá.

CDU: 34

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
O ESTAR EM JUÍZO DEMOCRÁTICO	
<i>Rosemiro Pereira Leal.....</i>	9
O ABORTO: DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS DO NASCITURO E OS DIREITOS DA MULHER GRÁVIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
<i>Filipe Rodrigues Garcia.....</i>	19
A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JURÍDICAS: ANÁLISE DA TÓPICA SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
<i>Lucas Dias Costa Drummond.....</i>	41
ENTIDADES DE CLASSES: INADIMPLÊNCIA E EXERCÍCIO LABORATIVO - UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 37 DA LEI 8.906/94	
<i>Marília Oliveira Leite Couto, Ana Maria Couto Ribeiro, Marina Couto Ribeiro.....</i>	53
OS JOÕES DE SANTO CRISTO: COMO OS EXCLUÍDOS SÃO TRATADOS NO BRASIL; A RENEGAÇÃO DE SUAS HISTÓRIAS	
<i>Paulo Henrique Borges da Rocha, Gabriela Loyola de Carvalho.....</i>	65
A INFLUÊNCIA DE LUDWIG WITTGENSTEIN NO PENSAMENTO DE H. L. HART	
<i>Roberto Denis Machado.....</i>	77
O DEVIDO PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DEMOCRÁTICO	
<i>Sílvio de Sá Batista, Eliziane Regina Teixeira, Mateus Barros Silva, Ricardo Nylander Lima.....</i>	89
LEGALIDADE E ARBITRIO NO DIREITO DEMOCRÁTICO	
<i>Ulisses Moura Dalle.....</i>	105
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO.....	123

APRESENTAÇÃO

Apresentar uma revista jurídica, nestes tempos de tensão política e crise do direito, consiste em desafio para quem se atreve a embrenhar-se nas veredas do discurso acadêmico, no sentido de desmitificar o poder, e, via de consequência, o próprio direito.

Poder, para FOUCAULT, consiste na forma, variável e instável, do jogo de forças que definem as relações sociais em cada momento histórico concreto, e que se conceitua através de práticas e discursos específicos.¹

Como membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas, sinto-me honrado em elaborar a apresentação desta primeira edição.

A nomenclatura direito traz consigo diversos significados, podendo referir-se tanto a um fenômeno social, quanto a um complexo de princípios e regras para o controle social ou princípios abstratos de justiça.

Tais concepções derivam de visões diferenciadas do fenômeno jurídico em si, matizadas em aspectos ideológicos.

Nesse sentido, o instigante artigo de meu colega de PUC/MG, Prof. Rosemiro Pereira Leal, inserido na revista, sob o título O estar em juízo democrático, é emblemático.

O paradigma de Estado Democrático de Direito, uma utopia a ser construída, foi entronizado na Constituição de 1988. Nos Estados liberal e social de Direito, a crença de uma nação democrática, ao priorizar a observância de direitos fundamentais, frustrou-se.

No Estado democrático, os cidadãos brasileiros, entretanto, estão em constante litígio em face de iniciativas ilegais, autoritárias e burocráticas, realizadas pelo aparato ideológico do Estado.

A interferência deste paradigma, em suas várias formas, em relação ao monopólio legítimo da violência, estimula a instituição de um judiciário decisionista e conduz à impossibilidade de se instalar uma discussão sobre a democraticidade.

Mesmo assim, pela via da processualidade democrática, mediante devido processo constitucionalizante, a sociedade legitimada pode recorrer à fiscalidade incessante pela busca

¹ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289 e seq.

Apresentação

de seus direitos fundamentais, chamando o Estado à responsabilidade pelo cumprimento ou práxis da proteção constitucional.

O artigo sobre aborto, com leitura hermenêutica da ADPF n.º 54 do STF, de lavra do Prof. Mestre Filipe Rodrigues Garcia, segue a mesma trilha crítica. O mesmo se pode dizer do artigo sobre racionalidade das decisões jurídicas, por intermédio da teoria tópica, em investigação científica do Prof. Mestre Lucas Dias Costa Drummond.

A Professora Marília Oliveira Leite Couto, em coautoria com Ana Maria Couto e Marina Couto, propicia uma importante contribuição à revista com o artigo que versa sobre entidades de classe: inadimplência e exercício laborativo.

Os Professores Mestres Paulo Henrique Borges da Rocha e Gabriela Loyola de Carvalho se debruçam, em artigo pertinente à criminologia, pautado em exclusão social, sobre a vida de João de Santo Cristo, personagem de Faroeste Caboclo.

O Professor Doutor Roberto Denis Machado escreve artigo denso sobre a influência de Wittgenstein sobre o pensamento de Hart.

E para finalizar esta obra, quase toda fruto de pesquisas de professores e alunos da Faculdade Santo Agostinho, unidade Sete Lagoas, o Professor Mestre Ulisses Moura Dalle dissertou sobre questão peculiar à violência estatal: da legalidade e arbítrio no direito democrático.

O direito jamais há de ser considerado como uma ordem estagnada ou fossilizada. Através da investigação científica, como se percebe neste livro, pode-se aprofundar a crítica do discurso jurídico sedimentado, descortinando a visão sobre a crise do direito e do poder constituído.

Temos de formar novo tipo de jurista, mais engajado, menos tecnicista, capaz de ser criativo, ao superar a distância que separa o ensino jurídico da realidade.

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

O ESTAR EM JUÍZO DEMOCRÁTICO

Rosemiro Pereira Leal¹

INTRODUÇÃO

A perquirição que se impõe a partir da edição da CF/88 não é mais o direito de estar em juízo, mas o direito de estar em **juízo democrático** em que juízo e juiz não se confundem, uma vez que o juiz, como agente do juízo (que é o órgão estatal judicante), não é mais o sujeito processual cognoscente que, por enunciados solipsistas, se mostra como fonte decisional e gênese de um saber inatamente ontológico-pedagógico de realização de **Justiça**. Por isso, mesmo que se aproveite a arcaica expressão **Estado-juiz**, o que se avulta de relevante no paradigma de Estado Democrático de Direito é o *Estado-juízo*, para sabermos quais juízos (fundamentos decisórios) hão de ser adotados pelo juiz para cumprir o modelo normativo de Estado Democrático constitucionalizado no Brasil em outubro de 1988.

A não ser assim, os obsoletos conceitos de jurisdição (afetos aos paradigmas de Estado liberal e social de direito) anulam o real sistemático-juridificante constitucionalmente processualizado que lhes é oponente, exatamente porque este não mais abona uma atividade jurisdicional como faculdade de o juiz “dizer o direito” (*jurisdictio*) ou dizer o que é o efeito substitutivo da sentença (e não da lei) de ficar no lugar da vontade dos interessados. Nesse diapasão, a jurisdição vinculada ao velho e revogado instituto do **Estado-juiz** prevaleceria sobre os *juízos* democráticos de fundamentação das decisões no Estado paradigmático pela versão constitucional vigente que, a seu turno, não acolhe a ação judicial de origem romano-germânica (*Actio*) como gestora do processo, sequer a jurisdição dos juízes como atividade que pudesse ser ou não voluntária pela existência ou não de lide (conflito) entre partes. Dizer também que as “partes” são meras balizadoras de um todo

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor da UFMG e da PUC/Minas (Bacharelado, Mestrado e Doutorado em Processo). Presidente Fundador do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Advogado-Consultor

(círculo jurídico virtuoso) que só se completa pela velha relação jurídica bülowiana (juiz, autor e réu) seria outra distorção inaceitável em face das concepções jurídicas da CF/88.

Tanto assim que Theresa Alvim, já firme no pioneirismo de Couture, vai preconizar, em sua obra, “O Direito Processual de Estar em Juízo”², com raro brilhantismo, o *direito de petição* e não mais o exercício do direito de ação (seja este pela via jurisdicional voluntária ou não), vejamos *litteris* – ps. 11-12:

... o que aciona a jurisdição é o exercício do direito constitucional de ação (petição) e este é que dá nascimento ao *processo* – o gr. é nosso!

Ao se reportar ao direito constitucional de petição, instiga-nos a concluir, como o fiz em minha teoria neoinstitucionalista do processo, que, diferente das superadas lições de processo como relação jurídica entre pessoas (juiz, autor e réu), a eminente processualista teria também, em alguma medida, o entendimento que sustento de que o direito ao processo constitucionalizado exercido peticionalmente é que coloca, a seu serviço, a jurisdição como atividade do *Estado-juízo*, isto é, a atuação dos juízes conforme os juízos (enunciados proposicionais) do *sistema* constitucional vigorante dos quais não podem os decisores afastar-se. Assim - o que é importante na atualidade jurídica brasileira – é que a expressão “juízo de direito” assume a significação de órbita lógico-jurídica dentro da qual se encontra o juiz e com a qual se identifica como agente vinculado aos deveres de dar cumprimento aos direitos fundamentais do **processo** e não de garantidor voluntarista de juízos (ideias, valores) preceituais extra-sistêmicos de discursos morais egressos de modelos de democracia de fundo universalista ou comunitarista (liberal-republicanista) tão louvados no *civil e common law*.

2 JUÍZO DE DIREITO E AUCTORITAS

Ora, o *estar em juízo* que não seja o democrático constitucionalizado no Brasil atual é estar num órgão sem delineamento processual em que a **hermenêutica jurídica** se entrega ao realismo mecanicista e ao empirismo convencionalista sensibilizados pela mítica do talento, poder e clarividência da *auctoritas*. A distinção entre a lógica jurídica do Estado Democrático e a doutrina da *ciência dogmática do direito* dos Estados liberal e social é que, no Estado Democrático, o âmbito dos “juízos de direito” não é mais exclusivamente matéria de política ou organização judiciária como linhas de delimitação de competências de atuação de qualquer Direito, mas onde todas as competências (especializações jurisdicionais) se submetem ao eixo jurídico-sistêmico da constitucionalidade processualizada. Pouco importa se se debata direito material ou processual (para aqueles que ainda sustentam essa velha dicotomia), o que se estabiliza para os peticionários é o direito fundamental do *devido processo* como instituição construtiva, modificativa e aplicativa do direito desde os níveis instituinte e constituinte ao nível constituído de sua normatividade.

Se os **juízos lógicos** da constitucionalidade jurídica processualizada impõem acatamento pelas *partes* de pressupostos e condições para o **estar procedimental** nos referidos juízos,

² ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. Editora Revista dos Tribunais, SP, 1996.

tal exigência não mais decorre do fato de as partes estarem numa *relação jurídica* subordinativa e garantista com a pessoa física do juiz que haveria de comandá-las aos moldes do ativismo e protagonismo jurisdicionais, mas de tornarem possível a estruturação procedimental normativa em regime jurídico isonomicamente cognitivo. A exclusão de pressupostos e condições da procedimentalidade (não mais da “ação”) no direito de Estado Democrático colocaria, por retrocesso científico, a jurisdição no lugar do processo, porque lesões e ameaças ao direito seriam examinadas com supressão da *cognitio* que há de percorrer a produção da estrutura procedimental, segundo o modelo legal processualizado ou processualizável, ao *acertamento* de direitos pleiteados.

O *estar em juízo* como parte, na constitucionalidade brasileira, não é mais a situação daquela pessoa que teria sentencialmente a reconhecida legitimação para agir em juízo, porque, se assim o fosse, intalar-se-ia³

uma judicatura transcendental ao deslocar para a sentença final o efeito de identificar quem é ou não é *parte*. Esse ensino fazzalariano é uma *capitis diminutio* em face das conquistas constitucionais brasileiras que asseguram a todos a qualidade de movimentar processual e incondicionalmente o “Poder Judiciário” (direito de petição inscrito no art. 5º, XXXV, da CB/88).

É que, no Estado Democrático, os eventos procedimentais da chamada “carência de ação”, e de enigmáticas expressões utilizadas nos paradigmas de Estados Dogmáticos (Liberal e Social de Direito), tais como “extinção do processo”, “procedência ou improcedência da ação”, “provimento ou improvimento do recurso” e dezenas de outras que se poderiam alinhar, não excluem o **direito de petição** como “gênero” a que aludiu Couture⁴. No Brasil, os já constitucionalmente legitimados (partes) ao processo como *sujeitos de direito*⁵ de sua autoinclusão nos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade (na perspectiva neoinstitucionalista), não podem perder essa condição de autofruição jurídica desses direitos por um pleonástico exame de conveniência ou equidade (reserva do possível) como parâmetros de seu acolhimento pela jurisdicionalidade dogmática. No âmbito da constitucionalidade democrática o postulante já é **parte** da comunidade jurídica com ampla liberdade de exercer o direito processual constitucional de petição. Lamentavelmente, a nossa Constituição de 1988, ao reunir no mesmo TÍTULO II e CAPÍTULO I os direitos e garantias fundamentais e direitos e deveres individuais, trouxe enormes dificuldades de compreensão⁶ para a ortodoxia dos aferrados cultores dos velhos e genocidas paradigmas (organizações criminosas) de Estado Liberal e Social de Direito. A eles não vem sendo possível distinguir as órbitas de tais direitos e garantias por não terem os cultores do dogmatismo nenhuma iniciação científica nos altos estudos contemporâneos do **Direito** no paradigma de Estado Democrático que é co-instituição do discurso da teoria da processualidade constitucionalizante de um Sistema Jurídico não-Dogmático⁷.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Parte como Instituto do Processo Constitucional*, in O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos, Editora Revista dos Tribunais, 2010

⁴ COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, Editora Forense, RJ, 1995, p. 17

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*: Machado, Felipe David Amorim; Oliveira, Marcelo Cattoni de (coord), Constituição e Processo, Del Rey, 2009, ps. 283-291

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*, *idem* ps. 283-291

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo – uma trajetória conjectural*. Arraes Editores, BH, 2013

De igual modo, Dworkin trabalha o *princípio da integridade* como marco regulatório do *juízo do juiz*, logo a sua possível resposta correta não advém do acerto do direito (resposta acertada) pela procedimentalidade processualizada segundo uma *teoria da lei* a balizar a construção de um sistema jurídico co-institucionalizado (constitucionalizado) a exemplo da **teoria neoinstitucionalista do processo**. Esta teoria é que vai permitir uma *hermenêutica isomênica* que coloca partes e juiz e toda a jurisdição estatal, bem como a comunidade total dos legitimados ao processo, em simétrica paridade interpretativa a partir de direitos estáveis (líquidos, certos e exigíveis – direitos fundamentais) já pré-cógnitos (assegurados) na base fundante do sistema jurídico. O juízo, nesse viés, não é o intérprete selecionador de sentidos para sua decisão, mas um decisor-intérprete já teoricamente balizado pelo interpretante do *devido processo* co-institucionalizante e constitucionalizado. O direito, em minha teoria, não é a coercitividade normativa escolhida pelo juiz na rede jurídico-sistêmica em confronto com as argumentações das partes como sustentado por Dworkin. E tal não se pode confundir com a velha exegese que colocava o juiz como boca de uma lei submetida ao retórico princípio da legalidade entendido como *reserva da possível* entregue à ponderabilidade (flexibilidade, proporcionalidade) de uma razão (juízo) solipsista.

A seu turno, também a ideologia das “**cláusulas pétreas**” é uma seqüela histórica do paradigma do Estado liberal e social de direito que, abonando o dogma do discurso finito posto pela *autoautoritas*, impede a reconstrução procedimental processualizada das veredictões do Sistema Jurídico pela comunidade total dos legitimados ao **devido processo**. Na CF/88, tal fenômeno é claro, tendo em vista que os direitos fundamentais do processo, como fundantes paradigmáticos do Estado Democrático, não estão ali expressamente encarcerados (art. 60, § 4º) e, se estivessem, outro absurdo se cometeria por transformá-los em monologismos (dogmas) com perda total de seu caráter jurídico-autocrítico como *medium linguístico* egresso de uma teoria *intra* e metadiscursiva que é a neoinstitucionalista.

3 O ESTAR EM JUÍZO TÓPICO-RETÓRICO

A ausência dessa distinção paradigmática que atualmente caracteriza a deficiência reflexiva da quase unanimidade dos juristas (máxime constitucionalistas e processualistas brasileiros e estrangeiros) torna as conquistas constitucionais de viés democrático (não-dogmático) inócuas e desacreditadas, com a mais cruel e tirânica captura das novas gerações de juristas nas amarras tópico-retóricas da jurisprudência de Cícero a Vico e deste a Viehweg, como se constata da esclarecedora dissertação de mestrado⁸ do jovem e brilhante professor Gustavo de Castro Faria. Portanto, não feita essa distinção, o **estar em juízo** é estudado de modo igual para todos pelo atendimento de “pressupostos processuais e condições da ação” em conotações que marcam os ensinamentos dos processualistas de Bülow a Liebman e de constitucionalistas que acham que a constituição é fonte criadora do direito fundamental do processo como uma escritura homologatória das formas materiais de vida ou dos ideais gregários dos povos que, no fluir do tempo histórico, encontraram consenso em seus conteúdos normativos pelo saber da *autoridade* (Carl Schmitt).

⁸ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do Direito – Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática*. Arraes Editores, BH, 2012.

Direitos e deveres individuais é que estariam suscetíveis à demonstração e acatamento de pressupostos de admissibilidade procedimental e condições de procedibilidade, mas direitos e garantias fundamentais (já acertados precognitivamente nos níveis instituinte e constituinte de direitos) poderiam até mesmo dispensar, ao seu exercício, o **direito de estar em juízo**, uma vez que esses direitos têm origem no *dever* estatal da Administração Executiva (“Poder Executivo”) de implementá-los. Assim, o direito de movimentar a jurisdição em qualquer âmbito da constitucionalidade (Legislativo-Executivo-Judiciário) confere a qualquer dos integrantes da comunidade jurídica a qualidade de *parte* de um Sistema Jurídico processualmente criado e adotado em suas bases legiferativas, pouco importando se debate direitos individuais ou fundamentais, entretanto o **estar em juízo** é que difere para ambos, porquanto, em se tratando de direitos fundamentais, o provimento, se sentença, há de ser declaratória mandamental, não condenatória ou constitutiva (implementativa).

4 A EQUIVALÊNCIA JUÍZO-PROCESSO

O **juízo-de-direito** no Estado Democrático é o *locus* teórico-jurídico-linguístico da judicância pelo seu agente, o juiz, e exige a vinculação deste aos conteúdos e limites (interpretantes) da constitucionalidade vigente, porque, a rigor, judicante é o órgão (juízo) jurisdicional (núcleo dos fundamentos decisórios), não a pessoa operacional (física) dos juízes, o que lhes retira, no direito democrático, o atributo de exclusivo e pessoal “sujeito conhecedor” (sujeito cognoscente) do direito em face de quem exerça o “direito processual de estar em juízo” (na precisa e atualíssima expressão da insigne professora Thereza Alvim⁹). Entretanto, o que se tem de ressaltar é a reaproximação binomial *juízo-processo* que alcançou articulação no séc. XII pelo ensino de Búlgaro, professor da pioneira universidade de Bolonha, repetido por Bülow no séc. XIX, na qual a palavra *judicium* assume a designação de *processo* na ideologia (teoria?) bülowiana, conforme registram vários estudiosos do processo, especialmente o processualista Sérgio Bermudes que melhor explica a relação **juízo-processo**¹⁰: - *litteris* -

Na primeira definição de que se tem notícia, Búlgaro, professor de Direito de Bolonha, no século XII, ensina que *judicium* (juízo, julgamento, como então se denominava o **processo**) é ato de pelo menos três pessoas: autor, réu e juiz.

Quebra-se assim o mito de que a proximidade (ou equivalência!) **juízo-processo** traz ganho de compreensão democrática para o estudo do **contraditório** na perspectiva da constitucionalidade brasileira vigente que o tem como suporte do *devido processo*¹¹ em concepções deonto-crítico-teórica e não como exercício ontológico-linguístico-pragmático a possibilitar, a exemplo das teses doutrinárias picardianas, uma fantasiosa “*revalorização do contraditório*” em termos da referida equivalência *juízo-processo* para a atualidade dos estudos da Ciência Processual, abonando o arcaísmo comteano e positivista de SATTI que

⁹ ALVIM, Thereza. *Ob. Cit.*, ps. 11-12

¹⁰ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. Editora Forense, RJ, 1995, p. 76-*fine*

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Due Process* e o Devir Processual Democrático, in *O Futuro do Processo Civil* no Brasil, Editora Forum, BH, 2011, ps. 581-594

escrevera sobre o “mistério do processo”, entrelaçando lições de Carnelutti, Calamandrei, Capograssi, Giuliani e Fazzalari, usinando, assim, um **sincretismo** de inacessível discernimento (forma pura de dominação weberiana) com recepção expressa de Nicola Picardi¹²:

É proposta, portanto, a questão: *quid est processum?* E se observa que “o processo não é outra coisa além de juízo e formação do juízo (p. 140).

E arremata Picardi em suas convicções viehweguianas de senso comum da dogmática analítica que orienta a dialeticidade pragmático-linguística do neopositivismo que caracteriza o misto autoritário do Estado Liberal e o Social de Direito:

Assim, dada a íntima “natureza comum” entre processo e juízo, é aberta de tal maneira a via para recuperar juízo e contraditório e deles fazer, mais uma vez, os momentos da experiência processual (p. 141).

Prosseguindo em sua reflexão, Picardi acrescenta:

uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes ... o juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações das partes... (p. 141-*caput*)

E adiante conclui o mesmo autor:

O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica de senso comum sobre a *equidade*. Estamos, com toda a probabilidade, nas matrizes da noção de “justo processo” (p. 143-*fine*).

Com efeito, após essa digressão, a alardeada evolução ocorrida do **processo instrumental** de resultados jurisdicionais (metajurídicos) ao **processo justo** é simples troca de palavras que, a pretexto de dialeticidade pelo senso comum ou senso comum do conhecimento jurisprudencializado a vincar a participação cooperativa das partes (policentrismo) na formação do juízo, ostensivamente mostra o juiz desse juízo como **escolhedor** privilegiado e ajustador normativo dos sentidos da argumentação das partes. Nesse nebuloso horizonte hermenêutico picardiano, não se tem uma *teoria processual* a dar suporte à co-institucionalização sistêmica do ordenamento jurídico a estabilizar direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis, como interpretantes e balizadores instituintes e constituintes da compreensibilidade do paradigma estatal co-institucionalizado (constitucionalizado) de democraticidade que, na visão neoinstitucionalista, expurga o sujeito intérprete-conhecedor, regente ou com-participativo da formação do juízo judicante, para ensejar uma *hermenêutica isomênica (direito igual)* de interpretação para todos indistintamente, se juiz ou partes, a partir de **juízos de direito** egressos dos fundamentos sistêmicos da *co-institucionalidade* jurídico-processual.

¹² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Gen-Editora Forense, RJ, 1ª ed., 2008

5 O ESTAR EM JUÍZO E A METALINGUÍSTICA DISCURSIVA

Claro que um **direito igual** de interpretação para todos¹³ (não confundir com a impossibilidade de uma interpretação *ab-initio* igual para todos) não se faz pelo retorno ao século XII ou ao Digesto, ainda que em exercícios engenhosos da tópica e da retórica das autocracias mais sutilmente elaboradas, onde o juízo de direito é o **direito do juízo do juiz**, sendo o **estar em juízo** o simulacro que, a pretexto de acolher o fugitivo ante a repressão social, que o fustiga, mantém o fugitivo estatalmente preso por uma liberdade jurisdicionalmente vigiada em seus sentidos jurídico-normativos.

O *processo* é, numa concepção de democracia pós-moderna (não helênico-românico-germânica), uma instituição jurídico-linguístico-autocrítica, construtiva, aplicativa e extintiva, de um direito sistêmico de fundamentos *ad-hoc* a serem fiscalizados, quanto à sua efetividade (eficiência sistêmica), pela incessante atividade procedimental processualizada em todos os *níveis* de sua elaboração e atuação: instituinte, constituinte e constituído. O **estar em juízo**, nessa conjectura, exige estudos, à sua compreensibilidade, do que seria “espaço jurídico processual” a fim de nele se cogitar de uma metalinguística condutora de um “tempo de vida” argumentativa (procedimentalidade) que não fique no âmbito autocrático e dogmático do extralinguístico por onde a *jurisdição dos juízos* do juiz, de cunho universalista e comunitarista, reina secularmente em metamorfoses infundáveis. Daí, relevantíssima a tese de doutoramento da professora Andréa Alves de Almeida¹⁴, que se reportando também a estudos avançados de processo por autores e professores de sua própria geração, produzindo conteúdos em Ciência Processual pela linha de pesquisa ofertada pela teoria neoinstitucionalista do processo, empreendeu incursões singulares na teoria do **devido processo** que tematizam o obsoletismo da Ciência Dogmática do Direito para a problematização da estrutura dos saberes processuais na pós-modernidade.

6 JUÍZO DE DIREITO E A MÁ-FÉ

É flagrantemente interdito a aplicação de sanções ao chamado *litigante de má-fé* sem que lhe oportunize o *devido processo legal*, se admitido que, com a Constituição de 1988, o direito democrático no Brasil se define pela compreensão do *direito fundamental do processo* como eixo construtivo-aplicativo de direitos processualmente constitucionalizados (art. 5º, LIV, LV da CF/88). De conseguinte, o *juízo de direito* que assume feições interditas não é o criado pela CF/88. É o **juízo** apropriador do caráter oculto do sentido normativo do antigo Dec. Lei da Ditadura Vargas, a denominada **LICC**. De tanto os juristas apelidarem o **Dec. Lei** nº 4.657 de 04.09.1942 de “Lei de Introdução ao Código Civil”, este se transformou recentemente em Lei nº 12.376 de 30.12.2010 com preservação, na íntegra, do texto do decreto ditatorial que já havia sido reafirmado, em plena vigência da CF/88, por Miguel Reale na edição do Código Civil de 2002. É patético estarmos empenhados na implementação de uma constitucionalidade democrática conquistada a duras penas, após vinte e quatro anos de ditadura (1964-1988) e vermos instalado no Brasil o mais grave *vandalismo*

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Editora Fórum, BH, 2010

¹⁴ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço Jurídico Processual na Discursividade Metalinguística*, Editora CRV, Curitiba, Brasil, 2012

*sistêmico*¹⁵, que se utiliza arditosamente conteúdos de um decreto-lei com a denominação de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

Por conseguinte, todas as normas do direito brasileiro, não só as do Código Civil, comotambém as constitucionais, serão, por força de lei, livremente (discricionariamente) interpretadas pelo *juízo do juiz* segundo os “fins sociais” e as “exigências do bem comum” ao alvitre da **autoridade selecionadora** de sentidos jurídicos de modo tópico-retórico (“decisão motivada”) fundamentados em juízos de equidade de um “direito justo” de senso comum do julgador, sendo que, caso não haja norma, nem a do Digesto que interessou a Picardi, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (arts. 4º e 5º da Lei).

É essa a tirania da *vontade legífera* dos juízes (o exercício da má-fé pela autotutela do próprio saber) que, amparada pelo positivismo realista, revogando todo o arcabouço democrático da normatividade constitucionalizada no Brasil, coloca os arrogantes, os presunçosos, os prepotentes, os delirantes, à frente da judicância nacional pela *proibição do non-liquet* na prática generalizada da paranoia jurisprudencial do Estado-Dogmático e dizem que estão punindo os delinquentes e infratores e fazendo justiça social rápida e democrática. Esse o engodo do *processo justo* que tanto encanta os incautos da advocacia que, em nome de uma “justiça célere” e da “razoável duração do processo”, só descobrem que estão sendo privados do *devido processo* democrático quando seus clientes são dilacerados no gólgota dos tribunais superiores e o direito “interpretado” ao sabor de saberes solipsistas adquiridos na farta experiência (adumbramentos husserlianos) “muito além da soberana crueldade” (Derrida) das mentalidades ditas portadoras originárias de **boa-fé**.

Se existe, por lei processual no Brasil, o litigante de *má-fé*, é bom que se abra a pesquisa jurídica para decifrar o suposto saber e virtude do *juízo do juiz*, sancionador interdital, que se arroga a *boa-fé*. É um tema deveras instigante que, oculto nos escombros milenares da crueldade histórica da tirania judicante (diga-o Foucault!), não tem atraído os arqueólogos do saber-poder e do poder-saber dos Estados Dogmáticos (Liberal e Social de Direito). Essa “boa-fé” ontológico-transcendental do “ser judicante” é que deve ser prospectada ante a alta periculosidade de o “ESTAR EM JUÍZO” de um direito paradigmaticamente não identificado. O cotejo boa-fé e má-fé foi pioneiramente refletido por SARTRE em seus meandros mais complexos em obras que o imortalizaram e recentemente estudadas por um professor de filosofia da Universidade da Virgínia, EUA, dados à publicação no Brasil em 2012¹⁶. Na reflexão sartreana, por leitura do professor Cerbone, a má-fé comporta uma explicação especial mediante uma cuidadosa distinção a ser feita entre os conceitos de “engano ordinário” e o “autoengano”. Quanto ao “engano ordinário” (relação entre duas ou mais consciências), é “fácil entender como a verdade pode permanecer oculta”, porque as consciências se encontram separadas: do enganador e do enganado. Na má-fé praticada pelo “engano ordinário”, há de se instalar o **devido processo** para se saber “quem engana quem”, porque, a ser declarada de modo autoritário e interdital, fica excluída a indagação sobre o “autoengano” do sancionador do ato dito ilícito.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*, Editora Gen-Forense, RJ, 11ª ed., 2012, ps. 241-250

¹⁶ CERBONE, David R. *Fenomenologia*, Editora Vozes, Petropolis, RJ, ps. 137-144

Com “respeito a si própria”, uma pessoa que pretenda afastar “verdades indesejadas” (como a pesquisa sobre os fundamentos do sistema jurídico que pratica: se autocráticos ou não autocráticos) estaria de *má-fé*, ao se recusar, *prima facie*, distinguir, quanto a si próprio, seus momentos de autoentrega à “faticidade e transcendência”, tendo em vista que (transposta tal reflexão para o Direito) o sancionador de *má-fé* é o que, fingindo ser juiz em concepções de que se declina a investigar, desempenha o papel pragmático da judicância (faticidade da casuística), identificando-se com a transcendência de um **autossaber** advindo de um falso “antídoto” de sua má-fé inconfessa “tais como sinceridade, honestidade e boa-fé”. Estas são variáveis da *má-fé* eximidora da “autorresponsabilidade” (expressão de Sartre) de perquirir a condição de “juiz do seu próprio juízo” (o livre e intuitivamente capaz de decidir) que, instituído pelo “autoengano” de um “eu” de boa-fé mascarador de sua má-fé, é base fundante de sua *recôndita ignorância* sobre os fundamentos do sistema que pratica, guardada em perpétuo silêncio para si mesmo, como “estados da alma” (Derrida)¹⁷ que vão “muito além da soberana crueldade” causadora de seu próprio martírio não criticamente percebido.

7 CONCLUSÃO

Essa *má-fé* estrutural, desde sempre, dos adeptos da dogmática analítica (proibição do *non-liquet*)¹⁸ prolonga *ad-infinitum* o **mal-estar-em-juízo** de uma civilização fracassada que orgulhosamente exhibe um persistente “narcisismo de morte”¹⁹ travestido em vida lúdica ante a *angustiosa ausência* de pesquisas jurídicas que, por indolência e total confiança no *alibi* do seu próprio autoritarismo, se nega a empreender. Nessa quadra melancólica de renúncia à investigação epistemológica do saber corrente do senso comum dos positivistas, os cursos de direito ficam a reboque da prática forense e dos sucessos casuísticos como oficina reprodutora da **massa de conflitos estruturais** economicamente vantajosa aos seus obsessivos operadores com irrefreável aumento da violência e exclusão sociais.

Belo Horizonte, outubro de 2013

¹⁷ DERRIDA, Jacques. *Estados-da-Alma da Psicanálise – O impossível para Além da Soberana Crueldade*, Editora Escuta, SP, 2001

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, Editora Landy, SP, 2002

¹⁹ GREEN, André. *Narcisismo de Vida – Narcisismo de Morte*, Editora Escuta, SP, 1988

O ABORTO: DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS DO NASCITURO E OS DIREITOS DA MULHER GRÁVIDA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Filipe Rodrigues Garcia¹

Resumo: O objetivo deste trabalho é apresentar os argumentos constitucionais que sinalizam a favor da interrupção da gravidez e aqueles que, na contramão, protegem a vida do nascituro. O princípio motriz a balizar ambos os argumentos é o princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho também visa analisar o comportamento dos tribunais sobre o tema, mais precisamente no que pertine ao julgamento da ADPF nº 54 pelo STF.

Palavras-chave: Interrupção da gravidez. Direitos do nascituro. Direitos da mulher. Dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público. Professor de Direito Civil e Empresarial das Faculdades Santo Agostinho.

INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2012, peritos da ONU acusaram o Poder Executivo brasileiro de falta de ação em relação à morte de duzentas mil mulheres por ano causada por abortos inseguros².

O Brasil conta com uma legislação penal proibitiva ao aborto. Apenas em dois casos se admitem a interrupção da gravidez sem a cominação de sanção legal, quais sejam, quando a concepção é oriunda de estupro e quando é necessário salvar a vida da mãe. Fora essas hipóteses, a mulher que provoca o aborto em si mesma ou consente que outrem lhe provoque, comete crime tipificado no artigo 124, com pena de detenção de um a três anos.

A discussão acerca do aborto perpassa não só pelo âmbito político, de edição de leis, mas envolve setores da filosofia, religião e de grupos de apoio à vida, bem como daqueles ligados ao feminismo.

O presente trabalho não fita defender uma visão ou outra, mas antes, se propõe a dissecar alguns dos argumentos existentes, sejam permissivos, sejam proibitivos ao aborto. Sob o prisma jurídico, conhecendo os pontos principais de sustentação dos principais juristas que tratam do tema, pretende-se suscitar discussões mais técnicas acerca do assunto, almejando a edição de leis conforme o clamor social.

Em um primeiro momento, o princípio da dignidade da pessoa humana será exposto como vetor da discussão que ora se propõe. Deve-se ter em mente que tanto o nascituro como a mulher grávida são tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí alguns questionamentos são necessários: o nascituro tem dignidade reconhecida? A mulher grávida deve se subjugar a uma gravidez indesejada? O direito à vida *versus* o direito à liberdade são pesos a serem colocados em uma mesma balança, ambos com viés constitucional, mas qual deve preponderar?

Apresentado o importante princípio e seus desdobramentos, será analisada a visão daqueles que defendem a vida como o bem maior. A tese se assenta no argumento de que o feto é um ser humano que merece proteção assim como qualquer ser nascido. Sua vida não vale menos do que a vida de alguém que já nasceu, vez que inexiste qualquer escala de valores proposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo, a ideia favorável à extirpação da vida intrauterina só pode ser considerada individualista e egoísta.

Posteriormente, serão expostos os argumentos favoráveis ao aborto. Os defensores se baseiam na dignidade da mulher grávida, conferindo-lhe o direito à liberdade de decisão, à disposição do próprio corpo e à igualdade de acesso à saúde. O foco se desloca para a gestante e toda a sua esfera de direitos que também merece tutela. A mulher não é digna se não for livre, se não puder fazer escolhas pessoais, se não puder realizar o seu planejamento familiar ou se não tiver tranquilidade física ou psíquica para criar um filho.

² *ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco*. Disponível em <www.estadao.com.br>.

As teses apresentadas não eliminam a existência de outras correntes, sejam mais brandas, sejam mais rigorosas, para a permissão ou para a proibição do aborto. Certamente é possível vislumbrar diversos outros entendimentos além dos principais que se propõe analisar. Para os fins do presente trabalho, porém, necessário se faz um recorte metodológico em que se visa expor os posicionamentos mais relevantes ao mundo jurídico.

Por fim, assaz relevante observar como os tribunais brasileiros vêm delineando o tema proposto. Em tópico final, será feita menção e rápida explanação acerca do *Habeas Corpus* nº84.025 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Essa última, com importante decisão proferida em 2012, significou um divisor de águas sobre o aborto de fetos anencéfalos. O tema, julgado pelo Superior Tribunal Federal, permite vislumbrar o caminho da jurisprudência brasileira no que tange ao aborto, bem como auxilia na fundamentação de futuras e pertinentes leis sobre o tema.

A fim de se compreender o rumo das discussões atuais sobre a interrupção da gravidez, necessário se faz o entendimento do que se tem construído hoje. É esse o importante passo que ora se propõe.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Prevê a atual Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso III, que é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. A definição exata do que seja dignidade vem admitindo incessantes debates não só no meio jurídico, mas também em âmbito filosófico, teológico e sociológico.

Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana, “na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus”³.

Immanuel Kant, em 1788, fortaleceu as bases da moralidade em sua obra “Crítica da razão prática”. Seu pensamento influenciou a construção da ideia atual de dignidade, tendo fixado postulados de grande relevância, tais como:

a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade⁴.

O imperativo categórico de Kant prediz que cada ser humano deve agir de tal modo que a sua vontade possa se transformar em lei universal. É a ideia de que cada ser humano sabe, ou tem condições de saber, o que é virtuoso e digno. Também o filósofo contribuiu para a

³ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

⁴ *Ibidem*.

concepção de que o homem não pode ser instrumento ou meio para se alcançar determinado fim; antes, deve ser fim em si mesmo. Sendo fim em si mesmo, o homem não possui um preço que pode barganhar. O homem é detentor de dignidade e essa é a sua condição.

Explica Maria Celina Bodin de Moraes que o pensamento kantiano norteou o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Nas palavras da mencionada autora,

Considera-se, com efeito, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades cometidas, a dignidade migrou do debate filosófico para o debate jurídico. Vários documentos internacionais incluíram a dignidade da pessoa humana como discurso, tais como a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Mesmo a Constituição Alemã, de 1949, previu, em seu primeiro artigo, a inviolabilidade humana, alcançando o “*status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional”⁶.

No Brasil, a Carta Constitucional de 1988 previu não só o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mas também elencou direitos e garantias fundamentais, que se apresentam como desdobramentos específicos da dignidade. Desse modo, a densidade e especificidade do tema tal como é tratado pela Constituição, afasta o perigo da alta abstração. Como bem acentua Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade da pessoa humana será valor de importância no caso de “conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas”⁷. Na balança, vencerá o interesse que melhor exprime a dignidade.

Definir o conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa árdua. Segundo Luís Roberto Barroso, tal princípio deve ser delineado com neutralidade religiosa e política. Significa que o foco não pode estar nas leis cristãs, judaicas ou muçulmanas, nem nas ideias liberais, conservadoras ou socialistas. Propõe, assim, que o conteúdo da dignidade seja universalizável, multicultural e compartilhável por toda a família humana⁸.

Buscando esse conteúdo mínimo, Maria Celina Bodin de Moraes decompõe o princípio da dignidade humana em quatro dimensões: a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade, as quais se passam a analisar detidamente.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da dignidade da pessoa humana*, In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit., p. 85.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit.

A igualdade

Garantir a igualdade entre os homens é coibir qualquer ato de discriminação que coloque quaisquer deles em situação de desprestígio. Essa é a concepção de igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei e merecem os mesmos direitos. No entanto, essa espécie de igualdade tornou-se insuficiente para realizar justiça nos casos em que “as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas”⁹. Passou-se a falar, então, na igualdade substancial, aquela que garante o tratamento desigual entre pessoas desiguais. Nesse diapasão, Pietro Perlingieri atesta que

Pela primeira [igualdade formal], os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais; pela segunda, é tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País¹⁰.

A partir dessa noção, surge a necessidade de se protegerem os grupos minoritários e os grupos de vulneráveis, conferindo-lhes direitos que, uma vez exercidos, os tornam semelhantes aos demais. Bem acentua Maria Celina Bodin de Moraes que

O vínculo de participação numa sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, hipoteticamente ligado ao exercício dos direitos políticos¹¹.

Assim, percebe-se que o sistema jurídico brasileiro caminha no sentido de proteção às minorias. Podem-se citar, a guisa de exemplos, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), protetiva à mulher; também o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que visa o resguardo dos direitos dos consumidores; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que tutela os menores e a Lei de Cotas (Lei 12.711/2012), que concede acesso diferenciado à minoria étnica e econômica às instituições federais.

Pode-se dizer, pois, que tanto a igualdade formal quanto a substancial são utilizados pelo ordenamento jurídico para a promoção da dignidade da pessoa humana.

A liberdade

A liberdade está diretamente conectada ao direito que cada sujeito tem de se autodeterminar. Em outros dizeres, todos devem ser permitidos a realizar as próprias escolhas, sem as limitações impostar por terceiros, inclusive pelo Estado. Segundo Maria Celina Bodin:

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit., p. 87.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 476.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit., p. 92.

O princípio da liberdade individual consubstancia-se, hoje, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier¹².

A liberdade impulsiona o exercício da personalidade, na medida em que a pessoa constrói, através de suas decisões particulares, sua própria identidade, firmando-se no seio social como pessoa independente e plena. Isso implica nas escolhas religiosas (optar por ter uma crença ou não), sentimentais (se quer casar, com quem casar), profissionais, intelectuais, dentre outras.

Por óbvio que essa liberdade individual não pode contrariar a dignidade alheia ou prejudicar interesses coletivos, apontando um viés negativo. O controle negativo da liberdade surge exatamente para garantir o dever de solidariedade social, assegurando a todos o exercício consciente de seus direitos. Assim, cada pessoa será livre, mas sem impedir a autodeterminação alheia. Na realização dos contratos, por exemplo, tem-se que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, conforme leitura do artigo 421 do Código Civil. Implica dizer que os contratantes deverão respeitar os direitos de terceiros e os coletivos, sem comprometê-los ao exercer a liberdade de pactuar.

A integridade psicofísica

Originariamente, a integridade psicofísica “se relacionava ao direito de não ser torturado e a certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis etc.”¹³. No entanto, a tutela à integridade evoluiu, alcançando também o “direito de ser reconhecido como pessoa”¹⁴, compreendido como o direito a um nome, à privacidade, à honra e à imagem.

Dessarte, ser digno é ter o resguardo do corpo físico e de todo o complexo psicológico atinente ao ser humano. No que tange aos aspectos físicos, discussões se acentuam quanto ao direito ao próprio corpo. Aqui se percebe a proximidade com o princípio da liberdade ao se defender a possibilidade de cada sujeito ter o domínio dos seus membros, órgãos e tecidos. Os efeitos recaem sobre a decisão de doar órgãos, realizar uma tatuagem ou colocar um *piercing*. Também alcançam situações mais complexas como a mudança de sexo dos transexuais¹⁵ e a amputação de membros dos *wannabes*¹⁶.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit., p. 108.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 96.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

¹⁵ O transexualismo ou disforia de gênero é uma doença psíquica enquadrada na 10ª Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10). O transexual sofre rejeição do próprio corpo, não aceitando o seu gênero de origem, reprovando seus órgãos genitais externos. Não se trata apenas de atração física pelo sexo oposto, vez que o transexual acredita veementemente ter gênero diverso do seu biológico. No Brasil, a cirurgia de transgenitalização foi autorizada em 1997, a partir da Resolução 1492/97 do Conselho Federal de Medicina. Constatou-se que a cirurgia seria a única forma de tratar a doença e recuperar a integridade psíquica dos transexuais.

¹⁶ Os *wannabes* ou *amputees-by-choice* são pessoas que desejam ter os seus membros amputados. Possuem a chamada apotemnofilia, um distúrbio psiquiátrico, sem explicações definitivas sobre a causa. É o caso de David Openshaw, um jovem australiano de 28 anos, que inseriu sua perna direita em um balde com gelo até que ela ficasse condenada e precisasse ser amputada pelos médicos. E hoje se sente muito mais feliz que antes, segundo ele mesmo garante. Notícia disponível em <<http://www.dicasnoticiaseafins.com>>.

O direito à integridade psicofísica também está relacionado ao direito à saúde e o acesso a procedimentos e medicamentos para tratamento de doenças. Tangencia igualmente a noção de mínimo existencial. Isso porque, para que haja tutela da integridade psicofísica, “todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares”¹⁷. Pode-se afirmar, em suma, que o mínimo existencial é o complexo de bens suficiente para que o indivíduo possa se sentir digno.

A solidariedade

A solidariedade baseia-se na ideia de que deve haver integração tal entre os indivíduos da sociedade a ponto de o ente coletivo ser entendido como extensão do ser individual.

A lógica da solidariedade se traduz por uma nova maneira de pensar a sociedade e por uma política concreta, não somente de um sistema de proteção social, mas também como um fio condutor indispensável à construção e à conceitualização das políticas sociais¹⁸.

A solidariedade vai além da ideia de benevolência ou do altruísmo, realçando verdadeiro dever jurídico em torno do coletivo. Busca-se não a “exaltação do individualismo, mas um equilíbrio entre o homem e as instituições”¹⁹.

Sua relevância pode ser constatada na Revolução Francesa, em que os valores da igualdade, liberdade e fraternidade já expressavam o desejo por uma sociedade distante das práticas egoísticas. A fraternidade nada mais é do que a solidariedade moderna, por conter a ideia de que os indivíduos devem se tratar como irmãos, cooperando uns com os outros.

Maria Celina Bodin ensina que existem duas ideias de solidariedade. A primeira está relacionada com a noção de comunidade de interesses. Se os interesses são qualitativamente bons, a solidariedade será virtuosa, mas se os interesses são inescrupulosos, serão considerados pela sociedade como prejudicial. A autora conclui que “ao defender os interesses de sua comunidade, nada mais se faz do que defender a si próprio (isto é, a seus próprios interesses)”²⁰. A segunda ideia de solidariedade se relaciona com um comportamento pragmático. Isso porque cada um age determinado por seus próprios interesses, retribuindo com a mesma conduta o que lhe foi ofertado, a fim de evitar perdas pessoais. Assim, a solidariedade teria dois aspectos: um externo e coletivo, e outro de âmbito pessoal, intimista.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit.

¹⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 190.

¹⁹ TAKOI, Sérgio Massaru. *Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade*, In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 17, n. 66, jan-mar/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*, In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.245.

A Constituição Federal brasileira de 1988 introduziu o solidarismo jurídico em seu artigo 3º, I:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

O mesmo artigo 3º, ao longo de seus incisos, comprova que a meta prioritária do Estado Democrático de Direito é corrigir as desigualdades sociais e regionais, reduzir os desequilíbrios entre as regiões do país a fim de promover melhor qualidade de vida à coletividade.

Cada ser humano deve ser respeitado no âmbito de sua existência e, para que isso seja possível, toda a sociedade deve cooperar para o ideal desenvolvimento e efetiva promoção de cada personalidade. Nesse sentido é a lição de Pietro Perlingieri:

a solidariedade exprime a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa²¹.

Abandona-se, assim, o antigo paradigma do individualismo, propondo-se uma sociedade em que os indivíduos são “parte de um tecido social, mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade”²². Rompe-se com a clássica concepção civilista de que a vontade humana é soberana e não deve ser contrariada, em preservação ao direito de autodeterminação de cada ser.

O solidarismo carrega consigo valores de caridade e filantropia, de sorte a mitigar a autonomia da vontade, considerando que essa, exercida de forma indiscriminada, pode prejudicar terceiros. O legislador civil demonstrou essa preocupação ao resguardar direitos alheios em relações inter-privadas. É o caso do artigo 421 do Estatuto Civil que determina ser a liberdade contratual submetida à função social do contrato. Também o parágrafo primeiro do artigo 1.228 que prediz que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômica e social. Assim também se percebe pela leitura da Constituição Federal que determina que o exercício da propriedade rural deve ocorrer sem prejuízo ao meio-ambiente. A limitação está prevista na Carta Maior, no artigo 186,II e intenta proteger as presentes e futuras gerações dos desgastes ambientais.

Percebe-se que a solidariedade servirá de limite ao exercício da liberdade, equilibrando o acesso de todos os indivíduos aos direitos que lhe são inerentes pela Carta Constitucional. A solidariedade, assim, agrega os princípios da liberdade, da igualdade e da integridade psicofísica, costurando-os de forma harmônica e equânime no cenário da dignidade da pessoa humana.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 462.

²² MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. Op. cit, p. 241.

2 O DIREITO DE NASCER: ARGUMENTOS CONTRA O ABORTO

O aborto não é, como dizem, simplesmente um assassinato. É um roubo... Nem pode haver roubo maior. Porque, ao malgrado nascituro, rouba-se-lhe este mundo, o céu, as estrelas, o universo, tudo. O aborto é o roubo infinito.

Mário Quintana

Partindo do estudo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se admitir sua influência sobre a vida dos nascituros. Essa é a discussão assumida por aqueles que condenam a prática abortiva.

Maria Helena Diniz²³ é a principal defensora da tese contra a legalidade do aborto. O sustentáculo de sua argumentação está no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que garante a todos o direito à vida:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

A vida humana, segundo a autora, possui valor absoluto e é um bem inviolável. Aquele que atenta contra vida humana comete crime, com expressa previsão no Código Penal, entre os artigos 124 e 128. Diz a autora que

A vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual ninguém é lícito desobedecer²⁴.

Mas quando começa a tutela da vida? A partir de que momento o ordenamento jurídico protege a existência humana? Para responder essa pergunta, três teorias foram arquitetadas.

A teoria natalista apregoa que só merece proteção jurídica aquele que nasce com vida. Desse modo, o nascituro não teria seus direitos reconhecidos. Tem-se esse entendimento através da leitura do artigo 2º do Código Civil que prediz: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ora, se a tutela da personalidade só começa com o nascimento com vida, o nascituro não seria considerado merecedor de proteção jurídica.

A teoria condicionalista vem defender a tese de que o nascituro é uma pessoa virtual, pois haveria uma condição para que sua personalidade fosse implementada, qual seja, o nascimento com vida. Desse modo, o nascituro não teria direitos efetivos, mas eventuais, sob condição suspensiva.

²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 20.

Por fim, a teoria concepcionista, seguida por Maria Helena Diniz, dentre outros autores, atesta que existe personalidade jurídica e, por consequência, tutela jurídica, a partir da concepção. Significa que basta haver a fecundação do óvulo pelo espermatozóide para que haja vida. Segundo a autora,

A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozoide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero²⁵.

Se existe vida desde a concepção, essa merece ser protegida contra intervenções de terceiros, como a prática do aborto. A vida intrauterina, seguindo esse raciocínio, tem o mesmo valor que a vida extrauterina. O direito à vida é absoluto em qualquer fase do seu desenvolvimento e não existe qualquer outro direito mais valioso que a vida. Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que o direito à vida do embrião “é maior do que qualquer direito da mulher ao seu corpo, já que deste não faz parte”²⁶.

Pedro Galvão aponta dois argumentos esclarecedores sobre a ética do aborto. Diz que, se um indivíduo tem um futuro como valor, então matá-lo é errado. Sob essa perspectiva, um embrião ou um feto teria um futuro como valor²⁷. Valendo-se dos argumentos propostos por Donald Marquis, o autor sustenta que

aquilo que torna errado o acto de matar é o facto de esse acto impor à vítima a privação de tudo o que haveria de valioso, para ela mesma, ao longo de toda a sua vida consciente futura. Deste modo, podemos dizer que a propriedade de ter um futuro valioso é uma propriedade que desempenha um papel importante na explicação do mal de matar, de tal forma que, se um indivíduo tem um futuro valioso, isso normalmente dá-nos uma razão ética decisiva para não o matarmos²⁸.

Os concepcionistas atestam que o aborto nunca será uma solução para a gestante. O aborto por questões econômicas significaria supervalorizar o patrimônio em detrimento de uma vida. A mulher que opta interromper a gravidez por não poder comprometer o seu orçamento não está exercendo um planejamento familiar, como afirmam alguns. Isso porque a liberdade de ter ou não um filho deve ser analisada não após a concepção, mas antes dela. O controle de natalidade é prática aceita e corriqueira, cabendo a utilização de preservativos, medicamentos contraceptivos ou métodos naturais.

Também o argumento de que a mulher é dona do próprio corpo e pode dispor do feto não prospera. O ser que está em gestação não pode ser considerado parte do corpo da mulher,

²⁵ Ibidem, p. 25.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 27.

²⁷ GALVÃO, Pedro. *Aborto, Identidade e o Mal de Matar*. Disponível em <<http://pedrogalvao.weebly.com/uploads/6/6/5/5/6655805/abortoid.pdf>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.

²⁸ Ibidem.

como é o caso dos órgãos e tecidos. Nega-se que o embrião seja extensão da mãe, pois tem vida própria, corpo físico e identidade diferenciados.

Os casos de aborto de fetos anencéfalos deixa a discussão mais acirrada. A anencefalia corresponde à má formação do tubo neural por volta do 3º ou 4º mês de gestação. O aborto, nesses casos, se aproximaria da eugenia, afirmam os concepcionistas. Impedir o nascimento de alguém com anencefalia não seria o mesmo que promover o nascimento apenas de crianças sadias e perfeitas? Selecionar, ainda no ventre materno, qual vida irá vingar, não seria o mesmo que privilegiar os “bem-nascidos”, aqueles tidos por saudáveis? Ademais disso, os anencéfalos, não obstante estejam isentos de completa formação cerebral, podem reagir a estímulos e interagir com o ambiente à volta. No Brasil, famoso é o caso de anencéfala Marcela de Jesus Ferreira, nascida em Patrocínio Paulista, que viveu durante oito meses. Marcela agarrava com força o indicador da mãe; chegou a arrancar a sonda que levava o leite até o estômago, com as próprias mãos, mostrando que sentia desconforto; chorava em razão das cólicas e estremejava ao som do telefone²⁹. Segundo Maria Helena Diniz, a solução, nos casos de anencefalia e outras anomalias genéticas, não é o aborto, mas sim:

a) impedir o nascimento de anormais por meio de controle genético e orientação dos casais através de exames pré-nupciais; b) conscientizar a gestante dos males do aborto e preparar psicologicamente os pais para o rude golpe de ter um filho deficiente físico ou mental; c) fazer com que o ônus do portador de uma anomalia recaia sobre o Estado e não sobre a família; d) obrigar os planos de assistência médica e seguros-saúde a fornecer cobertura em casos de anomalia congênita ou de moléstia hereditária, física ou psíquica³⁰.

A maioria dos defensores da prática do aborto revela que, até o terceiro mês, o feto não possui atividade cerebral, motivo pelo qual não haveria capacidade mínima para a racionalidade³¹, o que justificaria sua extirpação. Ocorre que, entre a segunda e terceira semana, o feto já apresenta formas, olhos, coluna vertebral, cérebro, pulmões, estômago, fígado e rins³². Seu desenvolvimento físico já é bastante avançado, de forma que não se pode mais afirmar que haja uma massa disforme ou um mero conjunto de células. No documentário “O grito silencioso”³³, nota-se que o feto tem percepções, sente medo e realiza movimentos bruscos de defesa quando sente a presença do instrumento que invade o útero da mãe para tirar-lhe a vida:

Quando o instrumento o alcança, encolhe seu corpo até o limite superior do útero, e sua boca se abre em agonia, como para pedir auxílio, de modo que o instrumento vai retirando pedaços de um ser humano aterrorizado, arrancando-lhe primeiro as pernas, depois os intestinos, fazendo-o lutar violentamente com os braços até que sua cabeça caia³⁴.

²⁹ Informações obtidas através do site da Revista Época: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR76301-6014,00.html>>. Acesso em 03 de março de 2013.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 54.

³¹ SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*, In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

³² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 76.

³³ Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=Xw_TD79kaf8>.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 77.

Ronald Dworkin, ao apresentar os argumentos contra o aborto, traz uma perspectiva baseada na frustração da vida³⁵. Segundo o autor, a discussão sobre aborto não está baseada na existência de vida do embrião e sim no valor intrínseco que se dá à vida. Em outros dizeres, Dworkin enfrenta o tema a partir da seguinte questão: a vida intrauterina possui o mesmo valor atribuído à vida extrauterina? A partir daí, desenvolve o raciocínio de que aqueles que se opõem ao aborto valorizam a vida do embrião em razão da sacralidade que lhe é inerente:

Qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos “milagre” da reprodução humana que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles³⁶.

Continua o autor explicando que a dificuldade dos defensores absolutos da vida embrionária é aceitar a frustração do processo natural que é a morte sem intervenção humana. Assim, o embrião seria privado de realizar suas experiências pessoais, como se essas fossem menos importantes que a decisão da mãe de manter ou não a gravidez. Dworkin afirma que

A opinião conservadora radical tem por base a convicção de que a morte imediata é inevitavelmente uma frustração mais grave do que qualquer opção que adie a morte, mesmo ao custo de uma maior frustração em outros aspectos³⁷.

Quer dizer que, mesmo nos casos em que se diagnostica prazo curto de vida em razão de alguma anomalia fetal, mais vale garantir a vida, ainda que curta e insignificante, do que ceifá-la e frustrar a sua concretização.

Resta também mencionar que, para Dworkin, a tutela absoluta do feto inclui, certamente, uma visão religiosa. Protege-se, a todo custo, a vida embrionária pelo fato de que cada feto humano exemplifica a criação divina, sendo um ser único, com identidade e alma destacadas. “A destruição deliberada de alguma coisa criada por Deus não pode nunca ser reparada por nenhum benefício humano”³⁸.

O Código Penal Brasileiro coíbe a prática do aborto, apontando-a como crime, segundo o artigo 124. A pena para quem realiza o ato vedado por lei é de detenção de um a três anos. Significa dizer que o legislador penal buscou valorizar a vida embrionária, adotando, como regra, o posicionamento contrário à prática aborticida.

O artigo 128 da lei penal traz hipóteses de impunidade para dois casos de aborto. O primeiro, chamado aborto necessário, envolve o risco de vida da gestante. Entre escolher a vida da

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³⁶ *Ibidem*. p. 115.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 125.

³⁸ *Ibidem*, p. 127.

mãe em risco e a do feto, o aborto passa a ser permitido. O segundo é a situação de gravidez resultante de estupro, podendo a gestante ou seu representante legal autorizar o aborto.

Explica Maria Helena Diniz que o artigo 128 “não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime”³⁹. Segundo a autora, mesmo as hipóteses de escusa legal para o aborto não se justificam. Isso porque os avanços da medicina já permitem resguardar tanto a vida do feto quanto à vida da mãe. Se, durante uma intervenção cirúrgica aplicada à gestante, o feto vier a falecer, o aborto terá sido acidental e não desejado pelo médico. Assim, deve-se buscar pela preservação da vida do ser em gestação e também da mãe, visto que ambos possuem o mesmo direito à vida⁴⁰.

Também quando a gravidez for oriunda de violência sexual o aborto não é apontado como melhor opção. Maria Helena Diniz questiona: “Trata-se de um aborto em defesa da honra, com o escopo de repará-la. Mas como se poderia reparar a honra de alguém com a morte de um inocente e indefeso ser humano?”⁴¹. O trauma do estupro não será apagado pelo aborto, podendo, ao contrário, gerar outro trauma de grande dimensão. Se a gestante foi vítima de um ato violento, não seria apropriado outro ato de violência para tentar apagar os efeitos do primeiro. Maria Helena Diniz aponta a adoção como melhor escolha. O filho rejeitado em razão de ter nascido sob circunstâncias desfavoráveis à mãe pode ser entregue à adoção ao invés de abortado.

Percebe-se que toda a discussão de direito à vida tangencia a dignidade da pessoa humana, aqui, incluindo o embrião humano. Este tem direito à igualdade, não merecendo tratamento desprivilegiado em relação a outrem, tendo sua vida o mesmo valor que a dos demais, nascidos ou não. Deve-se resguardar também o direito do embrião à integridade psicofísica, de forma a ter inviolado o seu corpo e, por consequência, sua vida. Por fim, o direito de ser livre, de não ser identificado como instrumento, mas como um ser com autonomia e distinção, de forma que terceiros não devem decidir acerca do seu futuro.

3 OS DIREITOS DA MULHER: ARGUMENTOS A FAVOR DO ABORTO

Qualquer que seja o nosso ponto de vista sobre o aborto [...], queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honrável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.

Ronald Dworkin

Outra ala doutrinária se opõe à proteção absoluta do direito à vida dos embriões. Fundamentam-se na valoração maior da vida a partir do nascimento e na dignidade da mulher grávida. Segundo Daniel Sarmento, o nascituro já possui vida⁴², vez que o Código Civil de 2002, no artigo 2º, reconhece direitos desde a concepção⁴³. No entanto, defende que o

³⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 54.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 57.

⁴¹ Ibidem, p. 61.

⁴² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 31.

nascituro ainda não pode ser considerado pessoa. Afirma que existe apenas uma possibilidade – e não uma certeza – de que o feto nascerá. E, uma vez nascendo com vida, será pessoa humana.

A partir dessa concepção, aponta-se que o nascituro, tendo vida, merece proteção, que não deve ser absoluta, nem equivalente a de uma pessoa nascida. Segundo Daniel Sarmento:

Com efeito, a tese que ora se sustenta também parte da premissa de que a proteção da vida se inicia no momento da concepção. Apenas afirma que a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderação de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante⁴⁴.

A vida, nos seus primeiros estágios de vida, não tem o mesmo grau de tutela se comparada à vida em momentos mais avançados. Assim, à medida que o embrião vai se desenvolvendo, vai ganhando maior relevância para o direito, que passa a encará-lo como uma potencial pessoa, cada vez mais concreta. Por isso, a maioria dos países que admitem o aborto sinaliza essa permissão até o terceiro mês. A partir de então, tendo já havido atividade cerebral, passa-se a dar maior proteção à vida intrauterina. Segundo Zélia Maira Cardoso Montal, a ideia de que a tutela se faz mais forte com a atividade cerebral é a mesma utilizada para a definição de morte (que é a morte encefálica), ou seja, a vida termina quando cessa a atividade elétrica do cérebro⁴⁵.

Dessarte, há que se ponderar uma vida em início de gestação com os direitos da mulher, de sorte a se delimitar o regime jurídico do aborto. Vale lembrar, conforme os postulados da dignidade da pessoa humana que a mulher, para ser digna, deve ter o direito à integridade psicofísica, significa dizer que a gestante deve ter acesso à saúde física e mental; também faz jus ao direito à liberdade, podendo realizar decisões sobre o próprio corpo e sobre o planejamento familiar; além disso, tem direito à igualdade, ou seja, não apenas as mulheres de classe alta devem ter acesso às técnicas de abortamento, como acontece hodiernamente, devendo-se incluir aquelas de parcas condições financeiras. Importa destilar cada um desses desdobramentos da dignidade da gestante para melhor compreensão do tema, o que se passa a fazer.

O direito à integridade psicofísica da gestante

A criminalização do aborto impede que a mulher tenha amplo acesso à saúde, comprometendo-lhe a vida digna. Uma gestante que tenha complicações na gravidez e que sofra de

⁴³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 34.

⁴⁵ MONTAL, Zélia Maria Cardoso. *Vida humana: abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídicos tradicionais*. In: Biodireito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43.

efeitos físicos graves não tem permissão legal para o aborto. Antes, permanecerá debilitada, não tendo opção outra que seja prosseguir com a gestação.

O comprometimento à saúde da mulher também se verifica com os procedimentos de aborto clandestino. Pesquisas indicam que uma a cada cinco mulheres de até quarenta anos já praticaram o aborto⁴⁶. Significa dizer que muitas mulheres se submetem a práticas precárias, antissépticas e arriscadas para colocarem fim à gravidez. As dimensões disso são devastadoras, a ponto de o Estado gastar cerca de 29,7 milhões de reais por ano para realizar a curetagem pós-aborto⁴⁷, chegando até mesmo a um grande número de óbito das gestantes.

Não significa dizer que os adeptos ao aborto vejam a prática como um método contraceptivo. Segundo Daniel Sarmento, “isso seria incompatível com a proteção devida à vida do nascituro”⁴⁸. Quer-se, todavia, garantir a higidez física e psíquica da mulher, retirando o óbice legal que impõe a prática clandestina do aborto.

Flávia Piovesan aponta o reconhecimento dos direitos sexuais reprodutivos como direitos humanos. Atesta que, para um efetivo exercício dos desses direitos,

Essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se ou não, quando e segundo a frequência almejada⁴⁹.

Negar o acesso à saúde ou permitir o seu comprometimento nos casos de gravidez traduzem verdadeira violação à integridade psicofísica da mulher e também de sua dignidade.

O direito à autodeterminação

Toda pessoa tem o direito de tomar as próprias decisões, sem a interferência do Poder estatal. Assim acontece com a escolha religiosa, partidária, filosófica, também cabendo extensão para a liberdade ao planejamento familiar. Assim, os pais devem ter o poder de decidirem acerca de ter ou não um filho.

É desnecessário frisar o impacto que a gestação e, depois, a maternidade, acarretam à vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade podem modificar radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, podem conferir um novo significado à vida, por outro, podem sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais⁵⁰.

⁴⁶ Dados disponíveis em <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3580&catid=40>.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 42

⁴⁸ Ibidem, p. 41.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos sexuais e reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos*. In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.55.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 43.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, na cidade de Pequim:

Tais direitos [humanos] têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a **decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles**, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. **Também inclui seu direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências**, em conformidade com o que estabelecem os documentos relativos aos direitos humanos. No exercício desse direito, os casais e os indivíduos devem ter em conta as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer e suas obrigações para com a comunidade.

A autodeterminação implica em liberdade de se guiar segundo a própria vontade, adotando a forte premissa de que o ser humano é fim em si mesmo, não podendo determinar a própria vida em função de outrem.

Dworkin, relatando a visão feminista, afirma que o direito à autodeterminação da mulher se opõe à noção machista de que o homem é um frequente dominador. As intimidações e assédios sexuais expõe uma realidade em que os homens se sentem livres para usarem “sexualmente as mulheres, sem temer as consequências da paternidade”⁵¹. Desse modo, o ônus recai em grande parte, senão totalmente, sobre a mulher. A decisão de ter um filho, nesses casos, não partiu dela, mas veio como uma imposição cujos efeitos lhe serão imputados.

O direito à autodeterminação também engloba o direito ao próprio corpo, entendido como o direito de não ser obrigada a carregar no seu ventre um ser indesejado. Também se compreende, nesse contexto, o direito à privacidade, ou seja, o direito de tomar as próprias decisões, independente da razão que as motiva. Se o fato de ter um filho irá impedir a realização profissional da mulher, não cabem olhares externos para o julgamento de que o aborto seria egoísta ou não. A decisão é particular, íntima e se justifica em cada ser humano, pelo fato de serem todos modeladores do próprio destino.

O direito à igualdade

Toda democracia adota como premissa a igualdade entre as pessoas. E, por igualdade, não se entende apenas aquela formal, dada por lei, mas a igualdade substancial, que reduz os desníveis sociais, equilibrando os poderes que se mostram em desigualdade.

Nesse aspecto, duas são as perspectivas de igualdade a serem analisadas em favor da mulher gestante. A primeira diz respeito ao ônus natural imposto à mulher no sentido de que ela, e não o homem, é quem suporta carregar o filho por nove meses em seu próprio corpo.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 74.

Desse modo, só seria possível falar em igualdade se a obrigação de manter a vida do filho fosse também imposta ao homem. Conforme acentua Daniel Sarmento,

Veja-se que a legislação não requer, em nenhum caso, sacrifício comparável do homem. Laurence Tribe ilustra a situação com um exemplo pertinente: a lei não obriga nos Estados Unidos – como também não o faz no Brasil – que um pai doe algum órgão ou mesmo sangue ao filho, ainda que isto seja indispensável para a manutenção deste⁵².

O raciocínio é simples: se homens e mulheres são iguais, e de fato são, não se pode impor à mulher a obrigação de ter um filho quando o homem não tem o mesmo dever.

Desigualdade também se opera no plano econômico. As mulheres de classe média ou alta têm acesso a meios abortivos mais seguros, podendo custear sua realização. A ilegalidade do aborto não deixa outra opção para as mulheres de baixa renda que buscam os meios abortivos clandestinos e arriscados, comprometendo a própria saúde.

As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações⁵³.

Conforme já se debateu em tópico anterior, a ausência de assistência e amparo médico gratuito a todas as mulheres afronta o direito à saúde enraizado no artigo 6º da Constituição Federal brasileira. O acesso seguro às práticas do aborto não deve ser dirigido a apenas uma ala, aquela de alto poder aquisitivo, mas deve alcançar também as mulheres de baixa renda.

4 O ABORTO DE ANENCÉFALO SEGUNDO OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre um tema de grande embate social: o aborto de fetos anencéfalos. O Ministro relator, Luiz Fux, de forma elucidativa, demonstrou que o Estado não pode obrigar a mulher a ter uma gravidez sofrida, com um bebê já condenado à morte. Em suas palavras, “uma mulher não pode ser obrigada a assistir, durante 9 meses, à missa de sétimo dia de um filho acometido de uma doença que o levará à morte, com grave sofrimento físico e moral para a gestante”.

A anencefalia não significa, literalmente, ausência de cérebro. Trata-se, na verdade, de uma má-formação fetal oriunda do mau fechamento do tubo neural. Desse modo, a parte remanescente do cérebro fica desprotegida, sem qualquer cobertura óssea ou epidérmica. Isso acontece por volta do 25º dia da gestação, momento em que se conclui a formação do sistema nervoso⁵⁴.

⁵² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 48-49.

⁵³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 50.

⁵⁴ FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional*, In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113.

O anencéfalo não possui a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação, de forma que nasce, comumente, sem a visão, a audição e inconsciente. Alguns portadores dessa anomalia podem apresentar um tronco rudimentar de cérebro, permitindo-lhes algumas manifestações de tato e audição.

No Brasil, o aborto de anencéfalo não é causa de excludente de pena. Em outros dizeres, abortar um feto com referida anomalia continua sendo crime com sanção imposta em lei. Todavia, em razão dos exames pré-natais, passou-se a antever o diagnóstico de anomalia fetal incompatível com a vida, não justificando a continuidade da gestação.

Passou-se, assim, a discussão ao Poder Judiciário, através de pedidos de antecipação do parto em caso de anencefalia fetal. “Os primeiros registros concretos apontam para a expedição, em 1991, de alvará autorizando a interrupção de uma gravidez de 26 semanas, de um feto anencefálico, no Município de Rio Verde de Mato Grosso (MS)”⁵⁵.

O Caso Gabriela, levado ao Supremo Tribunal Federal, se mostrou emblemático ao propor a discussão do aborto terapêutico, mas não teve seu mérito resolvido em razão da perda de objeto. Em 2003, Gabriela foi diagnosticada com anencefalia, contando, à época, com quatro meses de vida intrauterina. Seus pais pediram a antecipação do parto e, em primeira instância, houve indeferimento da liminar. Em recurso de apelação, a relatora concedeu a liminar, autorizando o aborto, mas, através de um Agravo de Instrumento impetrado por dois advogados, em favor do nascituro, o resultado da liminar foi revertido, tendo sido imediatamente suspenso. O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, proposto por duas organizações não governamentais, que pretendiam o direito da gestante em ter o parto antecipado. O relator, ministro Joaquim Barbosa, durante a sessão plenária, foi informado que o parto já havia sido realizado, motivo pelo qual extinguiu o processo pela perda do objeto⁵⁶.

Poucos meses depois do julgamento do HC 84.025, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº54, solicitando a suspensão dos processos em andamento que tratavam da hipótese de antecipação terapêutica de parto de anencéfalo. A sentença foi proferida em 2012 e a relatoria foi de Luiz Fux que, reconhecendo os direitos da gestante, autorizou a realização do aborto de anencéfalos. Seus argumentos foram:

- a) não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Embora o direito à vida do nascituro mereça proteção jurídica, ela deve se dar na medida do possível, sendo mitigada ante um risco sério à saúde física e psíquica da gestante;
- b) a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é efêmera, chegando, na maioria dos casos, a vinte e quatro horas. O prolongamento da gestação não se justifica, vez que a mãe

⁵⁵ FERNANDES, Maíra Costa. Op. Cit., p. 122.

⁵⁶ FERNANDES, Maíra Costa. Op. Cit., p. 125.

sofre não só abalo à sua saúde, mas também transtornos psíquicos ao se saber geradora de um filho morto.

c) obrigar a gestante a dar a luz a um ser que não vingará equivale a uma tortura, prática coibida pela Constituição Federal, no artigo 5º, III. Dados científicos comprovam que a interrupção da gravidez, nesses casos, tem por objetivo diminuir o sofrimento da gestante.

d) a gestação de um anencéfalo pode trazer sérias complicações à saúde da mãe. No parto, em especial, o tamanho pequeno da cabeça do feto e a ausência de pescoço não permitem a passagem pelo canal vaginal, de forma a provocar uma distócia.

e) pelo princípio da razoabilidade-proporcionalidade, não se justifica assegurar o bem da vida de um ser que já nasce condenado em detrimento de outros direitos da mãe (saúde, integridade, privacidade). O relator ainda acentua que

o sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencéfalo não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas antes, demonstra a desproporcionalidade de sanção, diante da inafastável defesa da dignidade da mulher infortunada.

Ao final do voto, o Ministro Luiz Fux explica que a decisão não impõe às mulheres grávidas de feto anencéfalo o aborto, apenas permite que elas não sejam punidas caso não desejem prosseguir com uma gravidez moralmente traumática. Assim, conferindo uma interpretação do artigo 128 da lei penal com a Constituição Federal, reconheceu que não se configura crime a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo.

Esse importante voto prolatado pela Corte Maior brasileira indica o início de um novo caminho a ser trilhado. As antigas balizas em torno do aborto estão sendo repensadas, de modo a se perseguir aquilo que a Constituição Federal, em seu artigo 3º, I, apresenta como um dos objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do aborto é, essencialmente, um conflito de interesses. De um lado, tem-se a tutela do embrião humano e o seu direito de viver. De outro, os direitos da mulher grávida, dentre os quais se podem citar o direito à liberdade de decisão e o direito ao próprio corpo. Não é tarefa fácil a ponderação desses interesses, principalmente porque não se nega que existe vida desde a concepção. Entre uma vida intrauterina e outra nascida, portanto, cabe uma escolha?

O presente trabalho pretendeu demonstrar os principais argumentos dos opositores ao aborto. Baseiam-se estes na teoria concepcionista que confere personalidade e, conseqüentemente direitos, ao embrião desde a fecundação (encontro do óvulo com o espermatozóide). Sendo assim, o embrião já possui dignidade, na medida em que não é parte integrante do corpo da mãe, mas um ser completamente autônomo de características e identidade próprias.

Os concepcionistas não admitem o aborto por motivos econômicos, por acreditarem subjugar a vida embrionária a um valor patrimonial. Se, por algum motivo, a maternidade não poderá ser exercida por falta de recursos financeiros, a adoção seria a opção mais acertada e não o aborto. Também rejeitam o raciocínio de que a mulher tem direito ao próprio corpo, cabendo a ela decidir acerca do prosseguimento ou não da gravidez. Isso porque, embora a mulher seja, de fato, dona do próprio corpo, o embrião não pode ser considerado parte dele. Não se trata de um órgão que pode ser disposto, mas sim de um ser com autonomia que, já nas primeiras semanas, possui coração, rins, pulmões e fígado.

Há também a ideia de que o aborto seria a frustração de uma vida que poderia se concretizar com excelência. Impedir um nascimento é colocar óbice à vinda de um gênio da arte, do esporte ou da ciência. Por esse raciocínio, o futuro também seria um valor a ser protegido.

Por outro lado, os defensores do aborto predizem que a vida extrauterina é mais valiosa, conforme demonstram os legisladores penal e civil. O Código Penal confere uma pena muito maior ao homicídio (morte de nascido) do que ao aborto (morte de não nascido), demonstrando que a vida extrauterina merece maior proteção. Também o Código Civil, no artigo 2º, atesta que a personalidade civil só começa com o nascimento com vida. Logo, a tutela da pessoa natural só tem início a partir da primeira respiração.

Nesse diapasão, merece maior atenção os direitos da mulher grávida, conferindo-lhe plenitude em sua esfera de liberdade. Dessarte, caberá à mulher se autodeterminar sem a intervenção de terceiros, incluindo o Estado. Poderá decidir-se se quer ou não ter filhos, exercendo o chamado planejamento familiar. Também a gestante merece ser tutelada em sua integridade psicofísica. Não se pode obrigá-la a aceitar uma gravidez traumática, como, por exemplo, quando descobre que o feto é anencéfalo e terá poucas horas de sobrevivência após o nascimento. Mesmo a gravidez que coloque em risco a sua saúde não merece ser levada adiante.

Também se discute, no âmbito da legalização do aborto, a clandestinidade das práticas abortivas. Muitas mulheres, principalmente as de baixa renda, realizam a interrupção da gravidez por meios caseiros, precários e se submetem à ação de terceiros sem a menor segurança e higiene. Essas mulheres estão em desigualdade de proteção se comparadas àquelas mais abastadas que se dirigem a clínicas de aborto para realizar uma intervenção segura e antisséptica. Cabe ao Estado trazer a realidade às leis, promovendo a justiça equânime que se espera em um modelo democrático de Direito. Em outros dizeres, se o aborto é prática que ocorre frequentemente à margem das leis, cabe ao Estado legalizá-la, assegurando tutela não discriminatória, promovendo igualdade de acesso entre as gestantes.

Vale dizer, finalmente, que o aborto nunca será um tema isento de controvérsias. A carga de sentimentos que se aflora ao delinear tema tão delicado compromete o bom e coerente discurso. Ao que se percebe, os tribunais brasileiros estão flexibilizando a regra de que o aborto é crime. A sentença proferida pelos ministros do Superior Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 aponta um novo rumo ao permitir a interrupção de gravidez envolvendo fetos anencéfalos.

Os destinos do tema são incertos, dependendo ainda de maturidade legislativa e social. A ideia de justiça e solidariedade, objetivo da República Federal, será alcançada por um processo natural de maturação. E não se pode duvidar que o estado atual desse processo é de grande ebulição, fazendo crer que, brevemente, o Direito (em sua forma positivada) encarará de forma menos tímida todas as questões aqui levantadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional*, In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GALVÃO, Pedro. *Aborto, Identidade e o Mal de Matar*. Disponível em <<http://pedrogalvao.weebly.com/uploads/6/6/5/5/6655805/abortoid.pdf>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. *Vida humana: abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídicos tradicionais*, In: Biodireito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da dignidade da pessoa humana*, In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *O princípio da solidariedade*, In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sexuais e reprodutivos: Aborto Inseguro como Violação aos Direitos Humanos*, In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCIA, F. R. O aborto

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*, In: Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAKOI, Sérgio Massaru. *Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade*, In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 17, n. 66, jan-mar/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JURÍDICAS: ANÁLISE DA TÓPICA SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lucas Dias Costa Drummond¹

Resumo: O presente trabalho presta-se a analisar a racionalidade das decisões jurídicas sob a ótica da Teoria Tópica resgatada por Viehweg em 1953, de sorte a testar a possibilidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito. Com isso, deve-se analisar se a relegação do papel da lei a mero *topoi* se mostra compatível com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Racionalidade das decisões jurídicas. Estado Democrático de direito. Tópica.

¹ Advogado. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PPGD/PUCMINAS).

1 INTRODUÇÃO

Tem-se que a racionalidade das decisões jurídicas é tema que vem há muito despertando a atenção dos juristas, de forma que encontra-se latente até os dias de hoje. Com efeito, cumpre ressaltar que literatura jurídica tema racionalidade por **formas racionais de pensar o direito**, sendo que estas se multiplicaram com o decurso da história, de modo a repercutir diretamente no *processo* da tomada de decisões.²

De fato, verifica-se que a tópica ressurgiu no pensamento de Viehweg como uma forma de se pensar a decisão judicial, sob o enfoque da problematização das questões postas, sendo resolvidas por um catálogo de pontos de vista ordinariamente aceitos dentro de uma sociedade.³

É nesta esteira que nos proporemos a fazer uma análise da Teoria Tópica como modalidade de se enfrentar as questões pertinentes ao direito, eis que esta se ligará intimamente com a formação de decisão judicial. Igualmente visaremos estudar a tópica sob o enfoque das concepções atuais do Estado Democrático de Direito, de sorte a examinar se os referidos institutos são compatíveis entre si.

A fim de se proceder numa análise detida sobre o referido tema, passaremos, primeiramente, pela reconstrução das noções do Estado Democrático de Direito, trazido para o Ordenamento brasileiro pelo advento da Constituição de 1988. Neste momento, buscaremos verificar a importância dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático dentro da matriz constitucional atual.

Em um segundo momento, visaremos proceder na reconstrução histórica da Teoria Tópica, passando pelas cogitações de Aristóteles, Cícero, Vico e Viehweg, esclarecendo as linhas gerais do referido método racional de construção da decisão jurídica.

Com base nestas concepções nos proporemos a contrapor a tópica ao Estado Democrático de direito, oportunidade na qual analisaremos a possibilidade de coexistência dos referidos institutos dentro dos estudos jurídicos da contemporaneidade.

Sendo assim, esperamos contribuir para o enriquecimento dos estudos pertinentes à tópica como meio apto (ou não) para a construção do Estado Democrático de Direito.

2 NOÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Visando sempre adequar nossos trabalhos à linha de pesquisa adotada no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cumpre trazer algumas ponderações sobre o que é o Estado Democrático de Direito. Isto

² PRICE, Jorge Douglas. *La Decisión Judicial*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 98-99 e 153-200.

³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília. 1979.p. 17. PRICE, Jorge Douglas. *La Decisión Judicial*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 181.

porque tal linha de pesquisa guarda relações íntimas com tal noção, eis que intitulada de “O Processo na construção do Estado Democrático de Direito”.

Com isso, tal designação explícita, por si só, a ideia difundida no referido recinto acadêmico, consoante assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, de que versa o Estado Democrático de Direito acerca de um projeto inacabado, dependente, portanto, de implementações práticas que o tornem realidade. Igualmente, o referido autor salienta que está “sempre o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação”, o que significa dizer que implica numa “espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*”.⁴

Sendo assim, dadas as referidas considerações introdutórias acerca do referido tema, cumpre estabelecer algumas noções sobre o que seja o Estado Democrático de Direito, notadamente pela importância conferida pelo próprio texto constitucional ao concebê-lo com princípio fundamental, já logo em seu art. 1º.

Primeiramente, impõe-se necessário pontuar que se trata de verdadeiro princípio jurídico, eis que tal concepção encontra-se mais afinada a uma noção abrangente de Estado Democrático de Direito⁵. Neste sentido, valendo-nos da obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, seguimos a corrente de que tal concepção parece mais apropriada aos objetivos do Estado Democrático de Direito do que uma configuração estanque de “paradigma”.⁶

Sendo considerado princípio, cumpre salientar que o Estado Democrático de Direito afigura-se um misto que, uma vez decomposto, resulta na visualização dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, os quais merecem atenção individualizada, bem como respectiva releitura.⁷

No tocante ao Estado de Direito⁸, faz-se necessário indicar suas origens históricas como resposta do liberalismo aos regimes absolutistas, estes ilimitados a qualquer previsão legal por excelência⁹. Assim, na síntese de Mário Lúcio Quintão Soares, o Estado de Direito seria a concepção de Estado que preconizaria os homens como livres e iguais proprietários¹⁰,

⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 2. Neste mesmo sentido, Rosemiro Pereira Leal pontua se incorreto admitir que o Estado Democrático de Direito restaria configurado por simples previsão constitucional (LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos processuais e Constituição democrática*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 283)

⁵ Nesta esteira, reputamos procedentes as restrições tecidas por José Emílio Medauar Ommati, no tocante à tese difundida por José Afonso da Silva da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, eis que isso representaria um retrocesso no campo da aplicabilidade dos princípios constitucionais (OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 178-179).

⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁷ SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 219.

⁸ Expressão cunhada por Robert Von Mohl em referência ao “Estado da razão” ou “Estado do entendimento” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 49).

⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 454.

¹⁰ SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 183.

numa tentativa de conferir-lhe maior racionalidade ao exercício do poder político.

Assim, valendo-se das acepções trazidas pela Constituição Portuguesa, Canotilho assevera que o Estado de Direito encontra-se expresso em regras e princípios dispersos no texto constitucional, dentre os quais se destacam, a título exemplificativo, os princípios da constitucionalidade, da reserva legal, da responsabilidade do estado por danos causados ao cidadão, entre outros.¹¹

Já no tocante ao Princípio da Democracia, tem-se que este aparece como um resgate de legitimidade, pautado na participação ativa do povo no exercício do poder político pelo Estado. No entanto, cumpre ressaltar que o exercício democrático não se encontra restrito à noção simplista do voto, sendo certo que tal instituto, apesar de afigurar-se sobremaneira relevante, é somente um dos diversos mecanismos de participação do povo nos atos estatais. Nesta esteira, André Del Negri salienta que “o voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia”, uma vez que o povo não se coloca num eixo democrático tão somente pela realização dos direitos políticos, **mas também pela concretização de outros direitos fundamentais**, evidentemente controlada pelo Devido Processo Constitucional. Nesta esteira, prossegue o referido autor pontuando a necessidade de se readequar a posição do cidadão¹² à vigência do Estado Democrático de Direito, eis que aquele não pode ser mais visto como mero cliente do Estado, estranho, portanto, às suas atividades¹³. Neste sentido, Brêtas assevera que cabe ao povo o exercício de fiscalização do Estado mediante a utilização de mecanismos pertinentes ao Processo Constitucional, o qual se desdobra em institutos tais como a ação direta de inconstitucionalidade, ação popular, *habeas data* e arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁴ Em outras palavras, o Processo Constitucional é, ao lado do voto, um mecanismo de legitimação da atuação do poder político pelo Estado, de forma a viabilizar a atuação da vontade popular no exercício das funções estatais.

É nessa perspectiva de concretização dos Direitos Fundamentais, como imperativo de legitimação do Estado Democrático de Direito, que Eduardo Cambi, citado por Brêtas, pontua que tal pode ser denominado como “Estado de Direitos fundamentais”, considerando o aspecto basilar que estes desempenham em tal concepção do Estado.¹⁵

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 230.

¹² Haja vista as ponderações feitas por Rosemiro Pereira Leal em “Processo Civil e Sociedade Civil”, acerca da definição do conceito de “cidadão”, pontuamos nossa discordância com tal designação, haja vista a carga negativa designada pelo referido autor na obra em apreço, na medida em que “cidadão” seria o “habitante da *ci-datus* (cidade), o lugar dado pelo **civil** ao povo (*potus*)” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil. VirtuaJus – Revista Eletrônica*, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.pucminas.br/VirtuaJus/prod_docente_2_2005.html. p. 1).

¹³ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 77 – 78. Já em obra posterior, o mesmo autor passa a incorporar as lições colacionadas na nota anterior, no tocante às restrições postas ao termo “cidadão” (DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23 – 28).

¹⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 64.

¹⁵ Citado por: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. p. 71.

Com efeito, haja vista a relação umbilical existente entre o Estado de Direito e o Estado Democrático no Estado Democrático de Direito, salienta-se que há uma relação necessária entre os referidos institutos, de forma que um influi reciprocamente sobre o outro. Neste sentido, Canotilho pontua que o Estado Constitucional é também um Estado Democrático, sobre o qual vigora o Princípio da Democracia, de forma que o Estado Constitucional só assim o é se restar configurado como democrático. Igualmente, Canotilho assevera que há uma relação recíproca entre Estado de Direito e Estado Democrático, sendo que:

Tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão a luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito.¹⁶

Nesta linha de pensamento, verifica-se que o Estado Democrático de Direito consiste na articulação entre os princípios do Estado de Direito e o Estado Democrático, “cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais”.¹⁷ Assim, de um lado, compete ao princípio democrático conferir legitimidade ao exercício do poder político pelo Estado em nome do povo, mediante concretização dos Direitos Fundamentais e participação do povo na referida atuação.¹⁸ Por outro lado, cabe ao Princípio do Estado de Direito normatizar o exercício do poder político pelo Estado, limitando-o, conseqüentemente, por meio da Constituição.¹⁹

Destarte, torna-se forçoso concluir que tais digressões afiguram-se de extrema relevância nas produções científicas da atualidade, eis que a limitação do Estado Democrático de Direito ao exercício do sufrágio universal acaba por obstaculizar a sua integral implementação, com bem restou salientado por André Del Negri.²⁰ Sendo assim, a superação do estágio de incompletude do Estado Democrático de Direito depende de sua plena compreensão como campo fértil à concretização dos Direitos Fundamentais normativamente previstos na constituição, os quais terão implementação mediante o exercício do Devido Processo Constitucional, afastando-se diametralmente das concepções autoritárias e totalitárias do Processo.²¹

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 230.

¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 58.

¹⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 59.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 77 – 78.

²¹ Tangenciando ao referido tema, André Del Negri procede em reconstrução magistral da relação existente entre as Teorias do Processo e os regimes político nos quais foram concebidas. Assim, forte na obra de André Cordeiro Leal, o referido autor pontua as ligações existentes entre as concepções do processo como instrumento da jurisdição e a necessidade de se projetar no juiz a figura do ditador, a exemplo do que ocorreu no período do nazi-facismo e do Estado Novo de Getúlio Vargas. Neste contexto, caberia ao juiz realizar os valores sociais e políticos da nação (DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 36-40).

3 A TEORIA TÓPICA E A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Estabelecidas as noções basilares do paradigma normativo do Estado Democrático de Direito, recepcionado pelo Ordenamento Jurídico pátrio com o advento da Constituição de 1988, cumpre verificar se tais concepções se coadunam com uma racionalidade das decisões judiciais lastreada pela Teoria Tópica.

3.1 A tópica no pensamento de Aristóteles, Cícero e Vico

Como se sabe, o raciocínio tópico começa a ser tratado pelas construções filosóficas clássicas de Aristóteles e Cícero, passando na modernidade por Vico e posteriormente por Viehweg²² na segunda metade do século XX, este esteado na obra do segundo pensador.

Primeiramente, em que pese à importância do clássico autor grego para as cogitações pertinentes à tópica, buscaremos focar nossas atenções de forma mais detida nos demais autores, eis que convém limitar o objeto do presente estudo à sua relação com o direito, o que somente se fez a partir de Cícero. Em outras palavras, muito embora a tópica de Cícero se afigure menos elaborada que a cogitada por Aristóteles²³, tem-se que aquela acabou por influenciar o pensamento de Viehweg com maior preponderância, na medida em que foi pensada de forma mais interligada com o direito.

No entanto, convém ressaltar, brevemente, que coube a Aristóteles o desenvolvimento inicial da tópica, em seus domínios evidentemente retórico-dialéticos, de sorte, ainda, a conceder a sua respectiva designação.²⁴ Ainda, Aristóteles foi o responsável por reconhecer que a tópica tem por objeto “raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida”.²⁵

Outra expressão relevante, em relação à tópica aristotélica, é a concepção dos *topoi*, na medida em que estes se referem aos “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, que se empregam a favor ou contra o que a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”, como verdadeiros catálogos destinados à resolução de problemas.²⁶

Com efeito, interessa-nos mais a tópica formulada por Cícero, eis que mais afeiçoada a um propósito de aplicação no campo jurídico. Assim, tem-se que a obra de Cícero deriva de escritos explicativos da tópica de Aristóteles dedicados ao jurista romano Trebatius, o qual não havia obtido êxito em estudos particulares da tópica grega. Com isto, dada a complexidade da tópica de Aristóteles, Trebatius optou por solicitar a Cícero esclarecimentos sobre a obra do filósofo grego, posto que havia considerado-lhe inacessível às suas cogitações pessoais²⁷.

²² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília. 1979.

²³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília. 1979. p. 28.

²⁴ *Ibidem*, p. 23-25.

²⁵ *Ibidem*, p. 25.

²⁶ *Ibidem*, p. 26-27.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

Neste traço, Cícero parte da distinção entre “invenção” (tópica) e “formação de juízo” (lógica), de forma a situá-las em uma teoria fundamental da dissertação. Igualmente, o faz de forma a pontuar a precedência da “invenção” à “formação de juízo”, eis que a organização e aprofundamento sobre determinada matéria dependeria do conhecimento de seus *topoi*. No entanto, Cícero não propõe uma organização dos *topoi*, ao contrário do que fez Aristóteles, expondo-lhes sobre dois aspectos fundamentais sob dois grupos: dos *topoi* que se ligam diretamente aos assuntos abordados (chamados de científicos ou técnicos); e aqueles não se ligam diretamente ao assunto tratado (atécnicos).²⁸

A despeito dos demais desdobramentos propostos por Cícero quanto ao tema acima noticiado, vale salientar que este sobreleva que inexistem polêmicas que não contenham um catálogo de pontos de vista a serem aplicados ao problema, de sorte que todas as situações similares tenham os seus devidos *topoi*.²⁹ Com isso, tem-se que a tópica de Cícero acabou por prevalecer sobre a de Aristóteles, preponderando o caráter retórico anteriormente mitigado pela tópica grega, sendo, portanto, de total interesse para o direito.³⁰

Após a superação da antiguidade e da Idade Média, tem-se que a tópica passou a ser tratada modernamente pelo filósofo italiano Gian Batista Vico (1668-1744), o qual a inseria numa modalidade antiga de estudo da retórica.

Primeiramente, se faz necessário esclarecer que o pensamento de Vico sobre o que seria uma *Ciência Nova*³¹ paira sobre a conciliação das formas de saber antiga e moderna, ou seja, da ciência clássica e daquela concebida na modernidade. Para fundamentar a ciência moderna, Vico pontua o conceito do *primum verum*, como ponto de partida de um saber sistemático, fechado em si mesmo e irrefutável. Tal forma sistemática de saber se guiaria pela noção difundida por Descartes, a qual elegeria princípios inflexíveis (apodícticos) destinados a guiar raciocínios dedutivos.

No entanto, Vico percebe que tais articulações se mostraram incapazes de resolver todos os problemas proposto à ciência, de sorte que seriam necessários alguns aportes teóricos das formas antigas de conhecimento para solucionar tais questões. É nesta toada que o referido filósofo propõe a conciliação das duas modalidades de ciência, sendo que o contributo da Antiguidade consistiria na aceitação das formas de conhecimento voltadas para o *sensus communis*, refletidos na sabedoria popular (*doxas* ou *endoxas*), os quais consequentemente comporiam os catálogos de pontos de vista ordinariamente aceitos dentro de uma comunidade (*topoi*). Com isso, Vico coloca em sentidos contrapostos, porém complementares dentro de uma *Ciência Nova*, de um lado, as noções de do antigo método voltado para a tópica retórica e, de outro lado, o método moderno crítico francamente capitaneado por Descartes.³²

²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 29.

²⁹ *Ibidem*, p. 30.

³⁰ *Ibidem*, p. 31.

³¹ VICO, Gian Batista. *Princípios de (uma) Ciência Nova*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p.19-21.

3.2 Resgate da Tópica por Viehweg

Conforme noticiado no item anterior, tem-se que a tópica passou pelas cogitações de seu precursor Aristóteles, ganhando contornos jurídicos pelas contribuições de Cícero e, por fim, sendo tratada por Vico de forma a ser conciliada com a ciência moderna.

Com base nestes marcos teóricos, coube a Theodor Viehweg o resgate da tópica, em sua obra publicada em 1953, difundida no Brasil em 1979 por seu discípulo Tércio Sampaio Ferraz Júnior. No referido trabalho, Viehweg reapresenta a tópica como uma “técnica de pensar por problemas pela retórica”³³, com o objetivo de se superar uma lógica cartesiana voltada para a certeza científica.³⁴

Com isso, o raciocínio tópico autorizaria uma saída de uma lógica formal focada no silogismo e, por consequência, uma alternativa de racionalidade jurídica que fugisse do esquema apodítico e silogístico de premissa maior (lei), premissa menor (fatos) e conclusão (sentença).

Nesta esteira, conforme já ponderamos, a tópica parte da noção dos *topoi* como repertórios ou catálogos de pontos de vista ordinariamente aceitos de forma convincente por um número razoável de pessoas³⁵. Assim, a figura do problema concreto assumiria a posição preponderante dentro do raciocínio tópico, relegando-se a norma e conceitos jurídicos a meros *topoi* (catálogos) como forma de se abandonar uma Teoria da Decisão Jurídica que partisse “meramente do conhecimento conceitual dos textos normativos”.³⁶

Mediante a utilização da tópica, tem-se que o autor busca romper com uma concepção afeiçoada à tradição romano-germânica do direito codificado, oriunda da segunda metade do século XIX, de que todas as respostas jurídicas se encontrariam expressas dentro do sistema normativo.³⁷

Desta maneira, urge ressaltar que a busca pela saída deste sistema positivista tem raízes que refletem um contexto histórico relevante no cenário da segunda metade do século XX, mais especificamente, de caminhada para o chamado pós-positivismo. Com isso, a tópica de Viehweg aparece num momento de tentativa de superação do normativismo fechado³⁸ e a usurpação do direito em que este refletisse a simples vontade do Estado soberano.

Por fim, tem-se que o resgate da tópica por Viehweg acaba por propor uma racionalidade jurídica decisória em franca tentativa de se retirar a lei do centro do Ordenamento Jurídico, de forma a evitar a cooptação total do direito pelo Estado, segundo apregoava John Austin³⁹.

³³ *Ibidem*, p. 17.

³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 147.

³⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 26-27.

³⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 148.

³⁷ *Ibidem*, p. 78.

³⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150.

³⁹ SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

Igualmente, pretende-se eliminar uma lógica formal do pensamento jusfilosófico, uma vez que o direito não teria uma unidade sistêmica, havendo, por consequência, uma fragmentação do Ordenamento Jurídico.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DA TÓPICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme asseverado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, tem-se que a tópica busca uma crítica renovadora da hermenêutica clássica, trazendo, por outro lado, grande instabilidade no campo da Teoria da Constituição⁴⁰.

Sendo assim, em que pesem as considerações acima noticiadas, cumpre salientar que tais concepções não se afeiçoam à aceitação do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme restou estatuído pela Constituição Federal, logo em seu artigo 1º.

Assim, é sabido que a jurisdição, entendida enquanto direito fundamental⁴¹, deve prestar irrestrita observância ao princípio do Estado Democrático de Direito, assim como todas as demais funções do poder, conforme bem observa Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Pode-se afirmar que o princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito decorre do próprio sistema constitucional, pois se origina da ideia de uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivados constitucionalizados, aos quais jungidas todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado, sem qualquer exclusão (Constituição Federal, artigo 1º).⁴²

Com efeito, verifica-se que a Constituição Federal adota o princípio da Reserva Legal enquanto um de seus princípios mais relevantes prevendo, em seu art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Adota-se, neste dispositivo, a noção ampla de “lei”, sendo que se refere ao Ordenamento Jurídico como um todo, abrangendo tanto as normas jurídicas constitucionais quanto as infraconstitucionais.⁴³

Assim, verifica-se que a legitimidade democrática das decisões encontra seu fundamento **inicial** justamente na lei, na medida em que esta figura como expressão da vontade do povo⁴⁴, porquanto formulada por seus representantes mediante o Devido Processo Legislativo.⁴⁵

⁴⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150

⁴¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 71-72.

⁴² *Ibidem*, p. 114.

⁴³ *Ibidem*, p. 118.

⁴⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 119.

⁴⁵ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 112.

A adoção da teoria tópica como base da racionalidade da decisão jurídica acaba, conseqüentemente, por relegar a lei a um papel secundário, na medida em que tal método parte diretamente da problematização do caso concreto, colocando a norma em um segundo plano de aplicação.

Igualmente, ao se relegar a lei a mero *topoi* fica clara a sua colisão frontal com o Princípio da Reserva Legal⁴⁶, não passando, conseqüentemente, pelos filtros do Estado Democrático de Direito.

Destarte, verifica-se que, visando uma abertura do sistemas antes fechado e unívocos propostos pelo Positivismo Jurídico, nota-se que a teoria tópica acabou por sujeitar a norma jurídica a um patamar inferior, de forma a ensejar uma insegurança jurídica intolerável, no campo da análise e da aplicação do direito.

Por fim, não se pode, no referido modelo de Estado, acolher os ensinamentos provenientes da Tópica de Viehweg, notadamente porquanto tal forma de racionalidade da decisão jurídica representaria um retrocesso na forma de se enxergar o direito no Brasil, não podendo-se flexibilizar a obrigatoriedade da lei nos termos acima propostos.

5 CONCLUSÕES

Pudemos verificar ao longo do presente trabalho que a tópica, como método de enfrentamento de problemas tem as suas origens na antiguidade clássica, sendo proposta por Aristóteles. Em seguida, acompanhamos a evolução da tópica de sorte a verificar a sua versão jurídica formulada por Cícero e suas implicações na formação da *Nova Ciência* de Vico.

Por fim, vimos o resgate da tópica procedido por Viehweg, bem como o contexto em que tal aporte teórico foi aceito, na medida em que representava uma tentativa de mitigar os efeitos considerados nocivos da vigência do Positivismo Jurídico,

No entanto, no afã de se estancar os referidos efeitos advindos do normativismo, nota-se que a teoria tópica acabou por sujeitar a norma jurídica a um patamar inferior, de forma a ensejar uma insegurança jurídica insuportável, no campo das cogitações hermenêuticas da Teoria da Constituição.⁴⁷ Tais excessos acabaram por despertar inúmeras críticas em seu desfavor, conforme pontuamos anteriormente.⁴⁸

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1212. CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.100.

⁴⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1212. CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.100. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150

A despeito de suas deficiências, tem-se que a tópica apresenta características aproveitáveis para um contexto de problematização das questões postas à análise das decisões judiciais, na medida em que propõe, ao menos, uma análise crítica e abertura argumentativa sobre tais pontos.⁴⁹

Sendo assim, torna-se forçoso concluir que a tópica não pode ser acatada como modelo de racionalidade jurídica das decisões judiciais após o advento da constituição de 1988, na medida em que esta preconiza uma vinculação plena dos órgãos jurisdicionais aos princípios da Reserva Legal, mormente ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4ª ed. Brasília: Ed. Da Universidade de Brasília, 1992. 2v.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **O Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1212. CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006..

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão *Interna Corporis***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. *Virtuajus – Revista Eletrônica*, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.pucminas.br/Virtuajus/prod_docente_2_2005.html>.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Modelos processuais e Constituição democrática**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁴⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150

DRUMMOND, L. D. C. A racionalidade das decisões jurídicas

NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson; DRUMMOND, Lucas. **Formalismo processual democrático e algumas incursões de sua aplicação no Novo Código de Processo Civil.** In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2014. v. IV (no prelo).

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PRICE, Jorge Douglas. **La Decisión Judicial.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – “Decidir conforme a minha Consciência”?** **Protogênese do Protagonismo Judicial.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: entre o Direito e a Política.* Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 215-250.

VICO, Gian Batista. **Princípios de (uma) Ciência Nova.** 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Brasília: Universidade de Brasília. 1979.

ENTIDADES DE CLASSES: INADIMPLÊNCIA E EXERCÍCIO LABORATIVO - UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 37 DA LEI 8.906/94

Marília Oliveira Leite Couto¹

Ana Maria Couto Ribeiro²

Marina Couto Ribeiro³

Resumo: O presente trabalho presta-se a discutir acerca da constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), quando aplicados em face da infração prevista no artigo 34, inciso XXIII, do mesmo dispositivo legal. Tal discussão tem como base o recurso interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), o qual questiona a decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de manter a validade dos parágrafos supracitados e considerar cabível a sanção disciplinar, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de suspender o exercício profissional de advogado por inadimplemento junto à entidade de classe, pois considera que a decisão ofende a liberdade de exercício profissional, garantido pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. Assim, será feita uma análise do artigo 37 da Lei 8.906/94, visando comprovar a inconstitucionalidade de seus parágrafos 1º e 2º, quando confrontados com o preceituado no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Constitucionalidade; Entidades de Classes; Inadimplemento.

¹ Tabeliã do Cartório de Protesto de Títulos e Documentos da Comarca de Cristina/MG; Professora do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas/MG; especialista em Direito Processual Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros-UNIMONTES.

² Advogada; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros-UNIMONTES.

³ Licenciada em Letras/Português e graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal/88 preconiza em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana que é considerado o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, vez que se encontra na base de todos os princípios constitucionais consagrados, como o direito à liberdade, à participação política, à igualdade, ao exercício de profissão, dentre outros.

Nesse sentido, pode-se alegar que o conceito de dignidade humana reúne valores que não estão restritos, unicamente, à defesa dos direitos individuais, pois contém em seu interior todo um conjunto de direitos, liberdades e garantias, ou seja, todos os interesses que dizem respeito à vida humana, sejam eles pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 insere o livre exercício de profissão aos princípios do direito à vida e da preservação da dignidade humana, sendo assim, uma garantia constitucional pela qual todos os indivíduos gozam da possibilidade de viver com dignidade, eis que, através da atividade laborativa, se adquire condições dignas de sobrevivência. Contrariando o artigo supracitado, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil apresenta, nos parágrafos 1º e 2º de seu artigo 37, a proibição do exercício profissional em razão do inadimplemento das anuidades devidas.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho tem como problema a seguinte questão: é constitucional o dispositivo legal que prevê sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional em razão do inadimplemento de anuidades devidas à Entidade de Classe?

Para responder ao questionamento, confrontaremos os princípios da dignidade humana e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo em vista a relevância da repercussão geral da matéria - por haver um elevado número de profissionais inscritos que dependem dessas entidades, para desempenhar suas tarefas diárias e, portanto, para gozarem da dignidade, e a relevância jurídica do fato que, segundo Lewandowski, parte de uma suposta violação ao direito fundamental do livre exercício da profissão, um dos direitos básicos do ser humano.

Para a sua realização, será aplicado o método de procedimento interpretativo, através de análise dedutiva do material de pesquisa, a fim de reflexões críticas dos resultados obtidos. Serão usados como instrumentos: materiais bibliográficos, análise de casos, pesquisas em jurisprudência, revista e internet, tendo como marco teórico o recurso extraordinário de n. 647885, no qual se questiona a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) que preveem como sanção disciplinar a suspensão do exercício profissional de advogado por inadimplemento junto à entidade de classe.

1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Conceitua o dicionário Aurélio que princípio é o momento, local ou trecho em que algo tem origem; é a causa primária; preceito, regra. (FERREIRA, 1977 p. 385)

Para Paulo Bonavides, os princípios são considerados fontes primeiras da normatividade, que deram origem aos valores supremos, constituintes dos direitos, garantias e competências de uma sociedade constitucional. Ou seja, são, “enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”. (BONAVIDES, 1997 p. 254)

Dessa forma, os princípios, a base normativa sobre a qual se apoia o sistema constitucional, deixam de servir apenas como orientação para tornarem-se indispensáveis para aplicação da justiça ideal, uma vez que, utilizados na interpretação das leis, visam garantir o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, buscando, assim, uma tutela jurisdicional mais efetiva. São considerados leis das leis, nas quais se encontram a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema.

“Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”. (DIAS, 2007 p. 55)

Miguel Reale afirma que princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2007, p. 300)

No entendimento de Celso Bastos, nos momentos revolucionários, os princípios teriam a sua função ordenadora saliente, já outras vezes, desempenhariam, na medida em que tivessem condições para serem autoexecutáveis, uma ação imediata tanto no plano integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo. Conclui o autor dizendo:

[...] Finalmente, uma função importante dos princípios é a de servir de critério de interpretação para as normas. Se houver uma pluralidade de significações possíveis para a norma, deve-se escolher aquela que a coloca em consonância com o princípio, porque, embora este perca em determinação, em concreção, ganha em abrangência. (BASTOS, 2000, p. 55-56)

Sendo assim, pode-se dizer que nos princípios serão encontradas diretrizes valorativas válidas, as quais são aplicáveis à interpretação constitucional.

1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/1988, é considerado o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, vez que se encontra na base de todos os princípios constitucionais consagrados, como o direito à liberdade, à participação política, à igualdade, ao exercício de profissão, dentre outros.

Nesse sentido, pode-se alegar que o conceito de dignidade humana reúne valores que não

estão restritos, unicamente, à defesa dos direitos individuais, pois contém em seu interior todo um conjunto de direitos, liberdades e garantias, ou seja, todos os interesses que dizem respeito à vida humana, sejam eles pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos.

É ele, segundo Maria Berenice, o mais universal de todos os princípios, aquele que garante uma igual dignidade para todas as entidades familiares, encontrando na família o solo apropriado para florescer. (DIAS, 2007, p. 59 – 60)

É considerado, na doutrina, como o princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, no qual se fundamenta a República Federativa do Brasil. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 150)

Esse entendimento, apesar de majoritário, recebe críticas no sentido de que não há, entre os princípios, uma hierarquia, estando todos sujeitos a juízos de ponderação.

No entanto, é nítida a relevância desse princípio, ao passo que, tanto no Brasil quanto no exterior, ele vem ganhando cada vez mais espaço, merecendo diversas reflexões.

Prova disso são os parágrafos terceiro e quarto acrescentados ao artigo 5º da CRFB/1988, pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que representam, no entendimento de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet, um salto qualitativo no que diz respeito, em geral, à proteção aos direitos humanos e, em particular, a dignidade da pessoa, bem como o §5º acrescido ao artigo 109 do mesmo diploma legal que possibilita ao Procurador Geral da República, requerer o deslocamento da competência para a Justiça Federal, em qualquer instância, visando assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 154)

Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Art. 119. [...] § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Assim, têm-se na jurisprudência inúmeras decisões que consagram tal princípio como pilar das ideias de Justiça e de Direito.

O artigo 5º da Constituição/88 prevê o livre exercício de profissão como um dos princípios da dignidade humana, vejamos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

A liberdade de profissão é um direito individual condicionado a opções e vocações de cada pessoa, podendo ser restringida, unicamente, pelo Estado, quando se tratar de exigência legal de atendimento às qualificações profissionais, desde que tenha como finalidade a proteção da vida, da saúde, da segurança, além de condições adequadas à educação e à defesa de valores morais, ou seja, desde que seja fundada no potencial lesivo do exercício de determinada profissão, voltada sempre e unicamente para o interesse público.

Sobre isso, Pinto Ferreira afirma:

No que tange à escolha de profissões, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder de polícia para legalizar e permitir in totum a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.); outras atividades preveem condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimentos de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos, como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes e contravenções). Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação (FERREIRA. 2005.).

Assim, as restrições devem obedecer, unicamente, a moldura constitucional: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Tais qualificações profissionais englobam os requisitos acadêmicos, como, no caso do curso de Direito, a obtenção de bacharelado e a aprovação em exame de ordem. Restrições em decorrência do não pagamento das anuidades não se enquadram no requisito da Constituição, pois a inadimplência não se constitui como qualificação profissional.

2 DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O Estatuto da Advocacia e da OAB, instituído pela Lei Federal n. 8.906, de 4 de julho de 1994, é um conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que estabelece os direitos e deveres dos advogados, bem como os fins e a organização da OAB, tratando dos estagiários, das caixas de assistência aos advogados, das eleições internas da entidade, dos seus processos disciplinares, dentre outros.

Insta salientar que seu sancionamento pelo Presidente Itamar Franco consagrou a reivindicação da OAB para que fosse elaborado um novo estatuto da advocacia em conformidade com os princípios da Constituição Brasileira de 1988.

No presente trabalho, discorreremos acerca das penalidades impostas àqueles que estejam em falta com suas obrigações financeiras perante a OAB, ou seja, não estiverem em dia com a anuidade.

Nesta senda, o Estatuto da OAB dispõe, em seu artigo 34, inciso XXIII, que constitui infração disciplinar o inadimplemento junto à instituição.

Constitui infração disciplinar:
[...] XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo.

Noutro giro, o artigo 42 prevê que fica impedido de exercer o mandato o profissional a quem forem aplicadas as sanções disciplinares de suspensão ou exclusão.

Por sua vez, prevê como sanção disciplinar, em seu artigo 37, nos parágrafos 1º e 2º a suspensão do exercício profissional em razão do inadimplemento das anuidades, até o pagamento integral do débito, vejamos:

A suspensão é aplicável nos casos de:
I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34.
§1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.
§2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

Sendo assim, nota-se que os artigos em questão determinam que, pelo período em que persistir a inadimplência de contribuições, multas e serviços devidos à OAB, o advogado estará impedido de exercer o mandato profissional.

Como justificativa para mencionada sanção afirma que esta se encontra amparada por expressa disposição legal, principalmente no artigo 5º, inciso XIII da CRFB/88, o qual estabelece que o exercício da profissão é condicionado ao atendimento dos requisitos prévios estabelecidos em lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Ademais disso, defende também que é o produto da arrecadação da Ordem dos Advogados do Brasil que, precisamente, permite o pleno e satisfatório funcionamento de tal autarquia. E, assim, admitir que quem não cumpre os deveres que lhe são impostos legalmente usufrua de todos os direitos assegurados aos demais é, nitidamente, um incentivo à inadimplência geral e coletiva da íntegra da classe profissional.

E mais, representa manifesta afronta ao princípio da isonomia, vez que não seria justo que aqueles que não estão em dia com suas anuidades tivessem os mesmos direitos e benefícios que aqueles advogados regularmente adimplentes.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE ADVOGADO POR INADIMPLEMENTO JUNTO À ENTIDADE DE CLASSE

A liberdade de ação profissional consiste na faculdade de escolha do trabalho que se pretende exercer. Nesse sentido, a Constituição Federal preconiza, em seu artigo 5º, inciso XII, que é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. (PINHO, 2003, p. 94)

Rodrigo César, em seu livro “Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais”, afirma que “a liberdade de ação profissional é o direito de cada indivíduo exercer qualquer atividade profissional, de acordo com as suas preferências e possibilidades”. (PINHO, 2003, p. 94)

Ressalta, ainda, que, para o exercício de determinados trabalhos, ofícios ou profissões, a Constituição estabelece que podem ser feitas certas exigências pela legislação ordinária e, que, para o exercício da profissão de advogado, o indivíduo precisa ser formado em uma faculdade de Direito e ter sido aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (PINHO, 2003, p. 94)

Ainda nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, no livro “O Direito Constitucional Descomplicado”, ensinam que o inciso mencionado acima consubstancia norma de eficácia contida, ou seja, normas

Em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (PAULO, ALEXANDRINO, 2009, p. 58).

Sendo assim, percebe-se que dita norma possui aplicabilidade imediata, mas sujeita a restrições a serem impostas pelo legislador ordinário. Dessa forma, quando estabelecidas as qualificações profissionais pelo legislador, somente aqueles que a cumprirem poderão exercer a profissão.

Neste diapasão, a Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia, prevê, em seu artigo 8º, os requisitos necessários para a inscrição como advogado, vejamos:

Para inscrição como advogado é necessário:
I - capacidade civil;
II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

- III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;
- IV - aprovação em Exame de Ordem;
- V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;
- VI - idoneidade moral;
- VII - prestar compromisso perante o conselho.

Dessa forma, *in casu*, conforme dito alhures, as qualificações impostas para o exercício da profissão do advogado são, entre outros, formação como bacharel em Direito e aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe que constitui infração disciplinar o inadimplemento junto à instituição. O Estatuto em questão determina que, pelo período em que perdurar a inadimplência de contribuições, multas e serviços devidos à OAB, o advogado estará impedido de exercer o mandato profissional.

Vejamos:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo.

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34.

§1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

Se confrontarmos tal determinação com o dispositivo constitucional, veremos a inconstitucionalidade dos artigos do Estatuto supracitado.

O inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, consoante ao que discutimos, insere o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão aos princípios da dignidade humana, desde que sejam atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Não obstante, a disposição constitucional que confere a possibilidade de a lei regulamentar o exercício laboral deve ser regulada pela qualificação profissional, e não pelo simples inadimplemento à instituição dos valores em questão, como sugerem os artigos 34 e 37 do Estatuto da OAB, que têm a natureza de tributo e não de qualificação profissional, conforme prevê a Constituição.

Assim, fica claro que a suspensão do exercício laborativo em decorrência do inadimplemento se constitui apenas como uma maneira oblíqua de obrigar o profissional ao pagamento dos valores devidos - e nesse sentido há que ser declarada inconstitucional, certo que a OAB dispõe de diversos outros meios legais, adequados à cobrança.

Para consolidar nosso posicionamento, citaremos a doutrina de Liana Maria Taborda Lima:

O ponto nevrálgico do tema consiste na invalidade das sanções tributárias que venham a macular os preceitos constitucionais básicos e via de consequência onerar demasiadamente o particular. No caso do direito tributário a aplicação da multa, sanção inerente à atividade fiscal do Estado, somada aos mecanismos para execução do débito fiscal, já se mostram bastante razoáveis para o fisco atingir a efetividade da norma tributária validamente posta no ordenamento jurídico. Qualquer outra sanção, cumulativamente imposta pelo fisco ao contribuinte, refoge aos limites quantitativos das sanções, configurando abuso.

(...)

O fato é que os postulados constitucionais protetivos das atividades econômicas (CF, art. 170, parágrafo único) e da liberdade do exercício profissional (CF, art. 5º, XIII) não podem sofrer restrições pelo Estado, nem mesmo mediante lei, por flagrante inconstitucionalidade e por não guardarem compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da finalidade e da motivação que norteiam os atos administrativos, mormente os fiscais em face da sua repercussão na esfera privada.” (LIMA, 2005, p.423 e 430.)

Além disso, a norma do art. 37, § 2º, da Lei n.º 8.906/94, é inconstitucional, quando aplicada em face da infração do art. 34, XXIII, também do Estatuto da OAB, dado que se contrapõe ao Supremo Tribunal Federal por consubstanciar verdadeira interdição ao exercício da profissão, em face de débitos tributários. Sabe-se que é de entendimento do STF que a Fazenda Pública não pode impedir o funcionamento de empresas como meio coercitivo para a cobrança de tributos.

Nesse sentido é o que dispõem as Súmulas 70, 323 e 547 daquela Corte Superior, a qual teve a oportunidade de reafirmar essa jurisprudência no julgamento AgReg/AI n.º 367909/MG, assim ementado: “Inscrição de cadastro de contribuintes de ICMS. É inadmissível o indeferimento como meio coercitivo para cobrança de tributos. Precedentes desta Corte. Regimental não provido” (2.ª Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23/08/2002, p.98).

Assim, se pessoas jurídicas possuem tal garantia constitucional, não há qualquer justificativa plausível que não estenda a mesma garantia às pessoas físicas, às quais se dirigem precipuamente os direitos e garantias individuais contidos no art. 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, há de ser reconhecida a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 da Lei n.º 8.906/94, por ofensa ao inciso XIII do artigo 5º e art. 133, da Constituição Federal, visto que não é admissível a total restrição ao direito do advogado inscrito nos seus quadros a pretexto de garantir os ingressos das contribuições devidas a órgãos de regulamentação profissional por reles inadimplemento do profissional para com a Entidade de Classe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano tem como direito fundamental o direito à vida e necessita, desde o nascimento até a sua morte, de amparo e de bens necessários a sua sobrevivência. Sendo assim, há normas que delegam à sociedade e à família a obrigação de garantir a existência e manutenção das necessidades básicas: alimentação, saúde, moradia, estudo, das pessoas que não podem prover a própria subsistência.

O direito ao livre exercício de profissão surge como princípio da preservação da dignidade humana, presente no artigo 1º, inciso III da CRFB/88, que tem como premissa o direito que todos possuem de viver com dignidade, assegurando, assim, a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física, uma vez que é através da atividade laborativa que se conseguem condições para a manutenção das necessidades básicas.

A sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional em razão do inadimplemento de anuidades devidas à Entidade de Classe possui natureza tributária e não pode ser vista como constitucional, pois as restrições previstas em lei sobre o exercício laborativo devem apreender somente os requisitos quanto às qualificações profissionais, como, no caso do curso de Direito, a obtenção de bacharelado e a aprovação em exame de ordem.

Assim, restrições em decorrência do não pagamento das anuidades não se enquadram no requisito da Constituição, pois a inadimplência não se constitui como qualificação profissional, o que inconstitucionaliza o artigo 37 do Estatuto da OAB, uma vez que este priva um indivíduo de um de seus direitos básicos de sobrevivência.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1997 .

BRASIL, **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto – Lei nº 5.452, de 01.05.1943. **Consolidação das leis trabalhistas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto – Lei nº 10.406 de 10.01.2002. **Código Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto – Lei nº 5.869 de 11.01.1973. **Código de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto – Lei nº 8.906 de 04.07.1994. **Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº. 647885**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[https:// http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4105161&numeroProcesso=647885&classeProcesso=RE&numeroTema=732](https://http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4105161&numeroProcesso=647885&classeProcesso=RE&numeroTema=732)>. Acesso em 07 de julho de 2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário Nº. 2004.71.05.002061-2 (TRF)**. Rel. Juiz Federal Nicolau Konkel Junior. Disponível em: <https://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2953860&hash=864e842b9b0584bc64ef42df9d26d23b>. Acesso em 07 de julho de 2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento Nº 2004.04.01.028832-0 (TRF)**. Des. Federal João Surreaux Chagas - 2ª Turma. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=2004.04.01.028832-0&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&hdmRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em 07 de julho de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. v. 5**. 23. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1977.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, 1v.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

COUTO, M. O. L.; RIBEIRO, A. M. C.; RIBEIRO, M. C. Entidades de Classes

LIMA, Liana Maria Taborda. **Abuso de Poder do Fisco - inconstitucionalidade das sanções políticas. O abuso do poder do Estado.** Coordenador Mauro Roberto Gomes de Mattos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais.** 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

OS JOÕES DE SANTO CRISTO: COMO OS EXCLUÍDOS SÃO TRATADOS NO BRASIL; A RENEGAÇÃO DE SUAS HISTÓRIAS*

*Paulo Henrique Borges da Rocha¹
Gabriela Loyola de Carvalho²*

Resumo: O presente artigo visa discutir o problema da desigualdade econômica e social e a discriminação gerada por ambas, tendo como plano de fundo a história da vida de João de Santo Cristo, personagem do livro *Faroeste Caboclo*, escrito por Jorge Leite de Siqueira. O relato da vida de João abre espaço para a discussão central do artigo que é a coisificação do outro, em outras palavras, a teoria do Nós X Eles. O artigo trabalha com a realidade brasileira, sua desigualdade e como os excluídos, ou seja, os marginais, que vivem à margem da sociedade, são vistos e tratados. Aborda-se também a diferença de tratamento gerada pela aparência e condição financeira da pessoa, mostrando que os ditos “criminosos” nem sempre são os únicos culpados da violência ocorrida no Brasil, muito embora sejam eles os mais violentados. Esse trabalho pretende iniciar uma discussão sobre o modelo social que temos e como podemos humanizar o outro e não o coisificar como ocorre atualmente. Diferenças sociais, culturais e econômicas existem em todos os países. A proposta do presente trabalho não é indicar uma possibilidade utópica, mas sim, mostrar que toda pessoa que é julgada como má ou vândala tem uma história e essa história não pode ser deixada de lado. Há a necessidade de se enxergar o próximo como outro ser humano, detentor de direitos e de uma história. Além de que nenhum desses fatos podem ser excluídos, para que assim possa existir uma real igualdade entre os indivíduos.

Palavras-chaves: Discriminação; Desigualdade social e econômica; Excluídos.

* Este artigo foi apresentado no II Colóquio Internacional de Direito e Literatura.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Pedagogia Jurídica pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras. Professor da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas

² Mestra em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas.

Abstract: The present article aims to argue the problem of the economic and social inequality and the discrimination generated for both, having as plain of deep the history of the life of João of Saint Christ, personage of Faroeste Caboclo book, written by Jorge Leite de Siqueira. The story of the life of João opens space for the central quarrel of the article that is the theory of We X They. The article works with the Brazilian reality, its inequality and as the excluded ones, that is, the delinquents, who live the edge of the society, are seen and treated. It also discusses the difference in treatment caused by the appearance and financial condition of the person, showing that the so-called “criminals” are not always to blame the violence taking place in Brazil, although they are the most abused. This work intends to initiate a quarrel on the social model that we have and as we can treat humanely the other and not to as things forms it as it occurs currently. Social, cultural and economic differences exist in all the countries. The proposal of the present work is not to indicate a utopian possibility, but yes, to show that all person who is judged as bad it has a history and, this history cannot be left of side. It has the necessity of to see the next one as another human, detainer of rights and a history. Beyond that none of these facts can be excluded so that thus can exist one real equality between the individuals.

Keywords: Discrimination, Social and economic inequality; Deleted.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo abordar sobre a questão da discriminação gerada a partir da desigualdade econômica, social e racial presente na sociedade. O preconceito enraizado nos paradigmas dos cidadãos brasileiros reflete na forma como vemos o outro. De certa maneira, tendemos a considerar aquele excluído, à margem da sociedade, como o bandido, o ladrão, aquele que pratica o crime, o lado mau da sociedade. Enquanto que, na verdade, esquecemos que existe uma pessoa, por trás desse individuo, dotada de dignidade, assim como todos os outros cidadãos, mas que por circunstâncias sociais, raciais e econômicas não puderam ou não quiseram desfrutar das mesmas igualdades que outros.

Partimos do pressuposto de que em virtude da diferenciação, seja ela de qual origem for, somos melhores do que outras pessoas que não se encontram na mesma condição do que a nossa. Vivemos em uma sociedade que visa a todo o momento reafirmar o *status quo* existente, ignorando as reais necessidades dos outros indivíduos (principalmente o diferente), os tratando como coisas, olvidando que, na verdade, somos frutos do mesmo sistema. Sem perceber que ao mesmo tempo em que uma pessoa gera a exclusão de outra, ela também é excluída em várias circunstâncias.

O artigo em questão buscou contextualizar tal pressuposto por meio do livro Faroeste Caboclo de Jorge Lei de Siqueira. O livro relata a história de João de Santo Cristo, nascido de família humilde e que, por não se enquadrar no modelo que a sociedade julga ser o correto, sofre o preconceito existente na sociedade.

O trabalho para tanto será organizado em duas etapas. A primeira, exporemos a história de João de Santo Cristo, para que, em seguida, utilizando os fatos ocorridos com João, iniciemos a discussão sobre a estrutura social existente no Brasil. Para tanto, foram chamados à conversa autores renomados como Magalhães, Souza e Freire. O intuito deste trabalho não é trazer respostas, nem mesmo desvendar o funcionamento social. Na realidade, o objetivo é iniciar um processo que “desvende” como se enxerga a sociedade, para que possamos mudá-la. Portanto, o desejado é instigar uma reflexão e se possível criar um sentimento de angústia que crie uma curiosidade sobre a temática e que gere mais estudos sobre o tema possibilitando modificar a realidade social posta.

Iniciando a reflexão: A vida de João de Santo Cristo

A vida de João de Santo Cristo foi marcada como sendo uma vida de sofrimento, logo quando criança viu seu pai ser morto por um soldado. Ele já era órfão de mãe, ficando sem nenhum tipo de família. Mas antes mesmo deste trágico acontecimento, a vida de João não era das melhores. Antes de nascer, sua família já era explorada pelos detentores do capital. Sem consciência desta exploração, o pai de João sempre se rendia às investidas “contra” ele feitas pelos mais abonados.

Com o nascimento de João e o prematuro falecimento de sua esposa, João Fernando não vislumbra alternativa se não a apresentada pelo prefeito de sua cidade, abre mão de suas terras e de seus animais e vai morar na cidade. Esta atitude se mostrou não ter sido sábia, uma vez que a vida na cidade não era melhor que a do campo. Concluindo que sua vida não melhoraria e não conseguindo lidar com a responsabilidade de criar uma criança sozinho, João Fernando tornou-se alcoólatra, irritado com a situação e descrente na mudança. Certo dia, João Fernando se indisputou com um soldado, que o matara. Por capricho do destino, João de Santo Cristo estava próximo ao local e viu o momento em que seu pai faleceu.

João de Santo Cristo, ainda criança, encontrava-se desde então sozinho no mundo. Sem nenhuma família e com uma vivência já muito angustiante. Desde antes de nascer, seus pais eram lesados e discriminados, depois de mudarem para a cidade e principalmente após o falecimento de sua mãe a situação piorou ainda mais. A violência sistêmica contra ele e sua família era percebida por ele, mesmo antes dele ter a consciência do que é violência. Agora, com nenhum direcionamento e com muitos conflitos internos, João começa a se criar, sem ninguém para lhe ensinar como a vida funcionava.

Durante sua infância, João e seus colegas sempre se metiam em problemas, sejam em brigas ou em pequenos delitos. João até foi enviado para orfanatos, mas ele fugia de todos, até que o sistema desistisse dele o considerando “um caso perdido”. Sem compreender como era o funcionamento da vida, o porquê havia tanta discriminação por conta de sua classe social e sua cor de pele, João começa a subverter as regras sociais. Ele não ia regularmente para a igreja, mas quando ia era para pegar o dinheiro da caixinha do altar. Ele não frequentava a escola e teve prematuramente sua experiência sexual, o que ele tornou em mais uma forma de se rebelar contra a sociedade, uma vez que se relacionava sexualmente com meninas da classe que o desprezava.

Aos quinze anos, João resolve voltar para a escola, percebendo a discriminação em toda a parte e a má vontade (ou até a ausência dela) em ajudá-lo, ele a abandona novamente. Mais uma vez, sem nenhum tipo de acolhimento ou orientação, João volta para sua rotina de pequenos delitos. Até que um dia foi enviado para o reformatório. Lá ele aumentou consideravelmente todo seu ódio pela sociedade, uma vez que era um lugar horrível, o que não ajudou em nada na ressocialização de João. Ao contrário, ele saiu de lá se sentindo ainda mais excluído da sociedade.

O prefeito, que foi o responsável por colocar João no reformatório, o tirara de lá condicionado a um pedido de desculpas. João o fez, mas o que o prefeito não sabia era que a convivência com detentos mais violentos, que chegaram até a violentá-lo, ampliou ainda mais o ódio de João contra a sociedade. Mas como João era esperto logo se enquadrou, conseguiu um emprego de balconista, o patrão era um opositor do prefeito que vira em João grande potencial.

Com este emprego e a aproximação com a política, João, pela primeira vez na vida, tinha um objetivo, acabar politicamente com o prefeito e seus aliados. Percebendo que o sistema não era como ele imaginava preferiu ficar observando até ter sua chance. Para tanto, ele mobilizou seus amigos para conseguirem ficar atentos a toda movimentação política, possibilitando antever os acontecimentos e terem uma vantagem. Quando o grupo fazia progresso, o prefeito subornava um dos membros que denuncia os demais e todo o plano.

Percebendo que era maior que a cidade e que por isso deveria procurar novos horizontes, João saiu de seu emprego e comprou uma passagem para Salvador. Na viagem, ele percebeu como tinha se modificado, vislumbrando uma vida honesta com trabalho, casa e família.

Chegando a Salvador, João se encontra em uma rodoviária que aparentava ser maior que toda cidade de onde partira a Boa Vista. Na rodoviária, além de muitas pessoas apressadas, havia coisas que ele nunca tinha visto. Mesmo sendo este um local improvável, João encontrou uma pessoa que o ajudou. Seu nome era Fernando e estava de partida para Brasília para visitar sua filha, que há dois anos não visitava. Fernando pagou um lanche para João, e, enquanto comiam, conversavam. João contara para Fernando seus planos de encontrar um bom emprego e que queria paz para trabalhar e crescer.

Fernando tinha conhecimento de como funcionavam as coisas e que sem ajuda João não teria a mínima chance. Por isso, telefonou para sua filha e conseguiu para João um emprego de aprendiz de carpinteiro na carpintaria de seu genro. Ofereceu sua própria passagem para João. João sem compreender o porquê de tamanha bondade, uma vez que Fernando não o conhecia, aceitou a proposta. Com esse fato, João colocara ainda mais fé na sociedade, percebendo que as pessoas na realidade são boas.

Chegando a Brasília, João se maravilhou com a cidade. Na rodoviária, Fausto, genro de Fernando, estava o esperando. Fausto já havia arrumado um quarto em sua casa para João. João trabalhava na carpintaria de Fausto e seu primeiro mês se resumiu em ficar na carpintaria o dia inteiro e voltar para a casa durante a noite. Após receber seu primeiro salário João

começou a conhecer a vida noturna de Brasília. Como Fausto não cobrava de João nem hospedagem nem alimentação, todo seu dinheiro era gasto na noite. João não era acostumado com tanta mordomia e pensara que sua vida seria fácil dali para frente, nem procurar emprego ele precisou. João frequentava uma boate onde começou a ser conhecido por gastar muito dinheiro. Lá ele conheceu Pablo, que tinha vinte e poucos anos e estava iniciando no tráfico de drogas.

A relação de João e Pablo foi se ampliando e aos poucos Pablo foi sugerindo que Fausto explorava João e que ele nunca cresceria na vida se continuasse carpinteiro. Até que um dia João se convencera que seu salário era pouco e que Fausto o explorara realmente, indo conversar com Pablo para ver se ele teria uma ideia de como conseguir mais dinheiro. Pablo estava esperando esta oportunidade e o sugeriu iniciar uma plantação de maconha. João aceitou.

João entrou desta forma de vez no tráfico de drogas. Em pouco tempo, eles conseguiram acabar com todos os traficantes da região, pois os usuários descobriram que seu produto era de melhor qualidade. Conquistou dinheiro, respeito e fama, coisas que até então eram inimagináveis para ele.

Com dinheiro e um ímpeto para gastá-lo, João conseguiu muitos “amigos”. Ele sempre usava roupas caras e carros novos. Até que um dia os seus “amigos” o levaram para um assalto, neste momento João foi preso.

A prisão foi a pior coisa que já lhe havia acontecido. Ele era constantemente violentado. Quando saiu da prisão, todo o tráfico de drogas do Distrito Federal estava desorganizado, uma vez que Pablo também tinha sido preso. João então foi tentar se reestabelecer, uma vez que se acostumara com o conforto. Mas durante este processo, conheceu Maria Lúcia e se apaixonou. Ela não o aceitara por ser um “fora da lei”, mas ele se arrependeu de tudo e voltou a ser carpinteiro. Ele começou um relacionamento com ela e planejava casar-se.

Mas João já tinha visto como era a vida de luxo e não conseguiu se acostumar com a vida de trabalhador. Ele bebia cada vez mais e sempre faltava ao emprego. Até que um dia um senhor bem vestido foi à sua casa e propôs que João trabalhasse para ele. Ele era militar e queria contratar os serviços de João. João não aceitou e o senhor saiu enfurecido. No dia seguinte, João faltara no serviço novamente e descobrira que tinha sido demitido.

Sem vislumbrar alternativa, João abandona Maria Lúcia e volta para o crime. Ele conversara com Pablo e os dois voltaram a fazer negócio. Pablo traria o contrabando da Bolívia e João venderia em Planautina. João tinha um talento nato para o crime, o que lhe deu notoriedade.

João estava indo bem até que um dia Jeremias, um traficante de renome, decidiu que queria controlar todo o tráfico do Distrito Federal, fazendo uma proposta de parceria com João. João não aceitou tal proposta, o que fez com que Jeremias o aconselhasse a sair de Brasília.

João, como tivera uma vida sofrida e por ter aprendido nunca aceitar os desmandes dos detentores do poder, recusou o conselho de Jeremias. Continuou a traficar, mas seus pontos de vendas estavam sendo cada vez mais alvo de investigação policial. João descobriu que Jeremias pagava os policiais para atormentá-lo. Após um incidente que quase o custou a vida, João decidiu sair de vez do tráfico e voltar a ter uma vida honesta, voltando para Goiás para encontrar Maria Lúcia.

Chegando à casa de Maria Lúcia, Jeremias tinha se casado com ela e os dois já tinham até um filho juntos. Isso revoltou João a tal ponto que ele desafiou Jeremias para um duelo. Jeremias aceitou o duelo. Certo que iria matar João, Jeremias usou toda sua influência midiática e convocou toda a imprensa e toda a sociedade para o duelo.

Chegando no dia do duelo João foi atingido por Jeremias pelas costas. João chamou a atenção de Jeremias que ao se virar levou cinco tiros dele. Falecendo os dois, desesperada, Maria Lúcia se suicida ao lado de João.

Reflexão sobre as discriminações sofridas por João

A história de João de Santo Cristo tem todos os elementos existentes na história da maior parte dos excluídos sociais. Nela é facilmente vislumbrado que quando alguém acreditou e valorizou João, ele se sentiu parte da sociedade e desejou ter uma “vida honesta”. Isso ocorreu quando lhe deram um emprego em sua cidade reconhecendo todo seu potencial, quando um completo estanho se dispôs a ajudá-lo e por fim ao encontrar seu amor. João sofreu com as mazelas e a discriminação social desde antes de seu nascimento, com o falecimento de seus pais, quando ainda era criança, e encontrou-se abandonado em um mundo o qual ele não entendia. Sem orientação, seu destino para a criminalidade estava traçado. Por sofrer tanta discriminação, João não vislumbrava nenhuma possibilidade de crescimento seguindo as regras sociais, o que o levava sempre de volta para a criminalidade.

Antes de entrar no cerne da questão da discriminação, faz-se necessário refletir sobre a questão da violência. Há três tipos de violências: 1) a violência subjetiva, que é quando há a vontade de praticar a violência, quando a pessoa decide praticar a violência, passando de uma situação aparentemente violenta para uma ação violenta; 2) a violência objetiva, que, diferente da violência subjetiva, é permanente, “[...] são as estruturas sociais e econômicas, as permanentes relações que se reproduzem em uma sociedade hierarquizada, excludente, desigual, opressiva e repressiva” e 3) violência simbólica, que também é permanente e se reproduz na linguagem, na arquitetura, na arte, na moda entre outras formas, fazendo uma distinção entre as pessoas através desses mecanismos.³

A violência simbólica e a objetiva são as violências mais danosas para a pessoa. A discriminação está dentro das duas, na violência simbólica pode ser percebida quando alguém diz “isso é coisa de preto”, ou quando se constrói uma galeria toda branca, pois o branco signi-

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013. p. 54.

fica puro, bom, bonito, limpo, enquanto o escuro significa o oposto. Já a violência objetiva é visualizada diariamente quando uma pessoa tem um tratamento de saúde de baixa qualidade por não ter dinheiro para arcar com as despesas de um tratamento particular, quando uma pessoa é proibida de entrar em algum estabelecimento por não se vestir “adequadamente”, ou por não pertencer a certo “ciclo social”. Essas discriminações são muitas das vezes inconscientes, a forma de olhar o diferente, o negro, o pobre, é uma forma de discriminação, que está tão enraizada na cultura brasileira que os próprios pobres, negros, entre outras minorias se discriminam, sendo eles os primeiros a se discriminarem. Jessé Souza tem ótimos exemplos dos problemas da não aceitação das diferenças como a história de Débora⁴, que tinha dores de cabeça inexplicáveis, que na verdade ocorriam pelo fato de ela pentear tanto e com tanta força os cabelos que sua cabeça ficava dolorida, e a história mais emblemática é a de Júlia, uma menina de oito anos, que foi surpreendida por sua mãe penteando seus cabelos com tanta força que fez seu próprio couro cabeludo sangrar.⁵

Esses efeitos são sintomas e não o problema, o problema é estrutural, cultural, de aceitação. Deve haver uma mudança, há a necessidade de se criar uma cultura de aceitação do plural, do diferente. Não podemos aceitar que “[...]uma criança, dada a sua fragilidade, aja desse modo buscando uma forma de afirmar para si mesma que não é aquilo que é[...]”⁶. João de Santo Cristo percebeu sua auto discriminação ainda criança, quando seu amigo Zé Luiz lhe contou que tinha iniciado o namoro com Sandrinha, que era amiga dos dois. João logo argumentou se daria certo o namoro, uma vez que ela era rica e branca ao contrário de seu amigo que era negro e pobre. Zé logo disse que isso era discriminação e que João também era negro e pobre. Isso foi uma revelação para João, que ao perceber seu preconceito deu razão e desejou sorte a seu amigo. Essa visão de inferioridade é construída a partir da convivência em sociedade, mostrando que as pessoas vítimas de preconceito, que são excluídas, assimilam a hierarquia social e a incorporam, julgando seus atos a partir dessa hierarquização.

O Estado tem o dever de promover o respeito pelas diferenças, mostrando que a diversidade é boa, mas o primeiro local onde a pessoa aprende o contrário é na escola. As escolas ensinam que a uniformização é boa, que o diferente não é aceito, quem não utiliza o uniforme, não pensa da forma que “tem” de pensar, é excluído, em alguns casos até mesmo da própria instituição de ensino. Essa criança aprende que o padrão é bom, que o que não está no padrão é ruim. Isso já explica a atitude de Débora e de Júlia, que não aceitam seus cabelos, não os aceitam por não serem iguais aos padrões de beleza, não sendo como o padrão ele é feio, é desqualificado, tem de ser alterado, mesmo que isso signifique uma espécie de automutilação. Simbolicamente, as escolas modernas dizem às crianças que têm de se adequar, conformar-se, pois esse é o seu lugar no sistema. Essa criança que aprende isso na escola irá de alguma forma reagir à “ameaça” do diferente, excluindo e punindo o diferente “ruim”. Até mesmo os professores fomentam a discriminação nesse momento, a criança dita mais bonita é mais bem tratada, recebe mais atenção.⁷ As escolas não estão

⁴ A história de Débora e de Júlia são contadas por Jessé Souza, no livro *Ralé brasileira*.

⁵ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 355.

⁶ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 356.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013. p.55-56.

preparadas para lidar com a diferença, ao contrário, o ensino eclesiástico adotado no Brasil, onde o professor diz a verdade enquanto os alunos em fila o escutam e aceitam aquela verdade sem questionamento, promovendo assim uma “educação bancária”⁸, onde o professor deposita conhecimento no aluno, junto com o ideal moderno de escola, que serve para formar operadores em fábricas, promovendo a uniformização, é uma forma de educação escolar ultrapassada, que não atinge o objetivo de educar os alunos para conviverem em sociedade, pelo menos não em uma sociedade plural e democrática.

A instituição de ensino ensina a criança a conviver em uma sociedade hierarquizada, seja pelo dinheiro, pela beleza ou pela cor de pele⁹. João de Santo Cristo, aos 15 anos, discutiu com seu professor de português por não entender o que ele ensinava como sendo a verdade absoluta, o que lhe rendeu uma suspensão, ele não entendia qual era a serventia das fórmulas matemáticas, da história romana, se ele nunca utilizaria esses conhecimentos em seu cotidiano. Faltou uma instrução para ele, não o fora explicado a serventia de cada matéria, nem mesmo a necessidade de se aprender algo que as ruas não o ensinara, ele era esperto, muito inteligente, sempre adiantado em relação a seus colegas, mas não se enquadrava no padrão, sendo renegado pelas engrenagens do sistema educacional.

Não adianta instituir políticas públicas de combate a violência subjetiva, sem que haja uma mudança na estrutura socioeconômica opressiva e desigual que existe no Brasil, que reproduzem a desigualdade, a opressão, a exclusão do “outro” diferente, subalternizado inferiorizado.¹⁰ Na realidade, o Estado Moderno é um Estado uniformizador, normalizador, onde a partir “Desta uniformização (homogeneização) depende a efetividade de seu poder”¹¹.

A sociedade, embalada pela grande mídia, aposta na punição dos excluídos, dos não enquadrados, dos não uniformizados e não normalizados. Isso cria uma forma de higienização urbana, sendo essa a mais nova política urbana do século XXI, tornando o Direito Penal o caminho para essa higienização, pois assim não há a necessidade de entender o outro, basta somente prendê-lo, excluí-lo, julgá-lo.¹² Essa preferência pela exclusão é fundamentada

⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 47

⁹ “Em outras palavras, a escola moderna ensina diariamente a criança a praticar o “bullying”. Veja-se então a ineficiência das políticas de combate à violência, à discriminação, à corrupção que padecem, todas, deste mal. No exemplo descrito anteriormente, a escola, o estado, os governos, criam políticas públicas pontuais de combate ao “bullying” (a tortura mental e agressão física decorrente da discriminação do “diferente”) ao mesmo tempo que mantêm uma estrutura simbólica que ensina a discriminação (o “bullying”).” MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisum.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013. p. 56.

¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisum.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013. p.55.

¹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba, Juruá, 2012. p.17.

¹² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisum.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013. p.57.

pela lógica “nós X eles”, sobre a qual se baseia a modernidade, ou seja, o fato de “eles” não serem iguais a “nós”. “Eles” são coisificados, são animalizados, não possuem alma. Essa lógica possibilitou as barbáries cometidas contras os povos originários nas Américas, com os povos colonizados na África, e todas as barbáries cometidas pela humanidade durante a modernidade.¹³

O discurso politicamente correto que é defendido atualmente é que não existe mais, no Brasil, o dogma que define os “bons” (brancos) dos “maus” (negros), que defende os “bons” dos “maus”. Como explicar “[...] as afirmações de “orgulho racial” tão frequentes quanto difusas entre brancos e mulatos no Brasil? Como explicar o comportamento ostensivamente racista?”¹⁴

É certo dizer que o racismo brasileiro é diferente que o dos Estados Unidos. Nos Estados Unidos há a segregação física entre os negros e brancos, tendo até igrejas onde pessoas de certa tonalidade de pele não podem entrar. No Brasil, o racismo é diferente, é um racismo hipócrita, onde todos se dizem não ser racista, mas quando um negro se move contra a *doxa* estética, a sociedade como um todo reage de forma racista, excluindo e desqualificando essa pessoa.¹⁵ Esse tipo de racismo é insuportável, uma vez que até a punição dos “agressores” se torna de difícil efetivação, uma vez que a reação é espontânea e só ocorre quando um negro tenta romper com a hierarquia social imposta.

Os atos racistas nada mais são que um esforço para “tapar o buraco” de uma carência emocional, sendo o orgulho racial uma fonte substitutiva de autoafirmação.

Isso explica inclusive por que as classes de menor *status* são as mais racistas, fato constatado por diversos estudos. Não a sua pobreza em dinheiro, mas antes de tudo a insegurança existencial dessas pessoas diante de um universo de insígnias de dignidade humana e de nobreza cultural (conhecimento incorporado, gostos sofisticados), as quais elas preenchem pouco ou sequer preenchem, faz com que elas busquem fontes substitutivas de autoafirmação. Algo semelhante acontece com o machismo: os homens são tanto mais dependentes da sua honra de “macho” para se autoafirmarem como seres de valor, quanto mais são carentes das fontes de reconhecimento referentes à situação de classe.¹⁶

Voltando ao século XVI, uma pergunta vem à tona. Os ocidentais não tinham espelhos? Essa pergunta é pertinente ao repensar as acusações que fizeram os portugueses, espanhóis, holandeses e todos os outros povos modernos sobre os demais povos, apontando as “barbáries” que os povos “menos evoluídos” cometiam, não sendo capazes de enxergar suas próprias barbáries a partir do humanismo cristão. Na realidade, eles tinham espelho sim, mas era o espelho de narciso, que mostrava o que eles queriam ver, ou seja, a sua “superioridade”, sua beleza escultural, tratando de um espelho que não revela, mas esconde

¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba, Juruá, 2012. p.27-28.

¹⁴ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.377.

¹⁵ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.372.

¹⁶ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.377-378.

a verdade. Através desse espelho “nós” somos mais evoluídos, somos melhores e devemos purificar e evoluir “eles”. “Este é um dispositivo perigoso, pois, quando denunciarmos a falta do espelho, quando afirmamos que este “nós” comete as “selvagerias” ou “barbáries”, “nós” retruca mostrando o espelho de narciso: “veja, não há nada de mal aqui”, ou ainda, “o mal que há não é de nossa responsabilidade, a responsabilidade é deles que recebemos tão bem em nossa terra”.¹⁷

No Brasil há esse espelho de narciso, onde se vê somente o que se quer enxergar. Mesmo os que são discriminados discriminam por conta desse espelho que eles consultam, quando o espelho lhes diz o que ele quer escutar e não a realidade, há uma confusão enorme.

[...] o racismo ostensivo daqueles mulatos que querem acreditar ser brancos é movido pelo esforço para negarem a própria condição de negros. O negro que essas pessoas ofendem na escola, numa festa ou em qualquer outra ocasião não é senão aquela negridão inadmissível que elas veem no espelho. Projeta-se o que se odeia em si mesmo numa figura frágil o bastante para que se possa exercer sobre ela esse ódio. Um policial negro que não aceita o fato de ser negro será certamente um dos mais aficionados em “dar duras” em jovens negros. Quando o Estado entrega a uma pessoa tão existencialmente insegura uma insígnia que de uma hora para a outra, como que num passe de mágica, concede a ela um grande poder de violência e o peso de toda uma instituição para legitimar o seu exercício, ele (o Estado) está literalmente armando o racista.¹⁸

O racismo muitas das vezes ocorre em relação à condição financeira da pessoa, uma pessoa com mais recursos financeiros é melhor tratada, sendo essa uma fusão do capitalismo com a concepção moderna de sociedade. Na sociedade moderna, o dinheiro encontra-se tão encrustado no consciente coletivo, que adquire, de certo modo, o estatuto que as instituições do espaço e do tempo tinham em Kant. Percebe-se, dessa forma, o mundo moderno e suas relações a partir das características que o dinheiro promove, guiando-nos no sentir e pensar. A capacidade avaliativa da pessoa tende a assumir a forma quantitativa do dinheiro, assim o sujeito que é mais digno, mais importante, melhor, é o que tem mais dinheiro, sendo ele merecedor de mais “amor” e de “atenção”.¹⁹

Privados de status econômico e social, os indivíduos invisíveis começam a se socializar de uma maneira que os conduz a ocupar uma posição de inferioridade em relação aos indivíduos imunes e a aceitar a arbitrariedade por parte das autoridades públicas. Eles não mais esperam que seus direitos sejam respeitados pelos outros ou pelas instituições com responsabilidade em aplicar as leis. Aqueles que reagem a essa posição degradante se tornam uma ameaça e são tratados como inimigos. Ao mesmo tempo, os indivíduos imunes não se consideram compelidos a respeitar aqueles que veem como inferiores ou inimigos. O mesmo se aplica às autoridades cooptadas. Nesse

¹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba, Juruá, 2012. p.27-28.

¹⁸ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p.378.

¹⁹ SOUZA, Jessé. *O que é a “dignidade humana”? A cerca da importância dos direitos sociais em uma sociedade desigual*. in TOLEDO, Cláudia (ORG). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

caso, um grande número de pessoas está abaixo da lei, enquanto um grupo de privilegiados está acima do controle estatal. Dessa maneira, o Estado que supostamente seria o responsável pela utilização dos mecanismos formais de controle social, em conformidade com a lei e pelos seus meios coercitivos, começa a reproduzir parâmetros socialmente generalizados.²⁰

As classes sociais que sofrem preconceito são violentadas diariamente por palavras, gestos, insinuações, “brincadeiras”, etc., o que leva a pensar que um tipo de pessoa é melhor que os demais, possibilitando rotular os que não se enquadram na sociedade como vândalos, criminosos, marginais, quando na realidade são apenas pessoas, com sonhos e desejos. João mostrou isso quando foi para o reformatório e disse para Zé Luiz cuidar do povo que era enganado, como enganaram seu pai a vida toda. João, mesmo não se enquadrando na sociedade, tinha desejos “nobres”, desejava o bem das pessoas carentes, que sofriam nas mãos dos que detinham o poder. A forma de ajudar aos seus iguais era somente aquela, por isso foi considerado criminoso. Ele foi violentado das mais variadas formas durante toda sua vida, não entendendo como funcionava e o porquê existia a discriminação por sua classe e sua cor. A maioria das pessoas em sua posição se anularia, ele, por outro lado, tentou fazer algo diferente: buscou se impor.

Conclusão

O artigo em questão pretendeu analisar de que forma a discriminação oriunda da desigualdade econômica e social interfere na forma de tratamento das pessoas excluídas da sociedade. Por excluídos, entendemos aqueles que estão à margem da sociedade, que são considerados por ela como indivíduos marginalizados. Para tanto, foi utilizada a história de João de Santo Cristo como ponto de partida para tais reflexões.

Associamos a essa forma de exclusão social o fator da desigualdade econômica, social e racial. Há uma tendência a considerar aquele indivíduo desprovido das mesmas condições do que outros como um ser carente de tratamento diverso, que não pode ser visto com a dignidade pertencente a cada cidadão. A essa atitude, de coisificar o homem, olvidando de seu caráter humano é que nos propomos a debater. A ideia de meritocracia, onde todos deveriam lutar por seu espaço na sociedade, é no mínimo incoerente, uma vez que a dinâmica social gera exclusão de uma grande parcela da sociedade. Quem defende tal discurso não consegue compreender o que na realidade está dizendo, pois a meritocracia é uma das formas de gerar exclusão e de legitimar o preconceito.

Na verdade, a sociedade se estrutura somente para atender o “Nós”, esquecendo-se que, na realidade, o “nós” somos também “eles”. Quando tratamos o outro como “Eles”, não levamos em conta que existe toda uma trajetória vivida por aquele indivíduo e que, ao invés de levarmos em conta a história que cada um carrega, optamos por rotulá-lo como à margem da sociedade em que vivemos.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* // coordinado por Ceïsar Rodríguez Garavito - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 41.

Carregamos o peso da hipocrisia social quando fazemos discriminações quanto à cor, a origem social ou peso econômico de cada cidadão. Por trás de todo cidadão assim considerado individualmente, existe um ser complexo, com várias dimensões, que se esconde por trás do nome reducionista atribuídos a eles, tais como “o bandido”, “o drogado”, etc.

A exclusão é gerada pela sociedade moderna capitalista, que rotula e uniformiza a sociedade, sendo os rótulos e uniformes transmitidos para as pessoas desde criança, ainda na escola. Atualmente não só na escola, mas também através da mídia. E a discriminação ocorre a todo o momento e os excluídos têm de se “acostumar” a viver com ela. A questão é essa... Por que que eles/nós têm/temos de nos acostumarmos com tal violência? De onde ela vem? Do que se alimenta? Quem ganha com isso? Estas são umas das muitas questões a serem respondidas quando se dispõe a estudar e pensar tal temática. Não pretendemos trazer respostas concretas neste artigo, mas sim, instigar uma inquietude para que haja um questionamento sobre a estrutura social moderna e se ela deve mudar.

REFERÊNCIAS

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/282>> Acesso em: 06 nov. 2013;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba, Juruá, 2012;

SIQUEIRA, José Leite de. *Faraoste Caboclo: a saga de João de Santo Cristo*. São Paulo: Multifoco, 2013;

SOUZA, Jessé. *O que é a “dignidade humana”? A cerca da importância dos direitos sociais em uma sociedade desigual*. in TOLEDO, Cláudia (ORG). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013;

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009;

VIEIRA, Oscar Vilhena. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* // coordinado por Ceïsar Rodríguez Garavito - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

A INFLUÊNCIA DE LUDWIG WITTGENSTEIN NO PENSAMENTO DE H. L. HART

*Roberto Denis Machado**

Resumo: Ludwig Wittgenstein foi, sem dúvida, um dos filósofos mais importantes do século XX, tendo seu trabalho polêmico e não convencional repercutido em várias áreas do conhecimento humano. No Direito, esta influência pôde ser sentida na obra de Herbert L. A. Hart, que buscou na Filosofia da linguagem, com grande influência da obra de Ludwig Wittgenstein, substratos que permitiram a ele atacar problemas tradicionais da Teoria do Direito. A ideia, oriunda de Wittgenstein, de que a linguagem não expressa uma realidade ideal e abstrata, anterior a ela, mas sim constrói a realidade social, através de significados e conceitos que só podem ser investigados através de seu uso, sendo então estes carregados de intencionalidade, leva Hart a questionar os conceitos jurídicos abstratamente construídos e o próprio conceito de Direito. O objetivo deste trabalho é identificar e apontar as conexões entre o pensamento dos dois autores, demonstrando a presença do pensamento de Wittgenstein no campo do Direito.

Abstract: Ludwig Wittgenstein was, without a doubt, one of the most important philosophers of the XX century. His controversial and not conventional work reverberated in many areas of the human knowledge. In Legal theory, his influence could be felt in the work of Herbert L.A. Hart, who found in the Philosophy of the language, specially in the work of Ludwig Wittgenstein, the bases he needed to confront traditional concepts of legal theory. The idea, from Wittgenstein, that language does not express an ideal and abstract reality, but builds a social reality, through meanings and concepts that only can be investigated through its use, takes Hart to question the traditional legal concepts abstract constructed and the concept of Law itself. The objective of this work is to identify and to point the connections between the thought of these two authors, showing the presence of Wittgenstein's thoughts in Legal theory.

* Bacharel em Direito – Faculdade Mineira de Direito – PUC.MG. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito – Faculdade de Direito – UFMG. Pesquisador visitante na Harvard Law School (2010). Professor da FASASETE

1 INTRODUÇÃO

Uma das mais importantes contribuições de HERBERT L. A. HART à teoria do Direito consiste na sua concepção de regra jurídica como um tipo de regra social, que impõem condutas aos membros de um determinado grupo e são derivadas das práticas deste mesmo grupo. A existência, a validade e eficácia das regras dependem tanto da sua origem baseada em um padrão reconhecido de conduta, ou modelo de conduta, quanto da possibilidade de coerção no caso do descumprimento. Sua teoria é, na verdade, uma teoria prática, que explica a natureza do Direito com base em práticas sociais.

Com estas ideias, Hart superou uma das mais contundentes críticas que o positivismo jurídico sofria até então: a de ser uma corrente excessivamente formalista. Através da visão dinâmica da linguagem de WITTGENSTEIN, HART tomou consciência de que o Direito se compõe de regras de várias espécies, cujos conceitos teriam que ser determinados por seu uso, e não por construções doutrinárias e abstratas. Assim, o positivismo jurídico, graças à influência do pensamento de WITTGENSTEIN, pode dar conta de seu objeto de estudo de maneira mais satisfatória, partindo de um conceito de regra linguística para melhorar a compreensão do funcionamento das regras no campo do Direito.

Analisaremos separadamente, de forma sucinta, o pensamento de cada autor, para em seguida fazer a ligação entre eles.

2 LUDWIG WITTGENSTEIN

LUDWIG WITTGENSTEIN foi um filósofo controverso, até consigo mesmo. Nada em relação a ele é linear. Nasceu na Áustria e naturalizou-se inglês, cresceu em uma família abastada e optou por uma vida regrada. Sua inquietação foi a marca de sua história e o motor que o levou a ser um dos mais respeitados, citados e debatidos filósofos do século XX.

Esta marca de sua personalidade sem dúvida foi estimulada pelos ambientes que frequentou e pelos momentos históricos que testemunhou. Cresceu na Viena da virada do século, a capital cultural da época, onde eclodiam os mais significativos movimentos culturais e intelectuais daquele tempo. No “turbilhão vienense” tudo se entrecruzava, música, filosofia, pintura, política, psicanálise, artes; nada ficava de fora das discussões presentes nas escolas, bares e restaurantes, nas ruas e nas casas de famílias importantes, como era a família Wittgenstein.¹ Atravessou as duas grandes guerras, tendo lutado e sendo ferido na primeira quando combatia pelo exército austríaco na Itália e serviu como voluntário em um hospital durante a segunda, já na Inglaterra. No período entre guerras trocou de país e de nacionalidade, se tornou professor em Cambridge e se afirmou com um dos maiores nomes da filosofia de seu tempo.

¹ EDMONDS, David. EIDINOW, John. *O Atiçador de Wittgenstein: A História de uma discussão de dez minutos entre dois grande filósofos*. Rio de Janeiro: Difel, 2003. Págs. 85 e segs.

Embora AVRUM STROLL tenha chegado a afirmar que “Wittgenstein é um dos maiores filósofos do século XX, talvez o maior; provavelmente o maior filósofo desde Kant”², esta não é uma afirmativa compartilhada por muitos. Como afirma GÓMEZ ALONSO, “ninguém nega que Wittgenstein é um clássico, mas um clássico ignorado, incômodo, inútil e, sobretudo, inutilizável”³. O caráter fragmentado de sua obra, a temática por demais abrangente e imprecisa e as assumidas contradições internas talvez seja as razões principais para esta resistência.

O pensamento de WITTGENSTEIN é conhecido principalmente por duas obras: o *Tratado Lógico-filosófico* e as *Investigações Filosóficas*. A primeira foi praticamente escrita durante a primeira guerra mundial e publicada em 1921. A segunda reúne uma série de escritos elaborados do fim dos anos 30 e na década de 40, e só foi publicada em 1953, dois anos após sua morte, apontando uma mudança radical no pensamento de WITTGENSTEIN. Essa mudança fez com que muitos autores se referissem a um primeiro Wittgenstein – o do tratado – e a um segundo Wittgenstein – o das investigações.

O Tratado Lógico-Filosófico⁴ contém uma “concepção explicativa da linguagem”⁵. No tratado, a teoria da linguagem corresponde a uma teoria da realidade. A linguagem é vista como representação do mundo real. Assim ele afirma: “O pensamento é a proposição com sentido”(P. 4); A totalidade das proposições é a linguagem”(P. 4.001); “A Proposição é uma imagem da realidade. A proposição é uma modelo da realidade tal com nós a pensamos” (P. 4.01).⁶ Não há no tratado nenhuma intenção de “dar relevância às funções da linguagem comum. Os contextos social, histórico e cultural são filosoficamente irrelevantes.”⁷

Neste momento, para WITTGENSTEIN, “toda filosofia é crítica da linguagem”(p. 4.0031).⁸ Desta forma, ao propor uma ontologia da linguagem, ele pretende abordar toda e qualquer questão filosófica. Se há algo que não pode ser expresso na linguagem, não está no mundo, não pode ser pensado e, portanto, não é filosofia, simplesmente não existe. Por isso, “as proposições e questões dos filósofos fundamentam-se na sua maior parte, no fato de não compreendermos a lógica da nossa linguagem” (p. 4.003).⁹ Isto explica os objetivos de

² STROLL, Avrum. *Moore and Wittgenstein on Certainty*. Oxford: Oxford University Press, 1994. pág. 3.

³ GOMES ALONSO, Modesto M. *Frágiles certidumbres. Wittgenstein Y Sobre la Certeza: Duda y lenguaje*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2006. pág. 12.

⁴ O tratado Lógico-Filosófico “tem uma estrutura peculiar. Consiste em um conjunto compacto de enunciados, ordenados mediante um sistema de numeração decimal para assinalar a importância relativa de cada uma das afirmações. Quanto maior a quantidade de dígitos que aparecem diante do enunciado menor sua relevância geral, ou seja, maior é sua subsidiariedade em relação às outras afirmações. (NARVÁEZ MORA, Maribel. Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004. pág. 36-37.)

⁵ NARVÁEZ MORA, Maribel. Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004. pág. 33.

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pág. 52 -53.

⁷ LAWN, Chris. *Wittgenstein and Gadamer: Towards a post-analytic Philosophy of Language*. London: Continuum, 2006. pág. 65.

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pág. 53.

⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pág. 53.

WITTGENSTEIN com o tratado, qual seja, “terminar com todos os problemas da filosofia, cuja origem ele acreditava ser uma compreensão defeituosa do funcionamento da linguagem”.¹⁰

Após a publicação do Tratado, WITTGENSTEIN se afastou do mundo acadêmico e das atividades de filósofo para se dedicar ao ensino fundamental. Ao voltar à atividade acadêmica e filosófica, ele passou a rever sua posição anterior, aos poucos abandonando a Teoria Objetiva da Linguagem. Dos escritos desta fase, a obra mais significativa é, sem dúvida, as Investigações Filosóficas. Segundo o próprio autor, esta obra “foi fruto do reconhecimento dos seus próprios erros, percebidos através das críticas do matemático Frank Ramsey e do economista Piero Sraffa.”¹¹

Nas Investigações, Wittgenstein procura desfazer o equívoco de considerar a linguagem como apenas um meio da comunicação cuja função é simplesmente representar fatos e coisas relativas à realidade concreta, indo além de uma Teoria Figurativa ao buscar demonstrar que a linguagem tem função transcendente. Para o segundo Wittgenstein, a linguagem é parte determinante do agir humano, é função vital assim como respirar ou se alimentar. “Conceber uma linguagem é conceber uma forma de vida”(p. 19).¹²

E, para ele, a linguagem se dá de acordo com regras implícitas que variam de acordo com a cultura em que se manifestam. Assim, para que haja um entendimento entre os interlocutores, faz-se necessário conhecer estas regras. A essa compreensão sobre as regras, WITTGENSTEIN deu o nome de *jogos de linguagem*.

A Teoria da Linguagem não deve se preocupar com o significado, mas com o uso; principalmente com as infinitas possibilidades que se apresentam, “com a multiplicidade das ferramentas da linguagem e de seus modos de aplicação” (p. 23).¹³

3 HERBERT L. A. HART

O jusfilósofo inglês HERBERT L. A. HART, com a publicação de sua obra *O Conceito de Direito*, em 1961, foi responsável pela retomada do positivismo, severamente bombardeado nos anos que se seguiram à segunda grande guerra. Para tanto, HART traz importantes críticas ao positivismo tradicional, principalmente à jurisprudência analítica de JOHN AUSTIN e à sua definição de Direito baseada na coerção e no poder do Estado, e, principalmente, apresenta novas questões que representam avanços nas teses positivistas.

¹⁰ NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2004. pág. 37.

¹¹ NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2004. pág. 59.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pág. 183.

¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pág. 190.

P. M. S. HACKER considera que *O Conceito de Direito* “é mais um pioneiro trabalho de síntese em Filosofia do Direito do que um estudo conclusivo”,¹⁴ o que não impede que a obra de HART seja “amplamente reconhecida como o apogeu do positivismo jurídico”.¹⁵ HART aborda questões clássicas da teoria jurídica, como a relação entre Direito e Moral,¹⁶ com uma preocupação muito grande em estabelecer distinções necessárias para um avanço nestes estudos, superando impasses reconhecidos nas teorias clássicas, inclusive as positivistas.

HART parte da análise das teorias utilitaristas de JEREMY BENTHAM e, sobretudo, de AUSTIN, para as quais “os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias a ninguém”.¹⁷ O fundamento de validade da ordem jurídica seria assim baseado em um hábito de obediência a um soberano, ele próprio dotado de um poder ilimitado de dar ordens aos súditos. HART procura demonstrar como este “modelo simples do Direito como ordens coercitivas emitidas pelo soberano falhou em reproduzir algumas das características principais do sistema legal”.¹⁸

A ideia de um poder ilimitado, fundamentado em hábitos de obediência, revela-se insuficiente para explicar questões oriundas da análise de um sistema jurídico, como por exemplo, a continuidade do Direito quando da sucessão de um soberano por outro. “Os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer Direito à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar, ou fazer presumir que as ordens do novo legislador serão obedecidas”.¹⁹ Para que o novo legislador tenha legitimidade deve haver uma regra anterior que a ele confira este Direito. O conceito de hábito não explica a continuidade do Direito e nem o porquê da obediência ao Direito. A conduta conforme a regra não configura um hábito. Obedecer uma regra difere-se de um simples hábito pelo seu aspecto interno, caracterizada por uma “atitude crítica e reflexiva”²⁰ por parte do agente.

Aqui uma primeira contribuição conceitual de HART: a distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. O ponto de vista interno “corresponde ao ponto de vista do ator que se conforma com o modelo de comportamento estabelecido por uma regra e a aceita como tal” e o ponto de vista externo àquele “de um observador exterior que registra as práticas sociais generalizadas, ou seja, as regularidades de comportamento”.²¹

¹⁴ HACKER, P. M. S. *Hart's Philosophy of Law*. In: HACKER, P. M. S. RAZ, Joseph (orgs.) **Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart**. Oxford, Clarendon Press, 1977. p. 1-25. pag. 1.

¹⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417.

¹⁶ HART, Herbert L. A. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DOWRKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37.

¹⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111.

¹⁸ HART, Herbert L. A. *A More Recent Positivist Conception of Law*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules. **Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism**. 6ª ed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 45-74. p. 45.

¹⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 64.

²⁰ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 398.

²¹ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 398.

Tão pouco a conduta conforme a regra se dá necessariamente como efeito da ameaça de sanção, não se sustentando a ideia do Direito como uma ordem baseada em ameaças. Em qualquer ordenamento jurídico há normas que não são comandos acompanhados de sanções que “não impõem deveres e obrigações”.²² São normas que conferem aos destinatários poderes para a prática de atos em conformidade com o Direito. Poderes públicos para julgar ou legislar; poderes privados para constituir ou alterar relações jurídicas.

Filiando-se, neste ponto, ao pensamento kelseniano, HART “dá prioridade à regra jurídica que confere a um legislador o poder legal de emitir ordens. No topo do poder legal encontra-se a regra e não o comando do soberano”.²³ HART vê o Direito como um sistema de regras, classificadas em dois tipos: regras primárias, as que impõem deveres; e regras secundárias, as que atribuem poderes.²⁴ As primeiras, portanto, “estabelecem modelos de comportamento que devem ser seguidos” enquanto as outras “determinam a maneira pela qual as regras primárias podem ser definitivamente identificadas, editadas, revogadas ou modificadas”.²⁵

Surge então para HART, da mesma forma que KELSEN, o problema da fundamentação última do sistema jurídico. Para HART a resposta está na figura das regras de reconhecimento. São elas regras que estabelecem “os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada”.²⁶ E, dentre elas, está a *regra de reconhecimento última*, pela qual todas as outras regras do sistema são reconhecidas. À semelhança da norma fundamental de KELSEN²⁷, esta é uma norma não enunciada, da qual não se questiona a validade. Mas não é um pressuposto ou consequência lógica do sistema, ela é um fato social, observado a partir da conduta dos atores sociais, revelando sua aceitação. No entanto, é importante ressaltar, como assevera JOSEPH RAZ, que a “regra de reconhecimento é uma regra jurídica e pertence a um sistema legal”.²⁸ Ela tem dupla função: fundamentar o sistema jurídico e fornecer um padrão para que se identifique se uma norma pertence a este sistema ou não.²⁹

É a regra de reconhecimento último, portanto, para HART, a essência do conceito de Direito. E, estando esta vinculada ao fato social de sua aceitação, sua “definição não está isenta de uma certa concepção normativa de Direito (do que o Direito deve ser) e, mais precisamente, de uma concepção moral e política do Direito”.³⁰

²² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 35.

²³ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 397.

²⁴ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 91.

²⁵ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 407.

²⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 117.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁸ RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 198.

²⁹ COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.). **Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism**. 6ª ed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 95-107. p. 96.

³⁰ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 412.

4 O PENSAMENTO HERMENÊUTICO DE HART E A INFLUÊNCIA DE WITTGENSTEIN

Disse BENJAMIN CARDOZO: “O trabalho de decidir causas se faz diariamente em centenas de tribunais de todo o planeta. Seria de imaginar que qualquer juiz descrevesse com facilidade procedimentos que já aplicou mais de milhares de vezes. Nada poderia estar mais longe da verdade.”³¹

Não é sem razão que a hermenêutica é o assunto mais presente no pensamento jurídico contemporâneo. A preocupação com o melhor desenvolvimento das técnicas de interpretação do Direito ocupa páginas de obras em quase todas as áreas do Direito, sendo absorvida notadamente pela filosofia do Direito, sendo que juristas das mais variadas correntes compartilham o interesse no tema e concordam em apontar sua extrema relevância.

Após o reconhecimento da falência das propostas hermenêuticas tradicionais, como as da Escola da Exegese e a da Escola Histórica, já que seus métodos se revelaram, desde cedo, insuficientes, a busca de alternativas logo se iniciou. KELSEN já chamava atenção para a insuficiência desses modelos, além de outros, afirmando que “a ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, realizada pela norma jurídica aplicada, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito pré-existente, é uma auto ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.”³²

Afere-se do texto acima que KELSEN, já reconhece a impossibilidade, ou pelo menos a ineficiência, da interpretação da norma em abstrato. A interpretação jurídica só é possível diante do fato concreto, o que GADAMER chamou de “significado paradigmático da hermenêutica jurídica”.³³ Uma única norma não pode ser interpretada no caso concreto, como chamou atenção HART, “a mesma norma jurídica que em certo caso é clara, precisa e não traz nenhuma dificuldade de interpretação, pode não ser assim em um caso diferente”.³⁴ É o que ele chamou de *textura aberta* do Direito. HART vai além de KELSEN, que havia metaforicamente comparado o Direito a uma moldura, “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”.³⁵

Da mesma forma, HART, embora reconheça a necessidade de métodos adequados para a interpretação jurídica, não prega sua infalibilidade, pelo contrário, reconhece suas limitações e a consequente necessidade de um contínuo aprimoramento. E ressalta que nos casos em que a norma jurídica não oferece um caminho para a solução, esta ficará, em grau bem maior que o normal, sujeita à subjetividade do juiz. Isto não significa, no entanto, que o juiz, nestes casos, estaria legislando, pois sua decisão vale apenas entre as partes e não

³¹ CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1.

³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág 392.

³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 426.

³⁴ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p. 403.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág 390.

adquire força de lei, mesmo nos países onde vigora o sistema do precedente, além de dever estar de acordo com os valores e padrões consagrados no ordenamento jurídico, este sim fruto da ação do legislador.³⁶

HART percebeu que o Direito é composto de proposições, sejam elas normativas – que podem ser leis ou jurisprudência – que devem se adequar no momento da aplicação a outro tipo de proposições, que são as descritivas de fatos. A interlocução dessas proposições no cotidiano do mundo jurídico, ou seja, seu uso, é que determina, na realidade, o que venha a ser o Direito. Como afirma MORRISON, “a teoria jurídica anterior estava dominada por uma falsa concepção de linguagem, em vez de procurar aquela essência ou entidade pura a qual a palavra Direito deve remeter.”³⁷

Portanto, a ideia, oriunda do segundo WITTGENSTEIN,³⁸ de que a linguagem não expressa uma realidade ideal e abstrata, anterior a ela, mas sim constrói a realidade social, através de significados e conceitos que só podem ser investigados através de seu uso, sendo então estes carregados de intencionalidade, leva HART a questionar os conceitos jurídicos abstratamente construídos e o próprio conceito de Direito.

Assim, o substrato buscado por HART na Filosofia da linguagem de LUDWIG WITTGENSTEIN, permitiu a “clarificação de inúmeros problemas”³⁹, problemas esses ligados aos equívocos anteriores de tentar definir o significado do Direito ignorando “as importantes maneiras em que o verdadeiro significado de termos ligados ao Direito, ou o modo como uma expressão jurídica é efetivamente usada, são inerentes ao nosso uso cotidiano da linguagem.”⁴⁰

A obra do segundo WITTGENSTEIN tem relevância para o estudo do Direito em pelo menos três aspectos: o do estabelecimento de significados pelo uso da linguagem; o do uso das proposições linguísticas na construção de argumentos; e no uso das proposições linguísticas na elaboração de regras.

Em relação ao estabelecimento de significados pelo uso da linguagem, a explicação pode ser entendida com base em uma exemplificação simples: tomemos a palavra *faca*. A noção de faca decorre de práticas sociais em que seu uso determinou uma convenção segundo a qual um instrumento com determinadas características passou a ser assim denominado. A característica de cortar está ligada a inúmeros usos, como na cozinha, a mesa ou em uma oficina. Uma *faca* pode muito bem ser também uma arma letal. Pergunta-se: uma faca sem fio, uma faca de plástico ou muito velha que não corte mais, ainda pode ser denominada

³⁶ McCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978. cap. 5.

³⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 430.

³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

³⁹ HACKER, P. M. S. *Hart's Philosophy of Law*. In: HACKER, P. M. S. RAZ, Joseph (orgs.) **Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart**. Oxford, Clarendon Press, 1977. p. 1-25. p. 2.

⁴⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 430.

faca? Poderá ser considerada uma arma para efeitos jurídicos? Acrescenta-se ao significado uma valoração inerente às suas possibilidades de uso.

Argumentos são proposições linguísticas que visam defender e fazer valer – no caso do argumento jurídico – uma certa posição, não podendo esta ser meramente lógica, mas devendo possuir conexão com todo o sistema da linguagem e ser, portanto, expressão de uma relação viva. Os argumentos provêm de um contexto de vida, assim como todo o pensamento.

Toda verificação, confirmação e invalidação de uma hipótese ocorrem já no interior de um sistema. E esse sistema não é o ponto de partida, mais ou menos arbitrário ou duvidoso, para todos os nossos argumentos: não, pertence à essência daquilo a que chamamos um argumento. O sistema não é tanto o ponto de partida, como o elemento onde vivem os argumentos.⁴¹

Percebe-se a conformação entre ideia de textura aberta do Direito e o pensamento de WITTGENSTEIN. HART vê o Direito como parte de uma realidade construída na cultura humana, viva em suas dinâmicas sociais, e que, embora representada por um sistema de normas gerais, não se reduz a elas, mas se comunica com a força vital da qual se origina. É esta comunicação que fornece seus significados e o legitima.

As regras, usando aqui terminologia de HART, são também proposições linguísticas. As regras são elaboradas e dadas aos seus destinatários em processos de comunicação, que se incluem no que WITTGENSTEIN chamou *jogos de linguagem*. E sua validade e eficácia se verificam pelo uso, são uma questão prática.

É aquilo a que chamamos seguir uma regra algo que apenas um homem, uma vez na vida, pudesse fazer? – E isto é naturalmente uma nota acerca da expressão seguir a regra.

Não pode ser que uma regra tenha sido seguida uma única vez por um único homem. Não pode ser que uma comunicação tenha sido feita, que uma ordem tenha sido dada ou compreendida apenas uma vez. Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar xadrez, são costumes (usos, instituições).

Compreender uma proposição significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica. (Investigações. p. 199)⁴²

Assim, baseando-se em WITTGENSTEIN, HART afirma que as regras só podem ser compreendidas na medida de sua inserção social, sendo o instrumento para esta compreensão a *regra de reconhecimento*.

Neste sentido, reconhecemos a maior propriedade da sugestão de FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, de se trocar a expressão *regra de reconhecimento* por *contexto de reconhecimento*.

⁴¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 43. p. 105.

⁴² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 320.

to.⁴³ Afinal, é o ambiente social que determinará o reconhecimento do sistema jurídico como legítimo e o fundamentará. A eficácia do sistema jurídico é maior quanto mais próximo este for do contexto social a que se destina. E a este fato têm que estar atentos os aplicadores do Direito.

5 CONCLUSÃO

O pensamento hermenêutico de HART, com base wittgenstaniana, sustenta com mais propriedade, ideias já contidas em teorias positivistas anteriores, baseadas no subjetivismo e na discricionariedade das decisões judiciais. Segundo estas teses, o sistema de referência do juiz irá exercer influência sobre a decisão – e nem poderia ser diferente – afinal o juiz não tem o poder de despir-se de sua história pessoal. Esta postura acaba por ser mesmo essencial para que o juiz identifique o contexto de reconhecimento, identificando seus elementos materiais. A discricionariedade se fará presente quando se encontrarem casos não contemplados pelo sistema jurídico. É importante frisar que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade. O juiz deverá, nestes casos, ponderar todas as circunstâncias que se lhe apresentem e fundamentar suficientemente sua decisão.

REFERÊNCIAS

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARPINTERO BENITEZ, Francisco. *Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?* In: PASCUA, J. A. Ramos. GONZÁLEZ, M. Á. Rodilla(Eds.) **El Positivismo Jurídico a Examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Universidad Salamanca, 2006. Pág. 171-195.

COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.). **Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism**. 6ªed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 95-107.

EDMONDS, David. EIDINOW, John. *O Ataçador de Wittgenstein: A História de uma discussão de dez minutos entre dois grande filósofos*. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁴³ CARPINTERO BENITEZ, Francisco. *Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?* In: PASCUA, J. A. Ramos. GONZÁLEZ, M. Á. Rodilla(Eds.) **El Positivismo Jurídico a Examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Universidad Salamanca, 2006. Pág. 171-195.

GOMES ALONSO, Modesto M. *Frágiles certidumbres. Wittgenstein Y Sobre la Certeza: Duda y lenguaje*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2006.

HACKER, P .M. S. *Hart's Philosophy of Law*. In: HACKER, P .M. S. RAZ, Joseph (orgs.) **Law, Morality and Society: Essays in Honour of. H. L. A. Hart**. Oxford, Clarendon Press, 1977. p. 1-25. pag. 2.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *A More Recent Positivist Conception of Law*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules. **Philosophy of Law: The Chalenge of Legal Positivism**. 6ª ed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 45-74. p. 45.

_____. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DOWRKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37. p. 37.

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

LAWN, Chris. *Wittgenstein and Gadamer: Towards a post-analytic Philosophy of Lenguage*. London: Continuum, 2006.

McCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo*. São Paulo: Martins fontes, 2006.

RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.

STROLL, Avrum. *Moore and Wittgenstein on Certainty*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações filosóficas*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Da Certeza*. Lisboa: Edições 70, 2000.

O DEVIDO PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DEMOCRÁTICO

Sílvia de Sá Batista¹
Eliziane Regina Teixeira²
Mateus Barros Silva³
Ricardo Nylander Lima⁴

Resumo: O presente artigo tem como objetivo promover uma reflexão sobre o Processo e o devido processo legal como instituição jurídica de construção e operacionalização do direito no Estado Democrático de Direito. Em um primeiro momento, após discorrer sobre um ciclo histórico de resolução de conflitos, a jurisdição é abordada como atividade de dever do Estado, exercida mediante a garantia constitucional do devido processo legal. Ao abordar aspectos teóricos que permeiam o estudo do direito processual, o artigo desenvolve uma incursão acerca das teorias do processo demonstrando seu caráter científico ao longo dos anos. Em seguida, a teoria do processo como procedimento em contraditório é trabalhada como ponto de partida para a democratização do discurso jurídico processual. Por fim, busca-se teorizar o devido processo, a partir da concepção neoinstitucionalista de processo, como marco discursivo de construção teórica do sistema jurídico, e o devido processual legal, regido pelos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia, torna-se assim, o espaço procedimental de operacionalização dos direitos fundamentais demarcados pelo texto constitucional.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Pós-graduado *lato sensu* (Especialista) em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista da Capes/Cnpq E-mail: silvio.desa@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1073940478325195>.

² Acadêmico do 5º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho de Sete Lagoas.

³ Acadêmico do 5º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho de Sete Lagoas.

⁴ Acadêmico do 5º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho de Sete Lagoas.

INTRODUÇÃO

É desafio da atualidade estudar o Processo jurisdicional, não como um fenômeno de poder onde a jurisprudência, oriunda de um saber privilegiado dos tribunais, é a fonte primária do direito contemporâneo. Da mesma forma que a ciência jurídica não pode ser resumida em um fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado sem esclarecer, por meio de conteúdos científicos, as características desse “pacto” que um dia resolveu realizar o direito.

Um direito processual, que se pretende democrático, deve esclarecer, com base em princípios autocríticos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, conforme conjecturado pela teoria neoinstitucionalista do processo o que se entende por “fenômeno” e “poder” na constitucionalidade brasileira.

Sendo assim, o estudo do Processo Democrático deve superar conceituações metafísicas, historicistas, sociológicas e axiológicas, as quais, ao longo dos anos, colocaram o direito como algo que nasce da realidade ou que já existe desde sempre, tornando seu estudo prisioneiro da sua própria linguagem.

Para tanto, é preciso estudar o processo democrático em uma concepção não dogmática com possibilidade de refutação crítica de seus próprios enunciados. O processo, em uma concepção teórica de Estado Democrático de Direito, não se constitui instrumento teleológico com predisposição para realizar objetivos, através de uma jurisdição “*longa manus*” da atividade legislativa. O Processo, na epistemologia jurídica neoinstitucionalista, é o marco teórico pelo qual se pretende construir a sociedade democrática. Nessa concepção o devido processo é referente lógico-jurídico que encaminha, por meio da teoria mais bem testada, os conteúdos normativos da constitucionalidade brasileira.

1 JURISDIÇÃO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O desenvolvimento histórico da jurisdição, como atividade dever do Estado, é conquista teórica que se consolida com a transição da justiça privada para uma justiça pública. Contudo, a existência de uma jurisdição estatal, sem uma reflexão teórica sobre seus contornos normativos, em nada contribui para a legitimidade do direito democrático. Atualmente, o estudo e a reflexão sobre a jurisdição, deve se mostrar compatível com a proposta de Estado Democrático adotada pela Constituição brasileira.

No entanto, antes de apresentar uma conceituação acerca da jurisdição, é necessário conhecer as formas de resolução de conflitos que antecederam a jurisdição monopolizada pelo Estado. Valendo-se das lições de Rosemiro Pereira Leal, que demonstra a passagem da justiça privada para a justiça pública, é possível tomar conhecimento da existência de um ciclo histórico de resolução de conflitos.

Podem ser mencionadas como modalidades históricas de resolução de conflitos: a Autotutela (uso da violência privada), a Autocomposição (as pessoas buscavam a conciliação pela

renúncia, submissão, desistência e transação), a Mediação (acordo entre particulares através de um intermediário), e a Arbitragem (escolha de terceiros com grandes saberes para decidir o litígio). Tais mecanismos de resolução de conflitos, que antecederam a jurisdição como atividade judicacional monopolizada pelo Estado, também são denominados de equivalentes jurisdicionais.⁵

Com o surgimento do direito romano, a arbitragem foi utilizada como base teórica para a consolidação de um sistema público de resolução de conflitos. Argumenta Rosemiro Pereira Leal, com o intuito de disponibilizar um embasamento científico para o estudo da jurisdição, que a transição da justiça privada (arbitragem) para a justiça pública (jurisdição) se deu da seguinte forma.

Inicia-se, no período pré-romano (século VIII ao século V a.C), com a configuração de um sistema denominado *legis actiones*, que apresentava três características básicas: “a judicial, porque si iniciava perante o magistrado (*in jure*), e, em seguida, perante o árbitro particular (*apud judicem*); legal, porque previsto em regras do magistrado, e formalista por se vincular a formas e palavras sacramentais”.⁶

Por conseguinte, o autor discorre sobre o período formular, cujo início se deu com o advento do direito romano arcaico, a partir do século V a.C: “aboliu-se o sistema rígido das *legis actiones* e a função de árbitro (*judex*) foi exercida pelos peritos que se notabilizaram como juristas, surgindo a figura dos jurisconsultos [...] e do pretor, nomeado pelo governo (magistrado)”.⁷

Posteriormente, há o advento do direito romano clássico, período em que o pretor (servidor público) tem seus poderes ampliados para indicar quem seria o julgador para o caso concreto período que vai: “do século II a.C. ao século III d.C., e que marcou o encerramento do que se chama ciclo da justiça priva ou período formular (*ordo judiciorum privatorum*) no qual a arbitragem já assume feições de instituto jurídico público”.

Por fim, o período denominado de direito romano pós-clássico consolida a transição da justiça privada para a justiça pública, ou seja, é nesse período que o Estado romano assume: “O monopólio da atividade de dizer o direito, abolindo oficialmente a arbitragem facultativa, era o pretor o órgão jurisdicional do Estado e o Estado único e exclusivo árbitro dos litígios”.⁸

Analisando as considerações acima transcritas, depreende-se que a jurisdição decorre do desenvolvimento histórico da arbitragem. No entanto, é importante assinalar que, no período romano, a jurisdição era exercida sem o devido processo legal, resumindo-se a uma atividade tutelar ditada e controlada pelo pretor. Por essa razão, estudar a jurisdição divor-

⁵ DIDIER JR, FREDIE. Curso de direito processual civil, 2014.

⁶ LEAL, RosemiroPereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p. 20.

⁷ LEAL, *op.cit.*, p. 21.

⁸ LEAL, RosemiroPereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p. 22.

ciada do processo democrático significa estabelecer limite teórico entre o arbítrio e a legitimidade.

Infelizmente as reflexões teóricas sobre a jurisdição, seja na perspectiva de Estado liberal ou social, acabam se limitando ao conceito de função pacificadora do Estado, no qual o processo é um meio para realização da justiça. Ou seja, a jurisdição seria uma manifestação de poder do Estado, exercido pelos juízes, e o processo um instrumento para o exercício desse poder.⁹ É essa reflexão raquítica da jurisdição que tem provocado um colapso teórico-científico a respeito do papel do judiciário no paradigma de Estado Democrático de direito.

Hermes Zanetti Júnior apresenta um conceito reduzido da jurisdição que enxerga o judiciário como o “espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais”¹⁰, por estar “imbuído do espírito de defender os direitos do cidadão”.¹¹ Percebe-se que, para esse autor, a atividade jurisdicional pode ser exercida com base em critérios subjetivos, oriundos de um judiciário que insiste em sustentar “a velha discricionariedade positivista”.¹²

Nesse sentido, são pertinentes as críticas de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao alertar sobre os perigos subjacentes a uma jurisprudência de valores, manejada pela livre consciência do julgador. Para este jurista o exercício da jurisdição, conduzida pela consciência valorativa do julgador, pode deixar o direito à mercê de intempéries decisionistas “que beiram a arbitrariedade, em face de suas inconsistências metodológicas”¹³, no que tange à ausência de uma fundamentação racional das decisões.

O exercício da jurisdição, no paradigma de direito democrático, impõe às partes e ao Estado uma condição de isonomia, não apenas formal, mas de igual oportunidade de arguir os sentidos normativos da linguagem jurídica.

Nesse sentido, leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

O estado só pode exercer a jurisdição, se e quando chamado a fazê-lo pelas pessoas naturais ou jurídicas (de direito público ou de direito privado), ao exercerem seu direito de ação, dentro de uma inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal), de modo a garantir adequada e democrática participação e influência dos destinatários (partes) na formação das decisões jurisdicionais proferidas nos processos.¹⁴

A garantia do devido processo constitucional implica reconhecimento de que o exercício da atividade jurisdicional não é atividade tutelar dos juízes, mas, como observa Brêtas, a juris-

⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. Teoria geral do processo, p. 32-33.

¹⁰ ZANETT JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p.12.

¹¹ ZANETT JÚNIOR, *op.cit.*, p.46.

¹² STRECK, Lênio. O que é isto- “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). Constituição e processo; entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.

¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional, p. 209.

¹⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, p. 74.

dição “é atividade de dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional.”¹⁵ E, prossegue o autor, “dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório, e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal”.¹⁶

Partindo das considerações expostas e reconhecendo que aqui se adota o sistema de jurisdição difusa e de jurisdição concentrada, observa-se que, no Brasil, toda a jurisdição é constitucional e visa preservar a supremacia do ordenamento jurídico-constitucional. Dessa forma, as normas constitucionais adquirem uma integridade de direitos delineados pela Constituição, que funcionam como referente linguístico-normativo que delimita o agir objetivo do agente público julgador. Portanto, o exercício da atividade jurisdicional, no paradigma de Estado Democrático de Direito, só é concebível mediante a garantia do devido processo legal.

2 NOÇÕES BASILARES SOBRE TEORIAS PROCESSUAIS

É praticamente impossível compreender a proposta avançada do devido processo constitucional (art. 5º LIV e LV, da CB/88) sem analisar as teorias processuais disponibilizadas, ao longo dos séculos, para o exercício e controle da atividade jurisdicional do Estado. Nesse sentido, será feita uma breve reflexão introdutória com o propósito de chamar a atenção do leitor para a existência de teorias jurídicas no campo processual. É a partir dessa compreensão - pontos de partida - que torna possível conjecturar o devido processo na “contemporaneidade”.¹⁷

O processo, como teoria formulada, iniciou-se com os estudos do jurista francês Robert Joseph Pothier, que, por volta de 1800, idealizou a teoria do “processo como contrato”. Pothier teve influência direta das ideias do filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau para a elaboração de sua teoria. O processo, nessa quadra teórica, era um contrato entre as partes, “que se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito”.¹⁸ Trata-se de uma teoria que pregava a autonomia das partes, uma vez que a presença de um juiz para julgar o litígio era facultativa. André Del Negri observa que, de acordo com essa teoria, o processo era um contrato privado¹⁹, e as partes tinham a faculdade de escolher o julgador.

¹⁵ BRÊTAS, *op.cit.*, p. 32.

¹⁶ BRÊTAS, *op.cit.*, p. 32.

¹⁷ Sobre contemporaneidade, busca-se inspiração nos ensinamentos do filósofo italiano Giorgio Agamben, que assim esclarece: “Contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro. Todos os tempos são, para quem deles experimenta contemporaneidade, obscuros. Contemporâneo é, justamente, aquele que sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente.” (O que é contemporâneo? e outros ensaios, p. 62-63).

¹⁸ LEAL. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p. 82.

¹⁹ DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade do Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática, p. 91.

Por volta de 1850, os juristas Savigny e Guényvau apresentaram a teoria do processo como “quase-contrato”, reforçando a ideia do processo no âmbito do direito privado. Ao contrário da teoria do processo como contrato, “o juiz não precisava de prévio consentimento do autor para proferir a decisão”²⁰: ao ingressar em juízo, a parte já estava ciente de que a decisão poderia ser favorável ou desfavorável.

Em contraponto às teorias processuais anteriores, por volta de 1868, o jurista alemão Oskar Bülow idealizou a teoria do processo como relação jurídico-processual, estabelecendo a autonomia do processo frente ao direito material. Ao produzir sua teoria, Bülow reconhece alguns pressupostos para o desenvolvimento do processo, considerado por ele uma relação entre Juiz, Autor e Réu. O direito material alegado só seria reconhecido em momento posterior à instalação do processo.²¹ Essa teoria, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal, “que predomina, até hoje, na confecção dos códigos e leis processuais, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman”.²² É importante destacar que as ideias de Liebman, jurista italiano que chegou ao Brasil em 1932, tiveram influência decisiva na elaboração do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Posteriormente, em 1925, Goldschmidt apresentou a teoria do processo como “Situação Jurídica”, concepção teórica que estabelecia uma relação de subordinação das partes em relação ao julgador. De acordo com a teoria da situação jurídica, para o bom desenvolvimento do processo, o juiz pode proferir a decisão sem observar “nexo jurídico de causalidade”, e qualquer erro por parte do agente julgador não haveria qualquer violação ao direito processual.²³

Sob forte influência das ideias positivistas, o jurista espanhol Jaime Guasp, por volta de 1940, defendeu a teoria do processo como “instituição”. Tal teoria, conforme magistério de André Del Negri, “deve ser compreendida do ponto de vista que demonstra o aspecto sociológico como eixo de suas preocupações nos anos 30 e 40”.²⁴

Promovendo uma mudança teórica no estudo do direito processual, o jurista italiano Elio Fazzalari passou a estudar o processo jurisdicional com conceitos que o distinguem do procedimento. Para Fazzalari o procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais, onde o ato antecedente é condição de existência do ato subsequente e, assim, sucessivamente até o provimento final. Contudo, o procedimento, no campo jurisdicional, é uma conexão normativa preparatória de um ato estatal - sentença - que se desenvolve mediante a garantia inarredável do contraditório. Disso decorre que, para Fazzalari, não há processo jurisdicional sem contraditório.²⁵

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, p. 83.

²¹ BÜLOW, Von Oskar. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. 2005.

²² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, p.83.

²³ GOLDSCHMIDT, JAMES. Princípios gerais do processo civil. 2004

²⁴ DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade do Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. p.97.

²⁵ FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. 2006.

Ao afirmar que o processo seria uma espécie de procedimento em contraditório entre as partes e não uma relação jurídica, o processualista italiano se contrapõe às ideias de Bülow e afasta qualquer possibilidade de conciliação entre a teoria da relação jurídica e a teoria de Fazzalari.

Já a partir da segunda metade do século XX, buscou-se uma aproximação entre “Processo e Constituição”. Percebeu-se, em razão da Guerra Mundial, que as garantias processuais, quando não elevadas à condição de normas constitucionais, pouco resultariam como efeito prático, no que tange à defesa de possíveis arbitrariedades do Estado contra o povo. Coube, então, aos processualistas Hector Fix-Zamudio²⁶, Ítalo Andolina²⁷ e José Alfredo Baracho²⁸ estudarem a constitucionalização do processo, com enfoque nos direitos fundamentais, assegurados por uma Constituição, e exercidos mediante a garantia do processo constitucional. A partir dessas reflexões iniciaram-se os estudos acerca de uma teoria constitucionalista do processo ou modelo constitucional do processo.

Recentemente, o processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal formulou a teoria Neoinstitucionalista do Processo, sustentada por uma teoria linguística em que o povo, como conjunto de legitimados ao processo, é o intérprete incondicional dos sentidos normativos da linguagem jurídica. De acordo com a teoria neoinstitucionalista, o processo é referente lógico-jurídico de “criação, reconstrução, manutenção, aplicação ou extinção normativas de direitos”.²⁹ O autor argumenta que o processo, em uma concepção de Estado não dogmático, é instituição jurídica de construção permanente do *devir* processual democrático. Nessa linha de reflexão a teoria processual precede o significante normativo que é a lei. Em razão disso, a construção do Estado Democrático de Direito depende de uma escolha prévia, entre as teorias processuais, a mais resistente a encaminhar o discurso da constitucionalidade.

3 CONTRIBUIÇÃO DE FAZZALARI AO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO

Coube aos estudos do processualista italiano Elio Fazzalari estabelecer uma “verdadeira revolução conceitual”³⁰ para os estudos do Direito Processual. A teoria Fazzalari, ao diferenciar procedimento, processo e contraditório, representou um ganho teórico em relação às teorias processuais que a antecederam. Para o processualista italiano, o processo não se

²⁶ FIX-ZAMUDIO, Hector. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Processual*, p. 357-363.

²⁷ ANDOLINA, Ítalo. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*, p. 63-69.

²⁸ A sistematização de estudos sobre Processo e Constituição iniciou-se a partir da 2ª Guerra Mundial, com a constitucionalização dos princípios de direito processual. José Alfredo Baracho, pioneiro no Brasil quando se trata de estudos entre Processo e Constituição, já alertava, em 1984, para os estudos do processualista mexicano Héctor Fix-Zamudio acerca das garantias constitucionais do processo civil, objeto de estudos, na Europa, após a Segunda Guerra Mundial. (*Processo Constitucional*, p. 122-123).

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, p. 284.

³⁰ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade do Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 98.

define como um meio, um fenômeno ou uma sequência de atos praticados pelo juiz, mas pela presença do direito ao contraditório, ou seja, inexistente processo sem contraditório. O procedimento, por sua vez, é estrutura técnica normativa de atos jurídicos sequenciais, de modo que o ato antecedente é pressuposto (condição) dos atos seguintes, e assim, sucessivamente, até o provimento final.³¹

A teoria do processo como procedimento em contraditório estabeleceu uma importante diferença teórica em relação à teoria da relação jurídica. No entanto, é preciso anotar que, apesar de Fazzalari ter iniciado os estudos da ciência processual, não o fez “originalmente pela reflexão constitucional de direito-garantia ou de instituição constitucionalizada.”³² Contudo, foi a partir da teoria de Elio Fazzalari - que trabalhou o campo técnico - que o direito processual ganhou novos contornos científicos. Por isso, a teoria fazzalariana pode ser considerada “como degrau de iniciação democrática”³³, que vem servindo aos estudos avançados do direito processual.

Contudo, para Hermes Zaneti Júnior, as conjecturas elaboradas por Fazzalari estariam inviabilizadas se aplicadas ao direito brasileiro, uma vez que “ao cerrar as portas para o discurso judicial e para a criação do direito pelo juiz, Fazzalari adota uma barreira intransponível para a consecução da finalidade de abertura democrática do processo”.³⁴ Ora, no paradigma processual democrático, o juiz não cria direitos, é justamente por isso que a teoria de Fazzalari é plenamente aplicável ao direito brasileiro. A decisão jurisdicional, para ser legítima no paradigma processual adotado pela constitucionalidade brasileira, deve assegurar às partes o direito ao contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Por isso, no Estado Democrático, não há espaço para uma construção imparcial e subjetiva do direito conforme a livre convicção do agente público julgador.

O contraditório, sobretudo a partir das contribuições teóricas dos movimentos constitucionalistas do século XX, não figura como um simples “valor-fonte da dialética processual” ou como um mero dizer e contradizer das partes de modo que, ao final, é permitido ao “juiz exercer uma atividade criadora.”³⁵ Em relação ao contraditório, são oportunas as lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao argumentar que “hodiernamente, o contraditório não é apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos processuais e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, em perspectiva técnica e cientificamente tacanha. Nesse início de século XXI, marcado por estudos avançados do processo constitucional e democrático, o contraditório é muito mais.”³⁶

A partir da concepção do processo como procedimento em contraditório, André Cordeiro Leal argumenta, aproveitando-se da teoria de Fazzalari, que “o contraditório deve ser efeti-

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo, p. 95.

³² LEAL. Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p. 87.

³³ LEAL. Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica, p.104.

³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p.200.

³⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p.188.

³⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo constitucional e Estado Democrático de Direito, p. 97.

vamente entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões”.³⁷ Da mesma forma anota Lênio Luiz Streck: “o contraditório passa a ser a garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão”.³⁸ Por outro lado, pondera Streck que essa fundamentação não deve ser advinda de uma discricionariedade criativa do judiciário, pois “discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo judiciário”.³⁹

Reconhecendo o princípio do contraditório como direito garantia constitucional das partes de exercerem influência na decisão jurisdicional, Humberto Theodoro Júnior pondera que “de modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes.”⁴⁰ Assevera Dierle José Coelho Nunes: “Fazzalari percebe a importância da participação técnica das partes no iter de formação das decisões e alça tal participação a elemento estrutural e legitimante das atividades processuais”.⁴¹

Ao vincular o princípio constitucional do contraditório à garantia de participação na construção das decisões, impõe-se uma condição de igualdade processual entre as partes como condição de legitimação das decisões. Dessa forma, inicia-se a democratização das decisões proferidas pela atividade jurisdicional. Contudo, a decisão, para aqueles que sofrerão seus efeitos, deve ser fundamentada na reserva legal e não na consciência criativa do julgador.

Por isso é firme o magistério de Ronaldo Dias de Carvalho Brêtas, no sentido de que a teoria de Fazzalari, complementada pelos conteúdos científicos da teoria constitucionalista, tem total assente no Estado Democrático brasileiro:

Por tais razões, a teoria estruturalista elaborada por Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõem a teoria constitucionalista, porque a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postula no processo, razão pela qual correlacionada está à garantia também constitucional de fundamentação das decisões judiciais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada.⁴²

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático, p.105.

³⁸ STRECK, Lênio. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 19.

³⁹ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: construção hermenêutica e teorias discursivas, p. 42.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 253.

⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático, p. 207.

⁴² BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. Processo constitucional e Estado Democrático de Direito, p. 93.

Portanto, ainda que Fazzalari não tenha pensado o contraditório sob o ponto de vista jurídico-constitucional, observa-se que seus ensinamentos têm servido de orientação teórica para o avanço de um processualismo científico, que, através do princípio do contraditório, vincula a atividade jurisdicional ao dever da fundamentação racional das decisões jurisdicionais com base na reserva legal.

4 DEVIDO PROCESSO E CONSTRUÇÃO DO DIREITO DEMOCRÁTICO

O texto constitucional é discurso jurídico-normativo, que institui a realidade política a ser implantada e o processo, em uma perspectiva neoinstitucionalista, é a linguagem teórica a partir da qual se pretende construir a proposta constitucional. Ao adotar o princípio da reserva legal, incambiável no sistema jurídico brasileiro, cria-se uma existência hermenêutica conjeturável a partir do discurso jurídico-constitucional. Portanto, a operacionalização do texto constitucional reclama uma teoria processual habilitada a concretizar realidade constitucional.

De nada adianta uma escrituração constitutiva de direitos fundamentais, criados e acertados pela comunidade política no plano instituinte e constituinte, se a atividade judicacional não os considera como títulos executivos (líquidos) e infungíveis (certos) a partir dos quais será construída a realidade jurídica e política de um povo. Por isso, à luz da teoria neoinstitucionalista do processo, não é possível confundir “modelo constitucional do processo civil”⁴³ com instituição processual de demarcação, fiscalização, extinção e controle dos conteúdos da linguagem jurídica propositiva de direitos fundamentais de uma determinada sociedade política.

Tratando-se de direito democrático, deve se entender que “o simples uso da linguagem, sem prévia demarcação teórica, não gera um significado igual ou útil para todos.”⁴⁴ Em uma perspectiva neoinstitucionalista, o devido processo é compreendido com espaço jurídico normativo de “fruição de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis, e de criação, reconstrução, manutenção, aplicação ou extinção normativa de direitos.”⁴⁵ O devido processo, nesse contorno teórico, deixa de ser um recinto de decisão, no qual impera a “livre consciência do julgador”, para se tornar instituição permanente de fiscalização e testificação dos direitos demarcados pelo texto constitucional. Nesse sentido vale transcrever as lições de Rosemiro Pereira Leal, ao dissertar acerca de sua teoria:

*A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de **devido processo** como *devir* a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco *interpretante* de criação (vir-a-ser) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-am-*

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 291.

⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como teoria da lei democrática, p.230.

⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 294.

pla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma coconstitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação. A constituição não é um mero artefato gráfico-cartular (ou eletrônico), mas um **discurso** cujo **texto** se faz por uma **teoria do processo** como **interpretante** construtivo e operacional do sistema a possibilitar um *igual direito* de interpretação para produtores e destinatários normativos, rompendo-se, assim, com o axioma positivista de que “não é possível construir um saber unitário e coerente sobre o direito, oferecendo respostas no âmbito de uma só teoria”.⁴⁶ (grifo do autor)

O discurso jurídico na pós-modernidade⁴⁷ requer uma superação de um direito produzido a partir de ideologias ou escopos metajurídicos. O direito que suplica por estudo e pesquisa na contemporaneidade é o direito democrático, cuja finalidade teórica deve ser a redução da carga de sofrimento humano.⁴⁸ Esse é o desafio das faculdades de direito, ou seja, possibilitar uma reflexão sobre o conhecimento jurídico para além das condições estabelecidas pela ciência dogmática e pela a zetética jurídica.

Nessa linha de entendimento, o texto constitucional não deve ser compreendido como uma linguagem jurídica a ser concretizada mediante um “recinto axiológico de uma decibilidade governativa, administrativa e judiciária”⁴⁹ sem qualquer controle no que diz respeito ao cumprimento da proposta constitucional de direitos fundamentais. Por isso, o devido processo é, no paradigma processual democrático, conforme conjecturas ofertadas pela teoria neoinstitucionalista, uma “instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento, a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial”⁵⁰ na persecução e implementação dos direitos fundamentais.

O Devido Processo, como instituição jurídico-normativa, é o dever ser que possibilita uma reflexão crítica e autocrítica do sistema político instituído, e o Processo, ser jurídico⁵¹, se torna, assim, referente lógico de demarcação e estabilização teórica dos direitos assegurados pela Constituição.

Desse modo, o devido processo (médium linguístico normativo) se apresenta como uma saída para a arrogância autocrática do direito positivo, que vem sendo efetivado, ao longo dos séculos, como forma pura de dominação legítima⁵², sem que os destinatários percebam a linguagem jurídica estratégica, subjacente ao discurso de positivação desse direito. Nessa linha de raciocínio, Dhenis Cruz Madeira observa o seguinte: “a escrituração de uma Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, delineando alguns conceitos básicos

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. O DueProcess e o Devir Processual Democrático. In: Carlos Henrique Soares; Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. (Org.). Direito Processual Civil Latino-Americano. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, v. 1, p. 1-13.

⁴⁷ “Pós-mundo posto pelo Homem sem pressupostos históricos condicionantes.” LEAL, Rosemiro Pereira. (Teoria geral do processo: primeiros estudos, p.29.)

⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como teoria da lei democrática. 2010.

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização inconstitucional da coisa julgada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 25.

⁵⁰ DEL NEGRI, André. Processo constitucional de decisão interna corporis, p. 94.

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p.49.

⁵² WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima, 1989.

(falseáveis e abertos à crítica) que podem, inclusive, ser rejeitados por meio do discurso processualizado”.⁵³ Para Cruz Madeira o devido processo é a instituição jurídica habilitada a operacionalizar (construir, extinguir, reconstruir) os direitos demarcados pelo discurso constitucional.

Conforme argumenta Rosemiro Pereira Leal, autor da teoria neoinstitucionalista, é necessário uma superação da aparição espontânea e coerente do direito, que se torna possível pelo devido processo. Desse modo, só seria possível falar em direito democrático por meio de uma teoria do discurso processualizado, demarcado por uma linguisticidade despragmatizada dos processos históricos.

Nesse sentido leciona Leal:

A linguisticidade, por sua vez, acarreta na pós-modernidade a compreensão prévia de uma **teoria do discursoprocessualizado** que possa despragmatizar os processos históricos de aparição espontânea e coerente dos direitos, ou seja, sair de uma práxis vital doadora de subjetividades que se rotulam humanas por semelhanças físico-orgânicas sem qualquer pré-decisão (**pacto sígnico**) sobre as características (modos de ser) que as distinguissem da animalidade ou sobre os critérios de formação de entendimentos a respeito de suas próprias convicções legiferativas. Com efeito, o direito à vida humana só seria direito à vida humana se vida humana fosse criada no plano de um sistema linguístico teoricamente constitucionalizado, de tal sorte a permitir que todos integrantes de uma comunidade jurídica pudessem dela fruir ou questioná-la juridicamente como sujeitos legitimados ao discurso de construção de uma Sociedade Política, segundo o exercício pleno, ininterrupto e irrestrito, de um controle processualizado dos conteúdos de constitucionalidade nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos.⁵⁴

Não há, no paradigma processual democrático, a exclusão do povo, conjunto de legitimados, do processo de construção dos propósitos democráticos estabelecidos pela linguagem normativa constituinte. Por força do texto constitucional, o povo é o único detentor de todo poder político, e o devido processo é a garantia fundamental do exercício democrático desse poder. Sendo assim, o processo, como médium linguístico de demarcação teórica do discurso constitucional, é a instituição apta a testificar os mecanismos, teorias ou ideologias que se propõem a encaminhar do discurso constitucional brasileiro.

7 CONCLUSÃO

Os conteúdos jurídicos da Constituição brasileira não são mandados de otimização ou expressão de uma linguagem jurídica a ser realizada por pessoas de saber inteligível. A Constituição não representa uma divisão de mundos entre o imaginário e o real, o possível e o impossível, nem possui conteúdos normativos de poder criativo de uma realidade pressuposta.

⁵³ MADEIRA, Denis Cruz. Processo de conhecimento e cognição, p.28.

⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG), v. 9, p. 89-100, 2006.

A Constituição é uma proposta teórico-normativa de sociedade política, posta pela racionalidade humana. Os conteúdos normativos da Constituição vinculam o agir dos órgãos institucionais do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) à implementação da linguagem jurídica, conforme o ordenamento jurídico-constitucional.

No Estado Democrático de Direito não há lugar privilegiado para a figura do soberano, pois o povo - único detentor do poder político - é quem estabelece, pelo processo constitucional, os objetivos teóricos a serem perquiridos pelos órgãos de soberania popular. Por fim, o devido processo legal, por meio dos princípios autocríticos do contraditório, da isonomia, e da ampla defesa é que torna possível a operacionalização da teoria processual mais compatível com os propósitos da constitucionalidade brasileira.

REFERÊNCIA

AGAMBEN, GIORGIO. O que é o contemporâneo? e outros ensaios. Chapeco: Argos, 2012.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, V.22, n.87, p.63-69, jul./set.1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

BÜLOW, Von Oskar. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2005.

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte:Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO. El pensamiento de Eduardo J. Couture y o Derecho Constitucional Procesal. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Mexico, v. 10, n. 30, p. 315-348, sept./dic. 1977.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. Princípios gerais do processo civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LEAL, Andre Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como teoria da lei democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. Relativização inconstitucional da coisa julgada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.) Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. O DueProcess e o Devir Processual Democrático. In: Carlos Henrique Soares; Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. (Org.). Direito Processual Civil Latino-Americano. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

- LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG), v. 9, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. *In*:CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MADEIRA, Denis Cruz. Processo de conhecimento e cognição. Curitiba: Juruá, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2011.
- POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, v.2.
- POPPER, Karl Raimund. Conhecimento objetivo. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- STREK, Lenio Luiz. Hermeneutica, Constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta.*In*:CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- STREK, Lenio Luiz. O que é isto - “**Decidir conforme a consciência**”? Protogênese do protagonismo judicial. *In* MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). Constituição e processo; entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.
- STREK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil.*In*:CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. *In*: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**: sociologia. Trad. Amelia Cohn e Gabriel Cohn. 4. ed. São Paulo: Ática, 1989. (série grandes cientistas sociais, v.13).
- ZANETTI JÚNIOR. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEGALIDADE E ARBÍTRIO NO DIREITO DEMOCRÁTICO¹

Ulisses Moura Dalle²

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar a afirmação de que a teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes, elaborada por Elio Fazzalari, seria incompatível com o Estado Democrático de Direito, por inviabilizar a criação do direito pelo juiz. Partindo da concepção procedimentalista habermasiana do direito, chega-se precisamente à conclusão oposta, pois compreende o Estado Democrático de Direito como o Estado da intersubjetividade, com rígida distinção entre os discursos de justificação e aplicação do direito.

Palavras chaves: Relação Jurídica. Processo. Procedimento. Modelo Constitucional do Processo. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This essay aims to investigate if the theory of the process as an adversarial procedure is incompatible with the Democratic State of Law because it doesn't allow the judge to create Law. Once the essay adopts the proceduralist theory of Law, it reaches the opposite conclusion.

Keywords: Legal Relationship. Process. Procedure. Constitutional Process Model. Democratic Rule of Law.

¹ Artigo produzido com o apoio do CNPQ.

² Mestre em processo penal pelo programa de pós-graduação em direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (CAPES 6). Bacharel em direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista do CNPQ. Advogado.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, setores da literatura jurídico-científica brasileira ainda vinculados à teoria do processo como relação jurídica, passaram a afirmar a incompatibilidade da teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade³, com o Estado Democrático de Direito, sob o argumento de que a referida teoria impediria que os magistrados criassem o direito⁴.

No desiderato de investigar a veracidade dessas informações, a presente pesquisa procedeu a uma revisitação da teoria do processo como relação jurídica, apontou as aporias que a literatura especializada lhe atribuem e, partindo do modelo procedimentalista habermasiano de Estado Democrático de Direito, concluiu pela inconsistência da crítica, na medida em que a característica principal do Estado Democrático de Direito é a distinção entre os discursos de justificação e aplicação, sendo, portanto, vedada a criação de direito pelo juiz.

Por fim, argumentou-se que a presença de princípios e cláusulas gerais do direito não representa um convite à discricionariedade judicial, haja vista que a atribuição de sentido normativo a uma regra ou princípio deverá acontecer discursivamente, em um processo jurisdicional estruturado segundo o Modelo Constitucional do Processo.

1 BREVE E INCOMPLETA REVISITAÇÃO ÀS TEORIAS DO PROCESSO

As primeiras teorias do processo na história do direito possuíam cunho eminentemente privatístico e preconizavam que o processo era “*um contrato entre os litigantes, que se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito*”⁵, conforme preconizado por Pothier, ou um quase contrato estabelecido entre autor e juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate, segundo lições de Savigny e Guényvau, 1850⁶. Nota-se, em ambas as teorias, grande influência da fase formular do direito romano, que só veio a ser parcialmente rompida em 1868, ano em que Oskar Von Bülow publicou, na Alemanha, a obra “*Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*”, verdadeiro marco da autonomia do processo em face do direito material⁷.

Bülow concebeu o processo como uma relação jurídica pública diversa da relação de direito material, na qual prepondera o papel do juiz, quando comparado com a função meramente colaborativa das partes. No entanto, a integralidade do pensamento de Bülow só pôde ser compreendida 17 anos depois, quando da publicação de *Gesetz und Richteramt* (Lei e magistratura), livro no qual expressamente defendeu a criação do direito pelo juiz⁸.

³ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 118-121.

⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 199-201.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos; p. 82.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos

⁷ CORDEIRO LEAL, André. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático; p. 81-83. LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos; p. 83.

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais; p. 100-101.

Assim, desde Bülow que a relação jurídico-processual está lastreada na figura do juiz, “*porta voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para criar direito mesmo contra legem*”⁹, tese que permitiu o surgimento da Escola do Direito Livre.

Como se não bastasse a influência que o autor exerceu sobre a Escola do Direito Livre¹⁰, tendente à implementação do protagonismo/solipsismo judicial e ao “*esvaziamento do papel técnico e institucional do processo*”¹¹, a teoria de Bülow também peca por estabelecer vínculos de subordinação entre os sujeitos processuais, com preponderância do papel do juiz, pois “*subordinação e subjugação são conceitos que se situam no quadro da relação jurídica*” Todavia, “*mesmo na situação de direito material (...) já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito*”¹².

André Del Negri ainda salienta que

além de produzir um vínculo de subordinação entre as partes, a Escola da Relação Jurídica não conseguiu fazer a distinção entre Processo e Procedimento, tornando-se ainda mais problemática pela amplitude com que é utilizada na doutrina processual brasileira¹³.

Realmente, ao afirmar que o procedimento é “*o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomênica perceptível*”¹⁴, a teoria relacionista lança mais sombras que luzes sobre referidos institutos jurídicos,

não só porque se esquece de que mesmo dentro do seu próprio quadro conceitual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito mas pouco sofisticado de procedimento¹⁵.

A despeito das inúmeras críticas que lhe são dirigidas, a teoria do processo como relação jurídica encontrou ampla aceitação na comunidade jurídica brasileira, principalmente quando, em meados da década de 40 do Século XX, o processualista italiano Enrico Tullio Liebman passou a lecionar na Escola de Direito do Largo do São Francisco, em São Paulo. Para dimensionar a receptividade dos processualistas brasileiros à referida teoria, basta dizer que

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta*; p. 9.

¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*; p. 78.

¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; p. 100.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*; p. 83-85.

¹³ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*; p. 96.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*; p. 277.

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional*; p. 162.

o Código de Processo Civil de 1973 - cuja autoria do anteprojeto pertence a Alfredo Buzaid, ex-aluno de Liebman -, foi estruturado e redigido com fundamento em seus preceitos¹⁶.

À relação jurídica processual veio somar-se - no ano de 1987, com a 1ª edição do livro “*A instrumentalidade do processo*”, de Cândido Rangel Dinamarco -, a atribuição de escopos metajurídicos (sociais e políticos) à jurisdição¹⁷.

Há em Dinamarco um evidente esforço para desvincular-se da Escola do Direito Livre, levando-o a afirmar que

a liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escola axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da escola do direito livre. Não seria correto imputar esse exagero ao pensamento instrumentalista¹⁸.

Todavia, o fato de Dinamarco negar que os órgãos jurisdicionais estatais possam criar o direito não afasta a ampla carga de subjetivismo e discricionariedade que o instrumentalismo concede ao juiz, sujeito processual encarregado de dizer, no caso concreto, quais são os escopos jurídicos, sociais e políticos que a jurisdição deve tutelar. Configura-se, assim, verdadeiro

simulacro da realização (administração-ministração) de uma justiça plena, cuja teleologia (escopo) só é inteligível para aquele que exerce a ‘função jurisdicional’ como um dos membros natos da sociedade ex-ante dos ‘civis’ com a denominação reificada de ‘Estado-juiz’.¹⁹

No mesmo sentido a argumentação de Aroldo Plínio Gonçalves, que somente admite falar em escopos metajurídicos como escopos pré-jurídicos, arguíveis apenas “*no momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pela norma*”, concluindo que, nas ciências jurídicas, “*já não se pode mais cindir o ordenamento da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma.*”²⁰

A hegemonia da teoria relacionista no Brasil também foi constatada por Lenio Luiz Streck, que em trabalho recente evidenciou que

essa dependência (do direito e do processo) em relação ao juiz atravessou o século XX, v.g. na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, pelos quais é permitido ao juiz realizar determinações jurídicas mesmo que não contidas no direito

¹⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito; p. 88.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo; p. 177-207.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo; p. 379.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática; p. 285.

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 157-165.

legislado. Com isso, o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo.²¹

Se por um lado a teoria do processo como relação jurídica, em seu viés instrumentalista, recebeu duras críticas por centrar-se na figura do magistrado, por outro não é menos verdade que há quem não a adote pelo seu extremo oposto, ressaltando a inconveniência de uma teoria que não permita ao juiz criar o direito aplicável ao caso concreto. Com efeito, após render loas aos escopos metajurídicos da jurisdição, Hermes Zaneti Júnior apregoa que “*infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo com que Dinamarco defende a utilização da técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais, afasta completamente a atividade criativa do juiz.*”²² Sobre essas últimas ideias, pode-se adiantar, junto com Streck, que a discricionariedade judicial é antitética ao Estado Democrático de Direito.²³

Independente do tom das objeções feitas à teoria do processo como relação jurídica, tanto em seu viés bulowiano quanto na sua roupagem instrumentalista, o fato é que seus preceitos não resistiram às incessantes refutações da crítica científica²⁴, em especial aquelas feitas por Elio Fazzalari, renomado processualista italiano que, “*abandonando a ideia secular de relação jurídica contida no processo*”²⁵, concebeu o processo como espécie de procedimento em contraditório, lançando os alicerces para a construção de uma teoria do processo estruturado em bases democráticas.

1.1 A teoria estruturalista do processo

O ponto fulcral da teoria de Elio Fazzalari é a rejeição da ideia de relação jurídica – verdadeiro ‘clichê pandectístico’²⁶ -, como cerne do processo, levando-o afirmar que

o clichê da relação jurídica, que foi útil, ao seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em uma estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que aquela relação processual é relação jurídica complexa é pura convenção de lin-

²¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decido conforme a consciência?” Protogênese do protagonismo judicial; p. 219.

²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 138.

²³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”; p. 16.

²⁴ De acordo com Karl Raimund Popper, a força de uma teoria se revela no confronto com as demais teorias. Assim, a melhor teoria “*será não apenas a que já foi submetida a severíssimas provas, mas também a que é suscetível de ser submetida a provas da maneira mais rigorosa. Uma teoria é um instrumento que submetemos a prova pela aplicação e que julgamos, quanto à capacidade, pelos resultados das aplicações* (POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. p. 116).” E, tendo em vista essa ordem de ideias, é justamente no embate com as teorias que lhe sucederam - em especial, as teorias estruturalista, constitucionalista e neoinstitucionalista do processo -, que se revela toda a fragilidade da teoria do processo como relação jurídica (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. p. 82-96).

²⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito. p. 90.

²⁶ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 111.

guagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção) e, como esquema estático, não pode representar-lhe a dinâmica.²⁷

Do abandono da categoria relação jurídica decorre a exata distinção de processo e procedimento, sendo que este último deixa de ser compreendido como manifestação fenomênica daquele, para adquirir o status de gênero do qual o processo é espécie. Com efeito, em Fazzalari o procedimento é concebido como uma estrutura normativa que disciplina atos e posições subjetivas dos sujeitos processuais, com vistas à formação do provimento (ato final da cadeia procedimental), ganhando, assim, contornos autônomos em relação ao processo. Importante sublinhar com traço forte que, nessa estrutura normativa, o ato antecedente é pressuposto do subsequente e assim sucessivamente, até o provimento final. Pode-se, portanto, e de maneira sintética, afirmar que o procedimento é a atividade preparatória do provimento ou, segundo o autor, “*uma sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluídos o ato final para cuja formação eles conspiram.*”²⁸

De modo a tornar mais claro seu argumento, Fazzalari explica que

a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.” E conclui: “cada um dos atos do quibus é ligado ao outro, à guisa de ser a consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue.”²⁹

Essa constante preocupação de Fazzalari com a estrutura normativa do procedimento fez com que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias perspicazmente denominasse a teoria do processualista italiano de *‘teoria estruturalista do processo’*³⁰. E, conforme já explicitado, na teoria estruturalista o processo é uma espécie do gênero procedimento, ao qual é agregado o contraditório, exercido em situação de simétrica paridade entre as partes, sendo necessário, para a configuração do processo, e não apenas de mero procedimento, “*alguma coisa a mais e diversa, uma coisa (que) os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.*”³¹ Sobre tal estrutura, Fazzalari afirma que ela

consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento), de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de

²⁷ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 140.

²⁸ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 81.

²⁹ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 114.

³⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito; p. 91.

³¹ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 119.

reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.³²

Note-se, por oportuno, que é justamente a inserção da ideia de contraditório na estrutura do processo que impede a sua concepção como relação jurídica, conforme os sempre lúcidos ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves:

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível como o conceito de processo como relação jurídica. (...) O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.³³

Nessa toada, afigura-se corretíssima a afirmação de Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, no sentido de que a relação existente no processo é uma relação entre normas regentes dos atos do procedimento que desembocarão no provimento final; jamais uma relação entre os sujeitos processuais.³⁴

Verifica-se, a partir de Fazzalari, efetivos ganhos em democraticidade processual, na medida em que se instaura a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais pela atuação em contraditório das partes. Via contraditório, exercido em condições de simétrica paridade, os atos do juiz *“passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles.”* Esse controle se dará sempre pela eleição de *“remédio legal adequado à natureza do ato”*, mediante *“pedido de pronunciamento do próprio Poder Judiciário, chamado a intervir para proteção dos direitos processuais.”*³⁵

Desde esse ponto de vista, a decisão do juiz

deixa de ser vinculada aos seus valores axiologizantes, nos moldes propostos pela teoria instrumentalista do processo, e passa a ser vinculada ao princípio da legalidade, segundo as provas construídas nos autos, a partir das quais o magistrado proferirá sua decisão, considerando-as e fundamentando sua sentença sobre elas.³⁶

³² FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 119.

³³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 113.

³⁴ ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática; p. 202.

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 104.

³⁶ ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática; p. 202.

Surge então, com Fazzalari, uma inédita e salutar vinculação da jurisdição ao princípio da legalidade³⁷, de modo a se negar que o juiz tenha poderes na condução do processo. Com efeito, Fazzalari concebe um juiz dotado apenas de deveres, em especial o dever de observância ao ordenamento jurídico. Por essa razão, ao referir-se aos atos dos juízes e de seus auxiliares, Fazzalari afirma que “*eles são sempre qualificados pelas normas que lhes disciplinam, como atos ‘de dever’: constituem, portanto, do ponto de vista das posições subjetivas, outros tantos ‘deveres’ daqueles órgãos públicos.*”³⁸ Portanto, em Fazzalari o juiz não é detentor de qualquer poder – apenas de deveres -, quanto mais do poder de criar o direito no caso concreto.

Destarte, é correto afirmar que a estrutura procedimental em contraditório preconizada por Fazzalari já corresponde a um modelo de democracia compreendida como “*dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário.*”³⁹

É que em uma democracia na qual o acesso a cargos públicos de juiz se dá pela aprovação em concurso público, onde o juiz, portanto, não é um membro do povo eleito por seus pares, não lhe é dado brincar de pretor romano, no sentido de que “*a constituição moderna de uma democracia em um Estado de Direito não permite mais nenhum direito (e.g. judicial) que se desliga das diretivas das leis democraticamente promulgadas (e.g. como o ‘direito jurisprudencial’ livremente criado); ela significa, portanto, que o juiz no Estado Democrático de Direito não pode se comportar como um pretor romano.*”⁴⁰

Não obstante a força desses argumentos, Hermes Zaneti Júnior considera que a teoria de Fazzalari é inadequada ao Estado Democrático de Direito, porque ‘*cerra as portas*’ para a criação do direito pelo juiz. Sob essa ordem de ideias, a obra de Fazzalari constituiria “*uma barreira intransponível para a consecução da finalidade de abertura democrática do processo.*”⁴¹ Zaneti Júnior chega a essa conclusão porque parte de premissas equivocadas, dentre as quais se destacam (I) a ideia de que no Estado Democrático de Direito o Judiciário é o ‘*motor da democracia*’⁴² e (II) a crença nos princípios e cláusulas gerais como autorizações para que o juiz possa criar o direito aplicável ao caso concreto.⁴³

³⁷ Legalidade no sentido que lhe é atribuído por Ronaldo Brêtas: vinculação ao ordenamento jurídico, e não apenas ao texto da lei, sem olvidar o princípio da supremacia da Constituição. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 121-127.

³⁸ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 497.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia; p. 60.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia; p. 60.

⁴¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 200.

⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 46.

⁴³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 56.

2 O QUE É ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO?

No Estado de direito liberal, a política representa o meio de campo entre os interesses privados e os coletivos. Ela leva os interesses privados ao governo que, por sua vez, visa atingir os objetivos coletivos. A política é, portanto, um elo entre a sociedade e o Estado. Em referido modelo, a formação democrática da opinião e da vontade, via representantes eleitos, *legitima* o exercício do poder político.⁴⁴

Já no republicanismo ou comunitarismo (Estado social), a política é *o logus* de utilização conjunta da razão na busca de uma ordem concreta de valores aptas a reger a vida comunitária. Assim, o exercício das liberdades democráticas pressupõe uma comunidade ética concreta e firmemente integrada, com ideais de vida boa idênticos ou muito semelhantes. De maneira diversa em relação ao liberalismo, a formação democrática e participada da opinião e da vontade *constitui* – e não mais legitima –, o exercício do poder político⁴⁵.

No modelo procedimentalista de Estado de Direito Democrático⁴⁶, por seu turno, a instituição de pressupostos e procedimentos argumentativos de formação da vontade e da opinião *racionaliza* discursivamente as decisões do poder político. Note-se que para a racionalização das decisões não é necessário a efetiva participação cidadã; basta a institucionalização de pressuposto e procedimentos que permitam a formação discursiva da opinião e da vontade. A racionalização, sob esse aspecto, é um meio termo entre a legitimação (liberalismo) e a constituição (republicanismo) da vontade e da opinião.⁴⁷ Portanto, o modelo procedimentalista de Estado de Direito Democrático

reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as encontradas no modelo liberal, ou seja, busca superar seu ceticismo, mas mais fracas que as encontradas no modelo republicano, ou seja, procura ultrapassar a sua excessiva eticidade, o seu excessivo particularismo culturalista.⁴⁸

Por via de procedimentos discursivos institucionalizados o cidadão passa a ter capacidade de influenciar nos processos decisórios, e só assim pode ser considerado, simultaneamente, autor e destinatário das decisões estatais.⁴⁹ Sobreleva, nesse ponto, a importância do sujeito constitucional para o Estado de Direito Democrático. De acordo com André Del Negri, o sujeito constitucional “*não é senão a soma das reivindicações empregadas dialeticamente*

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁶ Sobre a inversão da ordem dos termos da expressão, de Estado Democrático de Direito pra Estado de Direito Democrático, colacionamos os ensinamentos de André Del Negri, para quem “*a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado. Quando falamos, na contemporaneidade, em Estado, queremos saber se esse Estado é regido por um Direito social, liberal ou por um Direito democrático, pois, de maneira indubitável, há uma acentuada diferença.*” (Teoria da Constituição e do Direito Constitucional. p. 73).

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional; p. 256.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. P. 190-210.

numa relação com o outro em sociedade, pois a expressão não pode se afastar do constitucionalismo". No desiderato de ressaltar a condição de cidadão-intérprete/ coautor-legitimado do sujeito constitucional, Del Negri prossegue afirmando que o sujeito constitucional "*só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório.*"⁵⁰

Depreende-se, portanto, que o Estado de Direito Democrático é o Estado da intersubjetividade⁵¹, no qual, via procedimentos institucionalizados, o cidadão possui a faculdade de participar, de maneira efetiva, na construção dos provimentos estatais (legislativos, jurisdicionais e administrativos). Destarte, Rosemiro Pereira Leal afirma que a cidadania não se limita a um ocasional exercício do direito de voto e exsurge ressemantizada como "*um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade a que se filiou.*"⁵² Desta forma, pode-se concluir, junto com Del Negri, que a cidadania é o fundamento primeiro da democracia, haja vista que

o Povo deve ser visto como instância global de legitimidade democrática, já que pela sua participação tudo é criado ou destituído a qualquer momento através do exercício da cidadania, que por sua vez, gera decisões soberanas⁵³

Fortes nessas razões, não podemos concordar com Hermes Zaneti Júnior quando afirma que o Judiciário é o '*motor da democracia*'. Realmente, ao se dar continuidade ao linguajar metafórico-automotivo de Zaneti Júnior, infere-se que, se o Judiciário é o motor, a democracia só pode ser um ônibus lotado de passageiros incapazes de determinar o trajeto a ser percorrido pelo condutor-juiz.

Ora, no Estado de Direito Democrático o sujeito constitucional é motor, força motriz das engrenagens e condutor de seu próprio itinerário, e não pode ser comparado ao bucólico passageiro que calmamente lê os jornais enquanto não alcança seu destino.

2.1 Processo jurisdicional e Estado de Direito Democrático

Conforme mencionado acima, no Estado de Direito Democrático a cidadania não se resume ao exercício periódico do direito de voto. Essa concepção ampliada de cidadania também era compartilhada por José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem "*a cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo.*"⁵⁴

⁵⁰ DEL NEGRI, André. Processo constitucional e decisão interna corporis; p. 30.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; p. 65

⁵² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*; p. 151.

⁵³ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*; p. 53.

⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*; p. 122.

Nessa perspectiva,

o sujeito constitucional (cidadãos-intérpretes/coautores legitimados) pode reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional (...). Logo, o sujeito constitucional precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa onde ele seja protagonista do seu destino.⁵⁵

A simbiose entre Cidadania, Processo Constitucional e Estado de Direito Democrático também foi notada com argúcia por Humberto Theodoro Júnior na afirmativa de que a tragédia das duas guerras mundiais

viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca antes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.⁵⁶

Desde esse ponto de vista, o processo constitucional, entendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais⁵⁷, apresenta-se sob a forma de verdadeiro modelo constitucional do processo⁵⁸, consubstanciado pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, princípios que configuram uma base principiológica uníssona⁵⁹ na qual o contraditório, em sua correlação com a fundamentação das decisões, constitui o centro em torno do qual gravitam os demais princípios.

Com efeito, há mais de uma década André Cordeiro Leal adverte sobre o necessário entrelaçamento dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões e aponta para a necessidade das decisões serem construídas

compartilhadamente mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade.⁶⁰

Sobre a aptidão do modelo constitucional do processo para reduzir a discricionariedade e o arbítrio judicial, Ronaldo Brêtas argumenta que

a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais ou em critérios salomônicos ou sentimentos vagos de

⁵⁵ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*; p. 30

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*; p. 236

⁵⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*; p. 14.

⁵⁸ ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*; p. 64-65.

⁵⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*; p. 334.

⁶⁰ CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*; p. 107.

justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditoras, que suportarão seus efeitos.⁶¹

É que o direito democrático só pode ser criado pela via do Processo Legislativo, e não pela sensibilidade do julgador. Como observa Del Negri, no Estado de Direito Democrático

o Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo teórico-discursivo atual (Direito Democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.⁶²

Rosemiro Pereira Leal observa que se a criação do direito é o resultado da soberania popular, sendo atividade exclusiva dos representantes eleitos do Povo, via processo legislativo, decorre logicamente que ao juiz cabe apenas cumprir e fazer cumprir o ordenamento jurídico, e conclui:

não há mais, com efeito, lugar para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional (judicacional), já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do processo que lhe impõe o dever de prestar a tutela legal, sem qualquer margem de arbítrio ou discricionariedade.⁶³

Negar essa realidade é confundir o discurso de fundamentação ou justificação com o discurso de aplicação, resultantes da co-originalidade verificável entre o direito e a moral.⁶⁴

O discurso de fundamentação ou justificação, levado a cabo pelo legislador no processo de criação do direito, caracteriza-se pela abertura a argumentos pragmáticos e ético-políticos. Os argumentos pragmáticos

ligam-se à definição de meios necessários/adequados à realização de preferências ou objetivos da comunidade. (...) Já os argumentos ético-políticos envolvem debates sobre os ideais que pautam os projetos comuns de vida dessa comunidade, fixando os valores que a mesma realmente deseja para sua constituição.⁶⁵

Note-se, portanto, que o discurso de fundamentação corresponde ao momento no qual os valores morais e os fins sociais de uma dada comunidade são cristalizados sob a forma de preceitos jurídicos.

⁶¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*; p. 134-135.

⁶² DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*; p. 118.

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*; p. 24.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*; v. I. p. 139/168.

⁶⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*; p. 219-220.

Todavia, deixa de haver espaço para a utilização desses argumentos pragmáticos e ético-políticos quando da aplicação concreta dos preceitos jurídicos previamente positivados pelo processo legislativo (discurso de aplicação). Dessa forma, no âmbito de aplicação do direito Habermas concebe “*um discurso jurídico autônomo, próprio, não subordinado à argumentação moral*” e, como tal, infenso à discricionariedade. Álvaro Ricardo de Souza Cruz argumenta que “*dessa forma o discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial (...) por meio de um mecanismo de depuração: o processo (jurisdicional).*” E conclui: “*Habermas defende a tese de que a jurisdição exerce uma função distinta daquela exercida pelo legislador! Logo, ela não pode ser entendida como um legislador concorrente ou um Poder Constituinte Originário anômalo.*”⁶⁶ É dizer, em outras palavras, que ao juiz não cabe criar o direito!

Com invejável poder de síntese, José Emílio Medauar Ommati assim se manifestou acerca dos discursos de fundamentação/justificação e aplicação:

se o discurso de justificação é aquele em que será produzido democraticamente, através das discussões legislativas, logo será no espaço legislativo que o povo, através de seus representantes, ou diretamente, deverá escolher quais valores se transformarão em normas. Uma vez que esses valores foram escolhidos no espaço legislativo, cabe ao Judiciário fazer valer o código binário do Direito (...). É dizer: o Judiciário não pode mais fazer escolhas valorativas sobre o que é melhor ou pior para a sociedade, devendo dizer o que o Direito manda fazer naquela situação.⁶⁷

Assim, partindo-se de uma apropriação conjunta do procedimentalismo habermasiano e da teoria estruturalista do processo e, ainda, concebendo o princípio do contraditório - em sua correlação lógica com a fundamentação das decisões -, como garantia de influência no ato decisório final, vedada a prolação de decisão-surpresa⁶⁸, chega-se a uma estrutura procedimental na qual não há espaço para a discricionariedade judicial e, muito menos, para a criação do direito aplicável ao caso concreto.

3 A QUESTÃO DOS PRINCÍPIOS E DAS CLÁUSULAS GERAIS DO DIREITO

Inicialmente, cumpre frisar com traço forte que não se quer, aqui, negar a força normativa dos princípios⁶⁹ pois, conforme ressalta Paulo Bonavides,

não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas,

⁶⁶ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*; p. 216-231.

⁶⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*; p. 167.

⁶⁸ Sobre as características da influência e não-surpresa, Dierle José Coelho Nunes observa que “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.” (*Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. p. 229).

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*; p. 82-104.

mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.⁷⁰

Deseja-se apenas alertar que a generalidade e abstração inerente aos princípios e cláusulas gerais não correspondem a um salvo conduto para que o juiz crie o direito a seu bel prazer. Tal afirmativa parece de extrema pertinência em um contexto jurídico no qual, “*sob o álibi da abertura interpretativa proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a ‘criatividade, a ponto de soçobrar o próprio texto constitucional.’*”⁷¹

Referido fenômeno, que Streck denominou de panprincipiologismo, também foi notado por José Emílio Medauar Ommati, que afirma: “*vemos no Brasil um novo modismo: quando o intérprete quer dar maior força normativa a um texto jurídico, afirma-se estar em face a um princípio. Vivemos, então, uma ‘inflação’ de princípios*”⁷²

Com efeito, deve-se lembrar que, na perspectiva de entrelaçamento da teoria procedimentalista do direito (Habermas) com a teoria estruturalista do processo (Fazzalari), a atribuição de sentido normativo aos princípios e cláusulas gerais do direito ocorrerá discursivamente, no seio de um procedimento em contraditório que garanta às partes simétrica paridade de armas para influir na decisão final, e desde que observado o modelo constitucional do processo. Isso porque, conforme anteriormente visto,

a utilização dos princípios no processo de aplicação do direito só é possível porque eles foram inseridos como critérios de decisão, a partir do processo democrático de formação da legislação. Ao se transformarem em jurídicos, esses critérios adquirem um caráter deontológico.(...) Portanto Habermas não aceita que surjam ‘novos’ princípios extraídos unicamente da necessidade de um processo de aplicação.⁷³

No processo jurisdicional democrático não há, portanto, espaço para subjetivismos, preferências pessoais ou criacionismos do julgador. Assim, o sentido de uma norma sempre decorrerá da argumentação das partes, refletida no ato decisório final, e não da vontade ou especial senso de justiça do magistrado.

4 CONCLUSÕES

A teoria do processo como relação jurídica não resistiu ao confronto sério e sistemático com outras teorias científicas, a uma porque foi incapaz de distinguir a contento o processo do procedimento, a duas porque pressupõe a existência de vínculos de subordinação entre os sujeitos processuais, e a três por ser incapaz de explicar as particularidades dos discursos de justificação e aplicação do direito.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 288.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. p. 6.

⁷² OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. p. 156.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Constitucionalismo e democracia – breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*. p. 117.

Nesse contexto, a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, surgiu como hígado contraponto à teoria da relação jurídica e, atrelada à concepção procedimentalista habermasiana do Direito, faz do Processo Constitucional (Modelo Constitucional do Processo) o eixo teórico-discursivo mais apropriado à construção do Estado de Direito Democrático, compreendido como o Estado da intersubjetividade, na medida em que cerra as portas à discricionariedade judicial.

Por fim, viu-se que, sob a égide do Estado de Direito Democrático, a existência de princípios e cláusulas gerais do Direito não corresponde a uma autorização para que o juiz crie o direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997;

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997;

ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática**. Curitiba: Juruá, 2009;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008;

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09 - 2ª Ed.** - Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional do processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional - 22ª Ed** - São Paulo: Malheiros, 2008;

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito - 2ª Ed** - Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.3, ns. 5 e 6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000;

DALLE, U. M. Legalidade e arbítrio no Direito Democrático

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo - 17ª Ed** - São Paulo: Malheiros, 2001;

CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática** - 2ª Ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2008;

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009;

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão *interna corporis***. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo** - 14ª Ed. - São Paulo: Malheiros, 2009;

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif - 1ª Ed. - Campinas: Bookseller, 2006;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo** - 2ª Ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da escola do legislativo**. Belo Horizonte, v.3. p. 107-121, Jan./jun, 1995;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I e II Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010;

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997;

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002;

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292;

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos** - 11ª Ed - Rio de Janeiro: Forense, 2012;

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** Tradução de Peter Naumann - 3ª Ed. - São Paulo: Max Limonad, 2003;

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2012;

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição** - 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013;

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mata - 9ª Ed. - São Paulo: Cultrix, 2001;

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia – breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115-137;

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27;

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250;

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 4ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo no Brasil. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263;

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

O trabalhos a serem publicados pela *Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.

Todas as comunicações entre a Revista de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas e os candidatos serão realizadas via e-mail, por suas diretorias: professor Alvaro Augusto Fernandes da Cruz, Coordenador do Curso de Direito da FASASETE pelo e-mail alvaro@fasa.edu.br e professor Sílvio de Sá Batista, Coordenador da Revista Científica pelo e-mail silvio.desa@yahoo.com.br. Os trabalhos deverão ser enviados como arquivo anexo, em formato Word.

Desde a submissão do artigo científico para publicação na Revista de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas o autor renuncia ao pagamento de direitos autorais, tendo em vista que este periódico não possui fins lucrativos.

A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.

O trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 300 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.

O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências.

A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;

Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.

O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;

No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;

As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900

CAMPUS FASASETE

Rua Atenas, 237, Jardim Europa
Sete Lagoas - MG
(31) 3771-8178



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
UNIDADE SETE LAGOAS