

ISSN 1516-8964

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM v. 11 2012

**Construção do Saber Jurídico
Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica**



UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília

Marília / 2012

ISSN 1516-8964

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM

EM TEMPO	Marília	v.11	P. 1-302	2012
----------	---------	------	----------	------

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM

Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”

Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor

Prof. Lafayette Pozzoli
Pró-Reitor de Pós-Graduação,
Pesquisa e Extensão.

Coordenador do Mestrado em Direito e do Centro de Educação Continuada (CEC) do UNIVEM

Prof. Edinilson Donisete Machado
Coordenador do Curso de
Direito do UNIVEM

Conselho Editorial
Prof. Dr. Adauto de Almeida
Tomaszewski (UEL-PR)

Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota
de Souza (UNIB-SP)

Prof. Dr. Edinilson Donisete
Machado (UNIVEM-SP)

Prof. Dr. Fernando Borges Correia
de Araújo (FDUL - Lisboa)

Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FUNDINOPI-PR)

Prof. Dr. Jairo José Gênova (UNIVEM - SP)

Prof. Dr. José Geraldo Alberto Bertoncini
Poker (UNESP - Marília - SP)

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (UNIVEM - SP)

Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé
(UNIVEM - SP)

Prof. Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM - SP)

Prof. Dr. Renato Bernardi (UNIVEM - SP)

Prof. Dr. Miguel Teixeira de
Souza (FDUL - Lisboa)

Prof.ª Dra. Norma Sueli
Padilha (UNISANTOS - SP)

Prof. Dr. Olney Queiroz Assis (DAMÁSIO - SP)

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira (FGV - SP)

Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior
(UNIVEM / UNICAMP - SP)

Prof. Dr. Pedro Romano
Martinez (FDUL - Lisboa)

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora
Alarcón (ITE / PUC - SP)

Prof.ª Dra. Samyra Haydêe Dal Farra
Napolini Sanches (UNINOVE - SP)

Prof. Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU)

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges (UFU)

Prof. Dr. João Marcelo de Lima
Assafim (UCAM)

Supervisão Editorial

Prof. Luis Henrique Barbante Franzé

Editoria Científica: Prof.ª Vivianne Rigoldi

Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão

Prof. Fábio Dacêncio Pereira
Fernando Henrique Mulato

Jornalista Responsável

Ivan Evangelista Júnior (MTb 43686/SP)

Revisão Bibliográfica

Sônia Regina Machado (CRB. 8º/6078)

Revisão Ortográfica: Paula Renata Bertho

Revisão Metodológica: Bruna Pinoti Garcia

Capa: Vanessa Colevati

Projeto Gráfico: Bahiji Haje

Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM Mantenedora: Fundação de “Ensino Eurípedes Soares da Rocha” (Entidade espírita sem fins lucrativos)

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor

Prof.ª Raquel C. Ferraroni Sanches

Pró-Reitora de Graduação

Prof.ª Marlene de Fátima Campos Souza

Pró-Reitora Administrativa e
Coordenadora do Curso de Ciências
Contábeis.

Prof. Lafayette Pozzoli

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa
e Extensão; Coordenador do Mestrado
em Direito e do Centro de Educação
Continuada (CEC) do UNIVEM

Prof. Edinilson Donisete Machado

Coordenador do Curso de Direito

Prof. José Luiz Yanaguizawa

Coordenador do Curso de Administração

Prof. Eduardo Rino

Coordenador do Instituto Superior de
Tecnologia (IST)

Prof. Elvis Fusco

Coordenador dos Cursos de Ciência da
Computação e de Sistemas de Informação

Prof.ª Vânia Érica Herrera

Coordenadora do Curso de Engenharia
de Produção

Prof. Fábio Dacêncio Pereira

Responsável pelo Núcleo de Apoio à
Pesquisa e Extensão (NAPEX)

Joviro Gati Magnani

Secretário Geral

Ivan Evangelista Júnior

Chefe de Gabinete e Gerente de
Marketing

Sônia Regina Machado

Bibliotecária

Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha

DIRETORIA EXECUTIVA

(2010/2012)

Presidente: Amauri Rosa

Vice-Presidente: Luiz Carlos de
Macedo Soares

1º Secretário: Terêncio Bertolini

2º Secretário: Luiz F. Castelo Rosa

1º Tesoureiro: Fernando Terciotti

2º Tesoureiro: Hildebrando
Tenório Gomes

1º Procurador: Massateru Arashiro

2º Procurador: Arnaldo Mas Rosa

CONSELHO DE CURADORES

Titulares

Antônio Braojos Dantas
Edgard Pinheiro de Oliveira
Arlindo Ferreira Júnior

Suplentes

Sérgio Gomide
José Messas Messas
Luiz Carlos Laraya

CONSELHO FISCAL

Titulares

Willian Eleazar Nemer
Nelson Cezário da Mota
Antônio Beiro

Suplentes

Kenji Shimbo
Vicente Armentano Júnior
Alberto de Oliveira e Silva

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529 .

Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901.

Tel: (14) 2105-0800. Marília – SP

Home page: www.univem.edu.br

E-mail: emtempo@univem.edu.br

Permuta:

Acete-se permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior.

Citação da fonte: Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com
citação expressa da fonte.

Responsabilidade: Os trabalhos expressam conceitos da responsabilidade de seus
autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista EM TEMPO.

Revista impressa em julho de 2012.

EM TEMPO / Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Revista da área de Direito do UNIVEM

-v.11, n.11 (2012)-. Marília: Centro Universitário Eurípedes de
Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da
Rocha”, 2012.

Anual
ISSN 1516-8964

1. Construção do Saber Jurídico. Crítica aos fundamentos da
Dogmática Jurídica. I. Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM

Sumário

Apresentação	7
--------------------	---

PARTE I – CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO

A EDUCAÇÃO ESPECIAL E INCLUSIVA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA <i>Alenilton da Silva Cardoso</i>	11
DIREITO INTERNACIONAL FRAGMENTADO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS REPERCUSSÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS <i>Henrique Weil Afonso</i> <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	27
CONVERSÃO DO DIREITO POSITIVO AO DIREITO SUBJETIVO MODERNO <i>Fabio Marques Ferreira Santos</i>	40
O DIREITO BÁSICO QUE TODOS POSSUEM EM CONVIVER COM A DIFERENÇA: O PROCESSO INCLUSIVO DAS CRIANÇAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS <i>Cristina Maria Nascimento Gomes</i>	52
A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO APLICADA AO REGIME URÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 <i>Mário Lúcio Garcez Calil</i>	70
DIREITO ALTERNATIVO, DIREITO VIVO, DIREITO ACHADO NA RUA E PLURALISMO JURÍDICO: UMA CONJUGAÇÃO PARA O ENSINO LIBERTÁRIO <i>Esdras Oliveira Ramos</i>	88
JUSTIÇA SOCIAL NO ESTILO ÉTICO E ESTÉTICO <i>Maurício Salvadori Carvalho de Oliveira</i>	106
A ESTRUTURA SISTÊMICA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO DE DECISÃO JURÍDICA E JUSTA <i>Carolina Souza Torres Blanco</i>	124

Parte II – CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA

REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA <i>Felipe Moutinho Cordeiro</i>	152
ECA: A PREVENÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS JUNTO À ESCOLA <i>Melissa Zani Gimenez</i>	179
O NOVO DIREITO AO NOME CIVIL <i>Rainner Jerônimo Roweder</i>	192
REFLEXÕES ACERCA DA PSICOGRAFIA COMO PROVA JUDICIAL <i>Michele Ribeiro de Melo</i>	209
O MANDADO DE INJUNÇÃO E A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DOS MILITARES: A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER <i>Janiselho das Neves Souza</i>	229
O DIREITO PENAL, CAPITALISMO E ESTADO: REFLEXÕES CRÍTICAS <i>Josué Justino do Rio</i>	249
A MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA DA PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL <i>Carla Baggio Laperuta Fróes</i> <i>Sarah Caroline de Deus Pereira</i> <i>Cássia Cristina Hakamada Reinas</i>	267
PARTE III – DISCURSOS	
Discurso do Reitor do Univem na Semana Jurídica e entrega do título de Professor Honoris Causa ao Ministro do STF José Antônio Dias Toffoli	286
Discurso do Professor Mário Coraíni Júnior no recebimento do título de Professor Emérito do UNIVEM	290
Normas para Publicação e Disposições Gerais	295
Chamada para publicação de artigos EM TEMPO v.12/2013	300

Summary

PART I

SPECIAL AND INCLUSIVE EDUCATION IN PROSPECTS FOR HUMAN DIGNITY <i>Alenilton da Silva Cardoso</i>	11
FRAGMENTED INTERNATIONAL LAW AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SOME OUTCOMES TO THE DEVELOPMENT OF THE STATES <i>Henrique Weil Afonso</i> <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	27
THE CONVERTING OF POSITIVE RIGHT INTO THE MODERN SUBJECTIVE RIGHT <i>Fabio Marques Ferreira Santos</i>	40
THE BASIC RIGHT THAT EVERYONE HAS OF LIVING WITH THE DIFFERENCE: THE INCLUSIVE PROCESS OF CHILDREN WITH DISABILITIES <i>Cristina Maria Nascimento Gomes</i>	52
THE THEORY OF FACTUAL SUPPORT APPLIED TO THE LEGAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988 <i>Mário Lúcio Garcez Calil</i>	70
FREE LAW DOCTRINE, LIVING LAW, THE LAW FOUND ON THE STREET, AND JUDICIAL PLURALISM: A CONJUGATION FOR A LIBERTARIAN TEACHING <i>Esdra Oliveira Ramos</i>	88
SOCIAL JUSTICE IN THE ETHICAL AND AESTHETIC STYLE <i>Mauricio Salvadori Carvalho de Oliveira</i>	106
THE OPENED SYSTEMIC STRUCTURE OF THE CONSTITUTION AS A BENCHMARK FOR A LEGAL AND FAIR JUDICIAL DECISION <i>Carolina Souza Torres Blanco</i>	124

Part II

DEFAULT JUDGMENT AS AN EFFECT OF CONTUMACY <i>Felipe Moutinho Cordeiro</i>	152
---	-----

CHILDREN AND TEENAGERS' STATUTE: PREVENTING ACTS INFRACIONAIS NEXT TO SCHOOL <i>Melissa Zani Gimenez</i>	179
THE NEW RIGHT TO A CIVIL NAME <i>Rainner Jerônimo Roweder</i>	192
REFLECTIONS ON PSYCHOGRAPHICS AS A JUDICIAL PROOF <i>Michele Ribeiro de Melo</i>	209
WRITS OF INJUNCTION AND LIMITATION OF MILITARY WORKING DAY: THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO LEISURE <i>Janiselho das Neves Souza</i>	229
CRIMINAL LAW, CAPITALISM AND STATE: CRITICAL REFLECTIONS <i>Josué Justino do Rio</i>	249
THE PRINCIPLED MATRIX OF THE PROOF AS A FUNDAMENTAL RIGHT <i>Carla Baggio Laperuta Fróes</i> <i>Sarah Caroline de Deus Pereira</i> <i>Cássia Cristina Hakamada Reinas</i>	267

Apresentação

A Revista EM TEMPO, que trabalha o princípio da interdisciplinaridade, é um periódico do Curso de Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto e Lato Sensu* em Direito do UNIVEM. Busca sempre uma melhor posição no Qualis Periódico CAPES e, por isto, segue os critérios estabelecidos pela área. É aberta à publicação de artigos da área de conhecimento do Direito, com atenção e cuidado especial com as linhas de pesquisa do Programa de Mestrado do UNIVEM: Construção do Saber Jurídico e Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

As regras de avaliação estabelecida pela área para o triênio 2010-2012 foram contempladas na revista. No mesmo sentido a revista mantém sua periodicidade anual, com esforço constante para subir de estrato no sistema Qualis Periódicos.

Uma preocupação quanto aos artigos e respectivo manuseio operacional com os mesmos é o fato de que, recebendo artigos escritos por autores também de outras instituições, adota como prática a obtenção de pareceres científicos via o processo de avaliação pelo sistema *Blind Peer Review* para que possam ser os artigos publicados. Após a aprovação dos artigos, o Conselho Editorial decide quais artigos comporão a revista, caso o número de artigos seja superior ao suportado pela revista. A aceitação ou não dos artigos enviados, bem como a necessidade de eventuais alterações indicadas pelos pareceristas são comunicadas ao autor por correio eletrônico. A seguir alguns aspectos que são analisados no processo de parecer para publicação: pertinência; relevância; adequação à linha de pesquisa do programa de pós-graduação da instituição; interação com a bibliografia sobre o tema produzida no Brasil e no Exterior; hipótese que estrutura o trabalho; proposta original de

interpretação ou análise do tema e correção gramatical.

Vale consignar que nesta edição a Revistas EM TEMPO contempla artigos de autores de universidades de todo o país, como São Paulo, Minas Gerais, Alagoas, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte.

Enfim, deve aqui ficar registrada a relevância temática presente nos diversos artigos da revista, com reflexões de eixos temáticos relacionados com a realidade social do direito, dentre eles, a inclusão social, diferenças, justiça e questões polêmicas da dogmática jurídica. Isto evidencia a preocupação do Programa de Mestrado em direito do UNIVEM com as temáticas tratadas em seu âmbito, fugindo de discussões com pouca importância no mundo jurídico.

É dentro deste espírito acadêmico e de difusão do conhecimento científico, característico do UNIVEM, que a Revista EM TEMPO é oferecida à sociedade, com artigos que possam ajudar no crescimento da ciência no país. Com isto busca-se construir um futuro no qual o desenvolvimento intelectual e material, acompanhado pelo progresso espiritual do ser humano, seja posto a serviço da pessoa e da sua dignidade humana.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do UNIVEM.

Promotor de Justiça aposentado no Estado de São Paulo.

Artigos

A EDUCAÇÃO ESPECIAL E INCLUSIVA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

SPECIAL AND INCLUSIVE EDUCATION IN PROSPECTS FOR HUMAN DIGNITY

Alenilton da Silva Cardoso*

Data de recebimento: 14/3/2012

Data de aprovação: 30/04/2012

RESUMO

Tomando por base o princípio da dignidade humana reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o objetivo do presente artigo é demonstrar que, após inúmeras incompreensões sobre o direito de ser diferente, está se aperfeiçoando uma concepção de ensino humanitária, voltada para a inclusão social e para a cidadania plena. Para fazer tal abordagem, foi empregado o método de abordagem dialético, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documentos eletrônicos. O trabalho buscou respostas às principais indagações sobre o papel social do educador na escola especial e inclusiva do novo milênio, averiguando: (i) a evolução das leis e sua influência no momento de mudança que atualmente se opera; (ii) a educação especial e inclusiva como uma área pedagógica com imensas possibilidades; (iii) e o caráter único e insubstituível de cada ser humano. Seu resultado final é a constatação de que a condição existencial alheia tem valor absoluto, sendo a educação especial e inclusiva não apenas uma abordagem de tolerância, mas de respeito, libertação e valorização da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE

Educação; inclusão social, dignidade humana; solidariedade.

ABSTRACT

Based on the principle of human dignity recognized in the Universal Declaration

* Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Mestre em Função Social do Direito pela FADISP. Professor Universitário, Advogado e Procurador do Município de Mogi das Cruzes.
E-mail: asc81@ig.com.br

of Human Rights, 1948, the aim of this paper is to demonstrate that after many misunderstandings about the right to be different, is perfecting a humanitarian conception of teaching, aimed at social inclusion and full citizenship. To make such an approach, we employed the method of dialectical approach, using research literature and electronic documents. The study sought answers to key questions about the social role of educator in special schools and inclusive of the new millennium by examining: (i) the evolution of laws and their influence at the time of change that currently operates, (ii) special education and inclusive as an area with lots of educational opportunities, (iii) the unique and irreplaceable character of every human being. Your end result is the finding that the existential condition of others is absolute, and the special education and inclusive approach not only tolerance, but respect, liberation and recovery of human dignity.

KEYWORDS

Education; social inclusion; human dignity; solidarity.

1. INTRODUÇÃO

Ser humano diferente, inferior ou incapaz de ser desenvolver plenamente como pessoa? Do que estamos tratando quando a situação especial de determinados indivíduos é focada como tema de estudo para se firmar uma metodologia capaz de promover, pela educação, a inclusão social desejada pela legislação vigente?

Disso cuidará o presente artigo. Sedimentado na ideia de construção da igualdade, respeitando-se a identidade da diversidade, seu objetivo geral é demonstrar que a educação especial e inclusiva constitui uma das vertentes pedagógicas mais importantes sobre a dignidade humana, sendo objetivo específico evidenciar que essa mesma área da educação ainda necessita ser melhor compreendida em razão das suas enormes possibilidades.

A justificativa para isso foi a constatação de que os portadores de necessidades especiais são vítimas inocentes da história. Vítimas da indiferença e da segregação social que hoje se procura erradicar.

Já não era cedo quando o educador dos nossos tempos passou a perceber que um grupo especial de pessoas necessitava de uma política, também especial, no sentido de efetivar a solidariedade num mundo tão prejudicado pelo egoísmo e pela intolerância à condição existencial de cada um.

Para desenvolver o tema, estruturamos a pesquisa, partindo da linha em que a dignidade da pessoa humana faz parte de um movimento internacional sobre o respeito amplo e irrestrito da sociedade para com o indivíduo, desencadeando um conjunto de normas que permitem nova perspectiva à educação especial e inclusiva no país, principalmente, em relação aos educadores da área, hoje cometidos de uma função social bastante importante para a mudança que se faz necessária sobre o direito dos portadores de necessidades especiais.

Esta, aliás, é a própria organização do trabalho. No tópico dois, discorreu-se sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua importância para a educação especial e inclusiva da atualidade. No tópico três, a abordagem foi sobre a evolução das Leis no Brasil, seguindo os avanços internacionais sobre a matéria, contextualizada no tópico quatro com uma análise sobre as necessidades e perspectivas sobre o papel social do educador do novo milênio. Finalmente, no tópico cinco, vislumbramos a inclusão social dos deficientes como vertente da mudança, hoje uma realidade com longo caminho para ainda percorrer.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Advinda da necessidade em se reconstruir os direitos humanos, totalmente esfacelados pelas barbáries cometidas durante o período da Segunda Guerra mundial, a Declaração Universal de 1948 é o marco fundamental do direito contemporâneo, que assenta suas bases na premissa da solidariedade à causa humana.

Essa concepção, segundo Piovesan¹, é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, onde houve o esforço de reconstrução dos direitos da pessoa, como paradigma referencial ético a orientar a ordem internacional, e, em sendo assim, o segundo Pós-Guerra significou uma insurgência à indiferença aos valores éticos, captado pela ótica capitalista.

Antes da Segunda Guerra, a Primeira já havia alterado profundamente a vida social, jurídica, política e econômica dos povos e, com seu fim, deflagraram-se avanços nas searas da ciência e da tecnologia, ficando o bem-estar da humanidade, praticamente, sem acompanhar aqueles mesmos avanços. Se a Primeira Guerra trouxe uma consequência negativista, do ponto de vista cultural, a grande consequência cultural da Segunda Guerra foi uma afirmação positiva: a de que nós não podíamos aceitar essa aniquilação, por se tratar de verdadeira violência.

Logo depois, pela tomada de consciência de quase todas as nações, notadamente em seus setores culturais, universitários e artísticos, iniciou-se o movimento para a elaboração de um documento que veio a afirmar o ser humano contra o ceticismo, a indiferença, ou seja, uma tese que representa um valor fundamental².

A Declaração Universal de 1948 significou a reaproximação da sociedade à ética e, neste passo, surgiu o princípio da dignidade humana, que representa um reencontro da ordem social com o pensamento kantiano, calcado nas ideias de moralidade, dignidade, direito universal e paz perpétua.

Inaugurou a Declaração em cotejo a moderna visão do princípio da dignidade humana, porquanto o bem-estar e a justiça social deixaram de ser expressões meramente teóricas para se tornarem o ponto de início e de chegada das instituições contemporâneas. Isso implicou uma maior atuação do Estado e, sobretudo, da sociedade, para que cada ser humano possa existir e se desenvolver com dignidade,

¹ Flávia Piovesan. **Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local.** 2008, p. 402.

² André Franco Montoro. **A Cultura dos direitos humanos: importância da Declaração dos Direitos do Homem no Século XX.** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003, pp. 12 – 13.

acarretando, pois, um emaranhado sistema de solidariedade, que envolve a atuação da escola inclusiva.

Ao reconhecer a dignidade como direito inerente a todos os seres humanos, fundamentando, inclusive, a liberdade, a Declaração afirmou o indivíduo para a sociedade, trazendo para o debate a importância de se reconhecer a dignidade e o direito existencial das pessoas portadoras de necessidade especiais, porque o gênero humano, há muito, tinha sua importância avaliada conforme estereótipos cruéis e segregatórios.

Em tal contexto, o instrumento histórico iniciou o movimento de acesso à Justiça e aos benefícios da própria sociedade, expressão significativa de um processo destinado a concretizar os valores fundamentais. Ele representa, de fato, a grande tomada de consciência, a partir da qual toda a concepção contemporânea de inclusão social está se desenvolvendo. Esta, aliás, é a razão das chamadas políticas afirmativas, do que emergiu as reivindicações sociais e o aperfeiçoamento da função social da escola e do próprio educador. Mais do que enxergar, ficou evidente que é preciso incluir, isto é, reconhecer a existência do outro e tentar aliviar seu sofrimento.

A amplitude dos direitos consagrados na Declaração Universal deixa a entrever, então, que o ser humano quedaria impossibilitado de desenvolver plenamente a sua personalidade física, moral, psíquica e intelectual e, exatamente por isso, ela serviu para unir o valor da liberdade ao valor da igualdade. Obviamente, a influência da Declaração de 1948 nas políticas de inclusão do deficiente no Brasil é total e, desta maneira, o caráter absoluto da condição existencial humana determina o modo como atuar do Estado, da Sociedade e da Educação Especial e Inclusiva.

3. A EVOLUÇÃO DAS LEIS SOBRE O TEMA NO BRASIL

Inicialmente concebida como um problema médico, a educação especial e inclusiva passou, no Brasil, por diversas ordens normativas. Nesse sentido, afirma Silva³ que,

A preocupação surgiu no Brasil em meados de setembro de 1854, quando Dom Pedro II fundou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos no Rio de Janeiro, sem qualquer preocupação com a aprendizagem.

³ Aline Maira da Silva. **Educação Especial e Inclusão Escolar: história e fundamentos**. Curitiba: Ibpex, 2010, p. 23.

Posteriormente, já depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Brasil aderiu a política de educação para todos, aperfeiçoada em 1954, com a criação da primeira Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), quando o ensino especial surgiu como opção para escola regular.

O avanço mais significativo, todavia, ocorreu em 1961. Proclamada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), foi então garantido o direito da criança com deficiência à Educação, preferencialmente na escola regular, sendo que, em 1971, foi aprovada a Lei nº. 5.692, que regrediu em relação à lei anterior, determinando “tratamento especial” para crianças com deficiência; na verdade, uma metodologia de segregação desenvolvida pelo Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), que interagiu alunos da rede especial à rede “normal” apenas diante da comprovação, pelos primeiros, do êxito em acompanhar o ritmo de estudos.

No final da década de 80, instaura-se uma nova ordem. Democrática, pluralista e avessa a preconceitos, porque seu centro de gravidade é a dignidade da pessoa humana em sentido pleno e absoluto, a Constituição Brasileira de 1988 estabelece a igualdade no acesso à escola. Noutras palavras, o Estado, por meio das suas escolas, passou a estar comprometido a dar atendimento especializado, de preferência na rede regular, configurando-se o descumprimento a tal norma como crime de preconceito, a teor da Lei nº. 7.853/89.

Daí por diante, foi um encadeamento formidável de avanços. Pela Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, estabeleceu-se aos pais ou responsáveis a obrigatoriedade da matrícula dos filhos em rede pública, sem contar um grande número de artigos resguardando a criança e o adolescente contra toda forma de negligência, constrangimento e opressão.

Influências externas também se operaram. Para além da Declaração de Salamanca, de 1994, pela qual se definiu políticas, princípios e práticas da Educação Especial; em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação no Brasil atribui às redes de ensino o dever de assegurar currículo, métodos, recursos e organização para atender às necessidades dos educandos, criando-se, em 1999, pelo Decreto nº. 3.298, a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, definindo a Educação Especial como ensino complementar.

No ano de 2001, a Resolução CNE/CEB2 divulga a criminalização da recusa em matricular crianças com deficiência. Sem dúvida alguma, o número de crianças especiais no ensino regular aumentou vertiginosamente, haja vista o comando enérgico da lei. Aliada a isso, a Resolução CNE/CP1, de 2002, definiu que o ensino

superior deveria preparar os professores na formação acadêmica para atender alunos com necessidades especiais, o que se torna uma realidade concreta a partir da Lei nº. 10.436/02, com o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) como meio de comunicação e expressão. Em relação a isso, houve, ainda, a Portaria nº. 2.278/02, que aprovou normas para uso, o ensino, a produção e difusão do braile em todas as modalidades de Educação.

Meados de 2003, a ideia de inclusão se difunde. Criado pelo Ministério da Educação, o “Programa Educação Inclusiva: Direito à Diversidade” passa a formar professores para atuar na disseminação da Educação Inclusiva, o que, no ano de 2006 é reforçado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em virtude da aprovação da convenção para que todas as pessoas com deficiência tenham acesso ao ensino inclusivo.

No ano de 2008, definitivamente, produz-se o fim da segregação. Na perspectiva da educação inclusiva, a Política Nacional de Educação Especial define que “todos devem estudar na escola comum”. Por intermédio do Decreto nº. 6.949/2009, o Brasil ratifica a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, assim como seu protocolo Facultativo, que passaram a fazer parte da legislação nacional.

4. A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Incorporada pelo direito brasileiro com o status de norma constitucional, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência é um documento internacional que valoriza a atuação conjunta entre sociedade civil e governo, em um esforço solidário e democrático.

Voltada a garantir condições de vida com dignidade a todas as pessoas que apresentam alguma necessidade especial, a Convenção prevê monitoramento periódico, avançando na consolidação diária dos direitos humanos, ao permitir o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência.

Com efeito, o art. 1º da Convenção estabelece que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. Para efetivar a proteção dessas pessoas, a Convenção estabelece, então, que (i) o respeito pela dignidade inerente,

independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual; (ii) a não-discriminação; (iii) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (iv) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (v) a igualdade de oportunidades; (vi) a acessibilidade; (vii) a igualdade entre o homem e a mulher; (viii) e o respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência, preservando-se sua identidade, são princípios diretores de todas as políticas públicas voltadas à inclusão social.

Não por acaso, essas mesmas políticas públicas têm voltado sua atenção específica à ampliação do processo de construção e consolidação da democracia no Brasil. Para tanto, tem se priorizado, cada vez mais, o diálogo permanente entre sociedade civil e governo na elaboração de ações de afirmação, no sentido de proteger e assegurar os direitos inerentes à dignidade, em seu aspecto pleno.

A verdade é que, lembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência reafirma a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos em liberdades fundamentais, consignando que as pessoas com deficiência não podem sofrer discriminação.

A Convenção, segundo seu próprio preâmbulo, relembra uma série de outras normas internacionais importantes como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. Reconhece ela, sobretudo, que a deficiência é um conceito em evolução, resultando da interação entre portadores de necessidades especiais e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Tudo isso porque a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para equiparar mais as oportunidades para pessoas com deficiência, ressaltam a importância de dar

principalidade às questões relativas às necessidades especiais como parte integrante das relevantes estratégias de desenvolvimento sustentável. Pressupõe, também, que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura uma violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano, reconhecendo a diversidade das pessoas com deficiência.

É preciso ter em mente que valiosas contribuições podem ser dadas por pessoas com deficiência ao bem-estar comum e de suas comunidades. Promovendo um programa de regras visando o pleno desfrute dos direitos humanos por essas pessoas, as instituições constituídas elevam avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como contribuem para a erradicação da pobreza, consoante o desejo livre, justo e solidário do art. 3º da Constituição de 1988. A escola e o educador, sem dúvida alguma, precisam fazer parte desse movimento.

5. NECESSIDADES E PERSPECTIVAS SOBRE O PAPEL SOCIAL DO EDUCADOR NA ESCOLA ESPECIAL E INCLUSIVA DO NOVO MILÊNIO

Visto que o aprendizado do aluno com deficiência intelectual, física e sensorial baseia-se na tolerância e no respeito à sua identidade, cabe, então, analisar o desafio estabelecido para os educadores no contexto da inclusão social contemporânea.

Nesse sentido, a realidade dos nossos tempos demanda dos professores uma reflexão estratégica no processo de ensino e aprendizagem e, por este mote, a proposta da escola igualitária e democrática passa pela oferta de oportunidades de ensino diversificadas, respeitando a identidade e as necessidades de cada aluno.

Distancia-se do perfil de hoje o professor apenas preocupado com os fundamentos e os conteúdos da disciplina que leciona. É preciso que antes de qualquer outra coisa o educador assimile e compreenda a maneira como a mente dos seres humanos se opera para o conhecimento, isto porque, como diz Philippe Perrenoud⁴ (2000, p. 11), existem novas competências para ensinar, principalmente porque a profissionalização, o trabalho em equipe e por projetos, a autonomia e a responsabilidade crescentes, sem esquecer da sensibilidade em relação ao saber, delineiam um roteiro novo para as pedagogias diferenciadas.

Há de se ponderar que a educação especial não está desvinculada da educação comum. Constitui ela parte ou ramo desta, voltada para o atendimento de estudantes

⁴Philippe Perrenoud. **Novas Competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 11.

com necessidades especiais, sendo um dos seus objetivos proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de autorrealização, preparação para o trabalho e para o exercício da cidadania.

As análises e discussões atuais indicam ser necessário conceder espaço efetivo também a novas linguagens – especialmente em relação aos surdos, aos mudos, aos cegos e aos deficientes intelectuais – e, por tal motivo, é primordial encorajar a expansão de projetos que, entre outras possibilidades, visem a capacitar melhor os professores, tornando-os capazes de enxergar os seus talentos, e não apenas as suas dificuldades⁵.

Na concepção de Raiça e Oliveira⁶,

Devido às suas dificuldades específicas, o aluno deficiente está mais sujeito a frustrações na realização de tarefas que as crianças normais. Por isso, o professor deve detectar as áreas em que ele apresenta maior facilidade e propiciar-lhe situações nas quais possa se sobressair, e à medida que “se sai bem” na execução de tarefas, o aluno tem fortalecida sua auto-imagem e auto-confiança, o que sem dúvida irá concorrer para seu bom ajustamento.

Desse entendimento, não diverge Pan⁷, para quem:

Persistir na nomeação e na classificação da identidade anormal do indivíduo nos sujeita a reafirmar que entre o deficiente e a pessoa “normal”, existe uma barreira que historicamente os separou. Ao conceder ao deficiente uma identidade anormal, inevitavelmente o estamos condenando a um lugar simbólico que o coloca do outro da fronteira que nos separa e ao mesmo tempo nos protege dos efeitos que sua estranha presença pode produzir em nós, sendo urgente, então, aceitar o desafio de implodir a lógica das identidades fixas que dominam os conceitos e as práticas na área da deficiência intelectual e flexibilizar tais fronteiras.

Devemos, como Freire⁸, ser rebeldes a toda espécie de discriminação, da mais explícita e gritante à mais sub-reptícia e hipócrita, não menos ofensiva e imoral.

⁵ Maria Cecília Rafael de Góes. **Linguagem, Surdez e Educação**. Campinas: Autores Associados, 2002, pp. 79 – 81.

⁶ Darcy Raiça e Maria Teresa Baptista de Oliveira. **A Educação especial do deficiente mental**. São Paulo: E.P.U., 1990, p. 9.

⁷ Miriam Pan. **O Direito à diferença**. Curitiba: Ibpex, 2010, p. 105.

⁸ Paulo Freire. **Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 145.

Toda palavra, todo gesto, todo sinal de discriminação, deve ser repudiado. Reconhecer o “outro” em “nós” é conquistar a alteridade. Devemos garantir aos deficientes territórios existenciais, em que a diferença seja acolhida e possa ganhar visibilidade. Se queremos uma educação para todos, nosso olhar deve estar atravessado pela dignidade e pelo respeito aos outros e às suas diferenças.

No que atine à educação inclusiva, essa premissa não é diferente. Muito embora o processo de inclusão não seja facilmente alcançado apenas pelos métodos clássicos de ensino, o fato é que o professor só ensina em termos verdadeiros na medida em que conhece o conteúdo que ensina, quer dizer, na medida em que se apropria dele, exigindo-se, para tanto, a consciência da necessidade de luta por uma sociedade mais sensível, que deseje conviver com a diferença e com ela aprender⁹.

Isso requer a adoção de uma série de medidas gradativas de reformulação do ensino que começa pelos currículos, pelos métodos e pela capacitação dos professores, indo muito mais além. O atendimento de pessoas com necessidades educacionais especiais exige dos seus profissionais conhecimentos produzidos em diferente áreas (psicologia, medicina, pedagogia, arquitetura, etc.) para gerar um saber interdisciplinar¹⁰.

Vale dizer: o modelo teórico de Vygotsky ainda contribui para esforços de investigação derivados do pressuposto da constituição social do sujeito. Nessa perspectiva, o desenvolvimento da criança especial é compreendido como processo social, e suas experiências de linguagem concebidas como instâncias de significação e de mediação nas suas relações com a cultura, nas interações com o outro¹¹. No contexto da educação especial, o questionamento que vem sendo realizado é sobre o próprio modo como deve ser feita a “integração escolar” dos deficientes e, também, pela rejeição do modelo, até então, obrigatório. Considerando a presente data, a educação de surdos, mudos, cegos e deficientes mentais continua sendo um território repleto de incompreensões, contradições e contrastes¹².

O verdadeiro sentido da educação inclusiva, pois, é cuidar da educação das minorias. Ao entender que a produção de sentidos é uma força poderosa da vida em sociedade e, ao buscar entender como se dá sentido aos eventos de nosso cotidiano, novos horizontes se abrem com interessantes perspectivas sociais.

⁹ Miriam Pan. **O Direito à diferença**. Curitiba: Ibpex, 2010, p. 140.

¹⁰ Idem, pag. 140.

¹¹ Maria Cecília Rafael de Góes. **Linguagem, Surdez e Educação**. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 37.

¹² Nídia Regina Limeira de Sá. **Cultura, Poder e Educação de Surdos**. Manaus: Ed. UFA, 2002, pp. 7 e 11.

6. É HORA DA MUDANÇA!

Não obstante a integração escolar dos deficientes no Brasil tenha sido defendida pelo poder oficial que, com um discurso que apela às emoções, tem tentado disseminar a ideia de que é um ato de discriminação colocar os deficientes tristemente isolados em escolas especiais, defendendo-se, por outro lado, a ideia de que colocar os “deficientes” junto às pessoas “normais” é um sinal de grande avanço impulsionado pela solidariedade, o inegável é que a pretensão em manter “todos” juntos para assimilar a diversidade não surtirá grandes resultados se continuarem sendo mantidas as diferenças de comunicação.

A inclusão que se defende, segundo Sá¹³:

É aquela que compreende o acesso igual ao conteúdo curricular. Incluir deficientes em salas de aula regulares, inviabiliza o desejo dos mesmos construírem saberes, identidades e culturas a partir das suas formas de comunicação, o que impossibilita a própria consolidação interativa dos alunos.

É esse o objetivo da educação especial. À medida que proporcionamos ao aluno deficiente a oportunidade de desenvolver ao máximo suas capacidades, de conviver com outras crianças, estamos também contribuindo para que, quando adulto, venha a ter um ajustamento social satisfatório e, por isso, a preocupação deve ser com o desenvolvimento integral do aluno, visando a capacitá-lo para agir livremente, ser responsável pelos seus atos, alcançar o máximo de suas potencialidades, transformando-se em membro útil da sociedade em que vive.

O desafio estabelecido ao professor da escola inclusiva é preparar e estimular situações de aprendizagem, gerando progressão e fazendo com que os dispositivos de diferenciação evoluam. Tal situação requer a participação dos alunos em seu processo educacional e no trabalho, ensinando-os a trabalhar em equipe, sempre lembrando que participar da gestão da escola, informar e envolver os pais, dominar e utilizar as novas tecnologias, enfrentar os deveres e os dilemas éticos da profissão, além de buscar o próprio aperfeiçoamento contínuo, são as competências exigidas pela nova metodologia inclusiva do respectivo profissional¹⁴.

A mudança de paradigma impõe reconhecer que a deficiência é uma cultura,

¹³ Nídia Regina Limeira de Sá. **Cultura, Poder e Educação de Surdos**. Manaus: Ed. UFA, 2002, p. 66.

¹⁴ Celso Antunes. **Novas maneiras de ensinar, novas formas de aprender**. Porto Alegre: Artmed, 2002, pp. 95 – 111.

ficando preciso desenvolver a questão da identidade. A crença de que todos os homens são iguais surge do ideal político-democrático de que todos os homens devem ser tratados de forma igualitária, sendo este um dos ideais mais poderosos que a humanidade perseguiu.

A inteligência, salienta Celso Antunes¹⁵,

É um potencial biopsicológico, uma capacidade para resolver problemas e para criar idéias. Se, por um lado, herdamos traços das inteligências que temos, por outro, cabe à escola estimulá-las, abrindo ao ser humano toda a multiplicidade de linguagens possíveis de se usar.

Mudanças nesse quadro já estão implicando o estabelecimento de políticas públicas que geram ações significativas em nível educacional, em nível comunitário, em nível cultural, em nível profissional, enfim, em nível social, segundo as expectativas dos interessados. A importância desse paradigma para a prática e a formulação de políticas públicas é imensa, principalmente pelo fato de que, no Brasil, há, ainda, um grande desconhecimento sobre a questão.

Na nova escola, que o novo tempo requer e de que necessita, os professores constituem-se em companheiros imprescindíveis para oferecerem capacidades motoras, cognitivas e emocionais; para mobilizarem e ensinarem seus alunos a apreciarem a competência da leitura e escrita de signos diferentes, das habilidades e do meio social, da informação e da percepção crítica; enfim, para estimularem muito seus alunos a resolver problemas, empregar linguagens, criar um amanhã muito melhor, pois, se existe um consenso entre os educadores do mundo ocidental, é o de que a escola, sejam quais forem seus fundamentos epistemológicos, deve preocupar-se em despertar nos alunos o acesso a suas emoções¹⁶.

Focos de atenção devem ser colocados em práticas discursivas e condições sociais que definam e controlem melhor os interesses dos portadores de deficiência, demandando a insistência, nessa incompreensão, uma luta para tirá-los do âmbito e das perspectivas médicas, terapêuticas, assistencialistas, caritativas, etc., que, historicamente, têm predominado como uma questão cultural, social, histórica, política¹⁷.

¹⁵ Celso Antunes. **Novas maneiras de ensinar, novas formas de aprender**. Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 49.

¹⁶ Idem, pag. 49 e 61.

¹⁷ Aline Maira da Silva. **Educação Especial e Inclusão Escolar: história e fundamentos**. Curitiba: Ibpex, 2010, p. 4.

Já dizia Freire¹⁸ que,

A pedagogia não pode ser mecanicista, autoritária e dogmática. Deve ser também idealista, a ponto de a posição dialética e democrática implicar a intervenção no trabalho da escola como condição indispensável à sua tarefa.

A mudança de paradigma imposta ao tratamento da educação inclusiva no Brasil, em síntese, impõe que o aprendizado é um direito de todos.

Pela educação inclusiva, a criança deve ser educada, preferencialmente, na sala de aula regular, assegurando-se-lhe condições metodológicas para que sua aprendizagem ocorra. Não é mais a criança que deve ser responsabilizada pelos seus déficits; é a escola, a partir desse novo paradigma de aprendizagem, que deve estar preparada para educar a todos¹⁹.

Uma escola inclusiva e democrática. Uma escola onde os diferentes tenham suas identidades respeitadas, na perspectiva da dignidade humana.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num momento em que a respeitabilidade pelos portadores de deficiência ganhou contornos jamais vistos, constatamos que, paradoxalmente, essa é uma área que, para a pedagogia, tem imensas possibilidades.

Entende-se que é vital buscar instrumentos, ou mesmo efetivar os já conquistados, no sentido de tornar concretos os objetivos traçados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, haja vista que o abismo que aparta os portadores de deficiências da educação real e efetiva é latente, ensejando a necessidade de se implementar, sem qualquer limitação, os direitos reconhecidos pela nova ordem social.

Depois de verificar que a segregação dos deficientes estigmatiza e domestica os mesmos para o resto de suas vidas, chegou-se à conclusão de que é preciso passar da simples integração à inclusão, o que implica afirmar estarmos diante de uma verdadeira revolução pedagógica e, porque não dizer, de uma nova educação.

A educação especial é uma área da educação geral que, mediante a utiliza-

¹⁸ Paulo Freire. **Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra. 2002, pp. 106 – 107.

¹⁹ Miriam Pan. **O direito à diferença**. Curitiba: Ibpex, 2010, pp. 19 – 21.

ção de recursos e métodos específicos, proporciona um atendimento educacional individualizado aos alunos cujas características de ordem física, intelectual ou emocional independem de adaptar-se a programas destinados às diferentes séries do ensino regular. Nesta cadência lógica, visa ela proporcionar aos alunos com deficiência auditiva, visual, sensorial e intelectual condições que possibilitem sua integração na sociedade, porque, antes de tudo, eles são seres humanos que precisam ter a identidade respeitada.

A educação inclusiva, destarte, não resulta de uma mera abordagem de tolerância. Resulta, sim, do direito de cada um ter consciência da sua condição humana, a fim de que possa assumir sua posição de cidadão no espaço histórico e geográfico do país e do mundo globalizado que habita, em busca de sua identidade.

O ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talento. Equivale a afirmar que o deficiente, como pessoa que é, não é personagem, e sua dignidade como ser humano não permite tratá-lo como coisa, mas como um ser racional, original por si próprio.

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe, singularmente, em todo indivíduo, independentemente das suas deficiências, e, assim, as reflexões apresentadas neste artigo contribuem para demonstrar que os educadores transformem a educação especial e inclusiva numa prática de libertação do indivíduo para a vida social.

Que sejamos, enfim, um instrumento para tal libertação...

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Celso. **Novas Maneiras de Ensinar, Novas Formas de Aprender**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GÓES, Maria Cecília Rafael de. **Linguagem, Surdez e Educação**. 3ª edição, Campinas: Autores Associados, 2002.

MONTORO, André Franco. Artigo: **A Cultura dos Direitos Humanos – Importância da Declaração dos Direitos do Homem no Século XX**. In SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, et ali. BUENO, Roberto (Coord). 50 anos de Direitos Humanos. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Cortez: 2006.

PAN, Miriam Pan. **O Direito à Diferença**. Curitiba: Ibpx, 2010.

PERRENOUD, Philipe. **Novas Competência para Ensinar**. Trad. Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Artigo: **Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local**. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; et. ali MIRANDA, Jorge. (Org.) **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quatier Latin, 2008. v. 1.

RAIÇA, Darcy & OLIVEIRA, Maria Teresa Baptista de. **A Educação Especial do Deficiente Mental**. São Paulo: E.P.U., 1990.

SÁ, Nídia Regina Limeira de. **Cultura, Poder e Educação de Surdos**. Manaus: Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2002.

SILVA, Aline Maira da. **Educação Especial e Inclusão Escolar: história e fundamentos**. Curitiba: Ibpx, 2010.

DIREITO INTERNACIONAL FRAGMENTADO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS REPERCUSSÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS

FRAGMENTED INTERNATIONAL LAW AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS:
SOME OUTCOMES TO THE DEVELOPMENT OF THE STATES

Henrique Weil Afonso*
José Luiz Quadros de Magalhães**

Data de recebimento: 22/04/2011
Data de aprovação: 06/05/2012

RESUMO

O presente artigo pretende investigar aspectos do processo de fragmentação do Direito Internacional e seus desdobramentos para os Estados nacionais. A marca essencial desse processo é a consolidação de regimes auto-suficientes, que se afastam das normas gerais de Direito Internacional, de modo a comprometer sua unidade. Tais regimes buscam tutelar disciplinas de elevada especificidade técnica, exigindo do operador legal o desenvolvimento de mecanismos capazes de compreender as peculiaridades das relações internacionais. Racionalidades contrastantes e muitas vezes conflituosas competem pelo domínio do espaço normativo, o que acaba por influir de modo decisivo na realização de políticas públicas – um caso de política de saúde será examinado – por parte dos poderes locais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional; Fragmentação e Unidade; Políticas Públicas.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutorando em Direito Público Internacional pela PUC Minas. Professor Instituto Vianna Jr (Juiz de Fora, MG).
E-mail: henrique_weil@yahoo.com.br

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da UFGM, professor Titular da PUC Minas na graduação, mestrado e doutorado e professor da Faculdade do Sul Minas.
E-mail: ceede@uol.com.br

ABSTRACT

The present essay intends to investigate certain aspects of the process of fragmentation of International Law and its relations to Nation-States. The most important mark of this process is the consolidation of the self-contained regimes, which deviates from general norms of International Law, in a way that threatens its unity. Such regimes seek to regulate disciplines of particularly high degrees of technical expertise. It demands legal lawyers to develop mechanisms capable of understanding the peculiarities of international relations. Different and at times contrasting rationalities compete for the very same normative space, which influence in a decisive manner the realization of public policies – a case of health policy is examined – by local powers.

KEYWORDS

International Law; Fragmentation and Unity; Public Policy.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização e a diversificação das relações internacionais imprimem variados desafios à ordem jurídica internacional. Novos sujeitos de Direito Internacional lutam por reconhecimento e por um papel mais ativo na consecução dos objetivos da agenda internacionalista: a lógica mercadológica, o liberalismo econômico e o ceticismo acerca da disposição dos Estados em reforçarem a aplicação das normas do Direito Internacional reduzem o potencial transformador do mesmo, que se modifica e se redefine aos moldes das forças atuantes no cenário mundial.

Muitos são os elementos que tiram o caráter unitário do Direito Internacional – que se fragmenta –, devendo este ser analisado sob óticas mais condizentes com as estruturas e os discursos presentes nas diversas racionalidades que competem pelos mesmos espaços normativos no plano global. Tais disputas, em seu turno, incidem de forma direta na autonomia dos Estados relativa ao planejamento de políticas públicas – em especial, políticas de saúde pública –, cuja qualidade e eficiência consistem na realização de Direitos das pessoas.

2. A UNIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Surgido no momento de consolidação¹ do moderno Estado-nação na Europa do século XVII, o sistema jurídico internacional teve como função principal a regulação das relações entre os mais importantes sujeitos de direito em nível global².

É interessante notar que o predomínio do Estado-nação como o legítimo ator em nível global deveu-se ao desenvolvimento de algumas importantes formulações teóricas. Primeiramente, o conceito de soberania estatal inaugurou as noções fundamentais do monopólio do uso da força por parte das instituições estatais e o império do Direito no âmbito doméstico. Já a partir da noção de soberania estatal, visualizou-se outro importante marco teórico para o plano jurídico internacional: a idéia de igualdade soberana entre os Estados³.

A ampla aceitação destes conceitos pelos Estados republicanos do século XVIII

¹ A este respeito, deve-se enfatizar que a construção do Estado-nação como ente abstrato deu-se de forma desigual ao redor do mundo, tendo sua consolidação ocorrida primeiramente na Europa – Portugal, Espanha, França e Inglaterra, em especial – a partir do domínio do poder da nobreza sobre os senhores feudais, para, em um momento posterior, afirmar-se perante o poder do Império e da Igreja do século XVII. CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**, p. 210).

² Martin Van Creveld. **Ascensão e declínio do Estado**, São Paulo: Martins Fontes.

³ Gerson de Britto Mello Boson. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. BH: Del Rey, p. 97.

foi, segundo Martin Van Creveld, essencial para o projeto de enfraquecimento do poder monárquico e conseqüente consolidação do Estado-nação moderno. O princípio da não-intervenção em assuntos internos dos Estados – hoje positivado na Carta da Organização das Nações Unidas – seria, nesse diapasão, desdobramento e corolário da igualdade soberana entre os Estados.

Com efeito, o mesmo processo histórico que caracterizou a formação do postulado da soberania estatal marcou também a consolidação de um “Estado de Natureza” em nível internacional. De um lado, o império do Direito no âmbito doméstico resultou da emergência do Estado como paradigma de organização social. De outro lado, a materialização de um mundo dividido em entidades soberanas culminou na legitimação do recurso à força armada como extensão da atividade política estatal e, não menos importante, na inviabilidade de formulação de uma entidade capaz de conferir ordem ao sistema global.⁴

Destarte, o século XIX marca a consolidação de uma estrutura conceitual básica de Estado de Direito – influência da Revolução Francesa e da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América –, e sua gradual inserção no modelo de Estado-nação moderno produziu um Direito Internacional de co-ordenação: ao Direito Internacional competia, fundamentalmente, viabilizar as relações entre Estados independentes e autônomos⁵, tomando a forma de um Direito meramente procedimental e que estaria a serviço dos Estados soberanos. Nesse contexto, a guerra seria, conforme prescreveu Carl Von Clausewitz, “[...] a realização da política por outros meios”.^{6, 7}

Marcado primariamente pela unidade e sistematização, era, por assim dizer, um Direito voltado para a defesa do absolutismo nacional:

Fundado na soberania suprema do Estado, pela qual qualquer idéia de auto-determinação e interferência externa em seus assuntos internos era uma aberração, suas características centrais eram que o uso da força armada como forma de realização de políticas seria legítimo, e que o estado de guerra entre dois ou mais países, com seu impacto em outros Estados tidos como ‘neutros’, era a reconhecida condição das relações internacionais e era regulada pelo Direito. (tradução nossa).⁸

⁴ Ferrajoli, 2007, p.50.

⁵ Sh Rosenne. **Recueil des Cours**. Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

⁶ Carl Von Clausewitz. **On War**. London: Penguin Books, 1982, p. 88 (tradução nossa)

⁷ “[...] *the realization of politics by other means.*”

⁸ “*Founded on the supreme sovereignty of the State in which any idea of self-determination and outside interference in its internal affairs was anathema, its central features were that the use of armed force to further*

3. A FRAGMENTAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA GLOBAL

A função coordenativa do Direito Internacional em face dos Estados foi objeto de profundas alterações no decorrer da segunda metade do século XX. A este respeito, importantes referenciais tomam forma: a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no cenário resultante da Segunda Guerra Mundial, assim como os desafios de uma realidade internacional cambiante, representaram a emergência de um novo momento para o Direito Internacional.⁹

Para além da coordenação das relações entre os Estados, ao Direito Internacional são incorporados uma série de objetivos cuja realização integra uma nova agenda para a sociedade internacional. O sistema jurídico internacional passa a reconhecer o importante papel desempenhado pelas organizações intergovernamentais e, em certa medida, pelo ser humano como sujeitos de Direito em nível global. A restrição das hipóteses de recurso ao uso da força armada¹⁰, o amplo respaldo estatal à ONU e a codificação de um conjunto de direitos referente a todos os seres humanos são elementos que muito bem ilustram os novos desafios do Direito Internacional.

O processo de internacionalização¹¹ dos Direitos Humanos assume status de verdadeira cruzada¹². Por conseguinte, representa tarefa de todos os Estados, com o auxílio das organizações internacionais, assegurarem a realização desses direitos ao maior número de pessoas:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de Direitos Humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam

national policy was legitimate, and that a state of war between two of more countries, with its impact on other States designated as "neutral", was a recognized condition of international relations and was one regulated by the law." Rosenne, Sh. **Recueil des Cours**. Tome 291 de La collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, p. 25.

⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade. **A humanização do direito internacional**. BH: Del Rey, 2006, p.82.

¹⁰ Michael Byers. **A lei da guerra: direito internacional e conflito armado**. RJ: Ed. Record, 2007, p. 30.

¹¹ Dentre os tratados internacionais de Direitos Humanos de maior relevância, merecem destaque: o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que, até 2003, contava com 149 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que conta com 149 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura, que conta com 132 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, que conta com 167 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que conta com 170 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, que apresenta a mais ampla adesão, contando com 191 Estados-partes.

¹² Antonio Augusto Cançado Trindade. **A humanização do direito internacional**. BH: Del Rey, 2006, p. 18.

ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos existisse.¹³

Desse modo, o Direito Internacional contemporâneo regula uma gama muito ampla de temas – merecendo atenção especial os Direitos Humanos, o comércio internacional e o meio ambiente. Para tanto, novas fontes produtoras de normas ganham força, regulando matérias de elevada complexidade e especificidade, dando origem a regimes próprios – *fragmentados* – e que vêm se tornando cada vez mais independentes das normas de Direito Internacional geral:

[...] constata-se a criação de novos regimes ‘às margens’ das normas de Direito Internacional geral, isto é, regimes que repudiam a estrita obediência ao texto legal, preconizando a realização dos objetivos mais específicos. Nesta seara, Marti Koskenniemi [...] aponta para os tratados de Direitos Humanos.¹⁴

A fragmentação da ordem jurídica global consiste na emergência de regimes auto-suficientes cujo objetivo é regular disciplinas de elevada especificidade técnica e normativa. O fenômeno compreende, conforme o entendimento de Bruno Simma e Dirk Pulkowsky, uma tendência de especialização funcional da ordem jurídica internacional por meio da elaboração de normas especiais, que, por sua vez, afastam a aplicação das normas gerais de Direito Internacional, tais como as normas destinadas à responsabilização dos Estados. Assinalam os autores que “a característica principal dos regimes ‘auto-suficientes’ é a sua intenção de excluir totalmente a aplicação das sanções legais gerais de atos ilegais [...] em particular a aplicação de contramedidas por Estados prejudicados”. (tradução nossa).¹⁵

As instâncias fragmentadas – cujos exemplos mais notórios são a Organização Mundial do Comércio, o Direito da Diplomacia e os diversos regimes de proteção aos Direitos Humanos – empregam racionalidades específicas, isto é, apresentam *modus operandi* voltados para a realização dos objetivos de cada regime. De acordo com Gunther Teubner:

¹³ Buengenthal, *apud*, Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 9.

¹⁴ Henrique Weil Afonso. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: o papel dos Direitos Humanos como elemento unificador**, 2009, p. 62.

¹⁵ “The principal characteristic of a self-contained regime is its intention to totally exclude the application of the general legal consequences of wrongful acts [...] in particular the application of countermeasures by an injured state.” Bruno Simma; Dirk Pulkowsky. **Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law**. *European Journal of International Law*, vol. 17, no. 3, p. 493.

O novo direito do mundo é informado não por conjuntos de tradições e sim por uma auto-reprodução contínua de redes globais altamente técnicas, especializadas, por vezes organizadas e vagamente definidas, de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica. (tradução nossa).¹⁶

William Burke-White¹⁷ enfatiza que o crescimento no número de normas criadas desde o fim da Segunda Guerra Mundial – originadas de tratados bilaterais e multilaterais – representa uma tendência da elevada densidade do Direito Internacional. Conforme destacado pelo autor, não apenas eleva-se o número de matérias disciplinadas, como também a intensidade desta regulação é objeto de transformação: “A criação de tantas novas obrigações legais sugere que áreas anteriormente abarcadas no alcance da política nacional estão passando por um processo de legalização” (tradução nossa).¹⁸

Não apenas no âmbito normativo, a ordem jurídica internacional se transforma: as últimas décadas também foram marcadas por uma proliferação de tribunais e cortes internacionais destinados à resolução de uma miríade de conflitos internacionais. Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano¹⁹ contabilizam cerca de 125 instituições internacionais que se enquadram nos requisitos de tribunais ou cortes, isto é, instituições nas quais autoridades independentes proferem decisões de cunho legal:

Dentre outros, esta jurisdição internacional compreende a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a Corte Internacional para o Direito do Mar, vários tribunais para reparações, cortes e tribunais penais internacionais, instâncias nacionais-internacionais híbridas, órgãos judiciais para comércio e investimento, tribunais regionais de direitos humanos e instituições derivadas de convenções, assim como outras cortes regionais, como a Corte Européia de Justiça [...]. (tradução nossa).²⁰

¹⁶ “The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature.” Gunther Teubner. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**. Global Law without a State, p. 5.

¹⁷ William W. Burke-White, **International Legal Pluralism**, p.964.

¹⁸ “The creation of so many new legal obligations suggests that areas previously within the exclusive purview of national politics are becoming legalized.”

¹⁹ Gunther Teubner; Andreas Fischer-Lescano. **Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, p. 1000.

²⁰ “Amongst others, this international jurisdiction comprises the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea, various tribunals for reparations, international criminal courts and tribunals, hybrid international-national tribunal instances, trade and investment judicial bodies, regional human rights tribunals and convention-derived institutions, as well as other regional courts, such as the European Court of Justice [...]”. Gunther Teubner; Andreas Fischer-Lescano. **Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law**. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, pp. 1000-1001.

Em um contexto de rompimento com a unidade do Direito Internacional, a teoria voluntarista²¹ perde força, cedendo espaço a doutrinas que militam por uma conjugação de esforços de entidades não-estatais na governança da sociedade internacional, com impactos diretos na formatação do próprio Estado contemporâneo²². Relativiza-se, portanto, o princípio da soberania estatal em face do papel desempenhado por organizações internacionais e entidades supra-estatais no trato de questões globais, que irradiam conseqüências no nível do Estado-nação. Nesse sentido, adverte Gerhard Hafner que “[...] os Estados poderão lançar-se na atividade de fórum shopping, recorrendo ao mecanismo que melhor atenda a seus interesses” (Tradução nossa).²³

Especialistas apontam para diversos problemas práticos resultantes da adoção da ótica da fragmentação. Eventuais conflitos advindos da superposição de jurisdições de diferentes tribunais representam um sério obstáculo à manutenção de uma configuração estável para a ordem jurídica internacional. Como conseqüência, as formas tradicionais de resolução de conflitos de normas parecem ser insuficientes diante da emergência desta ampla variedade de relações inter-rationais e inter-jurisdicionais, devendo os esforços se voltarem no âmbito do desenvolvimento de novos modos de superação de conflitos.²⁴

A disputa por espaços normativos, com a conseqüente imposição de um modo de pensar único, erradia efeitos não apenas para o Direito Internacional: a autonomia de governos e poderes locais é reduzida, minando sua capacidade de responder às demandas por políticas adequadas às necessidades da população.²⁵

4. COMÉRCIO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

Os desafios advindos da abordagem fragmentária do Direito Internacional são

²¹ Gerson de Britto de Mello Bason (1994) explica que a doutrina voluntarista repousa na idéia central de que o Estado soberano não se submete a nenhuma autoridade. Seu poder alcança a alcunha de ‘poder jurídico’ no momento em que a esta entidade abstrata se impõe voluntariamente a observância de uma obrigação internacional: “Esta limitação voluntária é uma manifestação de seu poder, pela qual o Estado demonstra ser livre” (BOSON. BH: Del Rey, 1994, p. 85).

²² Neste particular, importante tendência vem se observando na questão da segurança doméstica. Rita Abrahamson e Michael C. Williams (2007), em interessante estudo acerca da privatização da segurança pública na África do Sul, apontam para novas evoluções na questão do monopólio do uso da força pelo Estado e a participação de entidades não-estatais no desempenho desta função.

²³ “[...] *States may engage in forum shopping, resorting to the mechanisms that corresponds best to their state interests.*” Gerhard Hafner. **Pros and Cons insuing from fragmentation of International Law**. Michigan Journal of International Law, vol. 25, p. 857.

²⁴ William W. Burke-White. **International Legal Pluralism**, p. 1002.

²⁵ Mireille Delmas-Marty. **Três Desafios para um Direito Mundial**. RJ: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 121.

observados no cotidiano da prática legal em nível internacional, cujos efeitos repercutem para a formação de políticas públicas pelos poderes locais. A disputa comercial em sede da Organização Mundial do Comércio (OMC) envolvendo os Estados Unidos e o Brasil – centrado em torno da quebra de patentes por parte do governo brasileiro na produção de medicamentos para o tratamento da AIDS – consiste em um exemplo paradigmático desta nova realidade para o Direito Internacional, sendo, portanto, indispensável sua investigação.

O Artigo 68 da Lei de Patentes Brasileira (Lei no. 9279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial) permite a produção doméstica de medicamentos por meio de cópias – os denominados medicamentos genéricos²⁶ – nos casos em que a população é ameaçada por determinada epidemia e os preços do medicamento no mercado mundial sejam excessivamente altos. O mesmo Artigo 68 estabelece a produção doméstica de medicamentos patenteados na hipótese de uma firma internacional que venha vendendo tais drogas por um período superior a três anos, contudo, sem estabelecer uma linha de produção no país.

O programa brasileiro de tratamento da AIDS consumiu, em 1997, cerca de trezentos milhões de dólares com a compra de medicamentos. Dois medicamentos apenas – o Efavirenz e o Nefinalvir – representavam um terço dessa despesa e eram patenteados pela multinacional norte-americana Merck e pela suíça Roche.

Uma vez que nem uma nem outra empresa estava engajada na produção dos medicamentos no Brasil, o Ministério da Saúde anunciou a produção genérica destes, por meio do mecanismo “licença compulsória”. O governo norte-americano, em resposta, considerou tal ação potencialmente discriminatória para detentores de patentes deste país, vindo a solicitar consultas bilaterais perante a Organização Mundial de Comércio no ano 2001.²⁷

Em princípio, a questão deveria ser tratada como mais um caso envolvendo uma pendência tipicamente comercial, passível de ser submetida à OMC, conforme fizera os EUA. No entanto, um exame mais detido da controvérsia traz à tona diferentes modos de se conceber a disputa: (i) um conflito entre a lei brasileira de patentes e os direitos dos donos das patentes (empresas norte-americanas); (ii) um conflito entre a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial de Saúde (OMS), isto é, uma disputa entre jurisdições diversas; (iii) e um conflito envolvendo diferentes racionalidades que competem pelo mesmo espaço normativo.

²⁶ Decreto no. 9787, de 11 de fevereiro de 1999.

²⁷ World Trade Organization (WTO). 2001a. Dispute Settlement Body, Brazil – Measure Affecting Patent Protection – Request for Consultations by the United States, WTO Doc. WT/DS199/3, 9 Janeiro 2001.

O referido embate, que em uma interpretação superficial seria enquadrado como tipicamente comercial, resultou na elaboração de uma Resolução por parte da Comissão de Direitos Humanos da ONU²⁸ no sentido da facilitação de acesso a medicamentos essenciais ao tratamento de pandemias – tal qual a AIDS – e de assegurar o direito dos Estados de promover melhores condições de vida aos seus cidadãos.

Também na esfera comercial, o conflito teve repercussões que exorbitam a racionalidade meramente econômica: em novembro de 2001, a Rodada Doha²⁹ afirmou o compromisso da OMC³⁰ na facilitação da implementação de medidas de proteção à saúde pública por parte dos Estados membros. A esse respeito, ponderam Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano:

Medidas como a do programa brasileiro de AIDS devem, portanto, ser excetuadas da lógica econômica na medida em que o padrão normal de proteção às patentes não deve ser aplicado nestes casos. Os conflitos críticos seriam uma das colisões identificáveis entre normas de racionalidade econômica e normas formadas no contexto da proteção da saúde. (tradução nossa).³¹

Desse modo, constata-se a utilização de argumentos referentes à proteção a Direitos Humanos em sede de um órgão voltado para a resolução de disputas comerciais. Uma vez que “[...] não é mais possível resolver, por exemplo, questões referentes ao comércio de modo independente do problema da proteção ao meio am-

²⁸ United Nations Commission on Human Rights. Specific Groups and Individuals: Other Vulnerable Groups and Individuals, 57th Session, Agenda Item 14(d), at 169, U.N. Doc. E/CN.4/2001/80.

²⁹ World Trade Organization (WTO). 2001b. Ministerial Conference. *Ministerial Declaration*, 4th Session, WT/MIN(01)/Dec/1, parágrafo 17, 20 Novembro 2001.

³⁰ Também merece atenção a declaração da OMC quanto ao tema: “Nós enfatizamos a importância que conferimos à implementação e interpretação do Acordo de Comércio relativo a aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS) de forma a apoiar a saúde pública, através de promoção tanto do acesso a medicamentos existentes e pesquisa quanto o desenvolvimento de novos medicamentos [...]” Tradução nossa. “*We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines [...]*”. (WTO, 2001c).

³¹ “*Measures such as the Brazilian AIDS program must thus be exempted from economic logic to the degree that the normal standard for patent protection is not to be applied in such cases. The critical conflict issue would thus be one of identifying collisions between the norms of economic rationality and norms formed within the context of the protection of health.*” Gunther Teubner; Andreas Fischer-Lescano. **Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law.** Michigan Journal of International Law, Vol. 25, p. 1032.

biente ou a busca pelos direitos humanos”³², a bem-sucedida formulação de políticas públicas de saúde depende, em muitos casos, da prevalência de uma racionalidade que privilegie a realização de Direitos Humanos, afastando argumentos que possam desvirtuar a disputa e enquadrá-la na esfera de aplicação de normas de comércio internacional.

5. CONCLUSÃO

A força normativa e dissuasiva das variadas racionalidades atuantes no plano internacional mitigam o papel do Estado e reduzem o âmbito da aplicação das doutrinas tradicionais do Direito Internacional. Com especial relevância, o poder desempenhado pelos interesses políticos e econômicos de empresas e governos, elites, ideologias e discursos, cada vez mais sedutores, enfraquecem, fragilizam e colocam em xeque o potencial emancipador do Direito Internacional em um mundo cada vez mais complexo, onde interesses, muitas vezes conflitantes, almejam sucesso.

Entretanto, a crise das doutrinas tradicionais não deve ser vista de forma negativa. O aprendizado com a experiência fragmentária pode ensejar a construção de um novo sistema internacional. Conflitos como os analisados neste texto são reveladores da impossibilidade de se reduzir todas as questões a uma racionalidade meramente econômica e matematizada. O que pode ser analisado como crise pode ser, finalmente, compreendido como possibilidade de superação de um discurso ideológico que se tornou hegemônico nas últimas décadas.

As transformações ocorrem a partir de conflitos que são reveladores de impossibilidades. A compreensão destas impossibilidades empurra os atores do jogo internacional, obrigatoriamente, para a construção de novas alternativas, que, no caso, exigem a construção de um novo sistema que seja capaz de religar saberes e discursos coerentes e integrais. A superação da redução do mundo a um mero discurso econômico, dessa forma, não surge apenas de construções e embates teóricos, mas de práticas políticas no espaço institucional fragmentado internacionalmente. O que se revela aí é o óbvio das práticas políticas: novas soluções surgem de novos problemas. Discutir essas questões, revelando impossibilidades ideológicas, irá gerar novas configurações para um mundo integrado que, pretendemos, seja justo.

³² Tradução nossa: *“It is no longer possible to resolve, for example, trade questions de-linked from the problem of environmental protection of the pursuit of human rights. [...] What must be avoided, however, is this fragmentation leading to self-contained islands of international law, de-linked from other branches of international law.”* Joost Pauwelyn. **Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a universe of inter-connected islands.** Michigan Journal of International Law, vol. 25, p. 904.

REFERÊNCIAS

ABRAHAMSEN, Rita & WILLIAMS, Michael C. Securing the City: Private Security Companies and Non-State Authority in Global Governance. **International Relations**, vol. 21, pp. 237-253, 2007.

AFONSO, Henrique Weil. Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: o papel dos Direitos Humanos como elemento unificador. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 4, pp. 53-90, 2009.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, pp. 963-979, summer 2004.

BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e conflito armado**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLAUSEWITZ, Carl von. **On War**. London: Penguin Books, 1982.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi H. Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, 2007, p. 50.

HAFNER, Gerhard. Pros and Cons insuing from fragmentation of International Law. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, pp. 849-863, summer 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal. **Veredas do Direito**, vol. 5, no. 9/10, pp. 45-61, Janeiro-Dezembro de 2008.

PAUWELYN, Joost. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a universe of inter-connected islands. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, pp. 903-916, summer 2004.

_____. **Europe, America and the Unity of International Law**. Março de 2006. Duke Law School Legal Studies Paper No. 103. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=893611>> Acesso em 28 abril 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSENNE, Sh. **Recueil des Cours**. Tome 291 de La collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, vol. 39, p. 105-124, 1997.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKY, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. **European Journal of International Law**, vol. 17, no. 3, pp. 483-529, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. Global Law without a State**. Brookfield: Dartmouth, pp. 3-28, 1997.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, pp. 999-1045, summer 2004.

United Nations Commission on Human Rights. **Specific Groups and Individuals: Other Vulnerable Groups and Individuals**, 57th Session, Agenda Item 14(d), at 169, U.N. Doc. E/CN.4/2001/80, 2000.

World Trade Organization (WTO). 2001a. **Dispute Settlement Body, Brazil – Measure Affecting Patent Protection – Request for Consultations by the United States**, WTO Doc. WT/DS199/3, 9 Janeiro 2001.

World Trade Organization (WTO). 2001b. **Ministerial Conference. Ministerial Declaration**, 4th Session, WT/MIN(01)/Dec/1, parágrafo 17, 20 Novembro 2001.

World Trade Organization. (WTO). 2001c. **Ministerial Conference. Declaration of the TRIPS Agreement and Public Health**, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 Novembro 2001.

CONVERSÃO DO DIREITO POSITIVO AO DIREITO SUBJETIVO MODERNO

THE CONVERTING OF POSITIVE RIGHT INTO THE MODERN SUBJECTIVE RIGHT

Fabio Marques Ferreira Santos *

Data de recebimento: 08/03/2012

Data de aprovação: 07/05/2012

RESUMO

O presente texto tem como objetivo explicitar a passagem do Direito positivo ao Direito subjetivo. Para realizar tal tarefa, seguiremos a descrição histórica do clássico livro de Michel Villey. Essa discussão é importante, pois retoma a centralidade do homem, no interior da reflexão jurídica. Colocar o sujeito como centro do debate jurídico, como sabemos, só foi possível com a entrada da subjetividade no discurso filosófico.

PALAVRAS-CHAVE

Direito positivo; Direito subjetivo; Hermenêutica; Sujeito.

ABSTRACT

This text is intended to explain the passage from positive Law to subjective Law. To do so we will follow the historical description of the classic book by Michel Villey. This discussion is important once it incorporates the centrality of man within the legal reflection. To put the subject as the center of legal debate, as we know, was only possible with the entry of subjectivity in philosophical discourse.

KEYWORDS

Positive law; Subjective Law; Hermeneutics; Subject.

* Graduado em Direito pela Universidade São Francisco e em Filosofia pela Faculdade do Mosteiro São Bento de São Paulo. Mestre em Filosofia Política pela Faculdade do Mosteiro de São Bento de São Paulo, Mestrando em Ensino, História e Filosofia das Ciências e Matemática pela Universidade Federal do ABC (UFABC) e Doutorando em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Advogado e Professor Universitário. E-mail: fabio@ferreirasantosferreira.com.br

1. INTRODUÇÃO

Nas palavras encontramos-nos com uma dicotomia que sempre nos consome frente ao que seja considerado o verdadeiro. Nesse aspecto, a verdade, algumas vezes, nos alcança pela correspondência; outras pela aceitação, mas, mesmo assim, não temos a certeza dessa verdade que, em determinadas ocasiões, somente nos chega ou em nós reside pela crença. Todavia, não podemos abandonar, na reflexão, o comprometimento e a seriedade que nos fazem diferentes como seres dotados de racionalidade em busca de decifrar ou simplesmente ter entendimento sobre o desconhecido. Para isso, citando Milton Meira, em apostila:

É preciso precaver-se na investigação das coisas para não confundir os entes reais com os entes de Razão. Investigar a natureza das coisas é diferente de investigar os modos pelos quais nós as percebemos. Se confundirmos isso não poderemos entender nem os modos de perceber nem a própria natureza; pior ainda, o que é mais grave, por causa disso, incidiremos nos maiores erros, como aconteceu até hoje.¹

A proposta do presente ensaio gravita em torno de um trecho da obra de Michel Villey, denominada *A formação do pensamento jurídico moderno*, cujo trecho segue transcrito:

Em suma, o próprio da linguagem jurídica clássica é visar a um mundo de coisas, de bens exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica entre as pessoas. A ciência do direito mira as coisas, e é nesse sentido que a autêntica linguagem jurídica é essencialmente objetiva. Diferente desta é a linguagem do individualismo. Em vez de visar à ordem do grupo, está centrada no sujeito em particular. Tende a conceber e a exprimir as “qualidades” ou as “faculdades” de um sujeito, as forças que seu ser irradia: poderes, mas, no sentido principal da palavra, entendida como capacidade da pessoa, inerente ao sujeito: no sentido subjetivo. Consequência: esse poder é concebido, de partida, como ilimitado. É apenas, num segundo momento, quando for preciso dar conta dos poderes concorrentes dos outros, que lhe atribuirão fronteiras. Inicialmente, ele não é uma parte definida.²

¹ NASCIMENTO, Milton Meira. **A teoria do seres morais**, SRD. (Apostila, 2011)

² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 255.

O direito objetivo, enquanto conjunto de regras jurídicas obrigatórias, em uma dada época, possui objetivo definido. Em outras palavras, o direito objetivo é exercido por meio das normas jurídicas e das leis, que devem ser obedecidas rigorosamente por todos os homens que vivem na sociedade que adota tais leis. Algo diferente ocorre com o direito subjetivo, na medida em que este é a faculdade ou possibilidade que alguém possui de fazer prevalecer — em juízo — a sua vontade, condensada em determinado interesse. É dentro dessas duas instâncias — do direito positivo ao direito subjetivo — que precisamos refletir sobre a capacidade que o homem tem de agir em defesa de seus interesses, invocando o cumprimento de normas jurídicas existentes, cada vez que essas regras jurídicas são aplicadas ao indivíduo.

2. A PROPOSTA DE MICHEL VILLEY

As coisas, durante longo período, foram o centro das atenções. Nelas, os homens se espelharam, se inspiraram e, por elas, perderam suas vidas, buscando, fenomenologicamente, compreender essa relação. Pensaram que vivificá-las pudesse conduzi-los a um patamar de superioridade, mas não foi assim; as coisas continuaram coisas.

A proposta de Villey visa a algo de diferente, a ponto de colocar o homem como centro. Embora os direitos do indivíduo, no início, pareçam ser ilimitados, encontram no outro suas limitações; mais do que isso, delatam uma falha gravíssima no direito positivo, revelam que sua gestação coisificada é, indiscutivelmente, inadequada ao homem, quando o que se busca é dar guarida à subjetividade deste. O autor, em um lampejo, capta a dificuldade e, ao mesmo tempo, a crise na qual o positivismo jurídico se encontra em decorrência de sua inelasticidade.

A construção de um pensamento é algo raro, não que não possa existir a liberdade de pensar uma nova proposta, convidando o leitor ao novo; porém, o rompimento com os paradigmas leva, obrigatoriamente, à necessidade de construir outro caminho para se chegar a outro ponto, a audácia do pensamento moderno de Villey é extremada a esse ponto.

Assim, falar sobre o direito positivo e o direito positivo moderno parece, a priori, uma redundância, que precisa ser mais bem compreendida. Essa compreensão se dará por meio de um entrelaçamento de pensamentos, ora já repisado, ora em contínua construção; parafraseando Sartre, não devemos nos preocupar com as coisas, elas somente existem porque os homens existem, a razão das coisas está na existência do homem, que é um para-si.

O direito subjetivo moderno, além de voltar toda atenção ao homem e este ser o ponto gravitacional do direito, mais do que isso, dimensiona como esse fe-

nômeno acontece, por isso é possível inferir, desde logo, que o direito positivo foi metamorfoseado na modernidade, pela lente desse grande expoente do direito, apontando-nos para uma nova realidade a de um novo direito.

Segundo Bobbio, em seu clássico, *A era dos direitos*, “o problema fundamental do direito em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.³ A ilação bobbianacena para um problema secular, pois a positivização do direito, em busca de alcançar o próprio direito em sua integralidade, foi surpreendida pela inefetividade subjetiva do próprio direito, talvez porque a razão da política seja heterônoma à natureza do homem, que, segundo Aristóteles, é um animal que se realiza na sociedade e que, ao mesmo tempo, possui singularidade.

Os defensores do direito positivo não conseguem encontrar o direito subjetivo em toda a sua extensão, no bojo do direito positivo, uma espécie de falsa representação onde o alcance do desejo de proteção, em sua totalidade, acaba por não acontecer, como bem destacado por Bobbio:

Em suma o legalismo jurídico é uma doutrina ético-política, cujo conteúdo consiste em afirmar que as leis enquanto tais são justas (e por isso devem ser obedecidas), passo que a doutrina pura do Direito se limita a afirmar que as leis são válidas independentemente do fato de serem justas ou injustas. Como doutrina ético-política do Direito, a concepção legalista se contrapõe à concepção jusnaturalista: esta última, de fato, conforme observamos, sustenta que as leis são válidas somente se são justas, mostrando, assim, distinguir nitidamente o juízo de validade daquele de valor e subordinando o primeiro ao segundo; a primeira, ao contrário, sustenta que a norma é justa pelo simples fato de ser válida, isto é, por ser uma lei, unificando, deste modo, o problema do valor e o da validade.⁴

Daí se verifica que falar que o positivismo jurídico reflete a legalidade e a justiça em sua última instância parece não conter a correspondência necessária aos novos padrões de verdade que a modernidade exige, na perspectiva do direito e da justiça. Sendo assim, embrionariamente, temos, em passant, uma distinção entre o direito positivo como outrora foi cunhado. A concepção de direito subjetivo moderno nos dá a nítida sensação de que temos, hoje, um outro direito, onde o positivismo teria a única e exclusiva função de cristalizar o direito, a partir de uma nova realidade

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

⁴ Id. *Direito e poder*. São Paulo: UNESP, 2008. p. 30.

discricionária e vetorizada do direito, acolhendo, em sua estrutura, veios de carga valorativa, mas que, além disso, consideraria, nesses valores, também o próprio direito, reconhecendo, inquestionavelmente, que os homens não são coisas.

Nos primórdios, antes da transmutação do direito natural para o direito positivo, a questão que fez com que aquele direito cedesse espaço para esta nova realidade, decorreu, em grande parte, da necessidade de impor não somente balizamento, ou melhor, limites dentro da relação social. Durante essa alquimia, o direito deixou de trazer a completude do direito natural em todos os seus aspectos, não somente quanto sua forma e essência, no sentido aristotélico do termo, como observado por Grotius, em seu tratado, *O direito da guerra e paz*:

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou ordena. Os atos, a propósito dos quais se manifesta essa regra, são, por si mesmos, obrigatórios ou ilícitos e, como tais, são considerados necessariamente ordenados ou proibidos por Deus. Observando-se isso, nota-se que esse direito difere do direito humano e também do direito divino voluntário que não prescreve nem proíbe coisas obrigatórias ou lícitas por si mesmas e por sua própria natureza; ao contrário, torna-as coisas ilícitas ao vetá-las e obrigatórias ao ordená-las.⁵

Sensivelmente, denota-se a categorização de três espécies de direitos, o que demonstra que a conversão do direito natural, ou seja, a positivação do direito, foi uma mera solução formal, quando nem o direito natural deixou de ser para ser positivo. E quanto ao direito positivo, uma modalidade de direito que, por seu vácuo em internalidade ou por não atender aos mesmos caracteres subjetivos e objetivos, demonstrou, ao longo do tempo, não atender aos critérios de justiça e de legalidade.

Nesse contexto, assim como afirma Grotius, as regras do direito serão deduzidas da natureza do homem e que, por isso mesmo, sua escola de interpretação pode ser classificada como sendo de direito natural. A novidade, no entanto, é que o direito não está mais na natureza externa do homem e sim no pensamento subjetivo do homem e de Deus. Nesse sentido, ele pode afirmar que o justo está no homem assim como fonte da justiça se encontra na razão. A razão, nesse caso, torna-se a essência do homem — do homem moderno, evidentemente — ocupando o lugar de natureza humana⁶.

⁵ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. (v. I). p. 79.

⁶ Cf. VILLEY, op. cit., p. 655.

Nesse sentido, é essencial o ensinamento de Marx e Engels, que se encontra em breve trecho da obra *A ideologia alemã II*:

O direito é o espírito da sociedade. (Ora a sociedade é o sagrado). Se a sociedade tem uma vontade, então essa vontade é precisamente o direito; ela só existe através do direito. Mas como ela só existe em virtude do fato (já não é pelo direito, mas unicamente pelo fato) de exercer um domínio sobre os indivíduos, daí se conclui que o direito é a sua vontade dominadora.⁷

Essa vontade dominadora da sociedade encontrou sua projeção no Estado como unidade monopolizadora do direito, sendo constituído, no seio da sociedade, pela concessão desta em não se autorregular, mesmo este direito sendo a sua máxima vontade. Embora a gênese desse direito se pareça com o direito natural, a desconexão é tamanha que sequer é possível sustentar que o direito positivo, em seu passado, tenha sido direito natural. Destaca Villey que:

[...] o positivismo jurídico, isto é, a soberania absoluta da lei positiva no direito (em São Tomás, ao contrário, a lei positiva ocupa apenas um lugar secundário, é apenas uma das duas fontes do direito). Pois à Vontade é dada primazia sobre a razão, se os “poderes absolutos” são exaltados com as liberdades pessoais, as ordens da vontade não passarão a prevalecer sobre o direito natural? No pináculo da moral social, Duns Scoto situa, como vimos, preceitos positivos divinos: “Não matarás”, “Não roubarás”, “Não cometerás adultério” – já que, a seus olhos, esses preceitos são mais positivos que racionais [...] Portanto, para encontrar o conteúdo do direito, é preciso fixar-se no texto da proibição divina, e não mais nos raciocínios fundados na natureza das coisas [...].⁸

Portanto, o direito natural não é o direito positivo, ou simplesmente aquele um continuísmo deste; também não é concebível que o direito positivo seja um direito das coisas diante da insignificância destas frente ao homem como ser livre, muito mais próximo de Deus. Entretanto, não podemos aceitar que o direito positivo seja natural em decorrência da sua imperatividade e arbitrariedade, já sinalizadas por Hobbes.

A fragilidade do direito natural e sua estrutura revelam que não tem relação com a estrutura do direito positivo, o qual encontrou, na vontade dos homens, as

⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã II**. Lisboa: Presença, 1975. (v. II). p. 134.

⁸ VILLEY, op. cit., pp. 208-209.

bases de sua edificação. Porém, sendo este homem insuficiente, como diria Pascal, a costura arranjada no contrato social fez dele um digesto positivo incompleto, porque, sequer do ponto de vista político, consegue atingir seus propósitos, como esclarece Rousseau.

Finalmente, quando o Estado, já perto de sua ruína, só subsiste de forma ilusória e vã, quando o liame social já se rompeu nos corações, quando o mais vil interesse apodera-se descaradamente do sagrado nome do bem público, aí a vontade geral emudece, e todos guiados por motivos secretos não opinam mais como cidadãos, como se o Estado jamais tivesse existido e, de forma fraudulenta, se fazem aprovar, sob o nome de Leis, decretos iníquos que só têm por objetivo o interesse particular.⁹

Se esse direito positivo não é nada de direito natural, sua incompletude o afasta deste, revelando sua singularidade e suas deficiências, inclusive de se concretizar, sem que houvesse a presença do Estado. Segundo Villey:

Se quando São Tomás reabilitava a razão, ele o fazia com plena consciência de sua fraqueza e de seus limites, o racionalismo moderno teve louca ambição de deduzir da natureza do homem individual um sistema de regras jurídicas certas, imutáveis, universais, de regras jurídicas imaginadas com base no modelo das regras expressas que a lei positiva produz, mas que teriam por autores não a vontade, mas a Natureza ou a Razão. Isso não passava de uma mistura informe de direito natural e de positivismo jurídico.¹⁰

A inconsistência e a imprecisão da fonte desse direito, calcada na natureza e na razão, o fez ser o que é: algo refratário, pois, ao mesmo tempo em que tem como fim garantir a proteção do homem, não o faz; embora legitimado, não consegue, unisonamente, ter legitimidade; outrossim, construiu o Estado como representante pela vontade geral, mas caricaturou suas Leis pela natureza ou pela razão, solos estes da incerteza, criando, assim, um conflito genético de linguagem enquanto sua natureza conceitual, conforme cotejado por Kant:

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995, pp. 156-157.

¹⁰ VILLEY, op. cit., p. 296.

Ora o conceito de uma coisa como fim natural é aquele que subsume a natureza sob uma causalidade que somente é pensável através da razão, para, segundo este conceito, julgar sobre aquilo que é do objeto e dado na experiência. No entanto, para utilizar dogmaticamente para a faculdade de juízo determinante, teríamos que, de antemão, nos assegurar da realidade objetiva deste conceito, porque de outro modo não poderíamos nele subsumir qualquer coisa da natureza. Porém o conceito de uma coisa como fim natural é, na verdade, empiricamente condicionado, isto é somente possível sob certas condições dadas na experiência e não abstraível destas.¹¹

Nessa esteira, o que seria, então, um conceito objetivo de direito? Aliás, como conceituar o direito pela vontade de cada homem? Por sua natureza ou simplesmente por sua razão? A ponte para o encontro do homem com o direito positivo está incompleta, segundo Villey; o positivismo jurídico não atende aos propósitos do homem que quer justiça.

Se levamos em conta a distinção entre direito objetivo e subjetivo, que é extremamente sutil, na medida em que correspondem a dois aspectos inseparáveis, o direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo. De fato, como tarefa primordial da norma jurídica, está a de atribuir a um sujeito uma existência ou ao menos inserir uma pretensão de, contra outro sujeito, sobre quem impende, por isso mesmo, uma obrigação, ou seja, um dever jurídico. Mas a pretensão atribuída pelo Direito também é denominada de direito. O significado da palavra não é o mesmo em ambos os casos: no primeiro, corresponde à norma da coexistência, enquanto direito em sentido objetivo; no segundo caso, o significado está ligado à faculdade de pretender, ou seja, direito em sentido subjetivo.

Como vimos, esse debate sobre a objetividade do direito revela uma plurivalência semântica. A palavra direito, ora significa o direito positivo vigente, sinônimo de ordenamento jurídico que vigora em determinado Estado, ora significa o poder que o indivíduo possui de fazer valer seus direitos individuais. Assim como no que dissemos anteriormente, no primeiro caso, falamos de direito objetivo, enquanto no segundo, de direito subjetivo. Nesse sentido, direito subjetivo e direito objetivo são aspectos diferentes de um conceito, o que permite a polissemia de significado, na medida em que, pela palavra Direito, compreendemos as faculdades e a norma do julgar os dois lados de um mesmo fenômeno. Essa polissemia instala, no interior do direito, dois aspectos importantes na visão daquele que julga: um é o aspecto individual; outro, o aspecto social do julgamento.

¹¹ KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998. p. 319.

A tentativa de superação dessa aparente ambiguidade foi tentar criar leis e mais leis, em busca de colocar tudo dentro da probabilidade legal. Mas, como sabemos, todo esse esforço não foi o suficiente, pois não atingiu o direito dos homens, assim como não alcançou o homem dos direitos, como destacado por Giorgio Agamben, citando Hannah Arendt:

Se os refugiados (cujo número nunca parou de crescer no nosso século XX, até incluir hoje uma porção não desprezível da humanidade) representam, no ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento tão inquietante, é, antes de tudo, porque, rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna. Exibindo à luz o resíduo entre nascimento e nação, o refugiado faz surgir por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, “o homem dos direitos”, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre. Mas, justamente por isto, a sua figura é tão difícil de definir politicamente.¹²

A proposta de proteção parece não acontecer; o Estado faz do homem um tema da política, das propostas, um fantoche da pseudoproteção, isso porque o seu direito subjetivo positivo moderno não é alcançado pelo direito positivo (sem qualquer critério valorativo), ainda pregado e defendido pelo sectário Estado, levando o homem, aos poucos, ao seu completo definhamento, revelando, assim, o hiato entre o poder constituinte e o poder constituído. O homem, portanto, não é representado; e, se é, é apenas ficticiamente.

Ao que parece, o homem vive um eterno sonho ou simplesmente uma “doce ilusão”, segundo Hart:

Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”.¹³

¹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2 ed. Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 128.

¹³ HART, Hebert. **O conceito de direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 141.

Todavia, essa não é a realidade. A avaliação e a justificação permeiam nossa cultura jurídica do cotidiano. A vã tentativa de desconsiderar este fenômeno leva à insubsistência do positivismo jurídico. Nas palavras de Dworkin, a teoria do direito merece interpretação, não dá para sustentar, segundo Tércio, que o juiz diz a lei. O juiz interpreta a lei para o “homem histórico”, como vaticinava Hegel, num mecanismo de aperfeiçoamento da lei, que, em sua frieza e brutalidade, ou melhor, em seu comando imperativo simples, sem nenhuma carga de valor, não atende aos fins colimados da justiça e da legalidade.

Não há direitos, nem sequer os direitos ditos como humanos. Pode ser compreendido como um supradireito, acima, inclusive, do Estado, mas questionamos que direito é este que não tem coercibilidade e protetividade quanto a sua garantia de aplicação e efetividade frente, inclusive, à fraqueza das convenções internacionais, como bem esclarece Comparato:

Os direitos humanos não existem, no plano internacional, apenas e tão somente quando os Estados resolvem reconhecê-los por meio de tratados e convenções. Pela sua própria natureza, nunca é demais repetir, trata-se de direitos inerentes à própria condição humana, e que, por isso mesmo, não dependentes do assentimento estatal para serem exigidos. “Todos os homens”, proclama o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Não são os Estados que lhes conferem esses atributos.¹⁴

Dessa forma, à luz do pensamento de Villey, o direito positivo moderno não se sustenta sobre o jaez do direito positivo ou do clássico positivismo jurídico, considerando o desprezo que este dá à condição humana, como unidade que exige e não espera direitos como os da sua proteção. O grande equívoco da filosofia do direito foi fazer uma leitura errônea das origens de cada direito, ou seja, do direito das coisas, do direito natural e do direito positivo, como sendo algo simples ou simples consequência evolutiva darwiniana do direito.

Assim, à luz da perspectiva do direito subjetivo moderno, o positivismo que ele encampa é totalmente distinto do que aquele cultivado ao longo da história positivista; a crítica deflagrada por Villey busca demonstrar que a justiça semeada é aquela ainda retrógrada objetável, peculiar em sua origem e em sua natureza, convolvendo-se em inadequada ao próprio homem, como ser dotado de valores.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 253.

3. CONCLUSÃO

Nesse contexto, a deficiência do positivismo é desmascarada por Villey na medida em que aquilo que é definido como válido, na acepção jurídica do termo, somente atende a alguns, depondo, dessa maneira, contra a forma mais comezinha do direito, que é o senso de direito e o senso de justiça, já destacado outrora por Platão, no livro IV da República, ao citar a passagem do anel de Gíges.

Criando, no plano sensível, uma diversidade de mundos sobre a égide da mesma lei, sintoma este que leva o subjetivismo jurídico moderno não somente a tornar claras e evidentes as anomalias do positivismo jurídico, mas revelar, com nitidez, que o direito, encapsulado por este, não tem o condão de atingir a justiça que defende o direito subjetivo moderno.

Isso evidencia, por esse prisma, que a sociedade moderna codificada, ora decodificada, recebe uma falsa representação da legalidade e da justiça, em que o direito acaba tornando-se privilégio de uma pequena minoria, fraturando, assim, não somente a concepção de comunidade e do coletivo, mas fazendo com que o direito não passe de uma mera expectativa, algo inatingível ante seu caráter quase que metafísico; por essa razão, de difícil sustentação, quanto à afirmação da travessia do direito positivo ao direito positivo subjetivo moderno, que representa, em nossa modernidade, outra modalidade de direito, contendo uma singularidade quanto às suas origens, à estrutura e à finalidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua** I. 2 ed. Belo Horizonte, UFMG, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2003.

_____. **Direito e poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. (v. I).

HART, Hebert. **O conceito de direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã II**. Lisboa: Presença, 1975. (v. II).

NASCIMENTO, Milton Meira. **A teoria do seres morais**, SRD. (Apostila, 2011).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

O DIREITO BÁSICO QUE TODOS POSSUEM EM CONVIVER COM A DIFERENÇA: O PROCESSO INCLUSIVO DAS CRIANÇAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS

THE BASIC RIGHT THAT EVERYONE HAS OF LIVING WITH THE DIFFERENCE: THE
INCLUSIVE PROCESS OF CHILDREN WITH DISABILITIES

Cristina Maria Nascimento Gomes*

Data de recebimento: 10/01/2012

Data de aprovação: 16/05/2012

RESUMO

O artigo trata sobre a inclusão das pessoas com deficiências nas escolas, versando tanto sobre o ponto de vista do incluído, como dos que convivem com a inclusão, demonstrando claramente os pontos positivos trazidos para ambos. Inicialmente, é feita uma abordagem constitucional, em seguida, é feita a análise sobre as políticas públicas de inclusão dessa categoria e o posicionamento do governo sobre a temática. E, por fim, é dada ênfase à importância da inclusão e às transformações humanas geradas por ela, tanto na pessoa com deficiência, que passa a conviver com a maioria, como, e principalmente, da maioria que passa a conviver com a minoria, porque esse também configura um direito básico de todo cidadão, saber conviver com a diferença.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoas com Deficiência; Inclusão Social; Direito Fundamental.

ABSTRACT

The article deals with the inclusion of people who have disabilities in schools, covering both on the point of view included, as those who live with the inclusion, clearly demonstrating the strengths brought to both. We begin with a constitutional approach.

* Graduada em Direito- Faculdade de Alagoas- Maceió/AL (2007). Especialista em Direito Público- Universidade Potiguar- Rio Grande do Norte/RN (2008). Mestrado em andamento- Faculdade de Direito de Alagoas - Universidade Federal de Alagoas- Maceió/AL. Advogada.
E-mail: tina_maria_al@hotmail.com

ch, then the analysis is made on the public policy of inclusion of this category and the government's position on the subject, and finally, the emphasis is on the importance of inclusion and human transformations generated by it, both in disabled person who has to deal with most, but, above, the majority has to deal with the minority, because it also sets up a basic right of every citizen to live with knowing the difference.

KEYWORDS

People who have Disabilities; Social Inclusion; Fundamental Right.

1. INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, que prega a igualdade como requisito fundamental da Democracia, o tratamento dado às pessoas com deficiências, apesar de todo aparato constitucional e legal, ainda é falho.

Na busca de efetivar as normas constitucionais e infra-constitucionais, são realizadas algumas políticas públicas de inclusão social, com o intuito de compensar, garantir a cidadania e fazer valer o direito de tratamento igualitário para todos.

No entanto, apesar de toda essa ferramenta social existente, algo fundamental falta para a real efetivação desses direitos, a consciência da importância da inclusão social. Importância esta que não se limita apenas às pessoas com deficiências, vai muito mais além, alcança, em especial, aos que passam a conviver com essas pessoas.

A transformação humana que ocorre com as pessoas que passam a conviver com o deficiente é de extrema importância para o crescimento humano, pois passam a saber lidar com as limitações dos outros, sem realizar qualquer tipo de visão distorcida diante daquela situação, visto que, desde a época escolar, souberam dividir o espaço e conviver de forma igualitária com aos portadores de deficiência.

Dessa forma, o presente artigo vislumbra não só tratar sobre o processo inclusivo social do deficiente nas escolas, como também o direito básico que todos possuem de conviver com a minoria.

2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Terminologia mais adequada

A nomenclatura utilizada para tratar deste tipo de categoria específica modificou-se com o tempo, e ganhou aperfeiçoamento, passando a possuir um termo mais apropriado.

Inicialmente, no primeiro instrumento normativo que mencionou esta categoria de forma direcionada, a Emenda Constitucional de 1969, utilizou o termo ‘excepcional’, no entanto, este termo traz um direcionamento maior para apenas um tipo de deficiência, a mental,¹ logo, não foi um termo muito adequado e inclusivo.

¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª Edição. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. Disponível < http://portal.mj.gov.br/corde/protacao_const1.asp >

A Constituição Federal de 1988 adotou o termo ‘pessoas portadores de deficiência’, um termo mais adequado que o anterior, que não foca no objeto de estudo propriamente dito, visto que o termo ‘deficiente’ isoladamente, aparenta um estigma, como perda, imperfeição, falta, defeito; ao enquadrar o termo ‘portadores’, torna-se mais leve, ressaltando o caráter pessoal da nomenclatura.²

No entanto, somente com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ingressou no Brasil por meio do Decreto-Legislativo nº 186/08 e do Decreto de Promulgação nº 6949/09, foi que o termo mais adequado surgiu, ‘pessoas com deficiência’, vez que a idéia mencionada na Constituição Federal de ‘portar’ é equivocada, a pessoa tem uma deficiência, não a porta. Como esta Convenção, possui *status* de Emenda Constitucional, o termo foi acolhido pela Constituição, de forma mais atual e adequada.³

2.2. Proteção constitucional das pessoas com deficiência e o Princípio da Igualdade

A Constituição garante, em vários dispositivos, o respeito e a prática da igualdade, mas é, no artigo 5º, que vem elencado o princípio da igualdade, de fundamental importância para o tema, prescrevendo, de forma categórica, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (...)”.

A igualdade é requisito essencial do Estado Democrático de Direito, sendo requisito fundamental da democracia, bem como está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, principalmente no assunto em questão⁴.

A realidade tornou-se complexa e a previsão legal da isonomia formal de que todos são iguais perante a lei não era mais suficiente, o que fez surgir a isonomia

² ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: Algumas dificuldades para efetivação dos Direitos**. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 913.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª Edição. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. Disponível < http://portal.mj.gov.br/corde/protECAO_const1.asp>

⁴ QUARESMA, Regina. **A Pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social**. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. pp. 926-933.

material, em que é preciso tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades⁵.

É possível verificar a isonomia material na atuação estatal de políticas públicas de inclusão dessa categoria no seio da sociedade, como forma de compensação de décadas de esquecimento pelo Estado nas previsões legais e sociais de proteção a essa categoria, em uma verdadeira política de exclusão⁶.

No concernente às pessoas com deficiência, realizando uma análise sucinta, há previsão constitucional de proteção em alguns dispositivos, a começar pelo artigo 1º, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana; bem como, o artigo 227, III, que menciona a integração social do adolescente portador de deficiência, e, no seu parágrafo 2º, que trata do dever de dispor sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público, bem como, fabricação de veículos de transporte adaptados, com o intuito de preservar o acesso adequado a essas pessoas⁷.

3. PROCESSOS DE INCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. A interferência governamental em prol dos deficientes

O Governo atua por meio de leis e decretos, ou por políticas públicas, que são atuações governamentais visando a concretizar direitos, utilizando-se de um planejamento e de participações populares, para beneficiar determinada coletividade de interesses⁸.

As pessoas com deficiência sofreram, em nosso País, por décadas, uma exclusão social, quando hoje é perceptível que este comportamento não é mais aceitável, vez que falar em pessoas com deficiência atualmente é tratar diretamente de

⁵ QUARESMA, Regina. *A Pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social*. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 928.

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: Algumas dificuldades para efetivação dos Direitos*. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 914.

⁷ BIGIO, Luiz Renato Junqueira. **A pessoa com deficiência, o princípio da igualdade e as políticas públicas no setor de transporte coletivo urbano no município do Rio de Janeiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2012, 3 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12170>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁸ BIGIO, Luiz Renato Junqueira. **A pessoa com deficiência, o princípio da igualdade e as políticas públicas no setor de transporte coletivo urbano no município do Rio de Janeiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2012, 3 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12170>>. Acesso em: 13 set. 2011.

cidadania e democracia, assim como igualdade social, respeito às diferenças e aos direitos humanos⁹.

A competência legislativa para regular sobre ações de inclusão social, no Brasil, é concorrente, limitando à União a formulação de regras gerais, ficando os Estados e Municípios legislando de forma suplementar.

Dirigindo-se ao assunto propriamente dito, o Brasil possui algumas leis e decretos prevendo determinadas proteções a esta categoria social, qual seja a Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências¹⁰.

A Lei 8028/90 realiza determinadas alterações na lei acima mencionada, concernente aos deficientes, bem como o Decreto 3.298, regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências¹¹.

Há também a Lei 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências¹². Lei esta, que foi regulamentada pelo Decreto 5.296/2004, estabelecendo normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dando outras providências¹³.

Contudo, apesar de outras e destas atuações governamentais, na prática, o que se verifica são informações apenas contidas no papel, mas longe de serem postas em práticas. Desta forma, o desafio almejado é vencer esta barreira posta pelo preconceito e a discriminação, sendo extremamente necessário para imple-

⁹ IBDPD. Instituto Brasileiro dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Inclusão Social da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: IBDPD, 2008. p. 35.

¹⁰ Informações disponíveis no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm

¹¹ Informações contidas no site: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8028.htm e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm

¹² Informações contidas no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm

¹³ Informações disponíveis no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm

mentação destes arcabouços legais um movimento de conscientização com a participação da sociedade¹⁴.

3.2. O governo deveria atuar junto à rede regular de ensino visando à inclusão social? Há possibilidade de impor a aceitação de uma criança com deficiência em uma escola regular?

Como resultado da mobilização da sociedade brasileira, o número de crianças com deficiência matriculadas em escolas regulares vem aumentando, afinal, a Constituição Federal Brasileira garante a todas as crianças, sem exceção, o acesso ao ensino fundamental regular. E ainda completa, deixando claro que crianças que possuam necessidades especiais merecem ser recebidas nessas escolas regulares, possuindo um atendimento especializado¹⁵.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227- § 1º, II- criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Uma atuação governamental válida na busca pela inclusão social de pessoas com deficiência ocorreu em 20 de dezembro de 1996, por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), com inúmeras previsões inclusivas, como, por exemplo, o artigo 4º, III, que afirma que “O dever do Estado com a educação

¹⁴ IBDPD. Instituto Brasileiro dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Inclusão Social da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: IBDPD, 2008. pp. 42-43.

¹⁵ BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança- do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007. p. 19.

escolar pública será efetivado mediante garantia de atendimento especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino”¹⁶.

Importante lei que visa a preservar e lutar em favor da inclusão social nas escolas de ensino regular é a Lei 7.853/89, prevendo, inclusive, no seu artigo 8º, pena de reclusão a quem se obstar a matricular criança com deficiência:

Lei 7.853/89- Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa: **I** - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta. ¹⁷

Vale mencionar que a Constituição Federal, bem como a Lei acima mencionada, colocou o Ministério Público como tutor jurídico das pessoas portadoras de deficiências. Além dele, nos termos da Lei de Ação Civil, há outros legitimados a tutelar este grupo e pessoas, defendendo seus direitos básicos de cidadania e igualdade¹⁸.

Assim, tanto o Ministério Público como as associações e as pessoas de direito público podem defender os direitos violados das crianças com deficiência. Detalhando um pouco mais, sabe-se que as associações possuem vontade política e são formadas por pessoas diretamente interessadas na causa, ou seja, os próprios deficientes, parentes e amigos, e geralmente, em seu estatuto, já vem mencionada a defesa e legitimidade desta para atuação. Ponto delicado que necessitaria uma refor-

¹⁶ Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional- LDB: **lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. – 5. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2010. Disponível em < http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2762/ldb_5ed.pdf>

¹⁷ Informações disponíveis no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: Algumas dificuldades para efetivação dos Direitos. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 917.

mulação para melhor atuação seria sua estrutura jurídica; são poucos os advogados que militam nesta causa¹⁹.

No concernente às pessoas de direito público (União, Estados e Municípios), estas não possuem vontade política, mas apresentam estrutura jurídica preparada para defender a causa, com profissionais concursados e, portanto, capacitados para tal; no entanto, na prática são elas as maiores violadoras dos direitos das pessoas com deficiência²⁰.

Por fim, o Ministério Público, possuidor de vontade política, sua atuação nada mais é que um dever jurídico previsto na Constituição Federal, sua estrutura jurídica é digna para defender os portadores de deficiência, porém, com relação ao conhecimento técnico, deixa a desejar, visto tutelar diversos direitos, faltando-lhe a vivência com a realidade dos deficientes, o que faz com que seu papel seja limitado e pouco eficaz²¹.

Verifica-se, assim, que há instrumentos legais e órgãos especializados nestas causas, capazes de brigar juridicamente pela defesa desta categoria, no entanto, apesar de todo este aparato, esses programas, propostas, projetos, leis e decretos configuram direitos apenas no papel, sem que haja efetivação deles na realidade²².

4. A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO SOCIAL NAS ESCOLAS

4.1. A acessibilidade das crianças com deficiência às escolas

O acesso e a permanência na rede de ensino regular das crianças com deficiência é um direito imprescindível ligado à cidadania, inclusive servindo para a

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: Algumas dificuldades para efetivação dos Direitos. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. pp. 918-922.

²⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. **Constitucionalizando Direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. pp. 432.

²¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. **Constitucionalizando Direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. pp. 432-435.

²² MACIEL, MARIA REGINA CAZZANIGA. **Portadores de deficiência: a questão da inclusão social**. São Paulo Perspec. [online]. 2000, vol.14, n.2, pp. 51-56. ISSN 0102-8839. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392000000200008>.

preparação da inserção na sociedade²³.

Pode-se dizer que o momento histórico de que trata da educação para as crianças com deficiência se apresenta em quatro momentos: a exclusão do sistema escolar; atendimento especial no sistema escolar; integração do sistema escolar regular; e inclusão no sistema escolar regular²⁴.

Com relação à exclusão dessas crianças do sistema escolar, já mencionamos acima, os portadores de deficiência, por décadas, foram esquecidos pelos meios sociais e governamentais. Em seguida, surgiu o sistema de escola especializada, o que não caracterizou um avanço, pois trouxe consigo características negativas e segregacionistas, tratando as crianças com deficiência como pessoas incapazes de se relacionarem com pessoas sem deficiência. No sistema de integração, o que se tinha era a lei determinando a inclusão, mas a criança com deficiência só permanecia se acompanhasse o ritmo da turma. No entanto, hoje, a realidade se mostra diferenciada; com as políticas de inclusão social, a importância e a conscientização do enquadramento social desta categoria é outro²⁵.

Dessa forma, escola inclusiva é aquela em que há todos os ajustes necessários para receber todas as crianças que desejam ser matriculadas em seu sistema de ensino, logo, engloba termos como justiça social, pedagogia, reforma escolar e melhorias de programas de ensino²⁶.

As pressões paradigmáticas vivenciadas em outros países fizeram com que surgisse, no Brasil, os impactos mais significativos da integração escolar na década de 90, gerando medidas pelos órgãos responsáveis pela feição de políticas educacionais brasileiras²⁷.

²³ BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança- do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007. p.23.

²⁴ BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005. p. 05.

²⁵ BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança- do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007. p.21.

²⁶ PACHECO, José. **Caminhos para inclusão: um guia para o aprimoramento da equipe escolar**. Porto Alegre: Artmed, 2007. pp. 14-16.

²⁷ BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005. p. 07.

Apesar dessas inúmeras tentativas de democratização do ensino brasileiro, o acesso à educação ainda continua aberto a poucos, principalmente no que concerne a pessoas com deficiência, por diversos motivos, seja pela quantidade de alunos, pelas diferenças regionais, pelo conservadorismo das escolas, pelo despreparo profissional ou estrutural da escola, dentre outros²⁸.

Assim, sabemos que ainda temos muito a alcançar para se conseguir um tratamento igualitário e digno para essas categorias, afinal, no geral, a sociedade não tem como ideologia o bem estar de todos, nem é preparada para respeitar as diferenças e limitações de determinado grupo humano; ainda possuímos um sistema educacional de formação para lidar com o padrão aceitável pela sociedade e não para compreender distinções físicas ou intelectuais²⁹.

4.2. A preparação escolar (tanto estrutural como da formação acadêmica) para recepção de deficientes

Os maiores obstáculos para a inclusão escolar das crianças com deficiência são: a falta de formação capaz de lidar com a diferença sem discriminação, a falta de preparo dos professores, a falta de infra-estrutura das escolas e a ausência de metodologia adequada a cada espécie de deficiência³⁰.

Inicialmente, o que se precisa para uma educação inclusiva é trabalhar a consciência, ou seja, saber que todas as crianças são diferentes, na sua forma de se relacionar e de aprender. E, diante disso, realizar uma individualização de ensino, de alvos, de didática e de avaliação, afinal não se alcançará a inclusão social se houver tratamento homogêneo de crianças que se encontram em situações diversas³¹.

Outro fator importante para esta inclusão são profissionais qualificados para lidar com pessoas diferenciadas, ou seja, os professores têm que possuir experiência de integração e inclusão, pois de nada adiantaria aceitar crianças no seio de salas de

²⁸ MONTOAN. Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar: pontos e contrapontos**. São Paulo: Summus, 2006. p. 23.

²⁹ RESENDE. Fernanda Garcia. ÁVILA. Bárbara Terra. **Inclusão Escolar e Deficiência Mental: um estudo de caso em uma Escola Municipal de Lavras- Minas Gerais**. Portal dos Psicólogos: abril de 2011. Disponível <www.psicologia.pt>

³⁰ VITAL. Lucila Maria de Andrade. PIRES. Melina Dutra Esteves. ALVES. Luciana Mendonça. **Inclusão Social nas Escolas Regulares: principais dificuldades enfrentadas pela equipe escolar**. Uberaba: Revista Profissão Docente, vol.10, n.21, 2010.

³¹ BEYER. Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005. pp. 28-29.

aulas regulares se não possuem profissionais capazes de lidar com tais estudantes³².

E ainda a falta de metodologia especializada diante das inúmeras formas de deficiência (sejam recursos em braille para os cegos, a língua dos sinais para os surdos, estruturas físicas preparadas para os cadeirantes, etc), sendo necessário um planejamento e todo um projeto para adaptação e enquadramento de todos no meio escolar regular³³.

Dessa forma, verifica-se que a inclusão escolar não configura apenas em ingressar as crianças em escolas regulares, mas, acima de tudo, fazer como que essas escolas se mostrem responsáveis e se auto-determinem com preparo adequado para atender às necessidades de cada criança ali presente, permitindo que estas se desenvolvam e possuam oportunidades iguais as todas as outras³⁴.

5. O DIREITO DE CONVIVER COM A DIFERENÇA E A TRANSFORMAÇÃO HUMANA

5.1. O direito da maioria em querer conviver com a minoria: a aceitação pelas outras crianças dos amigos de classe com deficiência

Apesar da sociedade eleger um padrão de normalidade e classificar as pessoas seguindo esse padrão, esquecendo que a sociedade em si é formada por uma grande diversidade, criando verdadeiras barreiras sociais diante de comportamentos de rejeição, estigmas e preconceitos, quando se tem um ambiente estruturado e profissionais capacitados para lidar com a situação, o processo de inclusão escolar se torna mais efetivo³⁵.

Dessa forma, o que se verifica é que o meio social não está preparado para lidar com a diferença. No entanto, se, na escola, que juntamente com a família é a base formadora das mentes humanas, as crianças forem trabalhadas para conviver e verem normalidade naquela convivência, a tendência será melhorar a mentalidade

³² BEYER. Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005. p. 56.

³³ BEYER. Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005. pp. 72-73.

³⁴ MITTLER. Peter. **Educação Inclusiva: Contextos Sociais**. Porto Alegre: ArtMed, 2003.

³⁵ RESENDE. Fernanda Garcia. ÁVILA. Bárbara Terra. **Inclusão Escolar e Deficiência Mental: um estudo de caso em uma Escola Municipal de Lavras- Minas Gerais**. Portal dos Psicólogos: abril de 2011. Disponível <www.psicologia.pt>

social de forma tímida, mas, contudo, progressiva.

Fala-se aqui não só de um direito inclusivo da minoria visando juntar crianças com deficiência às crianças sem deficiência, para que todas brinquem e convivam juntamente sem qualquer tipo de preconceito e discriminação, mas também de um direito inclusivo da maioria, que, convivendo com pessoas portadoras de deficiências, passam a ser adultos mais evoluídos emocionalmente e socialmente, visto que aprender na época certa a enxergar naturalidade neste convívio evita os contratempos e constrangimentos que nós, adultos de hoje, nos deparamos quando queremos nos relacionar de alguma forma com alguém com deficiência, justamente por não termos tido oportunidade na origem, quando crianças, de conviver neste nível de igualdade³⁶.

A mudança ocasionada com esta prática será essencial para formação de pessoas mais humanas, afinal o trabalho central foca na prática colaborativa de aprendizagem, mediante especialização de profissionais, escolas, alunos e pais, visando à solidariedade e ao respeito às diferenças, lidando com a diversidade e suprindo às diferentes necessidades educacionais, gerando a certeza de que as diferenças não tornam as pessoas desiguais no concernente aos direitos³⁷.

Um caso específico reportado na Revista Nova Escola³⁸ demonstra como essa interação entre deficiente, professor e alunos da sala de aula torna-se importante para o processo de inclusão escolar. Abaixo alguns trechos da reportagem que deixa claro o esforço da professora ao tratar de forma diferencial o diferente, forçando-o a evoluir aos poucos e a interagir com os outros como membro do meio a que pertence, bem como a colaboração da turma, convivendo em harmonia e estimulando as relações sociais e afetivas com a pessoa com deficiência, em um verdadeiro ambiente igualitário que merece ser.

Hellen poderia ter alegado que Matheus não aprendia como os demais. Seria mais fácil desistir do aluno autista que fogia da sala a toda hora, mas ela escolheu o caminho mais difícil, o de incluí-lo. Ambos saíram ganhando (...) Ela sabia que

³⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. **Constitucionalizando Direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. pp. 422-425.

³⁷ BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança - do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007. pp. 21-25.

³⁸ VERRI, Daniela Talamoni. CALLEGARI, Jeanne. Inclusão que Ensina. **Revista Nova Escola**. São Paulo: Editora Abril, julho de 2009.

precisaria inovar se quisesse que Matheus aprendesse. E o primeiro desafio era mantê-lo em sala. “Passei a iniciar as aulas do lado de fora. Todos os dias eu cantava, lia histórias ou sugeria alguma atividade que estimulasse a alfabetização ou outro aprendizado”, lembra. “Era uma forma de ensinar o conteúdo, promover a integração entre as crianças e atrair o Matheus para a classe.” (...) Para lidar com as fugas repentinas para o bebedouro - onde Matheus se acalmava mexendo na água -, a professora ensinou-o a pedir para sair. Mostrava, a cada fuga, que ele podia bater com a caneca na carteira quando quisesse beber água. “Um dia, ele bateu a caneca e permaneceu sentado, esperando a minha reação,” conta a professora Hellen. “Percebi que ele tinha aprendido.” (...) Durante a chamada, a professora Hellen sempre fazia uma pausa após o nome dele, na esperança de ouvir a resposta. Nada acontecia. Até que, um dia, para a surpresa de todos, ele disse “presente”. “A turma inteira bateu palmas. A partir desse momento, ele começou a se comunicar, a dizer o que queria.”³⁹

Verifica-se, dessa forma, que o ensino inclusivo termina por eliminar preconceitos e discriminações, desenvolvendo a idéia de naturalidade no convívio com pessoas com deficiência, transformando crianças em adultos conscientes das diferenças, respeitadores destas e capazes de lidar de forma cotidiana e normal com as limitações de terceiros, visto que viveu em um ambiente democraticamente inclusivo, desde infância, possibilitando um amadurecimento das habilidades sensoriais e do intelecto emocional⁴⁰.

5.2. As alterações psicológicas, comportamentais e humanas relacionadas à aceitação da diferença desde início da vida social

Tendo a escola papel relevante na vida de toda criança, e tendo a obrigação de representar a vida em seu contexto real, o ambiente escolar tem mais é que mostrar a experiência em se conviver com a diferença. A infância é a fase principal para ingressar de forma natural determinada informação, logo, viver com a diferença na infância é um privilégio para poucos, infelizmente, porque isso fará com que, no

³⁹ VERRI, Daniela Talamoni. CALLEGARI, Jeanne. Inclusão que Ensina. *Revista Nova Escola*. São Paulo: Editora Abril, julho de 2009.

⁴⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. *Constitucionalizando Direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. pp. 422-425.

futuro, não se tenha tantas dificuldades em vencer preconceitos⁴¹.

Dessa forma, viver a inclusão social é algo extremamente importante, tanto para a pessoa com deficiência como para os que convivem com ela, afinal, todos são iguais e portadores de direitos fundamentais que merecem ser respeitados. Além disso, essa prática de forma consequencial colabora na formação de adultos pacientes, solidários e com um senso de responsabilidade social para com os outros⁴².

Todas as pessoas saem ganhando com a inclusão social, além de servir de exemplo e de cumprimento da democracia e cidadania. O exercício de responsabilidade pelo bem-estar do outro é uma prática freqüente nas escolas inclusivas⁴³.

Por fim, cabe mencionar uma afirmação da Secretária de Educação Especial do Ministério da Educação (MEC), feita na entrevista reportada pela Revista Criança- Do professor de Educação Infantil:

A inclusão é extremamente favorável à eliminação de posturas excludentes, pois, a partir da convivência na heterogeneidade, as crianças aprendem, desde cedo, a não discriminar. Estudos comprovam o desenvolvimento de práticas colaborativas e valores como a solidariedade e o respeito à diferença. (...) Com uma nova concepção de ser humano, ética, cultura e sociedade, e também com a evolução do conhecimento científico acerca da inteligência humana, a educação passa a ser definida e viabilizada como direito de todos. À medida que existe esta mudança de mentalidade nas escolas, altera-se o pensamento e a realidade cultural do País.⁴⁴

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por foco demonstrar a efetividade das Leis de inclusão escolar das pessoas com deficiência, visando a demonstrar, ainda, a necessidade de mudanças de pensamento, tornando a sociedade, como um todo, mais inclusiva e

⁴¹ MONTOAM. Maria Teresa Eglér. **Inclusão Social: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Editora Moderna, 2006.

⁴² CAVALCANTE. Meire. A Escola que é de todas as crianças. **Revista Nova Escola**. Edição 182. São Paulo: Editora Abril, maio de 2005.

⁴³ CAVALCANTE. Meire. A Escola que é de todas as crianças. **Revista Nova Escola**. Edição 182. São Paulo: Editora Abril, maio de 2005.

⁴⁴ BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança- do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007. p. 2

preparada a lidar com a diferença, sendo mais solidária e fraterna.

Foi ressaltado, por meio da análise legislativa, que, por anos, os deficientes ficaram à margem do direito, mas que, com o passar do tempo e com as mudanças pragmáticas, de forma tímida, começaram a ganhar espaço, sendo incluídos no meio social, e, hoje, a tentativa é de enquadrá-los de forma igualitária em todos os campos da sociedade, tendo, inclusive, amparo legal para este propósito.

Verificou-se que a atuação do Poder Público, seja por meio de leis e decretos, seja por meio de políticas públicas, muito embora, por vezes, configure letra morta de lei, configura um avanço e uma conquista para esta categoria específica, que, com uma contribuição ativa de todos, numa sociedade comprometida com a dignidade da pessoa humana e sua cidadania, pode-se alcançar o patamar de igualdade necessário para uma vida mais saudável e decente.

Demonstrou-se que as escolas devem estar preparadas para receber todos os tipos de crianças, como forma de cumprir com os ditames da Constituição Federal e como forma de mostrar seu papel básico de exemplo na formação educacional infantil.

E, por fim, diante do estudo comportamental, ficou comprovado que esta inclusão social e escolar traz vantagens para todos, seja para a pessoa portadora de deficiência que se sente dentro de um meio social e abraçada por este, possuindo oportunidades igualitárias como todos, seja para as pessoas sem deficiência que, ao conviver e aprender a lidar com as diferenças, torna-se uma pessoa melhor, mais paciente e capaz de se desvincular de todo tipo de discriminação e preconceito.

Necessário, portanto, a contribuição de todos para a efetivação destes direitos já previstos e da atuação e tratamento igualitário para com estas pessoas. O que se deveria exigir não seria o direito da minoria (pessoas com deficiência) em conviver com a maioria (em um sistema de ensino regular), mas sim o direito da maioria (pessoas sem deficiência) em conviver com a minoria (pessoas com deficiência), pois as vantagens trazidas à formação pessoal e intelectual de ambas são imensuráveis.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª Edição. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. Disponível < http://portal.mj.gov.br/corde/ptecao_const1.asp >

_____. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. **Constitucionalizando Direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: Algumas dificuldades para efetivação dos Direitos. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na Escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005.

BIGIO, Luiz Renato Junqueira. **A pessoa com deficiência, o princípio da igualdade e as políticas públicas no setor de transporte coletivo urbano no município do Rio de Janeiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2012, 3 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12170>>. Acesso em: 13 set. 2011.

BIAGGIO, Rita. A inclusão da criança com deficiência cresce e muda a prática das creches e pré-escolas. **Revista Criança- do professor de educação infantil**. Edição 44. Brasília: Ministério da Educação – Coordenação-Geral de Educação Infantil – DPE/SEB, Nov. 2007.

CAVALCANTE, Meire. A Escola que é de todas as crianças. **Revista Nova Escola**. Edição 182. São Paulo: Editora Abril, maio de 2005.

IBDPD. Instituto Brasileiro dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Inclusão Social da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: IBDPD, 2008.

LDB : Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional : **lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. – 5. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2010. Disponível em < http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2762/ldb_5ed.pdf>

MACIEL, MARIA REGINA CAZZANIGA. **Portadores de deficiência: a questão da inclusão social**. São Paulo Perspec. [online]. 2000, vol.14, n.2, pp. 51-56. ISSN 0102-8839. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392000000200008>.

MITTLER, Peter. **Educação Inclusiva: Contextos Sociais**. Porto Alegre: ArtMed, 2003.

MONTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar: pontos e contrapontos**. São Paulo: Summus, 2006.

_____. **Inclusão Social: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Editora Moderna, 2006.

PACHECO. José. **Caminhos para inclusão: um guia para o aprimoramento da equipe escolar**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

RESENDE. Fernanda Garcia. ÁVILA. Bárbara Terra. **Inclusão Escolar e Deficiência Mental: um estudo de caso em uma Escola Municipal de Lavras- Minas Gerais**. Portal dos Psicólogos: abril de 2011. Disponível <www.psicologia.pt>

QUARESMA. Regina. **A Pessoa Portadora de Necessidades Especiais e sua Inclusão Social. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

VEROTTI. Daniela Talamoni. CALLEGARI. Jeanne. **Inclusão que Ensina. Revista Nova Escola**. São Paulo: Editora Abril, julho de 2009.

VITAL. Lucila Maria de Andrade. PIRES. Melina Dutra Esteves. ALVES. Luciana Mendonça. **Inclusão Social nas Escolas Regulares: principais dificuldades enfrentadas pela equipe escolar**. Uberaba: Revista Profissão Docente, vol.10, n.21, 2010.

A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO APLICADA AO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE THEORY OF FACTUAL SUPPORT APPLIED TO THE LEGAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988

Mário Lúcio Garcez Calil*

Data de recebimento: 18/03/2012

Data de aprovação: 15/05/2012

RESUMO

A partir da formulação de uma nova hermenêutica constitucional voltada à concretização, novas e mais efetivas formas de efetivação dos direitos fundamentais surgiram. Uma delas é a teoria do suporte fático aplicada aos direitos fundamentais, da qual se conjugam elementos fáticos e jurídicos para a aferição do âmbito de proteção do direito na esfera dos fatos. Uma teoria como essa tem especial valor para a concretização da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a consagração expressa existente em seu texto de diversos princípios jurídicos que consagram direitos fundamentais. Assim, é objetivo do presente trabalho estudar, mediante de pesquisa bibliográfica, os conceitos relativos à teoria do suporte fático, bem como sua aplicabilidade ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Suporte Fático; Direitos Fundamentais; Constituição de 1988.

ABSTRACT

From the formulation of a new constitutional hermeneutics focused on implementing, new and more effective forms of enforcement of fundamental rights emerged.

* Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG - Ituiutaba. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.
Email: <mario.calil@yahoo.com.br>.

One is the theory of factual support applied to fundamental rights, through which factual and legal elements are combined for measuring the scope of protection of the right on the facts sphere. Such a theory is particularly valuable for the implementation of the Federal Constitution of 1988, because of the express consecration there is in its text of various juridical principles which enshrine fundamental rights. Thus, the aim of this work is to study, through literature research, the concepts of the theory of factual support, as well as its applicability to the legal regime of fundamental rights of the Constitution of 1988.

KEYWORDS

Factual Support; Fundamental Rights; Constitution of 1988.

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral do direito passou por radicais modificações a partir da segunda metade do Século XX, mudanças que continuam ocorrendo até o presente e se refletiram em diversos aspectos, notadamente na teoria das normas constitucionais, o que resultou na radical modificação do paradigma positivista-exegético de interpretação.

Um dos desafios da nova hermenêutica constitucional é a concretização efetiva dos direitos fundamentais positivados pelas Constituições modernas, tendo em conta que, em regra, referidos direitos são constitucionalizados por meio de princípios, sua abstração se mostra prejudicada no que tange à sua aplicação nos casos concretos.

Referida tarefa se mostra ainda mais necessária no contexto da Constituição de 1988, tendo em vista a existência de um extenso catálogo de direitos fundamentais expressamente consagrados pelo seu texto, por intermédio de princípios, que se encontram em permanente conflito no plano dos fatos.

Nesse sentido, uma das várias teorias que se voltam à concretização lógica e fundamentada dos direitos fundamentais é a do suporte fático, que conjuga elementos jurídicos e fáticos na determinação do âmbito de proteção que uma determinada norma alcança no plano fenomênico, a partir das características do caso concreto.

Dessa forma, o objetivo do texto é estudar os conceitos que envolvem a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade ao regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e de suas especificidades e seus princípios explícitos e implícitos.

Tal estudo se fará por intermédio de pesquisa bibliográfica em obras que tratam especificamente do tema ou de assuntos correlatos, em especial nos escritos de Robert Alexy, Catedrático da Universidade de Kiel, e de Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular da Universidade de São Paulo, um dos grandes propagadores da teoria no Brasil.

O presente trabalho se justifica pela evidente revolução paradigmática que ocorreu na teoria do direito, em especial nas últimas décadas, bem como em decorrência da grande aceitação que a fórmula da ponderação formulada por Alexy tem encontrado na doutrina nacional e comparada.

2. CONCEITOS INICIAIS ACERCA DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se necessário clarear alguns temas basilares acerca do conceito de suporte fático, em especial no que concerne à aplicabilidade da referida teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais, especificamente em relação à

Constituição Federal de 1988 e suas características.

O suporte fático é um conceito praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo, porém, utilizado (com diferentes nomenclaturas) no direito penal (*tipo penal*), no direito tributário (*hipótese de incidência* e *fato gerador*), assim como no direito privado¹.

Todos os casos acima colocados ocorrem a partir da conjunção de elementos de conteúdo jurídico e de elementos fáticos que se enquadram em relação aos jurídicos, resultando na aplicação do preceito ao contexto fenomênico, partindo-se, assim, de um alto grau de abstração para uma concreção silogística que possibilite a subsunção da norma ao fato.

Assim, o suporte fático pode ser dividido em suporte fático abstrato e fático. O suporte fático abstrato compõe-se dos fatos ou atos do mundo descritos por uma norma “[...] e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”².

Já o suporte fático concreto, “[...] é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou. A verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá como ficou claro, da sua configuração em abstrato”³⁻⁴.

No direito constitucional, referida teoria dita que a forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção, sopesamento, concretização) depende da extensão do suporte fático, somada às exigências de fundamentação concreta, à possibilidade de restrição e, até mesmo, à existência de colisões entre direitos fundamentais⁵.

Trata-se, assim, de uma fórmula que determina que, caso os requisitos exigidos para a configuração de uma situação jurídica estejam preenchidos, tanto no que tange ao suporte fático abstrato quanto no que concerne ao suporte fático concreto, ela passa a existir no plano concreto, tornando-se exigível.

O suporte fático é composto pelos elementos: *a*) âmbito de proteção (âmbito de bens protegidos por um direito fundamental); *b*) intervenção estatal (a interven-

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 28.

² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ Tendo em vista que a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais não é muito difundida no direito brasileiro, serão utilizadas, basicamente, as obras de Robert Alexy e de Virgílio Afonso da Silva.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68.

ção na esfera de liberdade protegida do indivíduo); e *c*) a fundamentação constitucional cuja ausência daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental^{6, 7-8}

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado de forma ampla, significando que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que possa fazer parte do “âmbito temático do direito fundamental” deve ser considerado como protegido *prima facie*⁹. Em suma:

Deve-se definir, em concreto, quais são, de fato, os bens protegidos e quais não são, sendo que duas respostas são possíveis: ou se inclui qualquer característica que faça parte do “âmbito temático” de determinado direito fundamental; ou é necessária alguma “triagem prévia”, (o que se verificará em suas relações com o âmbito de proteção amplo ou restrito) pela intervenção estatal (que é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo)¹⁰.

De acordo com Roberto Alexy, a necessidade de incorporação da intervenção estatal ao conceito de suporte fático se demonstra “[...] pelo fato de que a abrangência da proteção *prima facie* depende, em igual medida, da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção”¹¹.

A consequência jurídica de uma norma ocorre quando todas as suas condições são satisfeitas, sendo possível “[...] construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que abarque a totalidade das condições para uma consequência jurídica definitiva desse direito”¹². Desta forma:

⁶ Idem, *ibidem*, p. 72/74.

⁷ Na teoria de Alexy, apenas os dois elementos compõem o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais. Contudo, Virgílio Afonso da Silva defende a colocação da fundamentação constitucional junto ao conceito de suporte fático: “[...] é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em *intervenção estatal fundamentada*. Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma *restrição*” (2006, p. 35).

⁸ Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se for inconstitucional, pode até ter a natureza de uma intervenção, mas não tem o condão de restringir tal direito. “[...] normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição” (ALEXY, 2008, p. 281).

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 25.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72/74.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 305.

¹² Idem, *ibidem*, p. 307.

Para que a consequência jurídica definitiva (proteção definitiva) de um direito fundamental ocorra, o suporte fático tem que ser preenchido e a cláusula de restrição, não; para que ela não ocorra é necessário ou que o suporte fático não seja preenchido ou que a cláusula de restrição o seja. Essa simples constatação é a base lógica para dois tipos muito distintos de construções fundamentadoras no âmbito dos direitos fundamentais: a da teoria do suporte fático amplo e a da teoria do suporte fático restrito¹³.

A partir daí, Virgílio Afonso da Silva sintetiza as bases para a aplicação da teoria do suporte fático em relação aos direitos fundamentais que incorpore os três elementos citados acima (âmbito de proteção, intervenção estatal a fundamentação constitucional) por intermédio da seguinte formulação:

Se APx e não-FC(IEx), então CJx. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)¹⁴.

Dessa forma, caso uma norma de direito fundamental não seja restringida, no caso concreto, por intermédio de uma ação estatal limitativa que encontre fundamentação constitucional, aquilo que é protegido por tal norma (seu âmbito de proteção) deve ocorrer no mundo dos fatos.

A teoria do suporte fático fornece base segura para a construção de um formato de decisão jurídica sobre os direitos fundamentais que considere os princípios como *mandamentos de otimização*, por levar em conta todos os fatores (juríficos e fáticos) que se deve considerar para que se encontre uma norma aplicável ao caso.

Para se averiguar a possibilidade de aplicação da teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, é necessário estudar cada um dos elementos do conceito. Inicialmente, então, deve-se trabalhar a questão das sub-teorias do suporte fático restrito e do suporte fático amplo.

2.1. Suporte fático restrito

Uma das teorias a serem estudadas acerca do tema é a do suporte fático restrito. Referida conceituação se refere à “[...] não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito

¹³ Idem, *ibidem*, p. 308.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75.

de proteção dessas normas”¹⁵.

Necessário esclarecer que as teorias relativas ao tema são conservadoras e marcadas pela “[...] impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade cambiante, tendo em conta que “os conceitos de ‘especificidade’ e de ‘tipicidade’ são definidores [...] do próprio âmbito da norma”¹⁶.

Aliás, as defesas do suporte fático restrito são geralmente baseadas em exemplos estapafúrdios, que, ao invés de demonstrar sua aplicabilidade e utilidade, tentam apenas demonstrar as conseqüências negativas na tese contrária (suporte fático amplo)¹⁷. De acordo com Virgílio Afonso da Silva,

Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum (Müller, Zippelius e Rawls): (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição da idéia de colisão entre direitos fundamentais. [...] Toda teoria que se baseia em um suporte fático restrito para aos direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de “intervenção estatal” nesse âmbito¹⁸. (2009, p. 92-94)

A teoria do suporte fático restrito, tendo em vista sua abstração excessiva, bem como sua evidente falta de aplicabilidade, não se demonstra compatível com a concretização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, inclusive em razão da considerável quantidade de princípios explícitos em constante colisão.

Como se verá a seguir, a teoria do suporte fático amplo, por conta das suas características, em especial no que concerne à aceitação das possibilidades de conflitos entre princípios, parece ser a melhor mais efetiva teorização em relação aos direitos fundamentais constantes da Lei Fundamental brasileira.

2.2. Suporte fático amplo

Em geral, o suporte fático restrito define o que é definitivamente protegido, enquanto o suporte fático amplo define o que é protegido apenas como um primeiro

¹⁵ Idem, *ibidem*, pp. 79-80.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 96.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 97.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 92-94.

passo, pois a definição das situações abarcadas pelo direito fundamental depende de sopesamento, antes de se decidir por sua proteção definitiva¹⁹. Assim:

É por isso que a pergunta sobre “o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental” tem conseqüências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta: “O que é protegido *prima facie* por esse direito?”. Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis²⁰.

No caso dos direitos fundamentais, qualquer juízo somente será correto se resultar de um sopesamento corretamente realizado e se esses juízos “[...] forem fundamentados de forma independente de um sopesamento, sua correção depende de se saber se o resultado poderia também ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado”²¹.

Assim, a necessidade de sopesamento exige uma teoria ampla do suporte fático que inclua, no âmbito de proteção de cada direito fundamental, “[...] tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”, pois suporte fático não depende apenas do conceito de “bem protegido”, mas também da extensão do conceito de intervenção²².

[...] as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõem à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais. A primeira conseqüência de uma modificação no ponto de partida - de suporte restrito para o suporte amplo - é não somente a ampliação, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também uma conseqüente ampliação na extensão do conceito de “intervenção”. [...] Ora, se a proteção for um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de “intervenção”²³.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 109.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 322.

²² Idem, *ibidem*, p. 323.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 111-112.

A incorporação das restrições aos direitos fundamentais ao suporte fático provoca a necessidade de aferição de sua constitucionalidade concreta, sendo que tais restrições devem ser analisadas sob o prisma da técnica da proporcionalidade, como forma de reolução dos conflitos entre princípios.

Ao invés de se aplicarem limites imanentes aos direitos fundamentais (abs-tratamente), ampliam-se as possibilidades de proteção de tal direito (proteção *prima facie*), ao menos inicialmente, até que a operação de sopesamento determine, no plano dos fatos, o que é por ele protegido.

Desse modo, o conceito de suporte fático amplo demonstra ser o mais adequado para que se possa utilizar a referida teoria no que toca à concretização dos di-reitos fundamentais na Constituição de 1988, pois leva em consideração a existência de conflitos constantes entre os diversos princípios constitucionais.

3. AS INTERVENÇÕES ESTATAIS COMO LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As intervenções estatais compõem a formulação do suporte fático dos direi-tos fundamentais, de modo que é necessário analisar qual teoria é a mais adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Existem, basicamente, duas teorias acerca de tais restrições: uma teoria interna e uma teoria externa.

3.1. Teoria interna

A teoria interna considera que “[...] os direitos fundamentais, cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição, não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se e desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto”²⁴.

[...] na ausência de norma da Constituição autorizando o legislador, de forma ex-pressa, a restringir os direitos, este poderá apenas explicitar os limites já contidos na norma constitucional. Apenas nos casos em que o texto constitucional prevê a possibilidade de interferência do Poder Legislativo, a atuação deste consistirá em verdadeira e autorizada limitação ao direito fundamental.²⁵

²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

²⁵ Idem, *ibidem*.

As intervenções estatais limitativas, nesta teoria, não restringem os direitos fundamentais; apenas concretizam e configuram os direitos internamente, na medida em que detalham suas formas de exercício dentro de seu próprio conteúdo constitucional²⁶ em relação a limites já contidos previamente no ordenamento constitucional. Logo,

[...] a aplicação de um determinado direito fundamental ao caso concreto demanda a averiguação da correspondência entre o conteúdo aparente do direito e seu conteúdo verdadeiro, ou seja, a identidade entre âmbito normativo e suposto de fato. Em assim sendo, o conteúdo aparente equivale ao conteúdo verdadeiro e tem-se um direito definitivo²⁷.

A relação entre o direito e a realidade passa, portanto, pelo “filtro” de sua restrição, que não pode ser dele separado. “[...] o direito aparente, desta forma, não é uma posição normativa, mas uma expectativa de uma posição normativa concreta, que corresponde ao direito fundamental de conteúdo verdadeiro”²⁸.

Há duas etapas na determinação da “esfera normativa”: *a)* identificar o conteúdo (âmbito de proteção); *b)* determinar limites externos (decorrentes da necessidade de conciliá-los com outros direitos e bens consagrados pela Constituição), tendo em conta as limitações estabelecidas pelo próprio preceito que outorga o direito²⁹.

[...] se os direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre da determinação de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes³⁰.

“Imanente”, no contexto da teoria interna das limitações aos direitos fun-

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 141.

²⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119.

²⁸ Idem, *ibidem*.

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 142-147.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.

damentais, “[...] expressa a qualidade do que é intrínseco, natural e indispensável”³¹. Referida teoria implica, então, na rigidez de tais limitações, sendo impossível desvencilhar o próprio direito de sua restrição.

Ao unificar o direito e seus limites imanescentes, ignora-se a relação de precedência *prima facie* entre os princípios jurídicos e, por conseguinte, a possibilidade de conflitos entre tais normas, estabelecendo-se relações de precedência imutáveis, o que torna referida teorização inaplicável às Constituições que não admitem hierarquia entre suas normas.

Passa-se a aplicar uma lógica de solução similar àquela aplicável aos conflitos entre regras: a do “tudo ou nada”, de modo que, se uma regra for válida e aplicável a determinado caso, sua consequência jurídica é válida e, então, uma das regras tem que ser declarada invalidada, extirpada do ordenamento³².

A teoria interna, que se relaciona à teoria do suporte fático restrito, não admite a existência de conflitos entre normas, não sendo compatível com o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição, que consagra textualmente vários direitos fundamentais que se encontram em permanente embate, ao contrário do que ocorre em relação à teoria externa.

3.2. Teoria externa

Conforme Robert Alexy, somente se admite uma restrição a um direito fundamental se houver, em uma colisão, a atribuição de um peso maior a um dos princípios colidentes no caso concreto³³. Tal raciocínio, evidentemente, não se coaduna com uma teoria interna dos direitos fundamentais, que admite a existência de limites imanescentes, pois:

[...] a diferença entre limites imanescentes e restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisão facilmente perceptível e pode ser traduzida pelo binômio declarar/construir. Enquanto nos casos de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanescentes previamente existentes³⁴.

³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

³³ Idem, *ibidem*, p. 296.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 132.

Aqui, há duas normas válidas que entram em conflito: uma estatui o direito *prima facie* e a outra estabelece a restrição. Assim, o direito definitivo se extrai após a ponderação, de modo que a teoria externa “[...] é incompatível com a noção de que as normas de direito fundamental estabelecem apenas comandos definitivos (regras)”³⁵.

A teoria externa permite maior operacionalidade na atuação dos poderes públicos em relação aos direitos fundamentais no caso concreto, pois “[...] fornece mecanismos mais claros e transparentes para a identificação da legitimidade das restrições, ou seja, da intervenção redutora do âmbito de proteção do direito fundamental”³⁶.

Com a teoria externa, que se relaciona à teoria do suporte fático amplo, pode-se identificar o âmbito de garantia do princípio com o que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente fundamentada. Do contrário, qualquer intervenção deixará de ser restrição para configurar violação³⁷.

As normas, dessa forma, não trazem restrições intrínsecas, mas, sim, colidem no plano concreto com outras normas, de modo que a teoria externa das restrições, ao admitir o permanente conflito entre princípios, melhor se adapta ao regime jurídico dos direitos fundamentais colocado pela Constituição de 1988.

4. OS LIMITES DOS LIMITES E A QUESTÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção ao núcleo essencial foi inicialmente prevista expressamente pela Lei Fundamental alemã, especificamente em seu art. 19, §2º, que assim dita: “Art. 19 [...] (2) em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial”³⁸.

O princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um dos mais debatidos limites dos limites³⁹ e se destina a evitar o esvaziamento

³⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151.

³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

³⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸ ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 366.

do conteúdo do direito fundamental por restrições descabidas, desproporcionais⁴⁰ e, portanto, sem fundamento constitucional.

A garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando a evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais⁴¹ e, mesmo não explícita na Constituição de 1988, a proteção ao conteúdo essencial se infere, logicamente da própria rigidez constitucional⁴².

Tendo em conta que um dos elementos componentes do suporte fático dos direitos fundamentais é justamente a restrição constitucionalmente fundamentada, a construção acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é determinante para a aplicação da teoria ao regime de direitos fundamentais da Constituição de 1988.

4.1. Conteúdo essencial absoluto

Na teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma⁴³, de forma que o conteúdo essencial do direito é uma esfera de proteção intangível e abstratamente identificável⁴⁴. Trata-se, em suma,

[...] de “um núcleo fixo que não depende de ponderação”, ou seja, o “conteúdo essencial é único e sempre o mesmo”. A teoria absoluta, diversamente da relativa, não adota uma visão relacional e dinâmica do conteúdo essencial, entendendo-a como um reduto estático e incondicional que não pode, sob nenhum fundamento, ser ultrapassado. [...] o direito fundamental pode ser desdobrado em duas partes: uma parte essencial, e, portanto, inviolável, e uma parte não essencial, que pode ser objeto de restrição. Pode-se explicar essa concepção a partir da imagem gráfica de círculos concêntricos. [...] O círculo exterior é composto por faculdades periféricas ou acidentais, que podem ser sacrificadas para salvaguardar outros bens jurídicos, enquanto o círculo interior constitui um núcleo fixo e de contornos precisos, que não pode ser transposto sem que se incorra em inconstitucionalidade⁴⁵.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 243.

⁴¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 7.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 376.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 298.

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 372.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, pp. 372-373.

Na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo rígido, resistente à ação limitadora do legislador. Desta forma, a proteção do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, por isso, o direito poderia ser lesionado sem a necessidade de afetação de seu núcleo⁴⁶.

Como se demonstra claro, a teoria do conteúdo absoluto relaciona-se, inevitavelmente, à teoria do suporte fático restrito, bem como à teoria interna das limitações aos direitos fundamentais, de forma que, quem subscreve à primeira, subscreve às demais, por uma questão de adequação lógica.

A teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta diversos problemas evidentes. Inicialmente, as estratégias hermenêuticas destinadas a demarcar o perímetro de proteção dos direitos podem resultar em subjetivismos e arbitrariedades⁴⁷.

Estabelecer núcleos essenciais fixos equivale, no âmbito da realidade, à aplicação da lógica do *tudo ou nada* (validade ou invalidade) aos princípios jurídicos que consagram direitos fundamentais, um retrocesso teórico inaceitável, já que a diversidade social não cabe mais na estreita bitola do positivismo jurídico⁴⁸.

A decisão sobre princípios passa, necessariamente, pela técnica da ponderação e, tendo em conta que a teoria do conteúdo essencial absoluto dispensa a utilização da referida técnica, tal tese não se adapta a uma construção adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

4.2. Conteúdo essencial relativo

A teoria relativa do núcleo essencial propõe que este deve ser encontrado apenas no caso concreto, por intermédio da solução do conflito entre os princípios por intermédio da operação de ponderação, aferindo-se o objetivo perseguido pela norma restritiva⁴⁹.

Aqui, o conteúdo essencial é aquilo que resta após a operação de sopesamento, de modo que as restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não

⁴⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 14.

⁴⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 374.

⁴⁸ CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da fazenda pública**. Universitária: revista do curso de mestrado em direito. Araçatuba, v. 8, n. 1, jul. 2008. p. 79.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 244.

violam o núcleo essencial, mesmo no caso concreto. Assim, a garantia do conteúdo essencial “[...] é reduzida à máxima da proporcionalidade”⁵⁰.

A teoria relativa “[...] não vê a garantia do conteúdo essencial como uma barreira autônoma à atividade legislativa, mas sim como um reforço da exigência de proporcionalidade das restrições”⁵¹. Relacionando-se à teoria do suporte fático amplo, bem como à teoria dos limites externos aos direitos fundamentais.

Não desempenha qualquer papel material ou substancial, mas puramente processual (“na medida em que o trabalho legislativo é analisado só porque está incidindo num direito constitucionalizado”), argumentativo (“porque a garantia depende mais do discurso utilizado a favor ou contra a norma reguladora do que do conteúdo em si”)⁵².

Na teoria relativa, o que é essencial depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. “Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”⁵³.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é consequência da aplicação da ponderação. “Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”⁵⁴.

Isso ocorre porque, nessa perspectiva, “[...] a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição”, de modo que “[...] uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por uma restrição intensa”⁵⁵. Há, então, uma necessária correlação entre ponderação e conteúdo essencial.

Caso a proporcionalidade e o conteúdo essencial pudessem ser conceituados de modo distinto, sem qualquer relação, “[...] seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, ainda que proporcionais, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial”⁵⁶.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 298.

⁵¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 372.

⁵² LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 14.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 197.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 198.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 43.

Dessa forma, “Haveria então a necessidade de uma dupla garantia: em primeiro lugar, os direitos em jogo deveriam ser ponderados; mas o resultado dessa ponderação só poderia ser aceitável se respeitar a condição de não-esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos”⁵⁷.

O conteúdo essencial previsto no art. 19, §2º, da Lei Fundamental, “[...] não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restrinçibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima”⁵⁸.

O sopesamento de normas constitucionais, em sua formulação, pressupõe a primazia de um dos princípios em conflito no caso concreto, porém, sem o aniquilamento do outro, de modo que a otimização depende das condições fáticas e jurídicas concretas, sendo que tais condições advêm da situação concreta.

A teorização dos princípios como *mandados de otimização* pressupõe, realmente, certa rigidez do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não se trata, porém, de uma rigidez estática, mas da garantia de que o princípio que não alcança a precedência estabelecida pela ponderação não será excluído.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ótica neopositivista passou a considerar que os sistemas jurídicos não são apenas compostos por regras, mas, também, por princípios, normas dotadas de grande abstração, anteriores ao próprio direito posto, o que dotou o direito de maior adaptabilidade às exigências da realidade.

A teoria dos princípios confirma a modificação paradigmática sofrida pela teoria geral do direito nas últimas décadas. A separação estrutural entre princípios e regras corrobora a necessária separação entre o direito escrito, certo e estrito, e o direito principiológico, ambos componentes do ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 consagrou vários direitos fundamentais de forma expressa, inegável, por intermédio de princípios jurídicos, o que leva à constatação de que tais normas estão em constantes conflitos, que devem ser resolvidos por intermédio da técnica da ponderação, determinando qual deles precede ao outro no caso concreto.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 199.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 301.

O conceito de suporte fático é praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo utilizado com diferentes nomenclaturas no direito penal, no direito tributário e no direito privado, a partir da conjunção de elementos jurídicos fáticos, resultando na aplicação do preceito ao contexto fenomênico.

No direito constitucional, referida teoria dita que a concretização dos direitos fundamentais depende da extensão do suporte fático, da fundamentação concreta, da possibilidade de restrição, e da existência de colisões entre direitos fundamentais, devendo-se averiguar a possibilidade de sua aplicação à Constituição Federal de 1988.

O conceito de suporte fático se divide em dois: restrito e amplo. A teoria do suporte fático restrito, por sua abstração excessiva e dificuldades de aplicação, não se demonstra compatível com o regime dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, tendo em vista a grande quantidade de princípios explícitos em colisão.

O conceito de suporte fático amplo demonstra ser o mais adequado no que tange à utilização da referida teoria para a concretização dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, por levar em consideração a existência de conflitos constantes entre os princípios constitucionais.

Sobre as intervenções estatais, existem, basicamente, duas: uma teoria interna e uma teoria externa. A teoria interna, que se relaciona à teoria do suporte fático restrito, não admite a existência de conflitos entre normas. Não é, portanto, compatível com o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Na teoria externa, relacionada à teoria do suporte fático amplo, identifica-se o âmbito de garantia do princípio como o que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente fundamentada. As normas não trazem restrições intrínsecas, mas colidem com outras normas, sendo, portanto, a teoria que melhor se adapta à Constituição.

Enquanto formulação de “limite aos limites”, a proteção ao núcleo essencial foi inicialmente prevista pela Lei Fundamental alemã, voltada ao controle da atividade do Poder Legislativo, visando a evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais. Em relação ao Brasil, pode-se extrair tal formulação do regime jurídico da Constituição.

Referida teoria se divide em duas: absoluta e relativa. A teoria do conteúdo absoluto relaciona-se à teoria do suporte fático restrito, e à teoria interna das limitações aos direitos fundamentais e, tendo em conta que dispensa a utilização da técnica da ponderação, não se demonstra uma construção adequada à Constituição Federal de 1988.

A condição dos princípios de *mandados de otimização* pressupõe não uma rigidez estática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas a garantia de que o princípio que não alcança a precedência estabelecida pela ponderação não será

excluído. Logo, a teoria mais adequada ao regime jurídico da Constituição de 1988 é a do núcleo essencial relativo.

Dessa forma, após as especificações feitas anteriormente, mostra-se possível concluir que a teoria do suporte fático, conjugada com a teoria da limitação dos direitos fundamentais, bem como com a teoria do conteúdo essencial, pode ser utilizada em relação ao regime jurídico dos direitos fundamentais como uma formulação voltada à segura concretização das normas que os consagram.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da fazenda pública. *Universitária: revista do curso de mestrado em direito*. Araçatuba, v. 8, n. 1, jul. 2008, p. 74-105.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 7-15.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. v. 4, 2006, p. 23-51.

DIREITO ALTERNATIVO, DIREITO VIVO, DIREITO ACHADO NA RUA E PLURALISMO JURÍDICO: UMA CONJUGAÇÃO PARA O ENSINO LIBERTÁRIO

FREE LAW DOCTRINE, LIVING LAW, THE LAW FOUND ON THE STREET, AND JUDICIAL PLURALISM: A CONJUGATION FOR A LIBERTARIAN TEACHING

Esdras Oliveira Ramos*

Data de recebimento: 18/03/2012

Data de aprovação: 15/05/2012

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o ensino jurídico, desde que pautado na criticidade e guiado pelas demandas sociais, permite a formação de profissionais diferenciados e atuantes. Expondo-se a tradição até então praticada no ensino do Direito – dogmática e tecnicista –, procura-se ressaltar a importância de os acadêmicos da área reconhecerem o Direito como um fenômeno social, que nasce das demandas populares e a elas deveria se voltar. Nesse sentido, o estudo do Direito alternativo, Direito vivo, Direito achado na rua e Pluralismo jurídico, enquanto movimentos de grande repercussão na seara em comento, destacam-se como elementos de caráter didático-pedagógico no processo de aprendizagem. Em um contexto marcado pela proliferação das faculdades de Direito, o ensino reducionista e descontextualizado tem introduzido no mercado de trabalho, como consequência, profissionais alienados e inaptos a resolver os problemas que lhes são apresentados na complexidade da vida em sociedade. Fundando-se a reformulação do modelo de ensino do Direito nos princípios aqui descritos, porém, vislumbra-se a possibilidade de formação de profissionais conscientes e humanizados. A questão é analisada à luz dos ensinamentos de doutrinadores renomados. Em se tratando da metodologia, enfim, foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito; movimentos; ensino; criticidade; profissionais diferenciados.

* Acadêmico do 8º período de Direito da FDV – Faculdade de Direito de Vitória (ES). Acadêmico da Licenciatura Plena em Letras - Português e Literaturas de Língua Portuguesa da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Autor de artigos jurídicos.

Email: esdras.ramos@uol.com.br

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate that the legal education, since they are based on criticality and guided by social demands, allows the formation of differentiated and active professionals. . Exposing the tradition practiced hitherto in the teaching of Law – dogmatic and technician – seeks to emphasize the importance of academics in the area recognize the Law as a social phenomenon, born of popular demand and to which they should turn. In this sense, the study of the Alternative Law, Law Alive, Law Found in the Street and Legal Pluralism, while movements are highly influential in the harvest in comment, stand out as elements of the pedagogical-didactic learning process. In a context marked by the proliferation of Law schools, teaching is decontextualized, reductionist and entered the labor market as a result, professionals alienated and unable to solve the problems presented to them in the complexity of life in society. Funding to recast the model in the teaching of Law principles outlined here, however, sees the possibility of forming conscious professionals and humanized. The question is examined in the light of the teachings of renowned scholars. In terms of methodology, in short, we used the hypothetical-deductive method.

KEYWORDS

Law; movements; teaching; criticality; different professionals.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo procura abordar, com uma perspectiva crítica, inovadora e interdisciplinar, o modelo de ensino adotado pelas faculdades de Direito. Tal modelo, herdado desde a instalação dos primeiros cursos em território brasileiro, tem como traço característico a educação bancária.

Ao longo desse período, é possível dizer, com outras palavras, que tem sido valorizada a mera repetição de conteúdos. Para atingir este fim, destacam-se meios como a verticalização da relação entre professor e aluno e a valorização da técnica, em detrimento do raciocínio e reflexão. Como consequência, os operadores do Direito tornam-se meros reprodutores de informações, acríticos e alienados.

Ao longo do trabalho, procura-se evidenciar que o estudo, apesar de ser dever do Estado e direito de todos, continua a ser privilégio de uma pequena parcela da sociedade. Nesse sentido, o ensino jurídico unicamente pautado na dogmática tem sido empregado com o objetivo de perpetuar os benefícios cristalizados em benefício da elite, consagrando o Direito como instrumento de opressão.

Com a disseminação do conhecimento, a intensificação dos debates e a abertura para a participação popular, porém, as faculdades de Direito podem se aproximar de sua finalidade ideal, qual seja, a formação de professores, advogados, promotores e juizes preocupados com a efetivação do Ordenamento Jurídico em prol de toda a sociedade. Para que esses profissionais reconheçam o Direito como um instrumento de transformação, entretanto, é necessário inculcar-lhes, desde cedo, a importância dos movimentos sociais e das práticas de pesquisa e extensão, levando-os a conhecer as demandas latentes no meio social. Assim sendo, em um momento em que cresce rapidamente o número de faculdades de Direito, o estímulo ao senso crítico e à reformulação do ensino devem ser uma preocupação.

Como a pesquisa pretende abordar uma suposição, qual seja uma proposta de reformulação do modelo vigente de ensino do Direito, a abordagem por intermédio do método hipotético-dedutivo parece ser a mais adequada. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, em que se destacam as obras dos doutrinadores Bourdieu, Ehrlich, Freire, Santos, Sousa Júnior e Wolkmer.

Primeiramente, o leitor confere noções gerais dos quatro movimentos aqui citados. Em seguida, a relação entre eles e uma educação partidária da liberdade.

2. DIREITO ALTERNATIVO: O CLAMOR POR NOVA MENTALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

Entende-se por Direito alternativo o movimento em que alguns juízes, ao voltarem suas atenções para as necessidades das camadas mais desprivilegiadas em sociedade, aplicam a lei de maneira diferenciada, seja contra ela (*contra legem*) ou para além dela (*praeter legem*). Este uso alternativo do Direito, no Brasil, se desencadeou por volta da década de 80, ainda na vigência da ditadura militar, sobretudo no Rio Grande do Sul.

Primeiramente, um grupo de juízes deste Estado organizou um grupo de estudos; ao mesmo tempo, alguns juristas já falavam da possibilidade de se criar, de fato, um Direito alternativo. Nesse período, muitos juízes gaúchos e de outras regiões revelaram, conforme Capeller e Junqueira¹, profundo interesse pelos conflitos coletivos, por exemplo. Manifestado o conflito, então, enfrentavam eles a árdua tarefa de ter que decidir ou em favor de uma reivindicação legal, ou em favor de uma reivindicação justa.

Há quem defenda que o Direito alternativo se inspirou na Escola do Direito livre, que acatava a lei como fonte do Direito, mas defendia que fatores sociais ou mesmo naturais também deveriam ser considerados pelo jurista. Há, também, os que apontam uma semelhança entre os ideais do movimento e a atuação pioneira do magistrado francês Magnaud, cujas decisões inovadoras o colocavam muito à frente de sua época. Outros identificam, ainda, grande influência dos juristas alternativos italianos, que, segundo Capeller e Junqueira², agiam de maneira a provocar uma transformação política do social.

Não resta dúvida, entretanto, que o Direito alternativo consiste em aplicar ou negar a aplicação da lei em prol do justo, tendo como bases o interesse social e as exigências do bem comum. É inaceitável, nesse contexto, que o juiz permaneça insensível às injustiças sociais e à inércia do poder público, citada por alguns como um dos argumentos de sustentação do pluralismo jurídico. Em outras palavras, cabe ao julgador “humanizar-se”, identificando nas fábricas, prisões e bairros humildes – na rua, em suma – as mazelas que assolam os segmentos excluídos da sociedade, procurando saná-las, para que não seja um mero aplicador de dispositivos legais,

¹ CAPELLER, W.; JUNQUEIRA, E. Alternativo (Direito; Justiça): Algumas Experiências na América Latina. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.162.

² Idem, *ibidem*.

mas um profissional engajado com o ideal de justiça.

Saliente-se, também, que o conceito de juristas “orgânicos” é defendido pelos alternativos. Para eles, a maioria dos operadores do Direito está comprometida com as classes dominantes, atuando, pois, no sentido de manter a sociedade da maneira como se encontra, afinal, os privilégios que os favorecem já estão institucionalizados. O jurista orgânico, porém, está comprometido com a mudança social, trabalhando em prol de transformações na estrutura da sociedade, seja alterando as relações de poder que nela existem, seja combatendo a miséria ou promovendo a liberdade e a igualdade.

A democracia deve ter este trabalho exemplar como um de seus pilares.

3. A DINAMICIDADE DO DIREITO VIVO

O estudo do Direito vivo, por sua vez, é o ponto de partida para a sociologia do Direito. De acordo com Eugen Ehrlich, também influenciado pelo movimento do direito livre³, o Direito vivo seria objeto de estudo básico da sociologia do Direito.

A expressão “Direito vivo”, primeiramente empregada por Ehrlich, denota que o Direito não se encontra nas proposições jurídicas – genéricas, abstratas e sucintas – mas na complexidade, dinâmica, abrangência e particularidade das relações em sociedade, eis que o Direito vivo é o que “domina a vida”. Nesse sentido, Ehrlich⁴ esclarece que

As relações jurídicas, das quais eles [os códigos] tratam, tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, mais cambiantes, como elas nunca foram, que o simples pensamento de esgotá-las em um código seria uma monstruosidade. Querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa.

Os códigos, então, frente ao Direito vivo, não só nasceriam velhos como se tornariam mais defasados a cada dia. Posto isso, nota-se que o Direito vivo deve ser investigado por meio da observação e buscado nos documentos modernos.

Pode-se afirmar, assim sendo, que Eugen Ehrlich constrói uma sólida argu-

³ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 261.

⁴ EHRlich, Eugen. O estudo do Direito Vivo. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 110.

mentação contra a concepção de que o Direito se reduz àquele que é posto. O Direito vivo não se localiza no Estado (não depende dele para surgir e se desenvolver), mas na realidade social. Ele emana da própria sociedade, das organizações sociais, e é a base da ordem jurídica da sociedade humana⁵.

4. O DIREITO ACHADO NA RUA COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO E ORGANIZAÇÃO SOCIAL DA LIBERDADE

A expressão “Direito achado na rua”, criada por Roberto Lyra Filho, designa uma nova e rica maneira de se analisar e conceber o Direito. Costuma-se dizer que é o ponto de contato entre este e os novos movimentos sociais.

O Direito achado na rua deriva da reflexão e prática de intelectuais ligados à Nova Escola Jurídica Brasileira, na qual Lyra Filho assumia grande destaque. José Geraldo de Sousa Júnior⁶, um dos influentes intelectuais que dá continuidade a este trabalho, explica que

A proposta da Nova Escola insere-se na conjuntura de luta social e de cínica teórica, como pensamento alternativo, heterodoxo e não-conformista, voltado para a formulação de uma concepção jurídica de transformação social. Trata-se de uma leitura dialética do fenômeno jurídico, cuja captação se dá num plano alargado de sua manifestação positivada, isto é, a da realidade plural de múltiplos ordenamentos sociais e do aparecer de seus respectivos projetos de organização política.

O pensamento da Nova Escola Jurídica Brasileira se desenvolveu, em um primeiro momento, mediante seu “boletim informativo”: a revista “Direito e Avesso”, fundada em 1982. Foi em 1987, entretanto, com a produção de uma publicação pelo “Centro de Educação Aberta, Continuada a Distância da UnB”, conjuntamente com o “Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos” (do qual o Direito achado na rua é, em tempos atuais, uma linha de pesquisa), que se lançou o Direito achado na rua como um curso de sociologia jurídica à distância. Por ele, a Academia, em especial a Universidade de Brasília, propõe uma “reflexão acerca da práxis social constituída na sua experiência comum de luta por justiça e por direitos”⁷.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 113-114.

⁶ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O direito achado na rua: concepção e prática. **Revista humanidades**. Brasília, n.4, vol.8, p.494-497, jun. 1992. p. 494.

⁷ Idem, *ibidem*.

Entre as diversas obras publicadas a respeito do Direito achado na rua, merecem destaque três obras, todas intituladas com essa expressão criada por Roberto Lyra Filho.

A primeira desta série de publicações foi lançada em 1993 e contém uma introdução crítica ao Direito.

A segunda, também lançada em 1993, faz uma introdução crítica ao direito do trabalho e teve a participação de Roberto de Aguiar – renomado intelectual do pensamento jurídico crítico brasileiro –, o qual afirma que não se pode estudar ou praticar o Direito do trabalho sem interligá-lo, constantemente, com o todo social. Em outras palavras, ele precisa ser abordado de maneira interdisciplinar para evitar um reducionismo empobrecedor, que enfraqueceria a incessante busca por relações de trabalho mais justas, livres e socialmente mais distributivas.

Já a terceira obra, a mais extensa da série, lançada em 2002 e elaborada por Fernando da Costa Tourinho Neto e pela advogada Mônica Castagna Molina, consiste numa introdução crítica ao Direito agrário.

No movimento em questão, o Direito surge como um instrumento de transformação. Traz uma proposta humanista, na medida em que, conforme Souza Júnior⁸, permite a formação de sociabilidades capazes de abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática. Conseqüentemente,

(...) toma o protagonismo dos sujeitos enquanto disposição para quebrar as algemas que os aprisionam nas opressões e espoliações como condição de desalienação e de possibilidade de transformarem seus destinos e suas próprias experiências em direção histórica emancipadora, como tarefa que não se realiza isoladamente, mas em conjunto, de modo solidário⁹.

Souza Júnior ainda esclarece que o Direito achado na rua não permite apenas compreender e refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos sociais. Analisando-se as experiências populares na criação do Direito, é possível: determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, por exemplo, direitos humanos; definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de

⁸ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: O Direito Achado na Rua (Experiências populares Emancipatórias de Criação do Direito). 2008. 338 f. Tese de doutoramento – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 05.

⁹ Idem, *ibidem*.

transformação social e fazer a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão do homem pelo homem.

É importante salientar que, devido às notáveis desigualdades existentes em sociedade, exige-se que se reflita sobre o Direito nos espaços populares, extrapolando os muros das faculdades.

Como vem ganhando força o pensamento de Ehrlich, segundo o qual o Direito se desenvolve na própria sociedade, as propostas do Direito achado na rua revelam-se cada vez mais adequadas, posto que: expõem a necessidade do Direito ser produto da ação dos movimentos sociais (razão pela qual se destina, em especial, a grupos como comunidades religiosas, associações de bairros, organizações sindicais) e propõem que se pense e questione o direito posto. Nesse sentido, Campilongo e Faria esclarecem que

Como o próprio nome da iniciativa indica, há uma preocupação não tanto com o direito dos códigos, ensinado nas faculdades, mas com as diferentes formas jurídicas efetivamente praticadas na relações sociais. Optando por uma análise “crítica” do direito estatal, questionando as estratégias de neutralização e despolitização estabelecidas pela dogmática jurídica e privilegiando a transformação social em detrimento de permanência das instituições jurídicas, ou seja, tratando a experiência jurídica sob um ângulo assumidamente político – a partir não só da exploração das antinomias do direito positivo e das lacunas da lei pelos movimentos populares, mas também dos diferentes direitos alternativos forjados por comunidades marginalizadas em termos sociais e econômicos –, este projeto da UnB tem por objetivo agir como transmissor de informações em favor de uma ordem normativa mais legítima, desformalizada e descentralizada.¹⁰

O Direito não se acha na lei. Esclarecido isto, rompe-se a barreira do legalismo, e compreende-se que ele se encontra na dinâmica da sociedade, pulsa no cotidiano, vibra nas reivindicações do povo. A rua – figura simbólica a povoar o imaginário social – traduz, então, o espaço público, trazendo consigo a mensagem de que o Direito deve ser legítima forma de organização social da liberdade.

¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes e FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**, p. 38.

5. PLURALISMO JURÍDICO: PROJETO PARTICIPATIVO E COMUNITÁRIO DE COEXISTÊNCIA DE SISTEMAS JURÍDICOS

Entende-se por pluralismo jurídico a coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos eficazes, em um mesmo lugar e tempo. Pode-se afirmar que é uma figura contraposta ao monismo jurídico, teoria segundo a qual o Estado é o centro produtor de normas. Nessa acepção, a capacidade de elaborar normas constituiriam a expressão máxima da normatividade jurídica.

A “hipertrofia” do Estado, manifestada por meio da diversidade de tarefas e demandas que lhe são endereçadas, acabam por dar sustentação ao pluralismo jurídico. Tal afirmação é corroborada pela constatação de que, além de ineficaz, o Estado não consegue gerir todos os conflitos que surgem, até mesmo porque – como argumentam os que defendem o Direito vivo – as normas postas não acompanham a dinâmica da sociedade. Elas são genéricas e abstratas, não se adequando às peculiaridades de uma sociedade plural.

Em suas “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada”, Boaventura de Sousa Santos¹¹ esclarece que a “vigência” (oficial ou não) de mais de uma ordem jurídica no mesmo espaço geopolítico pode ter, entre outros, fundamentos de ordem rática, profissional e econômica. Ela

[...] pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação¹².

Na medida em que se apresenta como um projeto comunitário e participativo, o pluralismo jurídico reconhece, de certa forma, que não há uma vinculação obrigatória entre elaboração de normas e Estado. Esta “produção alternativa de juridicidade” pode internalizar ideais democráticos, desenvolvendo potencial de apontar para práticas sociais emancipatórias. Para isso, contudo, deve-se observar alguns requisitos, entre eles a legitimidade e atuação efetiva dos novos sujeitos coletivos.

Assim como os adeptos do Direito achado na rua, entende-se, aqui, que os movimentos sociais são os novos atores de uma nova cidadania, tornando-se fontes

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: FALCÃO, J.; SOU-TO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 87.

¹² Idem, *ibidem*.

de legitimação da produção jurídica. Também merece atenção a implementação de uma política democrática voltada para a formação de um espaço público descentralizado e que seja capaz de assegurar a sobrevivência/subsistência das pessoas. Acrescente-se que o “modelo plural” deve se estruturar sobre a ética da alteridade (ou seja, com um olhar para o outro), além de afirmar a liberdade mediante a construção de uma identidade cultural, uma “linguagem comum”, de maneira a oportunizar a criação de direitos.

Ante o exposto, precisas são as palavras de Catusso¹³, ao sintetizar que

[...] o que se busca é um novo paradigma para solução dos conflitos que emergem da vida comunitária, com uma regulação que supere o já inadequado modelo vigente, incapaz de solucionar eficazmente as demandas populares. É nesse espaço de insatisfação com a ordem vigente que surgem propostas para repensar sociologicamente novas normas de referência e legitimação para o jurídico, que ofereçam prioridade às necessidades mais imediatas da sociedade civil e envolvam um projeto cultural emancipador. As propostas de pluralismo jurídico aparecem nesse contexto, como horizontes de uma nova legalidade, capaz de captar as práticas reais da população, aproximando a produção do direito da sociedade civil.

6. A INTERLIGAÇÃO DOS MOVIMENTOS EM FACE DO ATUAL MODELO DE ENSINO DO DIREITO

Retomando o entendimento a respeito de Direito vivo, torna-se ainda mais simples compreender a grandeza do pensamento de Ehrlich. Quando expõe idéias como a superação dos códigos pelo Direito vivo¹⁴ – o que domina a vida, diferentemente do outro, válido apenas perante as autoridades e tribunais –, o autor demonstra que não se deve reduzir todo o Direito àquele que é posto pelo Estado. Afirma-se isto tendo em vista que o Direito vivo se pratica no dia-a-dia, é construído no cerne das organizações sociais. Logo, poder-se-ia afirmar que Eugen Ehrlich afirma o pluralismo jurídico, mesmo que não o tenha definido. Segundo José Geraldo de Souza Júnior¹⁵,

¹³ CATUSSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, a. 2, vol. 1, n. 2, ago./dez., 2007.p. 121.

¹⁴ EHRLICH, Eugen. O estudo do Direito Vivo. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 110.

¹⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 261.

[...] estas sugestões [*de Ehrlich*] reforçam a concepção do pluralismo jurídico, reposicionada num contexto paradigmático em condições de assimilar as transições no modo de produção do Direito, em investigadores como Boaventura de Sousa Santos.

Como, contudo, o pensamento de Ehrlich é abrangente, convém prosseguir com esta análise mais profunda.

Com relação às fontes de conhecimento do Direito vivo, ele afirma que há, entre outras, “a observação [...] de todos os grupos, não somente os reconhecidos juridicamente, mas também aqueles que passaram despercebidos e que não foram considerados e, até mesmo, aqueles que a lei desaprovou”¹⁶. Ora, que reflexão pode ser feita a partir do trecho citado? A análise das mazelas a que estão sujeitos os segmentos marginalizados da sociedade nos remete ao Direito alternativo, segundo o qual o aplicador do Direito deve se voltar para estas questões. O estudo da situação em que se encontram estas pessoas nada mais é que a verificação do Direito na experiência social, o Direito vivo. E é exatamente por causa deste ânimo em busca da justiça social que muitos juízes alternativos podem até decidir contra a lei.

A essência do Direito achado na rua, por sua vez, acaba por valorizar o pluralismo jurídico¹⁷. Pode-se afirmar que, de certo modo, eles são análogos, pois, além de trazerem à tona a reflexão acerca do monopólio estatal de produção do direito, partilham a idéia de que os novos sujeitos coletivos assumem posição de destaque no atual contexto. Posto isso, é oportuno citar Campilongo e Faria, já que é

[...] sintomático, do ponto de vista juri-sociológico, que organizações comunitárias estejam interessadas em educação jurídica popular e magistrados preocupados com o “novo” direito. As demandas mais clamorosas por justiça, repetindo o que foi dito, vêm daquelas organizações comunitárias.¹⁸

Concebe-se, pois, o Direito como um instrumento de transformação, mas a tomada de consciência e a prática de posturas positivas são fundamentais para concretizá-lo. Para tanto (efetivá-lo em prol de toda a sociedade), a disseminação do

¹⁶ EHRLICH, Eugen. O estudo do Direito Vivo. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 112.

¹⁷ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 263.

¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes e FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**, p. 39.

conhecimento, a intensificação do “debate jurídico” e a abertura para a participação popular são requisitos fundamentais.

Os quatro objetos de estudo do presente trabalho, observadas as suas particularidades, mantêm pontos de contato. Seja em suas teorias ou nas suas aplicações, buscam a superação do legalismo, criticando o sistema jurídico dogmático estabelecido, desde o ensino do Direito à maneira como é aplicado.

O ensino jurídico, aos moldes da educação bancária, tecnicista, prima pela reprodução do “conhecimento”, formando operadores do Direito acríticos. Incapazes de pesquisar e produzir ciência, estes espectadores da realidade não atuam como partícipes dos processos de mudança. As faculdades (salvo louváveis exceções), ao contrário do que se espera, apenas têm cristalizado o Direito como instrumento de opressão.

7. PARA LIBERTAR, UMA EDUCAÇÃO TRANSFORMADORA

Para muitos, a palavra “crise” é entendida como algo ruim. Tratando-se da universidade, entretanto, ela deve ser concebida como algo salutar, a permanente adequação da instituição à realidade. Fala-se salutar considerando que, como fontes de saber, os centros acadêmicos devem “dialogar” com a sociedade e, constantemente, melhorar as condições de vida da população. Tais centros permitem que a comunidade progrida e, por isso, não poderiam ser reflexo do subdesenvolvimento geral.

Não é o que se observa, porém, por exemplo, nos modelos das universidades latino-americanas. Grande parte deles não foram criados ou adaptados para as realidades dos lugares onde deveriam atuar. As faculdades – sobretudo as de Direito –, que têm se disseminado rapidamente, são apenas cópias dos modelos europeus. Dessa forma, criam-se universidades pouco funcionais, que são “incompatíveis” com as características e os anseios do povo.

Ao analisarmos a educação no Brasil, desde o surgimento das primeiras academias até a atualidade, observamos um ensino dogmático, unidisciplinar e descontextualizado.

Tais características demonstram que os centros acadêmicos, de fato, enfrentam uma crise, fenômeno já constatado por alguns intelectuais do Direito. Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, já falava que as universidades vivem uma crise institucional, de hegemonia e de legitimidade. Ao discorrer sobre os processos de transformação e emancipação social, não é outro o entendimento do autor quando se questiona se não deveríamos, simplesmente, abandonar a formulação do sistema

vigente, que não é capaz de captar positivamente qualquer aspecto da nossa experiência de vida¹⁹.

Ante esse quadro, há quem aponte a falta de recursos como única justificativa para a pouca qualidade do ensino universitário em geral. Pensamentos semelhantes a esse, porém, têm fins específicos: manter as estruturas e as relações de poder estabelecidas e diminuir a responsabilidade que pesa sobre professores e alunos, verdadeiros responsáveis pela qualidade da instituição. Nesse sentido, os docentes não se vêem como formadores, de maneira que suas aulas sejam mera repetição de conteúdos.

Quanto a isso, Masetto²⁰ esclarece que:

O professor não é só o transmissor de informações, mas também aquele que cria condições para que o aluno adquira informações; não é aquele que faz preleções para divulgar a cultura, mas quem organiza estratégias para que o aluno conheça a cultura existente e crie cultura.

Com base na afirmação do autor, é possível pressupor que a sociedade e a crise da universidade estão profundamente interligadas, tanto que a crise revela a falta de objetivos da população e do governo.

Desenvolvendo o raciocínio, convém ressaltar que, por ser criação do homem, a universidade leva consigo as virtudes e imperfeições da sociedade. A cristalização das instituições, por exemplo, é consequência do “jogo de poderes” existente no meio social. Na verdade, a manutenção de tais estruturas é o meio pelo qual a pequena parcela que tem acesso à universidade – pessoas abastadas, principalmente – mantém os privilégios estabelecidos. Para atenuar estes problemas, em especial das instituições cristalizadas, há o método “ágil” e o “mais lento”: o primeiro, via movimentos revolucionários; e o segundo, com a articulação entre professores e alunos para reformar a universidade, levando-a a realizar seu papel social.

Por intermédio da crítica supracitada de Masetto, deduz-se que, nas faculdades de Direito, não há renovação do conhecimento. As ações pedagógicas utilizam repetição de partes do “arsenal cultural” já produzido e a violência simbólica para perpetuar as relações de poder na própria sociedade. Mas, afinal, que vem a ser violência simbólica?

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o Direito ser emancipatório?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 20.

²⁰ MASETTO, Marcos. **Didática: a aula como centro**. São Paulo: FTD, 1987. p. 47.

A violência simbólica é o efeito prático e imediato da incidência do poder simbólico, o qual consiste, para Pierre Bourdieu²¹, em uma força invisível que “só pode ser exercida com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que a exercem”. Complementa o autor, ainda, que

[...] os sistemas simbólicos, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências.²²

Ora, o saber humano, acumulado por meio de diversas experiências ao longo do tempo, é o melhor exemplo de instrumento que permite a concordância entre as inteligências, ou seja, que possibilita a interação racional entre as pessoas. Efetuando-se uma análise das relações de poder na ordem inversa, é permitido presumir que quem detém o poder detém o saber. Para que esse vínculo seja desfeito, por sua vez, deve-se melhorar as condições de vida da população, oferecendo ensino (jurídico, inclusive) de qualidade a todos, de forma indistinta.

Diante do exposto, percebe-se que o educador é fundamental neste processo de mudanças, contanto que não faça mera “inculcação” de conteúdos. Ao transmitir seus conhecimentos como uma possível linha de raciocínio, e ao promover debates, ele participa ativamente da formação do indivíduo.

Problematizar a realidade, entretanto, significa abalar o poder estabelecido. Em outras palavras, uma educação capaz de tornar as pessoas críticas e conscientes implica em afronta às elites dominantes, razão pela qual as universidades “inculcam” a cultura que permite a manutenção do poder. Reafirma-se, então, a necessidade de o professor ter vasto conhecimento da disciplina, para que os alunos vejam diferentes pontos de vista, relacionem os conteúdos com a realidade e desenvolvam autonomia.

A história comprova que os cursos de Direito, no Brasil, surgiram já com o intuito de fornecer elementos de dominação para a elite, o que permitiu a consolidação das estruturas de poder. Essa característica, associada ao fato de que o ensino jurídico é “rotinizado”, aponta o curso como um dos mais conservadores. Apesar

²¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 8.

²² Idem, *ibidem*, p. 09.

disso, é relevante salientar que o Direito pode ser tanto instrumento de opressão, quanto de libertação, embora tenha servido apenas para conservar o poder. Ao terem como base um ensino formal e positivista, os juristas identificam o Direito com a lei e, em função disso, têm dificuldade de empregar a formação puramente técnica para mudar a realidade social. Enxerga-se o Direito, pois, como um instrumento de controle repleto de “falsas promessas”.

Nesse sentido, Balbinot²³ reitera que os cursos de Direito, no Brasil, sempre estiveram marcados pelo formalismo. O ensino jurídico, extremamente positivista e “fechado em si mesmo”, tem formado profissionais insensíveis à realidade social e às necessidades do povo. Estes juristas são, no máximo, bons para interpretar a letra da lei, mesmo que contra a justiça. Wolkmer²⁴ faz constatação semelhante quando diz que:

Advogados, promotores e juízes, formados no bojo de uma cultura jurídica formalista, dogmática e liberal-individualista, não conseguem acompanhar inteiramente as complexas condições de mudanças das estruturas societárias, as freqüentes demandas por direitos gerados por necessidades humanas fundamentais e a emergência de novos tipos de conflitos de massa.

Para reverter este quadro, ou seja, para que o Direito se concretize em prol de toda a sociedade, o ensino deve ser adequado à realidade, deve ser reformulado. Além disso, para uma efetiva reforma educacional, a pesquisa e a extensão precisam ser implementadas, considerando que a primeira permite um aprofundamento nas disciplinas – rever conceitos – e que a outra consiste em aplicar, na sociedade, o conhecimento produzido – interação entre universidade e povo, processo em que o aluno vai à comunidade para transmitir e absorver experiência.

A implementação da extensão, juntamente com o fortalecimento do ensino e da pesquisa, então, são vitais para reverter este quadro em que se encontram os juristas brasileiros²⁵. Saliente-se que a inclusão de atividades práticas – o aluno em contato com a realidade – e a problematização em sala de aula – com debates, por

²³ BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O ensino jurídico e sua necessária conformação com a realidade: importância da pesquisa e da extensão. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). **Ensino jurídico: leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 250.

²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001. p. 104.

²⁵ BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O ensino jurídico e sua necessária conformação com a realidade: importância da pesquisa e da extensão. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). **Ensino jurídico: leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 260.

exemplo – são necessárias para a formação integral do indivíduo.

É necessário destacar, tanto no incentivo à pesquisa quanto na implementação da extensão, a importância de atividades práticas e de um enfoque interdisciplinar. São meios que fornecem ao profissional ferramentas para que ele se aproxime da realidade e nela interfira positivamente, de maneira a expandir o Direito para outras áreas, adequá-lo às carências da sociedade e permitir a democratização da educação, ao invés de padronizar mentalidades.

Diante do exposto, é possível afirmar que a educação é um processo de humanização, ou seja, é o meio pelo qual as pessoas se inserem na sociedade. Freire enxerga²⁶ na educação a possibilidade de o homem simples – diminuído, transformado em espectador, dirigido pela força das relações de poder instituídas – libertar-se da opressão. Importa esclarecer, também, que uma educação bancária não é capaz de formar o profissional de que o povo precisa e deseja. Isso posto que, nesse método de ensino,

[...] o educador aparece como seu indiscutível agente, como o seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é “encher” os educandos dos conteúdos de sua narração. Conteúdos que são retalhos da realidade desconectados da totalidade em que se engendram e em cuja visão ganhariam significação. A palavra, nestas dissertações, se esvazia da dimensão concreta que devia ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante²⁷.

Em compensação, um método apoiado sobre o diálogo (relação horizontal entre o professor e o aluno) e sobre a relação de “simpatia” entre os pólos (professor e aluno) favorece o processo de aprendizagem, propiciando a formação de pessoas conscientes e críticas²⁸.

Medidas como essas certamente colocarão a problematização à frente do tecnicismo, ainda muito forte no Direito. Como consequência, teremos universidades com grande potencial de atingir seus objetivos: formar cidadãos sensíveis à realidade e gerar benefícios, por meio do saber construído, para além dos poucos que têm acesso ao ensino. Com isso, quer-se afirmar que o rumo da sociedade não está à mercê de sua própria sorte, desde que se exija de todos uma mudança de mentalidade

²⁶ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 31. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 110.

²⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 27. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 57.

²⁸ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 31. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 115.

e postura. Assim poderemos, enfim, desenvolver um sistema jurídico justo e vislumbrar uma sociedade menos desigual, em que a crise dos centros acadêmicos é o ponto de partida para que possamos atuar positivamente na sociedade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que, com a disseminação das faculdades de Direito pelo Brasil, a reformulação do método de ensino em vigor é necessidade evidente. Isso posto que as atuais instituições têm se limitado a formar profissionais que apenas reproduzem informações recebidas.

O aperfeiçoamento do processo de aprendizagem exige que o aluno assumira participação efetiva na produção de conhecimento. Assim sendo, devem as faculdades instigar a criticidade e o raciocínio, afinal, o ensino dogmático, técnico e legalista não capacita os juristas a reconhecer as demandas sociais e a atuar em prol delas. Com o implemento da pesquisa e da extensão, pois, bem como o estímulo ao conhecimento e fortalecimento dos movimentos sociais, vislumbra-se a possibilidade de os benefícios do ensino extrapolarem os muros das faculdades, inclusive, com a formação de profissionais diferenciados e atuantes.

Requer-se, enfim, que os juristas reconheçam o Direito como um fenômeno social, que emerge na complexidade e dinâmica da realidade vivida pela população, de forma indistinta. Dessa forma, poderemos transformar este aparato de opressão, até então a serviço da elite, em um instrumento libertador, que se concretize em benefício de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O ensino jurídico e sua necessária conformação com a realidade: importância da pesquisa e da extensão. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). **Ensino jurídico: leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 247-267.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes e FARIA, José Eduardo. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Fabri, 1991.

CAPELLER, W.; JUNQUEIRA, E. Alternativo (Direito;Justiça): Algumas Experiências na América Latina. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.161-164.

CATUSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, a. 2, vol. 1, n. 2, ago./dez., 2007.

EHRlich, Eugen. O estudo do Direito Vivo. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.109-115.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 31. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 27. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

MASETTO, Marcos. **Didática: a aula como centro**. São Paulo: FTD, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o Direito ser emancipatório?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.87-95.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O direito achado na rua: concepção e prática. **Revista humanidades**. Brasília, n.4, vol.8, p.494-497, jun. 1992.

_____. **Direito como liberdade: O Direito Achado na Rua (Experiências populares Emancipatórias de Criação do Direito)**. 2008. 338 f. Tese de doutoramento – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

_____. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). **Sociologia e Direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.255-263.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

JUSTIÇA SOCIAL NO ESTILO ÉTICO E ESTÉTICO

SOCIAL JUSTICE IN THE ETHICAL AND AESTHETIC STYLE

Mauricio Salvadori Carvalho de Oliveira*

Data de recebimento: 20/01/2012

Data de aprovação: 28/05/2012

RESUMO

Este artigo objetiva investigar as contribuições da Política Jurídica para a efetividade da Justiça Social, entendida no estilo ético e estético da convivialidade – socialidade como mecanismo de pacificação. Parte-se desse pressuposto porque, durante o predomínio “hegemônico” do positivismo – dogmática jurídica-, as normas jurídicas foram produzidas de forma racional, objetiva e abstrata - instituídas para um “dever-ser” ditado - tensionando direito e justiça. O modelo positivista da Ciência Jurídica moderna enfrenta a necessidade de encontrar novos paradigmas, emergentes do imaginário social, que se convolem em representações jurídicas e possam confrontar o direito instituído. E, independentemente do uso da força – coação Estatal – as normas jurídicas produzidas a partir da vivência efetivem materialmente, no imaginário dos cidadãos, o sentimento de Justiça Social, ética e esteticamente, como uma cartografia do Direito da Pós-Moderidade, servindo de instrumento pacificador.

PALAVRAS-CHAVE

Política Jurídica; Justiça Social; Ética; Estética; Convivialidade.

ABSTRACT

This article aims to investigate the contributions of Juridical Policy for the effectiveness of Social Justice understood in ethical and aesthetic style of conviviality - sociality

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí/SC.

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado.

E-mail: mauriciosalvadori@gmail.com

as a mechanism of pacification. It starts with this assumption because while the “hegemonic” predominance of positivism - dogmatic-legal – the juridic norms were produced in a rational, objective and abstract way - as produced and introduced to an abstract “should be” dictated - stressing law and justice. The positivist model of modern Juridical Science faces the need to find new paradigms, emerging from social imaginary, which transform yourself in juridical representations and may confront the established in law. And regardless the use of force - state coercion – juridical norms produced from to experienced produce materially in the minds of citizens a sense of social justice, ethics and aesthetics, as a Post-modernity Law cartography, serving as pacifying instrument.

KEYWORDS

Juridical Policy; Social Justice; Ethics; Aesthetics; Conviviality.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica, predominante na Modernidade, não conseguiu conceituar de forma objetiva e com neutralidade axiológica, de forma universal e permanente, a categoria Justiça, relegando-a à Política Jurídica por seu espírito relativista.

Todavia, a sociedade globalizada passa por transformações culturais que impõem à Ciência Jurídica a necessidade de entender a categoria Justiça como pressuposto e razão existencial do Direito. E, assim, transpor os limites da dogmática jurídica, para que seja constituído de normas justas e úteis para a coletividade.

Portanto, este artigo tem como escopo investigar as contribuições da Política Jurídica para a efetividade da Justiça Social, entendida no estilo ético e estético da convivialidade – socialidade como mecanismo de pacificação social. Porquanto, o modelo positivista da Ciência Jurídica moderna enfrenta a necessidade de encontrar novos paradigmas, emergentes do imaginário social, que se convoem em representações jurídicas e possam confrontar o direito instituído; que, independentemente do uso da força – coação Estatal –, as normas jurídicas produzidas a partir da vivência efetivem materialmente, no imaginário dos cidadãos, o sentimento de Justiça Social, ética e esteticamente, como uma cartografia do Direito da Pós-Modernidade.

Neste artigo, utilizou-se o método analítico-descritivo-crítico. Os dados foram coletados pela técnica do referente, fichamento e conceitos operacionais e, no seu tratamento, foi empregado o método cartesiano; e, ainda, o texto final é apresentado sob a moldura do referente proposto e da pesquisa bibliográfica.

2. POLÍTICA JURÍDICA E JUSTIÇA SOCIAL NA PÓS-MODERNIDADE

As políticas predominantes nos últimos dois séculos ou primou pela Liberdade, no caso, os individualistas ou liberais, ou pela Igualdade, nesta hipótese, os Socialistas¹. Ocorre que tanto um direito como outro provêm de direitos-fontes inerentes ao homem. E, tanto na forma de Política Liberal como a Social, o Estado é o mediador das relações conflituosas, da relação entre os indivíduos ou entre esses e a sociedade e vem mostrando-se incapaz - por não proporcionar Justiça Social - de postar um direito justo, ético e útil, nos quais os valores axiológicos tenham sido

¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Editora CPGD-UFSC, 1994, p. 103.

buscados ou encontrados fora do sistema jurídico, ou seja, no informal, no centro das aspirações sociais a conferir-lhe “validade material”².

A Política Jurídica demonstra preocupações “axiológicas e teleológicas”³ na busca de um direito do “dever-ser” ou de como deva ser feito e, assim, ocupa um espaço, campo de atuação localizado entre o indivíduo e a sociedade, e da relação destes com a dogmática jurídica, em constante mutação, pois os juízos de valores estão ligados diretamente aos interesses às necessidades sociais.

Nesse contexto, a dogmática jurídica, predominante na modernidade, entendida como Utilitarismo ou Teoria do Direito Positivo, sem conseguir impor um conceito objetivo e de neutralidade axiológica, deixou de fora do sistema jurídico a categoria Justiça, porquanto esse “problema” seria tema da Política Jurídica, que encarna o “espírito relativista”⁴. No entanto, o direito da modernidade, criado sob uma moldura limitadora das possibilidades, deixou de ser instrumento pacificador e garantidor da paz social e abriu espaço para a crítica e um mundo de possibilidades para os devires.

Por outro lado, a “Pós-Modernidade”⁵, para superar o objetivismo dogmático instituído, o substituiu pelo subjetivismo e ganha espaço a Política Jurídica na Ciência Jurídica pós-moderna por “resgata[r] o valor justiça para a justificação da norma, da qual se exigirá a validade substantiva, material, além da validade formal que lhe desenham os ritos da Dogmática Jurídica”⁶. Ou seja, ocupar-se-á de questionar os fundamentos da norma do que deva ser, de como deva ser ou até de como deva ser interpretada e aplicada, na hipótese de controle jurisdicional, para que levem os juristas e operadores do direito “na devida conta os valores da sociedade”⁷.

Resulta desta transformação cultural que o Direito Pós-Moderno haverá de

² Idem, “[...]validade material, que é, em nosso acordo semântico, a qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão” (p. 20).

³ Idem, p. 34.

⁴ Idem, p. 42.

⁵ SILVA, Moacyr Motta da. “Pós-modernidade quer significar algo que sucede a modernidade, ou que está em trânsito na modernidade. (...) A expressão envolve, igualmente, o conhecimento hermenêutico na interpretação do dado real”. DIAS, Maria da Graça dos Santos;... [et.al.]. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 127.

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 115.

⁷ Idem, p. 77.

conter valores éticos e estéticos comuns à Consciência Jurídica da maioria (Estado-Democrático), para que seja justo e útil para a coletividade/sociedade, pois, “o bom (objeto da Ética) e o belo (objeto da Estética) seriam valores que estariam incorporados nos bens intrínsecos às pessoas, como objeto de manifestação de amor ou desamor”⁸.

Todavia, a transformação cultural que passou e passa a sociedade terá, na pós-modernidade, que superar o mal-estar cultural⁹ caracterizado pelo sentimento de culpa não reconhecido ou inconsciente, para o qual se busca outras motivações¹⁰, pois, em tempos atuais, a sociedade é impulsionada por uma vertente fetichista que a faz elevar o “ter” em detrimento do “ser”.

Assim, para escapar da formulação psicanalítica Freudiana de que “os seres humanos geralmente empregam critérios equivocados, de que ambicionam poder, sucesso e riqueza para si mesmos e os admiram nos outros, enquanto menosprezam os verdadeiros valores da vida”¹¹, seria necessário encontrar um equilíbrio final no indivíduo e na cultura capaz de apaziguar os conflitos resultantes da divisão da libido entre o eu e os objetos¹².

Seguindo o contexto do exposto, a Política do Direito considera a validade material da norma a partir da “legitimidade ética de seu conteúdo e de seus fins”¹³, para que passe a ter validade e eficácia, independente de ser positivada, pois, como professou Osvaldo Ferreira de Melo, ter-se-á “aquiescência social, ou seja da obediência à conduta esperada”¹⁴.

Portanto, a Política Jurídica analisa a existência de uma crise de legitimidade, que atua no e sobre o Direito Positivo, encontrando espaço nas fontes primárias

⁸ Idem, p. 61.

⁹ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.

¹⁰ Idem. “Por isso, é perfeitamente imaginável que a consciência de culpa gerada pela cultura também não seja reconhecida como tal, que permaneça em sua maior parte inconsciente ou apareça como um mal-estar” (p. 166).

¹¹ Idem, p. 41.

¹² Idem. “[...] é assim que os dois processos de desenvolvimento, o individual e o cultural, têm de se hostilizar mutuamente e disputar o terreno um do outro. Mas essa luta entre o indivíduo e a sociedade não é um derivado da oposição provavelmente inconciliável entre os impulsos primordiais, Eros e a morte; ela significa uma disputa na economia da libido, comparável ao conflito pela divisão da libido entre o eu e os objetos, e admite um equilíbrio final no indivíduo, tal como esperamos que também ocorra no futuro da cultura, por mais que atualmente essa luta dificulte tanto a vida desse indivíduo” (p. 176).

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 88.

¹⁴ Idem, p. 90.

dos interesses, ou seja, nos movimentos sociais criadores da representação jurídica. E, nessa dimensão, as regras de comportamento são legitimadas pelo consenso, ou melhor, no senso comum, e servem de fonte capaz de inspirar a reorientação do direito vigente, pressupondo a idéia de valores consensuais.

Na Pós-Modernidade, abre-se um possível caminho a ser seguido: a instituição de um novo paradigma com capacidade de reorientar e reorganizar o direito vigente, que produza, na sociedade, a pacificação dos conflitos entre o individual e o coletivo, permeando a sociedade de sensação de Justiça e Utilidade social e assegure “a valorização do ser humano e a dignidade de tratamento nas relações entre os homens e destes com a natureza”¹⁵, consubstanciando-se no subjetivismo e possibilitando a abertura do sistema jurídico a outros sistemas formais ou informais.

Com efeito, a função epistemológica da Política Jurídica, além de estabelecer a crítica sobre o direito vigente, é buscar, em “fontes formais e informais, as representações jurídicas do imaginário social que se legitimem na Ética, nos princípios de Liberdade e Igualdade e na Estética da convivência humana”¹⁶, constituintes do direito justo, entendendo-o como regras exigíveis de comportamento legitimadas pelo senso comum da maioria e impregnadas de valores axiológicos capazes de relativizar a Liberdade e a Igualdade. Ou seja, que o paradigma do devir seja espécie do gênero Dignidade da Pessoa Humana, de natureza difusa, e se forme na “consciência social”¹⁷.

Assim, a Ciência Jurídica da Pós-Modernidade haverá de ser compreendida interdisciplinarmente¹⁸, articulando-a com a filosofia, a sociologia, a antropologia, a pedagogia, a psicologia, etc., e com as coisas da vida, “para sair da malha, estreita e sólida, dos conceitos estabelecidos”¹⁹, para efetivar uma Justiça

¹⁵ Idem, p. 132.

¹⁶ Idem, p. 131.

¹⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. “A consciência social e a política da sociedade atribui importância fundamental ao fato de as leis serem elaboradas conforme os valores sociais majoritários, por isso devem ser formuladas não apenas com correção técnica, mas, também, conectadas com as exigências de uma justiça material”. **A Justiça e o Imaginário Social**, p. 50.

¹⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos;... [et.al.]. “[...] o pluriculturalismo, a interdisciplinaridade, a transdisciplinariedade. A procura é da unicidade, onde se integrem os distintos elementos que constituem o todo. Doxa e episteme, senso comum e ciência integram-se na busca da compreensão da realidade”. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**, p. 22.

¹⁹ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 17.

Social, ética e estética, capaz de pacificar os conflitos pela “socialidade”²⁰.

3. JUSTIÇA SOCIAL ENTENDIDA NO ESTILO ÉTICO E ESTÉTICO DA CONVIVALIDADE: CARTOGRAFIA DO DIREITO DA PÓS-MODERNIDADE

Seguindo a linha do raciocínio até aqui desenvolvido, e antes de ingressar no tema proposto neste tópico, cumpre-nos percorrer pelo nascimento do paradigma dominante²¹ que a racionalidade impôs à ciência moderna a partir do século XVI, estendido às ciências sociais emergentes nos séculos XVIII e XIX, para dizer que o “modelo global de racionalidade científica” inadmitia a intrusão de conhecimentos não científicos – irracional -, notadamente, “o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teleológicos”²². Constituindo-se, assim, num modelo totalitário, por exigir que as formas de conhecimento científico se pautassem por seus princípios epistemológicos e suas regras metodológicas²³ que “transbordaram do estudo da natureza para o estudo da sociedade”²⁴.

MONTESQUIEU, considerado um precursor da sociologia do direito, por estabelecer “a relação entre as leis do sistema jurídico, feitas pelo homem, e as leis inescapáveis da natureza”²⁵, em sua célebre obra, “O Espírito das Leis” (1748), criou as condições para o surgimento das ciências sociais, tornando-as

²⁰ MAFFESOLI, Michel apud Maria da Graça dos Santos DIAS. “a socialidade constitui-se pela ‘multiplicidade de situações, de experiências, de ações lógicas e não lógicas’”. (MAFFESOLI, Michel. *A conquista do presente*. Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p.10)”, in **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 20.

MAFFESOLI, Michel. “*Frisei bem socialidade, isto é, um estar-junto fundamental que, ao lado dos elementos mecânicos e racionais, que estão na base do contrato social, integra todos os aspectos passionais, não racionais, senão, francamente, ilógicos, que estão, também, em ação na natureza humana*”. **Elogio da Razão Sensível**, p. 183.

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 7ª Edição. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 10.

²² Idem, p. 10.

²³ Idem. “*A natureza teórica do conhecimento científico decorre dos pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas já referidas. É um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos*” (pp. 15-16).

²⁴ Idem, p. 18.

²⁵ Idem, p. 18.

mais densas no “positivismo oitocentista”²⁶.

Com efeito, a partir do nascimento das ciências sociais emergentes, a ciência jurídica nasce com a missão de construir um modelo do “dever-ser” universalmente válido, fundamentado na racionalidade, no objetivismo e na abstração. No entanto, para cumprir tal mister, necessário foi suprimir do sistema jurídico a categoria Justiça. Isso porque a ciência jurídica, enquanto sistema, é espécie do gênero ciência social, e encontrou os mesmos obstáculos daquela que derivou, por se relacionar, diretamente, as reais condições de existência. Os principais obstáculos encontrados pela ciência social e, portanto, pela ciência jurídica, foram esboçados por ERNEST NAGEL, citado por BOAVENTURA SANTOS:

Eis alguns dos principais obstáculos: as ciências sociais não dispõem de teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente controlado, a prova adequada; as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; as ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função do conhecimento que sobre ele se adquire; os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e, como tal, não se deixam captar pela objectividade do comportamento; as ciências sociais não são objectivas porque o cientista social não pode libertar-se, no acto de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista²⁷.

A transposição desses obstáculos, inflacionados pela racionalidade, são reveladores das condições que resultam na crise do paradigma dominante - cuja observação nos faz BOAVENTURA SANTOS: “é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço que ele propiciou. O aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda”²⁸ -, e que justifica as críticas que a Ciência

²⁶ Idem. “A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Dado que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas, segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas” (pp. 18-19).

²⁷ Idem, p. 20-21.

²⁸ Idem, p. 24.

Jurídica da Pós-Modernidade faz ao modelo científico ditado na modernidade.

No “carro abre-alas” da Pós-Modernidade, LUIS ALBERTO WARAT, “carnavalizando”²⁹ na metáfora “Balada para um ‘PIANTADO’”³⁰, deixa-nos claro a necessidade de aceitarmos o casamento, ainda que em bigamia, do Direito com a dogmática jurídica e com a “semiologia marginal”³¹, justificando o primeiro dos matrimônios porque “ninguém considera as possibilidades de uma vida desligada para sempre da lei e da razão”³²; e o segundo, porque a semiologia marginal “não se encontra codificada pelos esquemas de poder dominantes”³³.

Assim, por meio de uma nova compreensão hermenêutica do instituído, do racional, do objetivismo, do direito abstratamente dado e do acolhimento do novo, levará a entender a categoria Justiça como pressuposto e razão existencial do direito. E possibilitará a transposição dos limites e obstáculos da dogmática jurídica, catapultando a Justiça Social ao local de destaque que a Pós-Modernidade lhe prepara.

Em cada grande época de ruptura da história e da revolução das sociedades, importa traduzir concretamente as mudanças de atividade que se impõem para atender às necessidades novas, eliminando os parasitismos, os desperdícios, as ações prejudiciais à promoção nova do homem e ao desenvolvimento humano das sociedades³⁴.

[...] seria fazer emergir as necessidades novas e a conscientização de cada um a seu respeito: necessidade de uma formação inédita, que favoreça a expressão de si próprio e a comunicação profunda com o outro; necessidade de organização nova da empresa e da sociedade, tornando possível a cada um participar plenamente

²⁹ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1987.

³⁰ Idem. “*Em italiano “mandar-se a mudar”. Neologismo que define um tipo particular de louco, o maluco que não se crê normal se pensa muito nisto, pois os normais se parecem demais a um juiz de plantão. Para entender-se um louco, convém ser psiquiatra, para entender um piantado basta o bom humor. A loucura é uma saída, plantar-se é ver chegar cronópios*” (p. 52).

³¹ Idem. “*Sob o plano da semiologia marginal, joga-se a possibilidade de abolir toda censura pela desnudez que provoca o espaço ambivalente. Na ambivalência, pode dar-se o fluxo do desejo. Um Eros contestatório, que reivindica um erotismo pluralista e ambivalente*” (p. 30).

³² Idem, p. 35.

³³ Idem, p. 30.

³⁴ GARAUDY, Roger. **O Projeto Esperança**. Tradução de Virgínia Novais da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Salamandra, 1978, p. 104.

da elaboração e tomada das decisões de que depende seu destino; necessidade, em consequência, de encontrar no trabalho algo que não seja alienação, e fora do trabalho, formas de expressão artística que levem à participação; à comunicação; à celebração, às exigências, às transcendências e às metaformoses da fé; necessidade de descobrir a comunhão com a natureza e com o homem; com a natureza, respeitando a ecologia e os equilíbrios que condicionam as harmonias humanas; com os outros homens, pondo término às estratégias de um determinado “crescimento” que, constituindo uma agressão permanente contra a natureza, implicam as hierarquias guerreiras dessa agressão, e conduzem ao mesmo tempo à atomização e à massificação dos homens³⁵.

Surge, então, a necessidade do giro filosófico para abrir o sistema jurídico a novas ideologias – “entendida como uma realidade”³⁶ -, as críticas internas, tornando-o permeável à influência de outros sistemas de idéias e de valores, influenciando “diretamente no imaginário social, na formação da consciência Jurídica da sociedade e, portanto, no arbitramento valorativo da norma”³⁷, “com a finalidade de orientar os comportamentos coletivos”³⁸.

Um dos resultados da ação – giro filosófico que a pós-modernidade impõe à ciência jurídica moderna é a compreensão de que, para haver Justiça Social, esta deve ser visualizada não por uma “visão determinista e linear da história”³⁹, mas por uma visão que ingresse “na complexidade do mundo da vida”⁴⁰ e permita, numa concepção organicista da sociedade, “identificar-se a um impulso vital – vitalismo – constantes das diversas manifestações da socialidade”⁴¹.

Constitui-se, assim, o desenho cartográfico da pós-modernidade: “a junção do sujeito e do objeto, o desindividualismo, a abertura do indivíduo ao comunitário. [...] [através da] ambiência emocional, a empatia, a compreensão, o prazer de estar junto, o sentimento de pertença expressam, hoje, o motivo e o sentido da socialidade, para qual cedeu espaço o social racionalizado da Modernidade”⁴².

³⁵ Idem, pp. 108-109.

³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 54.

³⁷ Idem, p. 54.

³⁸ Idem, p. 54.

³⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos;... [et.al.]. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**, p. 19.

⁴⁰ Idem, p. 19.

⁴¹ Idem, p. 19.

⁴² Idem, p. 21.

É impertivo, portanto, cartografar⁴³, “como o esboço que acompanha e faz ao mesmo tempo os movimentos de transformação de uma paisagem”⁴⁴, a Justiça Social que “surge como uma conquista do dinamismo e consciência da sociedade, que a lei respalde”⁴⁵, para que seja entendida como um estilo de vida ético - “no domínio da moral”⁴⁶ - e estético - “na percepção do sensível”⁴⁷. E possa, “a Ética como pressuposto da Estética”⁴⁸, reorientar a comunicação humana na sua convivialidade e ordenar sua socialidade, simultaneamente servindo de mecanismo e instrumento de pacificação social, sobrelevando a ciência jurídica para além “[do] fechamento da razão lógica e recupere(rar) a razão sensível, para que possa compreender a socialidade nascente que se expressa em todas as formas de solidariedade”⁴⁹.

4. A PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS A PARTIR DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL NO IMAGINÁRIO DOS CIDADÃOS

Evidenciou-se, até aqui, que o debate teórico-filosófico sobre o direito foca atenção especial sobre a categoria Justiça em tempos em que as “situações de injustiça se agravam na sociedade contemporânea”⁵⁰ e o direito constituído encontra-se imerso numa crise de legitimidade provocado pelas críticas da Pós-Modernidade e da “transformação de padrões culturais tradicionalmente estabelecidos”⁵¹.

No outro ponto do vértice, a Justiça, em sua dimensão de práxis, está “imbricada às reais condições de existência das pessoas, grupos, comunidades,

⁴³ WARAT, Luis Alberto. *“Cartografar é multiplicar linhas de subjetividade, muitas linhas emaranhadas, cortadas, sobrepostas, uma exterioridade aberta às superfícies de contato, às margens (por oposição a uma interioridade culposa). Multiplicidade e simultaneidade, para escapar ao dualismo (o múltiplo é o que está entre as eleições binárias, entre o um e o outro, mas que não está nem num nem no outro), para estabelecer pontos de giro da subjetividade nos grupos e nos indivíduos: a união dada por alianças, contágios, coincidências. Tipos de fluxos conjugados, desejos que se transformam e circulam para estabelecer um estilo de vida e de enunciação (o encanto do que é sem igual)”*. **Por quem cantam as sereias**. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 173.

⁴⁴ ROLNIK, Sueli apud Luis Alberto Warat. **Por quem cantam as sereias**, p. 172.

⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994, p. 122.

⁴⁶ Idem, p. 56.

⁴⁷ Idem, p. 59.

⁴⁸ Idem, p. 60.

⁴⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos;... [et.al.]. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Concento Editorial, 2009, p. 23.

⁵⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Momento Atual, 2003, p.39.

⁵¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994, p. 80.

sociedades”⁵² e seus problemas “essencialmente práticos, concretos, referem-se a demandas existenciais do homem (alimentação, habitação, saúde, educação, segurança, lazer, identidade, participação, etc.)”⁵³.

Assim, a dogmática jurídica – forma racional e abstrata de instituir o direito por uma maioria (democracia) detentora do poder -, ditadores da moral do “dever-ser”, “a partir da capacidade política “excepcional” de uma pessoa ou grupo, que se afirma com competência de definir, conforme o ponto de vista da justiça, o que convém a uma dada sociedade”⁵⁴, põem os filósofos do direito a questionar, na centralidade de seus temas, tanto o “dever-ser” imposto pelo direito moderno quanto suas relações com a Justiça.

Para este mister, pensam os filósofos do direito em Justiça “numa dimensão de práxis”⁵⁵, para a construção do direito legítimo e justo, porquanto, na modernidade, que encampou a Teoria Pura do Direito, a Justiça fora deixada para fora do sistema normativo pela dificuldade de construir um conceito universal e permanente devido à excessiva racionalidade e objetividade que impera[ou] na modernidade.

Imaginava-se, no entanto, que a dogmática jurídica iria cumprir sua função pacificadora pela coerção⁵⁶, ditando o permitido e o proibido e impondo sanções aos desobedientes dessa ordem ditada. No entanto, “no imaginário consagrado, o direito e suas práticas usurpam nossos desejos de maneira tal que resulta impossível pensar o direito respaldando o prazer indeterminado”⁵⁷. Assim, a ciência jurídica, no modo em que concebida, não dá conta de sustentar a sociedade do gozo.

Daí a relevância, para a Ciência Jurídica, de levar em conta os pressupostos éticos - impregnados de relevância jurídica - espalhados no corpo social para serem convertidos em norma básica material do Ordenamento, possibilitando aos indivíduos

⁵² DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Momento Atual, p. 75.

⁵³ Idem, p. 47.

⁵⁴ Idem, p. 40.

⁵⁵ Idem. “Os jusfilósofos contemporâneos, NICOLÁS MARIA LOPEZ CALERA (Espanha) e OTFRIED HÖFFE (Suíça), colocam na centralidade dos seus debates a justiça, enquanto referente de crítica ética do Direito. [...] Para estes autores, legítimo não é qualquer Direito, mas o que realize a Justiça – o Direito Justo. A Justiça é por eles pensada numa dimensão de práxis, referida às reais condições de existência” (p. 39).

⁵⁶ MAFFESOLI, Michel. “[...] a ordem é imposta de fora, é decretada, o que implica que a proteção requer a submissão; quer seja, ao contrário, considera-se que a ordem não carece de instância impositiva mas, isto sim, que ela nasce, naturalmente, de maneira cenestésica, do choque dos antagonismos, mas acaba culminando em harmonia ou um equilíbrio mais libertário que repousa no senso interno, o bom senso, o senso comum do animal humano”. **Elogio da Razão Sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 173.

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, 1987, p. 25.

os desenvolverem, na sociedade, todas as suas potencialidades, pois

...a perda da eficácia da norma jurídica pode dar-se não só por situações fáticas ou técnicas, como a caducidade e a revogação, mas também por razões ligadas ao descompasso entre a norma e as crenças, expectativas e valores ocorrentes no corpo social⁵⁸.

Portanto, se os valores que porta a sociedade e os objetivos que esta pretende realizar não estão inscritos e preservados na norma ditada, não haverá [há] adesão social, e, conseqüentemente, carecerá de legitimidade.

Sem a liberdade e adesão, a Moral [caráter do direito] descaracteriza-se como tal e se transforma em mero sistema de coação. Nessa situação, o sujeito pode rebelar-se contra essa ordem moral, por não reconhecer e aceitar a autoridade, questionar sua competência ou por considerar que os valores e fins que estabeleceu para si mesmo são mais valiosos que os propostos pela moral heterônoma⁵⁹.

E, ao contrário do pretendido, produzirá tensão social e conflitividade intersubjetiva nas relações inter-humanas.

Entretanto, ao colocar o tema Justiça no centro das discussões doutrinárias, mediante o “aprofundamento das relações entre Direito e Justiça”, especialmente quanto sua práxis, a filosofia do direito - renascente -, revela o intuito de erigir a Justiça a fundamento do Direito, porque as “políticas sociais de cunho compensatório não promovem a superação das desigualdades sociais, pois assentam-se na lógica das necessidades, não promovendo o desenvolvimento econômico das populações pobres [...] e o pobre é reduzido a uma categoria objetal”⁶⁰. Ou seja, ao não promover/concretizar políticas públicas condizentes com a realidade, mantém-se as desigualdades e a exclusão social, transferindo ao judiciário uma atribuição que deveria restringir-se ao plano Político, proporcionando a abertura do sistema jurídico à Judicialização e ao Ativismo Judicial, aumentando a tensão entre jurisdição e democracia. E, assim, transfere o conflito existente no corpo social para o Judiciário, mudando a categoria conflito apenas de esfera.

⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994, p. 89.

⁵⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 46.

⁶⁰ Idem, p. 80.

Diante de toda esta realidade, pode se questionar as possibilidades concretas de realização da Justiça. Esta, enquanto práxis, não se efetiva através de uma ordem sedentária, mas no confronto diário com as situações vividas da injustiça. A Justiça realiza-se parcialmente na medida de sua conquista, exige a luta cotidiana dos homens, enquanto sujeitos históricos, para a realização de uma comunidade de destinos. É pela consciência e ação que se constrói uma sociedade mais justa e democrática⁶¹.

E justamente dessa realidade da vida é que se revela a necessidade de o Direito ser posto e “racionalizado por razões socialmente compartilhadas pelos membros de uma sociedade política”⁶², porque o imaginário social⁶³ desvela que

(...) a consciência social e política da sociedade atribui importância fundamental ao fato de as leis serem elaboradas conforme os valores sociais majoritários, por isso devem ser formuladas não apenas com correção técnica, mas, também, conectadas com as exigências de uma Justiça material⁶⁴.

Com efeito, para que a norma tenha eficácia, deve produzir o sentimento de qualidade de vida na comunidade, e as políticas sociais e econômicas devem garantir “trabalho e salário, educação e saúde, proteção social e segurança, etc”⁶⁵, porquanto, ao fim das grandes certezas ideológicas que moldaram a modernidade, nos resta apostar numa “sabedoria relativista”⁶⁶, na qual não se tem qualquer garantia, mas nos permite levar em conta a realidade daquilo que “é” e não do que “deve-ser”, sucedendo-se à “ética das situações”, é a socialidade que desponta aos nossos olhos.

E, então, mediante essa nova concepção, poder-se-á racionalizar a conflitividade da vida social por meio do Direito, ao utilizá-lo como instrumento e meio

⁶¹ Idem, p. 82.

⁶² Idem, p. 47.

⁶³ Idem. “O Imaginário social, no dizer de MICHEL MAFFESOLI, constitui-se pela imagem plural ambivalente que uma sociedade faz de si mesma” (p. 75).

⁶⁴ Idem, p. 50.

⁶⁵ Idem, pp. 77-78.

⁶⁶ MAFFESOLI, Michel. “*Todavia, por mais relativista que seja, a lição das coisas não implica de modo algum uma abdicação do intelecto. Trata-se simplesmente de um desafio ao qual é preciso responder. E, em seu sentido mais estrito, ela remete para uma deontologia, a saber, para uma consideração das situações (ta deonta) naquilo que elas têm de efêmero, de sombrio, de equívoco, mas também de grandioso*”. **Elogio da Razão Sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 12.

“para reduzir, ordenar e eliminar os conflitos, buscando a paz social”⁶⁷, alcançando esse objetivo mediante a “aceitação de um valor ou de ordem moral, quaisquer que sejam os motivos do sujeito”⁶⁸, numa implicação emocional, de empatia com a socialidade, de um pensar com desapego, enfim, numa atitude de espírito.

Por tudo isso, é necessário incorporarmos um estilo ético e estético ao Direito e, para tanto, “é preciso coragem para recusar professar as superstições que freqüentemente são modas ou que, aliás, variam com ela, dentre as quais o que se convencionou chamar de teorias “científicas”⁶⁹, ainda que essa atitude implique numa releitura da dogmática jurídica da modernidade.

Nessa postura subjetiva e relativista da pós-modernidade, os atores sociais fazem sua adesão “a partir de um ato de vontade”. E “sua ação será moral – moral no sentido autônomo”⁷⁰ – ao atuar conforme os fins pelos quais optou voluntariamente, independentemente de coerção.

Surgirá, então, a pacificação dos conflitos pelo sentimento de pertencimento, do afeto e do convívio. É a “vivência”⁷¹ cotidiana e a sabedoria popular que servirão de fundamento, é a experiência sensível que levará a sociedade a compreender que “o ‘ter’ constitui apenas uma possibilidade preliminar de ser”⁷².

É o bom e o belo, cartografados nas linhas da subjetividade, que estabelecerão um estilo de vida pacificador das conflitividades do corpo social⁷³, na práxis ética e estética da socialidade, emergentes do imaginário social, em que se baseará o Direito da Pós-Modernidade.

Esses são os elementos que franquearão a renúncia aos modelos “dados” arbitrariamente, como o “dever-ser” imposto, caracterizando e, ao mesmo tempo, sendo objetivo da pós-modernidade. Porquanto a imposição metodológica e

⁶⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 44.

⁶⁸ Idem, p. 44.

⁶⁹ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 13.

⁷⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 p. 46.

⁷¹ MAFFESOLI, Michel. *“Com efeito, o próprio da vivência é pôr a ênfase sobre a dimensão comunitária da vida social; vindo a mística sublinhar aquilo que une iniciados entre si, aquilo que conforta, de modo misterioso, o vínculo, ao mesmo tempo tênue e sólido, que faz que essa comunidade seja causa e efeito de um sentimento de pertença que não tem grande coisa a ver com as diversas racionalizações pelas quais, na maioria das vezes, se explica a existência das diversas agregações sociais”*. **Elogio da Razão Sensível**, p. 176.

⁷² DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 p. 44.

⁷³ MAFFESOLI, Michel. *“Saber orgânico, ou saber corporal do ato de conhecer e que isso era, igualmente, causa e efeito da constituição do corpo social em seu conjunto”*. **Elogio da Razão Sensível**, p. 162.

mecanicista do positivismo jurídico “se coloca refratário ao paradigma estabelecido pelo Constitucionalismo Contemporâneo”⁷⁴ e a dogmática jurídica que “vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente”⁷⁵ e garante, racionalmente, a segurança jurídica e a correção, não dá mais conta de estabelecer a relação direito-realidade - na superação da relação sujeito-objeto - e de capturar, no próprio sistema, determinadas situações de exceção e outras de exclusão que emergem do mundo da vida, uma constante nas atuais sociedades, complexas, e plurais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo positivista da Ciência Jurídica moderna enfrenta a necessidade de encontrar novos paradigmas porque o modelo dominante que inadmitia a intrusão de conhecimentos não científicos – irracional - constitui um modelo totalitário por exigir que as formas de conhecimento científico se pautem por seus princípios epistemológicos e regras metodológicas. Todavia, essa mesma racionalidade, que fechou o sistema jurídico em sua lógica, proporcionou o avanço do conhecimento, permitindo que se enxergasse suas fragilidades e fossem proferidas críticas.

A Política Jurídica vem demonstrando preocupações “axiológicas e teleológicas” na busca de um direito do “dever-ser” ou de como deva ser feito, ocupando um espaço, campo de atuação localizado entre o indivíduo e a sociedade, e da relação destes entre si e com a dogmática jurídica, contribuindo, assim, para a busca da efetividade da Justiça Social - entendida no estilo ético e estético da convivialidade – socialidade como mecanismo de pacificação social.

É por meio da pré-compreensão do instituído, do racional, do objetivismo, do direito abstratamente dado, mediante o acolhimento do novo, que possibilitará entender a categoria Justiça como pressuposto e razão existencial do direito a transpor os limites e obstáculos da dogmática jurídica.

Essa é missão necessária da Pós-Modernidade para a Justiça Social ser entendida como um estilo de vida ético “no domínio da moral” e estético “na percepção do sensível”, reorientando a comunicação humana na sua convivialidade e ordenando a socialidade, e ainda podendo servir de mecanismo e instrumento de

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: 4ª edição. Saraiva, 2011, p. 284.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebenicher. vol. 1. 2ªed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 247.

pacificação social pela adesão voluntária à norma.

A Política Jurídica, ao analisar a existência dessa crise de legitimidade atuante sobre o Direito Positivo na modernidade, encontrou espaço nos movimentos sociais criadores da representação jurídica e, nessa dimensão, as regras de comportamento são legitimadas pelo consenso, senso comum, servindo, então, de fonte capaz de inspirar a reorientação do direito vigente, pressupondo a idéia de valores consensuais.

A Ciência Jurídica da Pós-Modernidade, compreendida interdisciplinarmente, articulada com a filosofia, a sociologia, a antropologia, a pedagogia, a psicologia, etc., e com o mundo da vida, sai da moldura limitadora da modernidade para efetivar uma Justiça Social ética e estética, pacificando os conflitos pela socialidade, mediante a abertura do sistema ao subjetivismo e a outros sistemas. E, independentemente do uso da força – coação Estatal –, as normas jurídicas produzidas a partir da vivência experimentada efetivam, materialmente, no imaginário dos cidadãos, esse sentimento de Justiça Social, constituindo-se numa cartografia do Direito da Pós-Modernidade.

Essa nova concepção racionalizadora da conflitividade na vida social, por uma implicação emocional, de empatia com a socialidade e de um pensar com desapego, numa atitude de espírito, produz o sentimento de Justiça pela obtenção de qualidade de vida na comunidade, na medida em que se garante trabalho e salário, educação e saúde, proteção social e segurança, etc. E, a aposta segue na sabedoria relativista, que nos permite levar em conta a realidade daquilo que “é” e não do que “deve-ser”.

É o bom e o belo, cartografados nas linhas da subjetividade, que estabelecem o estilo de vida pacificador das conflitividades do corpo social, na práxis ética e estética da socialidade emergente do imaginário social.

Esses são os elementos que franquearão a renúncia aos modelos “dados” arbitrariamente - o “dever-ser” imposto, caracterizando e, ao mesmo tempo, sendo objetivo da pós-modernidade, pois, a práxis ética e estética da socialidade emergente do imaginário social permite ao sistema jurídico estabelecer a conexão direito-realidade, distensionando as categorias Direito e Justiça, na medida em que o subjetivismo, a relatividade, o vitalismo, a semiologia marginal, capturam, no próprio sistema ou fora dele, as situações de exceção e de exclusão que emergem do mundo da vida, uma constante nas atuais sociedades, complexas, e plurais.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria da Graça dos Santos; Silva, Moacyr Motta da; Melo, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. **A Justiça e o Imaginário Social**. Momento Atual, 2003.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.

GARAUDY, Roger. **O Projeto Esperança**. Tradução de Virgínia Novais da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Salamandra, 1978.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. 1. 2ªed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da Razão Sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 11ª Edição. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 7ª Edição. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: 4ª edição. Saraiva, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1987.

A ESTRUTURA SISTÊMICA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO DE DECISÃO JURÍDICA E JUSTA

THE OPENED SYSTEMIC STRUCTURE OF THE CONSTITUTION AS A BENCHMARK
FOR A LEGAL AND FAIR JUDICIAL DECISION

Carolina Souza Torres Blanco *

Data de recebimento: 15/03/2012

Data de aprovação: 06/05/2012

RESUMO

O presente artigo terá por objetivo percorrer a busca de juridicidade de uma decisão justa, sustentando uma absorção valorativa necessária por parte do aplicador do Direito Positivo decorrente da abertura sistêmica da Constituição. Visualiza-se a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, configurando um todo complexo formado por redes de relações de elementos normativos distintos. Por ser um sistema aberto, a Constituição está em intercâmbio com o seu meio ambiente, absorvendo informações e exportando resultados gestores de expectativas sociais. Essa abertura sistêmica é manifestada pela alta carga axiológica decorrente dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados. Como ao Judiciário foi atribuída a função de *in concreto* realizar o Direito e solucionar os conflitos de interesses, possui este órgão prevalência na função sistêmica canalizadora de resultados justos. Sendo o Direito um sistema aberto a valores, e estando o Estado vinculado ao Direito, deve o Judiciário proferir decisões judiciais “justas”, consonantes aos ditames de justiça vigentes no meio ambiente social.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral dos Sistemas; Constituição como sistema aberto; princípios e regras; justiça; decisão judicial.

* Mestranda em Direito do Estado, área de concentração- Direito Constitucional, pela Pontifícia Católica de São Paulo (PUC-SP). Bolsista CNPq. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogada.
Email: carolinablanca@adv.oabsp.org.br

ABSTRACT

This article will have to go through the pursuit of a just decision, sustaining an absorption by the Positive law enforcer arising from systemic opening of the Constitution. View the Constitution as an open system of principles and rules, configuring a complex whole formed by networks of relationships of different regulatory elements. Based on the fact that it is an open system, the Constitution is under infinite exchanges with their environment to exchange information and energy, absorbing energy and information received from the environment and exporting drivers results of social expectations. This systemic opening is manifested by high load of indeterminate legal concepts and principles. As the Judiciary was assigned the role of concrete in the law and resolve to accomplish conflicts of interests, owns this prevalence in systemic organ function by results. Being an open system the right values, and being the State linked to the Right, should the judiciary handed down judgements “fair”, in line with the dictates of Justice prevailing in the social environment.

KEYWORDS

General theory of systems; Constitution as open system; principles and rules; Justice; judgment.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo terá por objetivo percorrer a busca de juridicidade de uma decisão justa, sustentando uma absorção valorativa necessária por parte do aplicador do Direito Positivo, decorrente da abertura sistêmica da Constituição.

A Constituição é um sistema aberto. Por ser um sistema aberto composto não só de regras, mas também de princípios, a Constituição possui alta carga axiológica, o que lhe permite uma interação ininterrupta com o meio ambiente social, resultando em uma resposta sistêmica adequada aos valores cambiantes de “justiça” e “verdade”.

No presente artigo, buscamos explicar esta inter-relação entre abertura sistêmica e decisão judicial justa. Para isso, a compreensão sistêmica da Constituição é essencial. A caracterização de um sistema, a visualização das características de um sistema aberto, bem como a compreensão das características dos princípios serão aspectos essenciais à consecução de nosso objetivo.

A estrutura normativa principiológica exige a convivência conflitual entre normas que devem ser efetivadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas concretas, o que implica a necessidade de sopesamento e valoração de princípios colidentes para o alcance do preceito mandamental concreto. Quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, dentre as normas que o legislador considerou *prima facie* válidas, o “dever ser” adequado a regular o caso *sub judice*, ele desenvolve uma valoração sobre “o justo”, “a idéia social de direito”. Disso decorre que a própria estrutura principiológica implica em uma abertura sistêmica.

A abertura sistêmica gerada pelos princípios permite que exigências de justiça e os valores sociais éticos transpassem o campo positivo e atinjam as decisões jurídicas concretas. Já a compreensão sistêmica da Constituição possibilita ao direito a manutenção de sua autonomia e individualidade perante o meio social, o que é indispensável para que este seja instrumento de ordenação e de expectativas comportamentais.

Para buscarmos a justificação jurídica da decisão justa, percorreremos o seguinte caminho.

Primeiramente, abordaremos a “teoria geral dos sistemas” elaborada pelo biólogo alemão Ludwing Von Bertalanffy, para a devida compreensão do conceito de sistema e de sua classificação em sistema aberto e sistema fechado. Após essa fase inicial, passaremos a estudar o sistema constitucional. Aqui estudaremos a estrutura sistêmica de nossa Lei Fundamental, vislumbrando os elementos que a compõem. Por fim, analisaremos a abertura sistêmica da Constituição e a sua influência no dever jurisdicional decorrente do Estado de Direito de proferir decisões adequadas aos valores de “justiça”. Abordamos, aqui, o direito à justiça como decorrência da

garantia do direito de acesso à justiça.

A visualização da Constituição como sistema aberto é ferramenta operacional necessária para que o Direito atinja o seu fim. Por meio dela, supre-se a exigência de ordem e de segurança e estabelece-se uma abertura ética ao jurídico. Compreender a Constituição como sistema aberto é ponto fulcral a uma dogmática transformadora.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO

Para a compreensão da Constituição como sistema aberto, indispensável será a conceituação de sistema e sua classificação.

2.1. A visão Sistêmica

O termo sistema, com sua classificação em sistema aberto e fechado, aparece pela primeira vez na obra “Teoria Geral dos Sistemas” elaborada pelo cientista alemão Ludwing Von Bertalanffy.

Nesse trabalho, o biólogo busca definir o que se deve entender por um sistema, o que é um sistema aberto e um sistema fechado, além de analisar profundamente os atributos sistêmicos e seus mecanismos de funcionamento.

Embora o objetivo principal de seu trabalho fosse a visualização dos seres vivos como sistemas abertos, Bertalanffy¹ busca construir uma teoria geral dos sistemas como um instrumento útil capaz de fornecer modelos aptos a serem utilizados em diversos campos.

Sistema é apontado por Bertalanffy como um conjunto de elementos interdependentes, coordenados e estruturados, ligados por uma rede de relações; nas suas palavras, “sistema é um complexo de elementos em interação”.²

O sistema é um complexo de elementos em interação recíproca, que, reunidos, se relacionam entre si, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. O todo é mais do que a soma das partes, apresentando características próprias que não são encontradas nos elementos sistêmicos isolados, afinal, o sistema é o complexo resultante das interações e relações entre as partes.

1 BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 181: “Porque, excetuando-se certos processos individuais, os sistemas vivos não são sistemas fechados em verdadeiros equilíbrios, mas sistemas abertos em estado estável”. Ainda, op. Cit., p. 196: “Os sistemas vivos mantêm-se em um estado de alta ordem e improbabilidade, podendo mesmo evoluir no sentido da crescente diferenciação e organização, conforme se verifica no desenvolvimento orgânico e na evolução”.

2 BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 56.

Tércio Sampaio define sistema como “um complexo que se compõe de uma estrutura e de um repertório”³. A estrutura seria a relação de elementos, e o repertório seria o conjunto de elementos.

A visão sistêmica é, portanto, holística, do todo. Os elementos, o repertório, organizam-se em uma rede de relações, formando um todo, um complexo.

Na visão de Bertalanffy⁴, os sistemas existem dentro de um ecossistema formado por outros sistemas. Cada sistema é constituído de subsistemas. Cada subsistema pode ser detalhado em seus subsistemas componentes; também o supra-sistema faz parte de um supra-sistema maior. Esse desencadeamento parece ser infinito.

Todo o sistema tem um ou alguns propósitos ou objetivos a alcançar. As unidades do sistema são responsáveis por definirem os propósitos ou objetivos. As funções de um sistema dependem de sua estrutura. Cada sistema tem um objetivo ou finalidade, que determina o seu papel no intercâmbio com outros sistemas.

Um sistema é, assim, um complexo composto de elementos que interagem e formam um todo distinto da soma de suas partes. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporciona identidade, ele não se confunde com seu ambiente, possuindo autonomia e individualidade.

Compreendido o conceito de sistema, passaremos à análise da diferenciação de sistema aberto e sistema fechado.

2.2. Sistemas Abertos e Sistemas Fechados

Como dito alhures, um sistema está inserido em um meio ambiente composto de outros sistemas. O sistema será aberto ou fechado, segundo a existência ou não de interação e importação/exportação de matéria entre o sistema e seu meio.

Segundo Bertalanffy, “um sistema é fechado se nenhum material entra nele ou sai dele. É aberto se há importação e exportação de matéria”⁵.

Até Bertalanffy, a Física declarava a existência de sistemas fechados, considerados por estarem isolados de seu ambiente, não apresentando intercâmbio com o meio ambiente; eles não recebiam influência do ambiente e não o influenciavam. Com a inovação trazida pelo biólogo, torna-se possível uma nova visualização sistêmica e a compreensão de fenômenos científicos antes ignorados.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 175.

⁴ BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977.

⁵ BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977, p. 167.

Com os sistemas abertos, visualizam-se fenômenos resultantes de um complexo de interação de partes, com função específica e ordem própria, mas que possuem uma interação constante com outros sistemas.

Para Bertalanfy, os sistemas abertos possuem as seguintes propriedades: entrada (input), processador ou transformador (throughput), saída ou resultado, retroação, ambiente, fronteira, abertura do sistema, codificação de sistema.

Pela “entrada (input)”, ingressam no sistema a energia, os insumos do meio ambiente; esse influxo é essencial para a manutenção e sustentação do sistema.

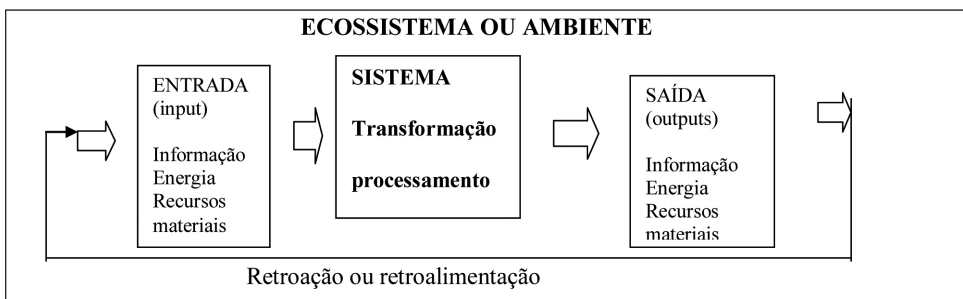
O “processador ou transformador (throughput)” é o mecanismo ou fenômeno do sistema responsável por produzir as mudanças sistêmicas por meio da produção do resultado. Por ele, entram os insumos e saem coisas diferentes.

A “saída ou resultado” é a consequência para a qual se reuniram os elementos e as relações do sistema. É o resultado do funcionamento do sistema. Já a “retroação” é o processo circular no qual uma parte da saída é reenviada de volta, como informação sobre o resultado no meio. O “ambiente ou ecossistema” é o meio externo que envolve o sistema. Como dito, nos sistemas abertos, sistema e ambiente encontram-se inter-relacionados e em interdependência.

As “fronteiras” demarcam o que está dentro e o que está fora do sistema, pois o sistema não se confunde com o ecossistema, já que possui uma ordem interna que lhe proporciona identidade e o faz distinto do ambiente.

A “abertura do sistema” determina o grau em que o sistema é receptivo aos insumos e os tipos de *input* absorvíveis. Os sistemas variam de acordo com a faixa geral de insumos que podem ser absorvidos e com respeito à abertura de determinados tipos de insumos. A “codificação de sistema” configura o agir sistêmico, a fim de assegurar especificações para a absorção de informação e energia, descrevendo o funcionamento real das barreiras que separam o sistema de seu meio ambiente.

Modelo do Sistema Aberto



Os sistemas abertos são complexos organizados formados por uma rede de ligações, possuindo uma finalidade própria e uma ordem decorrente de uma codificação e de uma interação interna que lhes delimitam as fronteiras. Por possuírem abertura, o seu funcionamento depende de uma interação constante com o ecossistema. Mediante as entradas, entram insumos, que são processados e se transformam em resultados expelidos ao meio. Com isso, o sistema aberto permanece em constante inter-relação externa, incorporando insumo extra-sistêmico como impulso para cumprir suas funções e manter a sua ordem interna.

2.3. A Constituição como Sistema Aberto

Nos tópicos anteriores, buscamos estabelecer o conceito de sistema e de sistema aberto. Um sistema é visto como um complexo de elementos que interagem e formam um todo que não se confunde com a soma de suas partes. O sistema pode ser aberto ou fechado, conforme haja interação constante com o seu meio ambiente.

Embora a visão sistema tenha surgido no âmbito científico da biologia, esta forma de visualização propicia a compreensão de fenômenos científicos diversos, sendo a sua aplicação ao Direito de importância ímpar.

O Direito, produto cultural feito pelo homem *para* o homem, exprime racionalidade à convivência humana. O homem, ser sociável que é, agrupa-se e estabelece a regulação do meio social criado. O Direito configura, assim, exigência de ordem à convivência humana. Ordenam-se os arbítrios, para que a todos o Direito sirva, para que a todos se assegure dignidade.

Para que cumpra a sua missão, deve o Direito ser visto como sistema, como um sistema aberto. A existência de fronteiras e de codificação supre a exigência de ordem. As entradas, saídas e retrocessão permitem que exigências ético-sociais transpassem ao jurídico.

A Constituição, Lei Magna, possui papel essencial à configuração sistêmica do Direito. Iniciando o ordenamento jurídico e emanando validade para as demais normas, a Constituição inaugura a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põe como suporte de validade a todas as demais regras de direito. É ela em si também um sistema, um sistema aberto, que possibilita a abertura do sistema jurídico.

A Constituição é um sistema aberto, pois reflete e está sujeita a influxos dos fatos e expectativas sociais. Ela processa as informações recebidas de seu ecossistema, adequando-se às necessidades deste. É um todo funcional diverso da soma de suas partes, o que permite respostas normativas sistemáticas.

O diálogo da Constituição com a sociedade é constante. Como mencionam Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos⁶, a Constituição é o “estatuto do fenômeno político”, transplantando para seu corpo toda ideologia e valores presentes na *polis*. Esta transposição axiológica do meio social para a Constituição é feita por meio de disposições padecidas de uma vaguidade ontológica. A inobjetividade ontológica cumpre uma função social de bem salvaguardar certos bens jurídicos essenciais à sociedade, exigindo do intérprete uma sensibilidade metajurídica, obrigando-o a abrir as janelas do direito ao mundo circundante, para que dele retire elementos extra-sistêmicos, hospedados na dinâmica dos fatos, na fixação do “dever ser” regulatório dos comportamentos concretos.

Nas palavras de Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos⁷:

Na medida em que se põe como ‘o estatuto jurídico do fenômeno político’, a Constituição transplanta para o seu próprio bojo normativo toda a ideologia que permeia os objetos e valores políticos (...)

A Constituição traz princípios e institutos que não podem ser traduzidos pela estrita observância da análise vernacular, já que padecem de uma imprecisão conceitual ontológica (...)

A absorção normativa de tal vaguidade conceitual se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos nelas substanciados (...)

A interpretação das normas constitucionais passa a **solicitar**, num grau bem maior que o direito comum, o **aporte complementar de elementos extra-sistemáticos**, em certa medida, **hospedados muito mais na dinâmica dos fatos que na estática da positivação formal (...)**

A interpretação constitucional demanda do intérprete uma sensibilidade metajurídica. Essa sensibilidade se volta para um trabalho permanente de **conciliação entre ideologia vigente, substanciada na alma coletiva, e aquela que transparece na expressão lingüística da norma(...)**

Vemos, assim, mais uma peculiaridade do direito constitucional que obriga o intérprete a abrir as janelas do direito para o mundo circundante e exercer a chamada ‘sensibilidade metajurídica’, resultante da própria direção axiológica da Constituição que é o fenômeno político. (Grifos nossos)

⁶ BASTOS, Celso; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 8.

⁷ BASTOS, Celso ; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 6.

Além da presença dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais demandam do intérprete uma sensibilidade metajurídica, a Constituição possui uma alta carga principiológica, o que, por si, exige, na fixação do “dever ser” concreto, uma otimização decorrente de um sopesamento; sopesar princípios envolve valoração e interação extra-positiva, extra-sistêmica.

Pelas entradas ingressam elementos do sistema social, os quais são processados pelos instrumentos sistêmicos e transformam-se em resultados expelidos ao meio. Como será visto mais a frente, esta transformação é realizada, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Vemos, assim, que é próprio da Constituição essa textura aberta, esse diálogo ou, nas palavras de Canotilho, essa “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”⁸.

3. A ABERTURA ÉTICA DA CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS

O Direito não é aético. É uma ciência deontológica e normativa que tem um fim. E qual é este fim? Estamos com Del Vecchio, segundo o qual “a noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico”⁹. Vemos o Direito como exigência de Ordem para Justiça. De Justiça para Dignidade Humana. Do Direito para o Homem.

Embora a consideremos o fim do direito, não podemos desconsiderar o caráter indefinido da justiça. A justiça, em si, constitui um objeto metafísico, correlacionado à preferibilidade por certas expectativas do sujeito cognoscente¹⁰. Não há uma concepção de justiça única e boa que corresponda ao ideal de justiça perseguido pelo coração dos homens¹¹. Justiça é uma palavra que possui ressonância emotiva. Para muitos, *é ela a fonte das virtudes, a consolidação da moral inteira*¹². Mas defini-la, de modo definitivo, é ilusório.

No que pese certo viés subjetivo do justo/ injusto, há uma consciência axiológica coletiva, consubstanciando os valores éticos mais importantes da convivência

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p.171.

⁹ G. Del Vecchio, **Justice, Droit, État** Paris: Sirey, 1938, § 1, p. 4.

¹⁰ Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr, in, BARROS CARVALHO, Pulo de. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

¹¹ Nesse sentido, PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹² Nesse sentido, Dupréel. Informação retirada de Chaïm Perelman, **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

social. Ademais, não se pode negar a existência de carências decorrentes da condição humana que devem ser asseguradas. Assegurar estas carências, atender estes valores éticos mediante normas positivas é objetivar, quanto possível, a justiça. É protegê-la. E ressaltamos: proteger a justiça não é um fim em si mesmo, ela direciona-se ao homem, fim de toda a ordenação. Assegurar justiça é assegurar dignidade ao ser humano, suprindo as suas carências, em uma eterna dialética individual-coletivo.

Ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe segundo a lei¹³; mas não uma lei qualquer. Uma lei ética, não só formalmente justa, mas carregada de potencialidade material de justiça. Uma lei carregada de objetos metafísicos, de valores, que deverá ser aplicada a um caso concreto, para que a ele seja dada a solução sistemicamente mais justa, que consagre esses mesmos valores e respeite a dignidade do ser, fonte e sentido de toda a experiência jurídica¹⁴. Ser humano, insubstituível, que se autodetermina, numa eterna relação indissociável com a eticidade.

O Direito tem, assim, por objeto a consagração desses valores ético-sociais, tendo por fim a justiça. E, para concretizar tanto quanto possível esta justiça, ele mesmo torna operativos instrumentos de eticidade para uma resposta sistêmica a estas exigências sócio-valorativas.

Fala-se, hoje, no Direito como Sistema Aberto. Um sistema aberto em que os seus elementos internos sofrem influência contínua do ambiente social, tendo necessidade de se abrir ao ecossistema para possibilitar o diálogo com ele. Um sistema normativo com alta carga principiológica. Um sistema que protege bens jurídicos fundamentais da comunidade com conceitos jurídicos indeterminados. Um sistema com uma textura aberta, com disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captar mudança na realidade e estar aberto às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’¹⁵.

¹³ Chaïm Perelman cita seis sentidos de justiça: dar a cada qual a mesma coisa, dar a cada qual segundo os seus méritos, dar a cada qual segundo suas obras, dar a cada qual segundo suas necessidades, dar a cada qual segundo a sua posição, dar a cada qual o que a lei lhe atribui. Após a explicação de cada sentido, busca encontrar o fator de unidade de todos esses sentidos conceituais. (PERELMAN, Cháim. Op Cit.) Trabalhamos o último sentido, sem perder de vista a sua indissociabilidade com a ideia do ideal metafísico de justiça.

¹⁴ Nas palavras de Flávia Piovesan, parafraseando-a: aos operadores do Direito incumbe, desta feita, a tarefa de recuperar, no Direito, seu potencial ético e transformador, atribuindo máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana- por que fonte e sentido de toda a experiência jurídica (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, *Revista do Advogado* 70: 34-42, 2003).

¹⁵ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1991, p. 171. Canotilho, neste ponto, refere-se à textura aberta da Constituição, isto é, à “disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem mudança na realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e da ‘justiça’”.

A Constituição é um sistema normativo aberto composto por duas espécies normativas, as regras e os princípios. Entendemos que os princípios são instrumentos operacionais desta abertura ética, configurando veículos, que, por sua estrutura lógico-normativa, possibilitam o suprimento de exigências sócio-valorativas. Para a devida visualização da interrelação entre princípio e abertura ética, indispensável a compreensão do conceito de princípio e a sua diferenciação das regras.

3.1. Distinção entre regras e princípios sob o aspecto qualitativo

A distinção entre regras e princípios pode ser realizada sob dois enfoques: um qualitativo e um de grau. Tradicionalmente, a distinção partia de um enfoque unicamente de grau, fosse grau de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade.

Atualmente, há uma inclinação doutrinária de se sustentar uma diferença qualitativa entre estas espécies normativas, não se aceitando mais apenas as diferenças de grau. Esta distinção qualitativa traduz aspecto essencial para possibilitar abertura ética ao jurídico.

A tese da separação qualitativa entre princípios e regras surge da diferenciação preconizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo esses autores, a diferença entre as duas espécies é de caráter lógico, relacionando-se com a estrutura da norma.

A distinção qualitativa baseia-se em duas noções interdependentes: a primeira é a de que princípios importam deveres *prima facie* e regras, deveres definitivos¹⁶. A segunda noção determina que princípios são mandamentos de otimização,

¹⁶ A idéia de que princípios importam deveres *prima facie* e as regras definitivos está presente em Dworkin. Robert Alexy faz uma pequena ponderação nesta distinção ao defender que as regras também poderão possuir um dever *prima facie* no caso de possibilidade de inserção de cláusula de exceção. Diz que princípios sempre importarão *deveres prima facie* e que regras poderão possuir um caráter *prima facie*, caráter este bem distinto do caráter *prima facie* dos princípios. Segundo Robert Alexy: “Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis(...) Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagonístico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p.104). Robert Alexy traz o seguinte exemplo de cláusula de exceção: “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, p.92).

ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

3.1.1. Deveres *prima facie* e deveres definitivos

Para facilitar a compreensão, iniciaremos a diferenciação de deveres *prima facie* e deveres definitivos com exemplo de “dever ser” extraído da Moral.

Virgílio Afonso da Silva apresenta, em artigo científico, o seguinte exemplo¹⁷: João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes, fica João sabendo que seu outro amigo está extremamente doente e precisa de ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após a ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa que “cumprir promessas” tenha deixado de ser um dever para João. Tanto o dever de cumprir promessas, quanto o dever de ajudar os amigos são deveres *prima facie*. Diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação ou sopesamento.

Da mesma forma com o que ocorre no plano da Moral, no Direito, vislumbramos normas que também estabelecem deveres *prima facie*, que, diante das peculiaridades do caso concreto, podem não configurar dever definitivo.

Segundo Ronald Dworkin¹⁸, as normas que expressam deveres *prima facie* são os princípios. Já as regras sempre estipularão deveres definitivos.

Para o autor supracitado, os princípios configuram exigências de justiça e de valores éticos. Dworkin¹⁹ denomina “‘princípio’ um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Como é próprio dessas “exigências de justiça”, ocorre colisão axiológica quando esses princípios são transpostos para o Direito. Eles também estipularão deveres *prima facie* que poderão colidir diante de um caso concreto. Da mesma forma que na Moral, a colisão entre os princípios deverá ser resolvida por meio de um

¹⁷ Exemplo retirado de SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Del Rey, n. 1, p. 609-630, jan./jun.2003.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

sopesamento. Nesses casos, a grande garantia contra as decisões arbitrárias será a fundamentação e a verificação de obediência à máxima da proporcionalidade.

3.1.2. Mandamentos de otimização

Segundo Robert Alexy²⁰, o ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nas palavras do autor, princípios são mandamentos de otimização.

O sentido de mandamento utilizado por Alexy é em sentido amplo, incluindo permissões e proibições.

Na realidade, trata-se de visão interdependente da noção supramencionada de dever *prima facie* e dever definitivo.

Um princípio é um mandamento de otimização, uma vez que deve ser aplicado na maior *medida possível*, isto é, até colidir com outro princípio e, segundo a prevalência orientada pela situação fática concreta, após o sopesamento entre os princípios colidentes.

Da mesma forma que na visão de dever *prima facie* exposta anteriormente, para Alexy, o fundamental atributo dos princípios é a possibilidade de colisão com outros princípios.

Princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados e a medida devida de sua satisfação não depende unicamente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e pelas regras colidentes. Já as regras, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

Disso vislumbramos que a convivência dos princípios é conflitual, enquanto a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem e as regras antinômicas excluem-se²¹.

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido.

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições; sob outras condições, a questão da precedên-

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 174.

cia pode ser resolvida de forma oposta.

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes. Por isso, Dworkin e Alexy falam que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

Segundo Robert Alexy, a solução para a colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária²².

Dada a importância dos exemplos para a compreensão do raciocínio principiológico, mencionaremos um exemplo de colisão de princípios apontado por Robert Alexy²³. Trata-se do “caso Lebach”, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

No caso apontado pelo professor alemão, um programa de televisão pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munição do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas. Um dos condenados cúmplice desse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa violava certos direitos fundamentais, principalmente porque sua ressocialização estaria ameaçada, e, por isso, ingressou com demanda em juízo pretendendo a não veiculação do programa.

A demanda chegou ao Tribunal Constitucional Federal. Nesse caso, o Tribunal constatou uma situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º § 1º, combinado com o art. 1º, §1º, da Constituição Alemã, e a liberdade de informação por meio da radiodifusão, prevista no art. 5º, §1º, 2 da mesma Carta.

Concluiu a Corte que essa situação de tensão não é solucionada pela invalidade de uma das normas, mas por meio de sopesamento.

Tratava-se de decidir qual interesse deveria ceder, levando-se em conta a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais.

Duas normas levariam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Ocorre que nenhuma delas é inválida, e nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra.

Para o Tribunal, no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, que coloca em risco a ressocialização do autor”, a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que, no caso em questão, significaria a proibição da veiculação da notícia.

E essa precedência é determinada pelas circunstâncias peculiares da situação concreta, as quais devem ser motivadas na sentença. Conforme a Corte alemã, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Analisando a decisão judicial do caso aqui apresentado, Robert Alexy²⁴ comenta que os princípios abstratamente considerados por si não definem um dever ser definitivo. Porém, pela observância da situação concreta e por meio da ponderação obtida com os princípios colidentes, a definição da relação de preferência gera uma regra, um dever ser definitivo. No caso Lebach, a regra foi a proibição da veiculação do programa televisivo.

Segundo o mesmo autor²⁵, o caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência; mas a definição de uma relação de preferência é a definição de uma regra. Sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto de dever ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para um juízo concreto. Em si mesmos os princípios nunca são regras definitivas, mas mandamentos de otimização consubstanciados em deveres *prima facie*.

Vemos, assim, que a distinção qualitativa entre princípios e regras baseia-se nas duas noções interdependentes apresentadas: princípios importam deveres *prima facie*, e regras abarcam deveres definitivos; princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Por configurarem deveres *prima facie* e um mandamento de otimização, a convivência dos princípios é conflitual, e a configuração do “dever ser” presente em um determinado caso concreto, no qual se vislumbra a incidência abstrata de princípios, demanda uma otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses, conforme as circunstâncias fáticas presentes. Já as regras prescrevem imperativamente uma

24 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

25 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

exigência (impõem, permitem, proíbem), que é ou não cumprida.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas cogentes que obrigam o aplicador a segui-lo quando se defronte com caso concreto que a ele se relacione.

Os princípios representam exigências éticas. Sopesar ou ponderar princípios implica em uma absorção ética por parte do aplicador. O seu raciocínio ingressa no razão moral prática. Por isso, vinculado está o aplicador aos valores sociais éticos vigentes no meio social.

3.1.3. A Constituição, os princípios e a interação normativa axiológico-social

Um sistema se caracteriza por ser um conjunto mais ou menos complexo de elementos coordenados e estruturados, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. Os sistemas podem ser abertos ou fechados, conforme interajam regularmente ou não com o ambiente em que estão inseridos.

Os sistemas abertos se caracterizam pela interação constante entre eles e seu ecossistema, por meio da importação e exportação de energia; nos sistemas fechados, ao contrário, não há esse fluxo de interação.

A Constituição é um sistema aberto por ser um todo complexo formado por uma rede relacional de princípios e regras que estão em constante interação com o seu meio ambiente, recebendo dele energia e matéria.

Os elementos interagentes do sistema constitucional são normas, mandamentos imperativos, que se subdividem em princípios e regras. Embora a doutrina tradicional diferencie essas duas espécies normativas pelo critério do grau (seja grau de generalidade, de abstração, de fundamentalidade), atualmente ganha destaque a sustentação de que a diferenciação entre elas seria também qualitativa.

Ronald Dworkin e Robert Alexy²⁶ sustentam a separação qualitativa entre princípios e regras. A distinção qualitativa baseia-se em duas noções interdependentes: princípios importam deveres *prima facie* e regras deveres definitivos; princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Por configurarem deveres *prima facie*, no caso de princípios, a configuração do “dever ser” presente em um determinado caso concreto demanda uma otimização, pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses, conforme as situações fáticas presentes. Já as

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

regras prescrevem, imperativamente, uma exigência (impõem, permitem, proíbem), que será ou não cumprida.

A Constituição possui regras e princípios. Isso significa que, se, de um lado, a proteção de certos bens jurídicos (como no caso dos direitos fundamentais) demanda uma necessária abertura normativa, outros bens apenas são protegidos com a fixação do “dever ser” definitivo. Disso concluímos que a Constituição decide o que quer deixar aberto, o que não quer deixar aberto e o grau de abertura permitido.

Como bem expõe Dworkin²⁷, os princípios consubstanciam as exigências de justiça e de valores éticos. Eles são padrões veiculadores de exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Por isso, se, de um lado, uma ordem jurídica determinante de expectativas de comportamentos demanda regras objetivas, fixadoras de dever ser definitivo, uma ordem jurídica justa requer princípios, que serão concretizados pelo julgador na fixação do dever regulatório do caso *sub judice*.

A presença dos conceitos jurídicos indeterminados, que demandam do intérprete uma sensibilidade metajurídica, e a alta carga principiológica demonstram um sistema constitucional aberto em constante interação com o meio ambiente social.

A abertura constitucional está direcionada à incorporação dos valores presentes no seio da sociedade. Os princípios propiciam esta interação axiológica, a qual deverá ser completada pelo intérprete, uma vez que a fixação do dever ser concreto exige uma otimização decorrente de um sopesamento. Sopesar princípios envolve valoração e interação extra-positiva, extra-sistêmica. Já a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados demanda do aplicador um aporte complementar de elementos extra-sistemáticos, em certa medida hospedados muito mais na dinâmica dos fatos do que na estática da positivação formal.

Vemos, assim, que é próprio da Constituição esta textura aberta, este diálogo, esta capacidade de captação de mudança na realidade e de influxo axiológico das concepções de “verdade” e “justiça”.

4. A DECISÃO JUDICIAL JUSTA

4.1. O direito à justiça no Direito Positivo Brasileiro

Como mencionado, o Direito não é aético. Configura ele um produto cultu-

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ral feito pelo homem para o homem. Deve, portanto, satisfazer as exigências ético-valorativas existentes no plano social, cumprindo exigências de justiça e protegendo o ser humano em suas carências.

Para a efetiva concretização e proteção pelo jurídico, com o fim de qualquer debate metafísico, a positivação é aspecto essencial. Positiva-se um sistema jurídico ético, com instrumentos de se assegurar esta ética, mesmo a casos não previstos *a priori*. Ética esta que não é um fim em si, mas volta-se à preservação da dignidade humana e ao bem comum.

Ao lado dos instrumentos operativos propiciadores da abertura ética, encontramos o direito subjetivo de obter justiça. Esse direito encontra-se no direito de acesso à justiça.

Segundo Dinamarco, “*só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”²⁸.

O direito de acesso à justiça é postulado básico para uma proteção jurídica do indivíduo. De nada adiantaria fixar a dignidade da pessoa humana como o pilar estrutural da ordenação jurídica, nacional e internacional, se, na prática, não houvesse mecanismos para zelar por sua realização.

A afirmação real, e não apenas formal, de direitos, com o reconhecimento de sua obrigatoriedade²⁹, pressupõe a existência de mecanismos que restabeleçam a sua integralidade no caso de violação.

Ademais, um Estado submetido ao Direito tem como pilar a “proteção jurídico-judiciária”³⁰ do indivíduo. A proteção dos direitos por meio do direito é ponto elementar do Estado de Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, atribui-se aos indivíduos direitos que lhes asseguram contra qualquer arbítrio estatal e se impõem a particulares. Sendo a natureza humana como é, a efetiva observância desses direitos importa, muitas vezes, na garantia de sua imposição mediante a força, quando não há respeito voluntário. Ao Estado, detentor da força e da incumbência de manter a paz social, atribui-se a função de realização *in concreto* do Direito e, para isso, em um Estado de Direito, mister se faz o estabelecimento de garantias e normas que ordenem esta

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

²⁹ Seguindo a doutrina de Bobbio, direitos pressupõem exigibilidade.

³⁰ Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho. Op. Cit. p. 499.

atuação estatal. Estabelece-se, assim, um método para o exercício adequado da função jurisdicional, um método chamado *processo*, que deverá se submeter ao Direito. Não basta apenas um procedimento previsto em lei para haja subordinação do processo ao Direito. Este processo deverá ser justo, adequado e propiciador de respostas também justas e adequadas.

O direito de acesso à justiça constitui, portanto, garantia elementar da realização do Direito, da manutenção da paz social e da proteção do ser humano. Implica no dever estatal³¹ de assegurar justiça aos seus jurisdicionados, o que se obtém com a garantia de um devido processo legal, o qual culmina em decisões justas e efetivas a quem dele necessite e que proteja, na realidade social, direitos subjetivos, interesses e princípios gerais do direito -positivados expressamente ou decorrentes de derivação sistêmica -consagrados na ordem jurídica.

Em razão de sua importância crucial à proteção do ser humano e à efetivação da ordem jurídica, o direito de acesso é objeto de consagração positiva tanto no âmbito jurídico doméstico (art. 5º, XXXV, LIV da CF, além de outras garantias processuais constitucionais) quanto na esfera internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.10, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14º/1/1, Convênio Europeu de Direitos Humanos, art.6º, Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º e 25).

Além de constituir a base do Estado de Direito³², a garantia do direito de acesso encontra fundamento no artigo 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição), e inciso LIV (devido processo legal) da Constituição brasileira.

Alguns doutrinadores apontam como base primária da garantia em tela o art. 5º XXXV, associando-a com o direito de ação *lato sensu*³³. Nessa corrente, a garantia do devido processo legal é elencada como conteúdo do direito de acesso à justiça³⁴.

³¹ Embora o encargo estatal de propiciar justiça por seus próprios agentes seja essencial para um Estado de Direito, a existência de outros meios *alternativos* de resoluções de conflito, amparados também pelo Estado, amplia a realização do Direito. Isto, é claro, quando não se tolhe a garantia de obter amparo estatal.

³² Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho.

³³ Em CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87: "O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como o direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inciso XXXV do art. 5º, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos".

³⁴ Nesse sentido, "Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90).

Outra corrente³⁵ aponta como princípio base do processo, no qual todos os demais encontram sustento, o devido processo legal. Nessa visão, a referida garantia não é vista apenas em um sentido processual (*faire procedure, faire Verfahren*, que abarca as garantias do contraditório, ampla defesa, juiz competente, sentenças motivadas, etc), mas refere-se, também, ao devido processo substancial, máxima que implica na verdadeira proteção da vida, liberdade, propriedade (interpretados em sentido amplíssimo), via observância da proporcionalidade, razoabilidade. Essa visão resultou de interpretação das emendas 5^a e 14^a da Constituição Americana pela Suprema Corte dos Estados Unidos, traduzindo a essencial razoabilidade que deve mediar o poder do Estado. Nesse sentido, o *due process of law* configura o postulado fundamental do direito e da garantia de acesso à justiça.

Entendemos que as duas normas fazem parte de um bloco unitário que garante o acesso à justiça. Para nós, esta garantia configura o direito de obter justiça, com a realização concreta do Direito. Quando nossa Constituição enfatiza que nenhuma lesão ou ameaça a direitos poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, demonstra a obrigação estatal de prestar jurisdição, dever que já decorre do Estado de direito, pacificando os conflitos de interesses, mantendo o império do Direito e assegurando justiça. A todos, é garantida a tutela jurisdicional (universalidade e inafastabilidade da jurisdição). No Brasil, esta tutela foi conferida ao judiciário, ao contrário de outros modelos, como o francês, que distribui a função jurisdicional entre o Poder Judiciário e um Contencioso Administrativo. Isso não significa que não existam outros mecanismos existentes de acesso à justiça³⁶. Estes são, contudo,

³⁵ Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, o devido processo legal constitui postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**; p. 182). Em outra obra, Nelson Nery assim se manifesta: "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of Law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies" (NERY, Nelson; **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 79). Essa parece ser a orientação de J.J. Canotilho: "a idéia de um *due process* jurisdicional é hoje agitada a propósito de conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional" (CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 495).

³⁶ Dinamarco fala em "meios alternativos de acesso à justiça", "justiça parajurisdicional". Trata-se da auto-composição altruísta (em oposição à autotutela, chamada de auto-composição egoísta), que pode ser obtida por meio da mediação ou ser espontânea, e da heterocomposição derivada da arbitragem. São, ao lado da jurisdição, meios de obtenção de justiça. Mas, no caso de sua ineficácia, ou na ausência de vontade das partes de comporem suas lides por este caminho, as portas do Judiciário devem estar sempre abertas, para que este, preenchendo o autor as condições para que faça jus a uma resposta ao seu pedido, dê uma resposta, de acordo com o Direito (em consonância, inclusive, com os valores éticos da sociedade) efetiva e executável.

alternativos, e, na sua inoperabilidade, o Judiciário reserva-se a capacidade de zelar pela pacificação social, já que a ele é reconhecida a imperatividade e inevitabilidade de suas decisões.

Cremos, ademais, que o art. 5º, XXXV, deva ser interpretado sempre conjuntamente com o 5º, LIV, dispositivo que prevê a cláusula do devido processo legal. À garantia da inafastabilidade da jurisdição, deve somar-se a avançada interpretação dada à cláusula do *due process of law*. Isso porque o direito de acesso à justiça abarca o direito à ordem justa³⁷, ao provimento efetivo, de acordo com o Direito, de resultados, emanado de um processo legítimo, que, ao mesmo tempo em que sirva de limite ao arbítrio do Estado, propicie condições para a emissão da melhor resposta possível para o caso *sub judice*. A tutela jurisdicional deve ser prestada garantindo-se um processo equo (obediência ao devido processo legal processual), pois, só assim, se realiza justiça; deve também obedecer aos postulados do *due process* substancial, estando o provimento estatal em consonância com as máximas da proporcionalidade e, por conseguinte, com os princípios, mandamentos de otimização que consubstanciam os valores de uma sociedade. Entendemos, também, que o direito a um processo de resultado, efetivo, encontra aqui a sua fundamentação.

Ao lado desses dois dispositivos, que garantem o direito à reparação efetiva à lesão de direitos e o direito à justiça, tece-se, na Constituição, uma teia de garantias relativas ao devido processo legal processual que assegura às partes, tanto na postulação como na defesa, o pleno exercício de suas faculdades e poderes processuais, para que possam influenciar na obtenção do resultado adequado, ao mesmo tempo em que limita o poder estatal (permitindo o exercício legítimo da jurisdição).

Dentre essas garantias previstas no texto magno, que para nós englobam também o direito de acesso à justiça, já que, sem processo legal não há direito à ordem jurídica justa³⁸, podemos citar as seguintes: a garantia do juiz natural e a vedação do tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); a igualdade processual - igualdade de armas (art. 5º, *caput*); publicidade e dever de motivar as decisões jurisdicionais (art. 5º, LX e art. 93, IX); a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI); presunção de inocência (art. 5º, LVIII); direito à identificação dos responsáveis pela prisão (art. 5º, LXIV), a vedação da in-

³⁷ O direito de acesso à justiça como direito à ordem jurídica justa, que propicia justiça.

³⁸ Segundo Dinamarco, “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade” (DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, p.115).

comunicabilidade do preso (art. 5º, LXIII), a prestação de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV).

Ressaltamos, ainda, que o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos, os quais, para nós, ao serem ratificados, veiculam, no Direito Interno, normas materialmente constitucionais³⁹. Por isso, as normas previstas nestes instrumentos internacionais que consagram o direito de acesso à justiça também constituem fundamento positivo da garantia no Direito Brasileiro.

O direito de acesso à justiça e, via de consequência, o direito à justiça fundamentam-se no Estado de Direito⁴⁰ (art. 1º da CF), na garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV), esta última compreendida tanto em seu sentido processual como material, nas normativas internacionais sobre a matéria ratificadas pelo Brasil, já que, vistas em conjunto, propiciam a consagração do direito à ordem jurídica justa e ao recebimento de justiça.

4.2. A Jurisdição e a decisão judicial justa

Vimos que o direito à obtenção de justiça é direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro e se manifesta mediante a garantia de acesso à justiça. Esse direito positivado de obtenção de justiça apenas é passível de concretização graças a instrumentos sistêmicos constitucionais de abertura ética, que propiciam ao intérprete, realizador do Direito, transpassar ao jurídico exigências ético-valorativas viventes no meio ambiente social. A visualização da Constituição como sistema aberto,

³⁹ A redação do art. 5º, § 2º parece indicar que os direitos humanos decorrentes de tratados, embora não tenham sido formalmente previstos no corpo da Constituição, por serem dotados de fundamentalidade, se incorporam à Constituição material e, via de consequência, acabam tendo *status* equivalente às normas positivadas formalmente no texto da Lei Maior. A emenda constitucional 45 introduziu no texto constitucional um §3º no art. 5º, determinando que os tratados e as convenções que forem aprovados pelo procedimento das emendas constitucionais serão equivalentes a estas. Para nós, a não aprovação do tratado pelo procedimento das emendas não influi na hierarquia constitucional dos direitos humanos previstos no instrumento internacional. O rito do art. 5º §3º, apenas configura a atribuição de *status* constitucional formal ao direito, que já seria, após a incorporação do tratado, materialmente constitucional. Esta posição é perfilhada por grandes doutrinadores, como Flávia Piovesan e Ingo Sarlet.

⁴⁰ “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*...”. Segundo J.J Gomes Canotilho, o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais forma a terceira dimensão do Estado de Direito, já que desse deriva que a proteção dos direitos seja feita por meio do direito, além do que, nas palavras do mestre português “a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efetiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 274).

composto de regras e princípios, propicia este desiderato.

Passemos, agora, à análise da função jurisdicional e sua indissociável vinculação à emissão de resultados sistêmicos justos, em consonância com os valores sociais e com as exigências éticas.

Como dito alhures, para evitar o perecimento da sociedade, faz-se necessária a criação de normas de condutas abstratas voltadas a gerir o comportamento humano.

O simples estabelecimento de normas, por sua vez, não evita o caos. A harmonia social exige a real observância das ordens. Sendo a natureza humana como é, para uma segura observância dos imperativos, a fixação do “dever ser” dever vir acompanhada de poder coercitivo, isto é, de possibilidade de, no caso de inobservância da norma, obter o cumprimento forçado da ordem, a reparação dos danos, ou estabelecimento de sanção desestimuladora de infração. As normas jurídicas são dotadas de coercibilidade, portanto, passíveis de cumprimento forçado com a imposição da força física.

Ao Estado, incumbe o exercício do poder; a ele foi atribuída a possibilidade de impor a sua vontade a outrem por meio da força.

No Estado de Direito a vontade estatal é a vontade da ordem jurídica. Estabelecendo a ordem jurídica um “dever ser”, cabe ao Estado zelar pela sua observância, utilizando, se preciso for, da força oriunda do poder.

O Direito positivo, nele incluída a Constituição, estabelece o “dever ser” abstrato, imperativo, que deve gerir as relações sociais.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, estabelecendo, através de normas jurídicas, os fundamentos primários da ordenação social, limitando e racionalizando o poder, moldando as esferas individuais, coletivas e difusas de direitos e deveres dos indivíduos e instituições. Ela também é direito positivo, trazendo, por seus comandos, normas jurídicas estipuladoras de “dever ser” imperativo, que são dotados de coercibilidade.

Este “dever ser” apresenta-se veiculado mediante duas espécies normativas: os princípios e as regras.

Princípios estabelecem deveres *prima facie*, mandamentos de otimização, que apenas se transformam em regras, em deveres definitivos, a partir de sopesamento efetuado pelo seu cotejo com as possibilidades jurídicas (existência de princípios colidentes) e fáticas (indicadoras da aplicação da máxima da proporcionalidade). As regras, por sua vez, já estabelecem deveres definitivos, ordenando o que deve ser feito. Tanto os princípios, quanto as regras são normas jurídicas, estabelecendo mandamentos imperativos dotados de coercibilidade.

Ao Poder Judiciário, foi atribuída a função pacificadora de *in concreto* declarar, constituir e satisfazer direitos e definir deveres estipulados *in abstracto* pelas normas jurídicas. A ele incumbe a solução das lides, dos conflitos de interesses levados ao seu exame⁴¹.

O Judiciário deve estabelecer o “dever ser” concreto, incidente em dada situação da vida, e exigir o cumprimento deste dever ser, no caso de inobservância voluntária de seu comando, via o uso da força.

A Constituição é vista atualmente como um sistema aberto de normas e princípios. Este todo sistêmico estipula ordens imperativas, “dever ser” cogente, apresentando deveres definitivos veiculados por regras, e deveres *prima facie* veiculados por princípios.

Quando, no seio social, ocorre um conflito de interesses, isto é, na hipótese de uma pretensão ser resistida⁴² (a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio), ocorre um impasse diante de um dever ser. Levando-se o conflito ao Judiciário, este verificará qual o “dever ser” aplicado ao caso concreto, a ocorrência de sua violação e a consequência coercitiva aplicável. Ao Judiciário, atribui-se a função de estabelecer este dever ser regulatório dos casos concretos e, a partir disto, solucionar os conflitos de interesse. A essa função estatal, damos o nome de Jurisdição.

Sendo o Direito positivo um sistema aberto de princípios e regras que interage com o meio ambiente social, dele trazendo o intercâmbio axiológico para a complementação dos conceitos jurídicos indeterminados e para o sopesamento de princípios, e cabendo ao Judiciário aplicá-lo na solução dos conflitos de interesse, inegável a exigência jurídica de observância pelo magistrado dos valores axiológicos, veiculados pela abertura constitucional, na fixação do “dever ser” concreto, apto a regular o caso *sub judice*.

O Judiciário deve, portanto, proferir decisões judiciais “justas”, em consonância com o valor de justiça e com a idéia de direito presentes no meio ambiente social. Este dever decorre da própria vinculação estatal ao direito, da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, o Direito é sistema aberto de princípios e regras, e os princípios são padrões decorrentes de uma exigência de justiça, equidade

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936 in MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936, no. 2 e 14. in MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

ou alguma outra dimensão da moralidade, que devem ser satisfeitas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um sistema é um complexo de elementos em interação recíproca que, reunidos, relacionam-se, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. Por possuir uma função e uma ordem interna que lhe proporciona identidade, ele não se confunde com seu ambiente. Os sistemas podem ser abertos ou fechados, conforme realizem interação constante com seu ecossistema, dele retirando energia para o funcionamento interno.

Um sistema aberto caracteriza-se por ser um todo autônomo, com finalidade e ordem própria, distinto do seu meio ambiente, mas em regular interação com este. É no ecossistema que busca energia essencial para o funcionamento interno, possuindo uma codificação direcionadora da abertura sistêmica.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, estabelecendo, por meio de normas jurídicas, os fundamentos primários da ordenação social, limitando e racionalizando o poder, protegendo instituições, moldando as esferas individuais, coletivas e difusas de direitos e deveres fundamentais dos indivíduos. Ela também é direito positivo, pois veicula, por seus comandos, normas jurídicas estipuladoras de dever ser imperativo, que são dotados de coercibilidade.

Vista do ponto de vista estrutural, a Constituição é um sistema normativo aberto, composto de duas espécies distintas de elementos sistêmicos: as regras e os princípios. É um sistema composto de normas jurídicas, porque a estruturação das expectativas comportamentais vem instituída por mandamentos imperativos passíveis de formulação por intermédio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Trata-se de veiculação de “dever ser” imperativo dotado de cumprimento coercitivo.

A Constituição é um sistema aberto porque os seus elementos internos sofrem influência contínua do ambiente social, tendo necessidade de se abrir ao ambiente para possibilitar o diálogo com ele. Essa abertura é manifestada pela alta carga axiológica decorrente dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Os princípios são ditames valorativos que expressam deveres *prima facie*, sendo normas que devem ser realizadas na maior medida, conforme as situações fáticas e jurídicas concretas. Por configurarem deveres *prima facie*, a configuração do “dever ser” presente em um determinado caso concreto demanda uma otimização,

pois, havendo outro dever *prima facie* (princípio) aplicável à situação, deverá ocorrer um sopesamento de interesses.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são largamente incertos, padecendo de uma vaguidade ontológica. Esta inobjetividade cumpre uma função social de bem salvaguardar certos bens jurídicos essenciais para a sociedade. A definição do objetivo veiculado pelo conceito jurídico indeterminado exige do intérprete uma sensibilidade metajurídica, obrigando-o a abrir as janelas do direito ao mundo circundante e retirar do meio ambiente elementos extra-sistêmicos, hospedados na dinâmica dos fatos, para obter a fixação do “dever ser” regulatório dos comportamentos concretos.

Tanto a fixação do conceito jurídico indeterminado quanto a definição do “dever ser” definitivo e regulatório de um caso concreto, objeto de incidência de mais de um princípio constitucional, demandam do intérprete uma captação extra-sistêmica. Esta absorção extra-positiva direciona-se à absorção axiológica, à valoração, à noção social de certo, pois, quando o aplicador realiza o sopesamento e visualiza, dentre as normas que o legislador considerou *prima facie* válidas, o *dever ser* adequado a regular o caso *sub judice*, ele desenvolve uma valoração sobre “o justo”, “a idéia social de direito”. Da mesma maneira, ao se cotejar certo comportamento diante de um conceito indeterminado, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a boa-fé, faz o aplicador uma análise valorativa sobre o “bom”. Seguindo os ensinamentos de Dworkin, falamos que princípios denotam uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade.

Ao Poder Judiciário, foi atribuída a função jurisdicional pacificadora de *in concreto* declarar, constituir e satisfazer direitos e deveres atribuídos *in abstracto* pelas normas jurídicas. A ele incumbe a solução das lides, dos conflitos de interesses levados ao seu exame.

Se a ele incumbe solucionar os conflitos de interesses, aplicando o Direito, deve, por conseguinte, seguir as orientações axiológicas da abertura sistêmica. Sendo a ordem jurídica aberta, a absorção valorativa por meio da decisão judicial é premissa do Estado de Direito.

No campo do Direito Positivo brasileiro, encontramos o direito à justiça vinculado à garantia de acesso à justiça, a qual fundamenta-se, normativamente, no Estado de Direito (art. 1º da CF), na garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV), esta última compreendida tanto em seu sentido processual como material. Para nós, seguindo a doutrina de Dinamarco, o direito de acesso à justiça não abarca somente uma garantia à tutela

jurisdicional, mas refere-se ao próprio direito à justiça. Esse direito, por sua vez, torna-se operativo por instrumentos sistêmicos constitucionais que permitem uma adequação ética por parte do aplicador. Ver a Constituição como sistema aberto de princípios e regras cumpre este desiderato.

Lembramos que a Constituição não é composta apenas de princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Ela veicula regras que estabelecem, de forma definitiva, o que deve ser feito. Um constitucionalismo adequado é composto de regras e princípios, com normas constitucionais de maior e menor proximidade de vinculação de efeito e condições de aplicação no caso concreto, bem como exigentes de maior ou menor discricionariedade do órgão concretizador. A Constituição decide o que quer deixar aberto, o que não quer deixar aberto e o grau de abertura permitido. Nos casos de abertura sistêmica, contudo, deve o julgador absorver a valoração exigida pela Lei Maior.

Concluimos, ao fim, que a absorção valorativa por parte do aplicador do Direito Positivo é uma decorrência sistêmica da abertura constitucional propiciada pelos princípios e pela presença de conceitos jurídicos indeterminados e encontra-se vinculada a um direito de acesso à justiça. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. Sendo o Direito um sistema aberto a valores, e estando o Estado vinculado ao Direito, deve o Judiciário proferir decisões judiciais “justas”, consonantes aos ditames de justiça vigentes no meio ambiente social.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BASTOS, Celso; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo : Saraiva, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BERTALANFFY, Ludwin Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petropolis: Vozes, 1977.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Dirrito Processuale Civile**. v. I. 1936.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Teoria Geral do Processo**.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.
- G., Del Vecchio, *Justice, Droit, État*, Sirey, 1938, § 1.
- GODOY, Márcio Antônio de. **A Constituição como Sistema. O modelo do Sistema Aberto**, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) PUC-SP. São Paulo.
- LARENZ, Karl, **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. 1ª ed. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**, *Revistado Advogado* 70:34-42, 2003.
- ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco J. **De máquinas e seres vivos: auto-poiese- a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Del Rey, n. I, p. 609 -630, jan./jun.2003.

REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA

DEFAULT JUDGMENT AS AN EFFECT OF CONTUMACY

Felipe Moutinho Cordeiro*

Data de recebimento: 16/02/2012

Data de aprovação: 15/05/2012

RESUMO

Análise doutrinária comparada entre o instituto da contumácia e da revelia, de forma conjunta e individual, sob o prisma do Código de Processo Civil Brasileiro e Italiano, em analogia à teoria Chiovendista da inatividade, bem como estruturante de Müller e principiológica normativa de Alexy, entendendo a Contumácia no Direito Brasileiro como Gênero e a Revelia como seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE

Revelia como efeito; Revelia como efeito da Contumácia; Contumácia; Revelia; Teoria da Inatividade.

ABSTRACT

Analysis, doctrinal comparison between the institution of default and the default, jointly and individually through the prism of the Code of Civil Procedure Brazilian and Italian, in analogy to the theory Chiovendista of inactivity, as well as structuring of Müller and principled rules of Alexy, understanding absentia in Brazilian Law and Gender and Default of appearance and its effects.

KEYWORDS

Default of appearance and effect; The effect of Conumacia; Default of appearance; Theory of inactivity.

* Doutorando em Direito Privado com ênfase em direito Processual pela *Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales* de Buenos Aires, Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em direito Privado pela Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro/RJ, Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro/RJ.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre delinear a controvérsia existente entre contumácia e revelia, existindo inúmeros conceitos doutrinários a respeito, o que nos conduz a inúmeras conclusões sobre a revelia, sendo esta, na realidade, propriamente um “efeito” do instituto da Contumácia, conforme será demonstrado.

Atualmente, possuímos grande parte da doutrina que entende serem a revelia e a contumácia institutos palavras sinônimas, como é o caso do Jurista que dispensa maiores apresentações, Rogério Lauria Tucci¹.

Em outra esfera, temos parte de nossa doutrina, capitaneada por Chiovenda², a qual considera a revelia pela ausência de defesa e a contumácia pela falta da parte em audiência, sendo tratado cada instituto de forma individual e antagônica, conforme nos ensina Pontes de Miranda³.

Diante disso, tais conceitos caminharam para o mais simples e inseguro objetivo, como queremos demonstrar, qual seja, a “fundição”⁴, o tratamento como sinônimos, como ocorre perante clássica⁵, raiz italiana, onde a contumácia é vista como instituto uno para com a revelia, sendo aplicada para ambas as partes⁶.

Contudo, em outro sentido divergente do conceito sinônimo dado para contumácia e revelia, temos o tema abordado, o qual visa analisar e demonstrar ser a revelia um efeito da contumácia, individualizando cada instituto em prol da instrumentalidade processual, acesso a justiça e segurança jurídica, ditando nova tendência acerca dos reais efeitos da revelia⁷.

Corroborando com o tema, temos posicionamentos contemporâneos e clássicos, bem como o reflexo meta processual de um estudo conseqüente (revelia como efeito da contumácia) em contramão do estudo “uno” (contumácia e revelia como sinônimos)

¹ TUCCI, Rogério Laurina. **Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 128.

² Teoria da inatividade que será explorada a seguir.

³ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. 1, p. 218.

⁴ Nessa linha temos o posicionamento do jurista Rogério Laurina Tucci, obra cit. nota 3, Francesco Carnelutti na obra **Sistema Del diritto processuale civile**, Padova, 1939, v.3, p.97, n.644, entre outros.

⁵ Resultado este percebido ao verificarmos o conceito fornecido por Plácido de Silva, em sua obra **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pela afirmação “A contumácia também é denominada revelia e o contumaz, revel.

⁶ MATIROLLO, Luigi. **Tratato de diritto giudiziario civile italiano**. Torino: Fratelli Bocca, 1903, vol.3, p. 785, n. 982.

⁷ Por ser esta um efeito em si da Contumácia, conceito este estudado e objeto da pesquisa a ser desenvolvida.

e, até mesmo, entendimento dúplice onde afirmam ser a contumácia “revelia do autor”⁸ e a revelia para o réu.

2. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

O instituto da contumácia tem como objetivo, por meio da revelia, regular a segurança existente no processo, para que os atos não sejam infinitos, tendo apenas como balizes a prescrição, existindo ainda institutos com a mesma natureza regulamentar, como é o caso da preclusão, na esfera procedimental, bem como prescrição e decadência na esfera meta processual.

Convergindo com a efetividade, diante do princípio da brevidade, pelo qual, segundo nos ensina o jurista Moacyr Amaral dos Santos⁹, “o processo deve desenvolver-se e encerra-se no menor prazo possível”, a real concepção da contumácia se faz importante para o Processo Civil.

Diante disso, recepcionando tal princípio, em 2004, foi editada a emenda constitucional número 45, pela qual foi preconizado à regular duração do processo em prol da tutela pretendida, senão vejamos:

Artigo 5º: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nítido, portanto, que a celeridade ou brevidade processual, para existir como instituto, depende de normas em conceitos limitadores como a contumácia, preclusão, prescrição e decadência, óbvio, cada qual com suas distinções técnicas.

Diante disso, estrito senso, a contumácia se restringe à inexistência de defesa apresentada pela parte demandada, dentro do prazo para contestação de 15 dias¹⁰,

⁸ Trata-se de estudo controverso, onde tanto para o autor quanto para o réu a contumácia e revelia são interpretadas como “efeito”, deixando de lado qualquer interpretação ou análise comparada do que vem a ser contumácia e revelia, tendo sido a primeira oriunda do direito processual italiano, com sistemática própria e distinta do direito brasileiro, fator preponderante para analisarmos de forma analítica tanto a contumácia quanto a revelia, fato que descaracteriza por completo qualquer interpretação correlata aos efeitos de cada instituto.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, 2ª Tiragem, p. 298.

¹⁰ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

sendo este fruto na análise quantitativa do tempo, para permitir que o ato possa ser praticado de forma conveniente ao processo, conforme conceituação contemporânea de nossa doutrina¹¹.

Portanto, analisar a contumácia e seu efeito à revelia, ou mesmo ambos em conceituação diversa, é dar efetividade ao processo e preservar a segurança jurídica, prestando-se à jurisdição na maior brevidade possível, sob o pálio de nossa constituição e por comando desta.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOUTRINÁRIA

Diversos elementos relevantes miscelanizaram-se na formação do direito comum, no período compreendido entre o século XI e XIV, momento em que direito canônico, romano e medieval, convergiam e divergiam em diversos aspectos, mas exerciam suas propriedades em épocas distintas, influenciando de forma direta a contumácia, a tornando multifacetária¹².

Nesse sentido, a concepção do contumaz era, para o jurista romano, um rebelde, para Igreja, um pecador, daí o resultado legal e efeito restritivo de direito no direito canônico, com a pena de excomunhão além de confissão ficta, como no direito Romano e Medieval, da exclusão do contumaz da sociedade, bem como sua confissão ficta e imissão do demandante na posse imediata de seus bens, como será explorado mais adiante¹³.

Contudo, desde sua concepção, o direito processual é meio para regular exercício do direito material ou, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴, o processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social.

Seguindo essa esteira, “diante da ineficácia do processo, cabe aos processualistas buscarem alternativas”¹⁵.

Perante tais anseios, a doutrina sempre buscou de forma não muito clara trilhar caminhos formais e solenes para o direito processual, conceitos e elementos

¹¹ Cit. 3, p. 300.

¹² RISPOLI, Arturo. **Il Processo Civile Contumaciale**. Milão, 1911, p. 139 a 141.

¹³ BUZAID, Alfredo. **Do concurso de Credores no Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 103.

¹⁴ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

¹⁵ Idem, p. 91.

estes que não podem ser exarados, sob pena de contrariar seus próprios fins¹⁶.

Dito isso, cronologicamente, a conceituação da Contumácia remonta, conforme conceituação de Filomusi Guelfi¹⁷, onde afirmar que o verdadeiro contumaz surgiu no tempo do império, quando o dever de comparecimento do demandado, diferentemente dos estágios anteriores, dizia com a própria autoridade pública e seu descumprimento gerava a contumácia.

No fim do período Romano Republicano, a falta de comparecimento do réu produz a vitória do autor.¹⁸

Já no período formular, a atividade privada do autor é substituída pela autoridade do magistrado que, para obrigar o réu a comparecer, comina-lhe multa e até imissão do demandante na posse de seus bens¹⁹.

Contudo, em momento da *in ius vocatio*, é instituída nova forma de *vadi-monium*, qual seja, a promessa feita pelo demandado ao autor de comparecer pela primeira vez antes do pretor para cumprir os atos *in iure*.

Entretanto, após a invasão dos bárbaros, já durante o período Medieval, a ausência em juízo assumiu caráter de verdadeiro delito político, sendo cominada com multa cada citação descumprida, bem como confisco de bens e até mesmo o desterro do contumaz da sociedade.

Tinha-se então, inequivocamente, um conceito penal da contumácia prevalecendo sobre os do Direito Romano o princípio de que o réu era obrigado a comparecer; se não o fizesse, sofria a sanção correspondente à sua desobediência e restava sucumbente no mérito do litígio²⁰.

Posteriormente, nos processos carolíngios, séculos seguintes ao período Medieval, antecessor do Período Romano, a contumácia adotou a “flexibilidade” em prol da segurança jurídica, como se à luz do devido processo legal estivesse garantido ao contumaz; caso não comparecesse à primeira audiência medida cautelar protetiva aos seus bens e justificativa a sua ausência, hipótese, contudo, não aplicada em caso de falta à segunda audiência.

Devemos, assim, referir a conceituação dada por Giannozzi²¹ ao procedi-

¹⁶ MONTESQUIE, Charles. **Do Espírito das Leis**. Livro Vigésimo-Nono, p. 269.

¹⁷ GUELF, Francesco Filomusi. **Il Processo Civile Contumaciale Nel Diritto**. Roma: Napoli, 1873, p. 59.

¹⁸ COSTA, Sergio. **Contumácia Civil**. São Paulo: Saraiva, 1959, Volume IV, p. 771/772.

¹⁹ GRANATA, Letterio. **Contumácia Matéria Civil**. Roma: In Enciclopédia Jurídica Italiana, 1902, p. 243.

²⁰ CORTESE, Ennio. **Enciclopédia de Direito**. 1ª edição. Roma: Varese, A. Giuffre, 1962, p. 447.

²¹ GIANNOZZI, Giancarlo. **La Contumácia nel Processo Civile**. Milano: A. Giuffre, 1963, p. 31/32.

mento cautelar no que se refere à justificativa de ausência à primeira audiência por parte do contumaz, *in verbis*:

Se ele apresentasse dentro de um ano, readquiriria o direito de defender-se e a posse de seus bens; e, só após decorrido esse prazo, os bens eram confiscados definitivamente, satisfazendo-se com eles o credor.

Na contramão do Período Carolíngio, sobreveio o período canônico com emprego exagerado da forma, ressaltando prevalência da forma sob o próprio direito; inclusive no que tange estritamente à contumácia, o direito canônico apenas a contumaz com sua excomunhão, ou seja, perdas de seus direitos religiosos além da confissão tácita, impossibilitando qualquer via de justificação ou proteção cautelar patrimonial²².

Portanto, a doutrina clássica, influenciando parte da doutrina contemporânea, traçou conceitos multiformes para contumácia, sem, portanto, especificar a revelia como tal, até porque o procedimento clássico detinha audiências preliminares obrigatórias e comuns a todos os ritos processuais, sendo desnecessária uma conceituação analítica acerca dos efeitos da contumácia, conforme observamos nos ensinamentos de Rispoli²³, *in verbis*:

O processo dividia-se em duas fases: na primeira audiência, preparava-se a outra instrutória, que se realizava, normalmente, depois de 40 noites. Nesta, o ônus da prova incumbia ao réu que negasse o direito do autor.

Historicamente, dentre os primeiros doutrinadores a conceituar e rediscutir o tema temos Teixeira de Freitas, que afirma ser a contumácia a “causa freqüente” da revelia²⁴, contrariando o posicionamento de Plácido da Silva (cf. nota 4) o qual iguala os institutos e os trata como sinônimos.

Todavia, ao mesmo tempo em que a matéria foi discutida e conceituada, por consequência óbvia, surgiram as divergências doutrinárias por meio, inclusive, do entendimento do jurista que dispensa apresentações, Morais Carvalho, que afirma corresponder a revelia à pena da contumácia *in non comparendo*²⁵.

²² Idem.

²³ RISPOLI, Arturo, **Il Processo Civile Contumaciale**, Itália, Milano, 1911, p. 86.

²⁴ FREITAS, Teixeira de. **Revelia**. in Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: 1883, p. 348.

²⁵ CARVALHO, Morais. **Praxe**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Praxe. Forense, 1910, p. 208.

Nessa mesma linha, José Frederico Marques, ao “afirmar ser no direito pátrio revelia vocábulo sinônimo de contumácia”²⁶, ao, inclusive, referir-se a Calmon de Passos, por sua vez, iguala os institutos e os trata como sinônimos²⁷.

Existindo ainda como balize norteadora o conceito clássico de Chiovenda relativo à inatividade²⁸, sendo a contumácia a inatividade do Autor, convergindo, assim, com o posicionamento capitaneado por Plácido da Silva em 1883.

Entretanto, como pilar doutrinário, considerando revelia como efeito para contumácia, temos a convergente doutrina dos juristas que dispensam apresentação, como é o caso de José Frederico Marques²⁹, Moraes Carvalho³⁰, Afonso Fraga³¹, Heróides da Silva Lima³², Pereira Braga³³, Moacyr Amaral dos Santos³⁴ e Texeira de Freitas³⁵.

Ainda sobre tal controvérsia, Lopes da Costa³⁶ cogita somente a idéia da revelia, entendendo esta como instituto, sendo tanto para o autor, quanto para Réu, posicionamento endossado por José João Calmom de Passos³⁷, o qual, inclusive, trata como Revelia do Autor e Revelia do Réu.

Convergente com o presente trabalho, tivemos a reforma número 69, de

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, Volume 2, p. 976.

²⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol.III. São Paulo: Forense, 1998, p. 343.

²⁸ (...)Entende-se por meio de tal conceito, ser a contumácia a expressão da livre disposição dos próprios direitos e interesses (...) por meio da obra de Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 754, § 50. Todavia, esquece-se da possibilidade prática de um equívoco por parte do advogado ou nulidade de intimação para audiência por culpa cartorária ou não observância do prazo para citação antes da audiência por parte dos magistrados e derradeiramente.

²⁹ FREDERICO MARQUES, JOSÉ. **Manual de Processo Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2.

³⁰ MORAES CARVALHO, Alberto Antonio de. **Prática Forense**. Praxe 3. Rio de Janeiro: Ed. acomodada por Levindo Ferreira Lopes. 1970.

³¹ FRAGA, Afonso. **Instituições de processo Civil do Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1940, v. 2.

³² LIMA, Silva. **Código de Processo Civil Brasileiro Comentado**. 1ª Ed. São Paulo, Forense, 1940 v.1, p. 80.

³³ BRAGA, Antonio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. Crítica, Interpretação, Jurisprudência. 1ª Ed. São Paulo, Ed. M. Limonad, 1942, s.d. v 3.

³⁴ AMARAL Santos, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 2.

³⁵ FREITAS, Teixeira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1947, v.1, p. 218.

³⁶ LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1953, v.3, p. 59.

³⁷ CALMOM DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.3 p. 14.

2009, no Processo Civil Italiano, onde se passou a tratar de forma direta e efetiva o resultado direto da contumácia (como em nosso código ao tratar da revelia), uma verdadeira união e convergência entre o conceito de contumácia (conceituada no Código de Processo Civil Italiano) e seu resultado, a revelia (conceituada no Código de Processo Civil Brasileiro).

Tal conceito possui rígidas raízes doutrinárias que remontam ao século XIX, as quais se mantêm vivas até os dias atuais, motivo pelo qual deve-se traçar, diante das divergências e convergências, o caminho mais eficaz para o processo, o qual “deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social”³⁸.

4. ESTUDO COMPARADO

4.1. França

É de se referenciar, exordialmente, o antigo direito francês que culminou coma célebre Ordenação de Luiz XVI, em 1667, pela qual distinguia a falta de comparecimento da falta de apresentação de defesa, de forma magistral e evolutiva em relação ao processo de criação e desenvolvimento da contumácia.

Vale ressaltar que nem sempre isso foi assim. Na França predominavam as normas de direito romano canônico, até quando, no Reinado de Felipe, foi regulada a contumácia, por ato do Parlamento de Paris, que aboliu as medidas coercitivas e restritivas impostas por tais influências normativas, correspondentes à multa, seqüestro, confisco de bens, *missio in possessionem*, entre outras³⁹.

A partir daí, o réu só perdia a ação caso não comparecesse a três audiências seguidas, conforme lei datada de 13 de Março de 1922, (as leis eram apenas organizadas por datas, daí a inexistência de referência numérica) conceito bem diferente da contumácia imediata e da revelia imutável e instância, vividas, inclusive, na atualidade cinco séculos após a ordenação de Luiz XVI.

Em relação ao Autor (mais uma vez tratando-se de forma igualitária Autor e Réu ao conceito “contumacial”), de sua vez, só poderia ser contumaz, caso existisse alguma falha de seu advogado, conforme estabelecido pelo artigo 154 do Código

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

³⁹ MOREL, René, **Tratité Elementaire de Procedure Civile**, Paris, 1949, p. 56.

Processual Francês, de 1922, posteriormente revogado pelo Decreto datado de 30 de Outubro de 1935.

Igualmente, caso a contumácia ocorra em segunda instância, conforme artigos 150 e 154 do Código de Processo Civil Frances, as regras a serem aplicadas seriam as mesmas referidas em sede de primeira instância.

Analogamente, o Código Processual Francês prevê hipóteses de justificação, similar à *querela nulitatis*, ou seja, caso o réu demonstre nulidade de citação, a ponto de justificar sua ausência nos termos do artigo 158, estaria o cumprimento de sentença suspenso até julgamento, podendo o processo retroagir ao *status quo* anterior, semelhante ao previsto no Código de Processo Civil, no que tange nulidades em seu artigo 250.

4.2. Itália

Em linhas gerais, na Itália, contumaz é quem não constitui procurador no curso da “lide”, à luz da conceituação de Carnelutti⁴⁰, mantendo, inclusive, ausente na totalidade dos atos processuais, até a sentença, lembrando que, como no procedimento francês, o procedimento italiano preconiza, de forma obrigatória, a realização de audiências.

Na realidade, o direito italiano possui uma conceituação deveras limitada, posto que concebe a contumácia de forma imediata e apenas na fase preliminar do processo, por força do princípio “*semel praesens semper praesens*”: depois que as partes se fizerem constituir judicialmente e apresentam-se perante o juiz instrutor, só pode ocorrer ausência e não mais a contumácia.

Dessa forma, durante a alteração do código processual italiano de 1865 para o de 1940, diversas foram as alterações no sentido de aprimorar a contumácia, como a desnecessidade de renovação de citação do réu, conforme havia previsto o artigo 385 do revogado diploma.

Seguindo essa linha, a renovação só é possível, uma vez verificada a nulidade da citação; portanto, o que se buscou foi a efetiva objetividade do processo, mesmo que, para isso, seja comprometida algumas garantias como a renovação de citação.

Recentemente, em 2009, com a reforma processual ocorrida por meio da edição da lei 69/2009, o Código Processual Civil italiano, em seu artigo 115, fez pre-

⁴⁰ CARNELUTTI. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Itália. Padova, Cedam, 1939, vol. III, p. 107.

visão expressa da contumácia parcial, fato que será explorado no próximo capítulo com maior profundidade.

Diante disso, a ciência processual italiana possui uma conceituação concisa e objetiva, pautada na efetividade, conceituando o denominado processo contumacial, mas sem destrinchar os efeitos gerados pela contumácia, lacuna esta preenchida em parte pela reforma de 2009.

Todavia, o direito italiano possui seu prisma garantista, permitindo, novamente a justificação, em caso de não comparecimento em juízo, mesmo que de forma intercorrente, no caso de apelo, podendo justificar o motivo que seu direito precluso, ou que faltou ao ato. Contudo, cabe comprovar nulidade de citação, notificação impeditiva de conhecimento do processo ou, por se tratar de pessoa inimputável, sendo conhecida tal justificação de “*remissione in termine*” (Restituição Integral)⁴¹.

Em grau de apelo, é garantido ao contumaz participação em todos os atos, uma garantia similar à francesa, conforme se verifica por sub-capítulo passado, bem como pode, ao revés de opor oposição, como previsto no Código de 1865, devendo apelar, momento em que poderá produzir prova e contestar matéria de fato e de direito.

Uma alteração e característica importante do procedimento italiano reside na alteração do artigo 386 do Código de Processo Civil italiano para o artigo 189 do codificado em 1940, onde se manteve a possibilidade de assumir o processo na fase em que se encontrar, contudo possibilitando a contestação de matéria fática, tratada como “documentos”⁴².

É latente a incongruência das alterações realizadas que tornam sem efeito a própria contumácia como instituto, mas isso é fruto da equalização de garantias, bem como prevalência da dignidade e proteção à ampla defesa.

Igualmente, fica nítido que a codificação italiana destrincha e delimita inúmeras alternativas e variantes procedimentais sem, contudo, de forma efetiva, dispor acerca dos efeitos reais da contumácia. Tal fato pode ser explicado diante da proteção as garantias e guarda da ampla defesa e devido processo legal. Contudo, claro é a lacuna existente, a qual será explorada e correlacionada no próximo capítulo com evento similar presente no ordenamento pátrio.

⁴¹ MATIROLLO, Luigi. *Tratatto di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Torino, Ed. Fratelli Bocca, 1903, vol. 3, pp. 810/811.

⁴² CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho Procesal Civil*. Espanha: Zaragoza, Libr. General 1949, tomo 2, p. 240, n. 471.

4.3. Espanha

Na Espanha, sua legislação atual a *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴³, denomina a contumácia como sendo a *rebeldia*, mesma denominação dada às ordenações espanholas de 1855, resguardando e prevendo somente a “rebeldia” ou Contumácia do Autor⁴⁴, diante de seu procedimento, convergente com os moldes italiano e francês, realizando-se, obrigatoriamente, audiências preliminares.

Vale lembrar que a respeito da contumácia, as ordenações espanholas de 1855 previam que a ação poderia ser proposta de forma oral, onde o juiz a reduziria a termo e, de acordo com a distância da moradia do réu, determina um período pré-fixado para o seu comparecimento, sob pena de infâmia e de ser considerado Contumaz.

Perante isso, o ordenamento espanhol caminhou sem se preocupar com a contumácia do autor, posto que, nesses moldes, seria impossível de acontecer, completamente divergente do que ocorre na atualidade.

Todavia, cumpre recordar que existiu junção entre o Reino Português e o Espanhol, momento em que seus ordenamentos jurídicos e suas produções se colidiram, ponto que o Direito Espanhol passou a observar e construir sistema jurisprudencial e doutrinário a respeito da contumácia do autor por volta do século XIX⁴⁵.

Diante de tal carga histórico-processual, a contumácia é vista pela doutrina de Jaime Guasp⁴⁶ como a inobservância de um ônus de impulso⁴⁷, fato que vem retirando a denominação espanhola de rebeldia para caracterização da contumácia, pois estaríamos diante de inatividade e não necessariamente da rebeldia.

Tal fato inspira as conceituações chiovendistas de inatividade, por um apurado estudo na evolução da contumácia no direito europeu, vizinho ao italiano e convergente na obrigatoriedade procedimental de comparecimento das partes em audiência.

Contudo, à luz do garantismo francês que influenciou toda a Europa, e não foi diferente no direito espanhol ao “rebelde”, é permitido comparecimento tardio,

⁴³ Ley 1/2000, possuindo como última alteração a ley 16 de 2011, alterando a vigência dada a títulos executivos.

⁴⁴ Idem nota 42, p. 31.

⁴⁵ LEITE, Gisele Pereira Jorge Leite. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 74, 01/03/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7502. Acesso em 09/03/2012.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. Trad. GASP, Jaimep. “**Instituições do novo Processo Civil Italiano**”, *Instituciones Del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona, 1942, p. 351.

⁴⁷ Idem nota 21, p. 416.

assumindo o processo na fase em que se encontra, tratando-se de primeiro grau, já sendo em segundo grau, poderá o “rebelde” apresentar novos documentos e, portanto, realizar contestação e impugnação fática, conforme atualmente estabelecido nos artigos 499⁴⁸ e 500⁴⁹ do Código Processual Espanhol.

Portanto, o direito espanhol, em sua origem, não foi tão garantista como o francês, nem tecnicista como o italiano; contudo, garantiu, em sentido convergente, protegendo o acesso à justiça e punindo o contumaz.

4.4. Alemanha

No direito Alemão, o autor podia escolher se iria adjudicar os bens do contumaz ou o julgamento do mérito; ao réu era facultado a absolvição de instância, a partir de 1793, com advento da Ordenação Prussiana de 1793, admitiu-se a *ficta confessio*, que prevalece até os dias de hoje, com a presunção de veracidade como revelia, ao contumaz⁵⁰.

Entretanto, algumas são as inovações inseridas pelo Direito Processual Alemão. Inicialmente, instituiu requisitos para a constituição da contumácia; o primeiro relaciona-se à audiência, a qual tenha sido fixada para debate oral obrigatório, sobre a controvérsia, perante o Tribunal competente. O segundo diz respeito à parte que, comparecendo, não intervenha no debate. Por terceiro e último, no caso de a intimação ter sido realizada de forma válida⁵¹.

No que se associa à previsão para a contumácia e conseqüente aplicação da revelia para autor e réu, o direito Processual Alemão prevê que pode o réu, em caso de revelia do autor, requerer a declaração de sua contumácia, importando na rejeição *in limine* do pedido exordial; todavia, em caso de se tratar de revelia do réu, isso não importa em procedência *in limine* da ação, devendo ser analisado o direito invocado⁵².

Ainda é possível e admissível que a parte opte pelo julgamento, segundo

⁴⁸ Artigo 499 : Qualquer que seja o estado do Processo em que o demandado rebelde compareça, entender-se-á como revogação de direito, não podendo retroceder em nenhum caso.

⁴⁹ Artigo 500: o demandado rebelde, a quem já tenha sido notificado pessoalmente, só poderá utilizar contra ele o recurso de apelação e extraordinário.

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Processal Civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Barcelona: Editorial Labor, 1942. p. 347, § 58.

⁵¹ Idem, p. 348.

⁵² WACH, Adolph. **Conferencias sobre la Ordenanza Processal Civil Alemana**. Tradução de Ernesto Krotochin. Ediciones Jurídicas Europa – America. Buenos Aires: Editora EJE, 1958, pp.198 e 206.

o estado do processo ou uma sentença contumácia, à luz da confissão ficta, o que poderia ser impugnado pelo contumaz, uma vez demonstrado, de forma direta e por força maior, o impedimento que o fez quedar contumaz; contudo essa escolha não é cabível, existindo alguma irregularidade de citação verificável.

Sendo assim, o procedimento da contumácia alemão prevê variantes garantistas, a fim da prevalência do contraditório e da refutação da injustiça, tratando com serenidade e segurança o processo contumácia, concebendo a contumácia como gênero, sem, contudo, tratar da revelia, a qual seria sua espécie, como feito, no direito processual argentino e italiano, diante de suas recentes alterações.

4.5. Suíça

Sob opinião de Rispoli⁵³, a Codificação Processual Civil de Genebra é “uma das mais expressivas ordenações modernas”, consideração que reside em concretos elementos processuais instrumentais, como é o caso da validade de citação ou ausência do Réu, pode o Juiz, de forma independente, verificando um período não suficiente para apresentação de defesa determinar renovação da citação de ofício, no teor dos artigos 133 e 139.

Prevê assim, de forma sistemática a contumácia do autor, onde o procedimento será julgado improcedente, bem como do réu, o qual terá caso sejam justas, acolhidas as afirmações colocadas contra si.

Igualmente, prevê a possibilidade de oposição à decisão contumacial, por meio de seus artigos 136 e 140, no prazo de vinte dias, contatos da notificação da sentença, possibilitando ainda justificação para perda desse prazo.

De forma objetiva e direta, a legislação suíça, resguarda o contraditório e regula o procedimento da contumácia, de forma dinâmica e objetiva em plena convergência com o direito Europeu.

4.6. Argentina

Na América do sul, sob influência direta da Espanha, tentou-se moldar e conceituar, de forma direta, tanto a contumácia quanto a Revelia de maneira distinta e autônoma, ao passo de que a revelia não implica em qualquer punição ao contumaz.

⁵³ Idem nota 22, p. 218.

Segundo Alsina⁵⁴, o procedimento contumacial “funda-se na necessidade de que o processo tramite até o final, possuindo como efeito a revelia”.

Em seu direito positivo, a Argentina estabelece as punições pós o trâmite processual ou o procedimento contumacial, quando o réu não mais faz parte do procedimento por ausência ou desídia, conforme seus artigos 433 do Código de Procedimentos e na lei 11 de 1924, acrescentando, nessa última, que a declaração da revelia deve ser notificada ao contumaz.

Assim, o procedimento contumacial tem seu início com a decretação da revelia, tratada pelo Direito Argentino como Declaração de Revelia, a qual deve ser proferida no primeiro momento em que se verificar ausência do réu ou autor, por meio da declaração de revelia, feita mediante solicitação das partes⁵⁵.

Todavia, a declaração de revelia pode ser suspensa sob a justificação da parte prejudicada, dentro do processo da contumácia, devendo, assim, se fundamentada e, em força maior, expor os motivos de sua ausência, conforme estabelecido pelo Artigo 188 e 191 do Código Processual Argentino, cessando, assim, os efeitos da revelia e retomado o processo em sua forma plena não mais contumácia.

Extraímos, portanto, a preocupação do legislador argentino em conceituar contumácia como procedimento de revogação ou declaração da revelia, onde, uma vez aplicada, estaria instaurado o processo contumacial, onde intimações seriam por edital e, caso fosse necessário, seria nomeado curador, todavia, uma vez revogada, estaria finalizado o procedimento referido.

A título de curiosidade, possui o processo civil argentino a possibilidade de revelia a um dos réus apenas, o que limita a abrangência da defesa oposta pelos demais; tal procedimento colide diretamente com o princípio da isonomia. Verificamos, portanto, que pelo direito processual argentino, vemos a distinção dada à contumácia como gênero e à Revelia como espécie em seu sentido mais amplo.

5. DESMISTIFICAÇÃO DA TEORIA CHIOVENDISTA DA INATIVIDADE

Inicialmente, deve-se atentar para a origem do termo contumácia e sua aplicação no direito processual italiano para, após, correlacionarmos-lo com a revelia e sua aplicação em nosso direito para, então, entendermos o porquê dos nomes

⁵⁴ JOFRE, Tomas. **Manual de Procedimentos**. Buenos Aires: La Ley, 1941, vol.I, p.280.

⁵⁵ ALSINA, Hugo. **Defesas y Excepciones**, in *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnato, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951, vol III, p. 370.

e das conclusões de nossos doutrinadores e a teoria italiana de chiovenda relativa à inatividade⁵⁶.

Ocorre que o Processo Civil Italiano, não obstante sua simetria com o Processo Civil Brasileiro, possui terminologia própria e nem sempre uma identidade formal e conceitual com o Código Brasileiro, tanto que foi objeto de mutação e discussão em um período conturbado⁵⁷, compreendido entre os Códigos 1865 e 1940⁵⁸, ora em referência, se alterando, inclusive, o Título, Processual ou Processo, e inúmeras discussões dogmáticas.

A partir daí, os estudos de Chiovenda pautaram-se nos artigos 181⁵⁹ e 171⁶⁰ do Código de Processo Civil italiano, os quais tratam da contumácia especificamente e conceitualmente, sem referência alguma a seus efeitos ou discriminação deles, dando relevância, diante da falta em audiência instrutória, pela própria estrutura procedimental italiana⁶¹, elemento não tratado desse modo, posto que possuímos procedimentos como o ordinário, no qual a defesa, necessariamente, não se dá em audiência, existindo a possibilidade de não ser realizada audiência alguma. Caso inexistam provas orais a produzir, o procedimento por completo será instaurado e findado sem realização de Audiência.

Em convergência de ambos os sistemas, a falta ou desídia pelo autor resulta em extinção, conforme artigo 267, inciso III⁶² do Código de Processo Civil Brasileiro e supra referidos do diploma italiano; no que tange ao réu, acarretaria na aplicação

⁵⁶ Idem nota 12.

⁵⁷ Aumento de população de 23 para 45 milhões de habitantes, aperfeiçoamento dos meios de comunicação, industrialização do país, expansão colonial, entre outros fatores, reverenciados nas páginas 40 e 41 do Discurso de Grandi (Exposições de Motivos do Código de Processo Civil italiano).

⁵⁸ Período também em que a Advocacia Italiana chegou a pretender a ab-rogação deste código e a reinstauração do código de 1865, somando à reforma do processo sumário de 1901, o que não ocorreu (CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007).

⁵⁹ Art. 181 – Falta de comparecimento das partes, Se na primeira Audiência não comparecem as partes já constituídas ou algumas delas, o magistrado instrutor comprovará se esta de acordo com a comunicação prescrita no último parágrafo do artigo 173, em caso de necessidade, ordenará sua revogação, designando nova audiência.

⁶⁰ Art. 171 – Falta ou atraso na constituição – Quando nenhuma das partes se constitui dentro dos prazos estabelecidos o processo será extinto. A parte que não comparecer, tampouco na primeira audiência, será declarada contumaz, por meio de ordenança do magistrado instrutor, salvo disposto no artigo 291.

⁶¹ Na estrutura processual italiana a audiência faz parte dos procedimentos de forma direta, similar ao rito sumário, daí a importância e criação da teoria da inatividade e sua amplitude dentro daquele ordenamento e a limitação dentro do nosso ordenamento.

⁶² Art. 267. III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.

da contumácia pelo Código Italiano (medida mais branda e reversível)⁶³ e a revelia pelo Código Brasileiro (medida que importa em restrição de direitos processuais, inclusive com desentranhamento de defesa e presunção de veracidade de alegações, nos termos do art. 319⁶⁴ do Código de Processo).

Entretanto, no Capítulo VI do Código de Processo Civil Italiano, temos o título “Do Procedimento em Contumácia”; já o Capítulo VI, Seção I do Código de Processo Civil Brasileiro, possui como Título “Do Efeito da Revelia”, ou seja, vemos que um trata do procedimento ou conceito, enquanto o diploma processual italiano trata do instituto como efeito, tanto que, nos artigos 293⁶⁵ e 294⁶⁶, fica nítida a irrelevância da contumácia, uma vez que esta esteja constituída, sendo reversível, efeito muito mais “sereno”⁶⁷ se comparado com a revelia prevista nos artigos 319⁶⁸ e 324⁶⁹ do Código de Processo Civil Brasileiro, que, conhecidamente, se preocupou em destrinchar seu efeito quando o Italiano se preocupou em enfatizar e esmiuçar seu conceito, daí a referência e correlação aos capítulos de cada Diploma.

Nessa linha, verifica-se inúmeras assimetrias e simetrias entre os dois sistemas, elementos conjugados, tornando o conceito, com todas as vênias⁷⁰ Chiovendista, magistral para o direito Italiano e, tão somente para aquele ordenamento, posto que o Brasileiro trata da revelia como efeito, oriunda de um conceito, qual seja, con-

⁶³ Fato presente no direito italiano até a edição de lei 69/2009 a qual alterou inúmeros institutos processuais italianos, dando maior atenção a elementos preclusivos com alteração do artigo 115 do Código Processual Italiano, no que concerne à revelia parcial do réu.

⁶⁴ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁶⁵ Art. 293 – A parte que tiver sido declarada contumaz poderá ser constituída em qualquer momento do procedimento, até audiência em que o pleito seja remetido ao colegiado, conforme art.189.

⁶⁶ Art. 294 – Reposição dentro do prazo – O contumaz que se constituir poderá pedir ao magistrado instrutor que seja admitido a realizar atividades que a ele estiverem já preclusas, se mostrar que a nulidade de citação ou de sua notificação lhe impediu de tomar conhecimento do processo ou que sua constituição tenha sido impedida por caso fortuito ou força maior.

⁶⁷ Pelo Código italiano, a contumácia importa em preclusão dos atos após sua decretação realizados, artigos 292 e 293, ambos do Código de Processo Civil Italiano, mas sem tratar de presunção de veracidade fática ou desentranhamento de peças como no artigo 319 do Código de Processo Civil Brasileiro, daí o termo utilizado.

⁶⁸ Nota 31.

⁶⁹ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

⁷⁰ Vênias, posto que contrariar ou criticar conceituação chiovendista, para um processualista, é o mesmo que impugnar uma palavra apostólica bíblica, mas que deve ser realizada para uma real compreensão e evolução científica; a admiração não pode servir de barreira intransponível para a produção científica, caso contrário estaríamos fadados à completa inércia social.

tumácia, que é tratado pelo Código Italiano de forma específica, isolada e incompatível com nosso ordenamento da forma colocada atualmente pela doutrina, ou seja, aplicando de modo direto o conceito italiano ao Direito Brasileiro.

Continuando, o Processo Civil Italiano trata da Contumácia e prevê suas incidências, mas, ao tratar de sua pena não a específica, daí evidente em relação ao Código Processual Civil Brasileiro, que especifica a revelia mas não a conceitua de forma ampla, outro ponto de omissão em que os Códigos se encaixam, prevendo o Brasileiro, somente o efeito, mas não conceituando o instituto, ao passo que o Italiano prevê o instituto e variações como falta em audiência, mas não conceitua a pena diretamente.

Em patente convergência ao referido anteriormente, especialmente a omissão concernente à falta de previsão e conceituação dos efeitos da contumácia, com a reforma processual ocorrida em 2009, via edição da lei 69/2009, o Código Processual Civil Italiano passou a prever a hipótese da Revelia Parcial em seu artigo 115⁷¹, conforme já é previsto em nosso diploma processual pelo artigo 302⁷², ou seja, em caso de não se contestar parte da inicial, teremos Revelia Parcial do instituto ausente.

Tal alteração é recebida pela doutrina, como a retomada de um sistema preclusivo mais rígido, há pouco e pouco reintroduzido pelas reformas italianas desde a desastrada contra-reforma de 1950, que teve por objeto principal abolir o sistema preclusivo em atendimento aos reclamos da Advocacia Italiana⁷³.

Em convergência plena com a reforma experimentada pelo Direito Processual Italiano e a omissão presente na necessidade de se dar efeito ao conceito da contumácia, temos a conceituação de Antonio Carrata⁷⁴, jurista italiano, o qual reconhece que, mesmo constado em vários momentos e dispositivos processuais italianos, não existia forma genérica, ou seja faltava uma ampla conceituação dos efeitos da contumácia, fator abundante em nosso diploma ao verificamos a conceituação dada à revelia.

Entretanto, se analisarmos isoladamente os diplomas processuais e suas va-

⁷¹ Art. 115 – Salvo os casos previstos pela lei, o julgador terá de pôr como fundamento da decisão as provas propostas pelas partes ou pelo Ministério Público, a não ser a fato não especificamente contestado pela parte constituída.

⁷² Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: (...).

⁷³ CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli, Itália: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007.

⁷⁴ CARRATA, Antonio. **Il Principio Della Non Contestazione Nel Processo Civile**. Padova, Italia: Cedam, 2009 p. 10.

riações doutrinárias em ambos os países, os frutos doutrinários e conceituais serão divergentes, conforme dito no capítulo anterior, porém, por outro lado, se isolarmos os estudos de cada diploma processual, veremos, dentro da assimetria existente entre eles, duas lacunas que se encaixam, qual seja, um no tocante à falta de conceituação do efeito, mas conceituação como instituto (Código de Processo Civil Italiano, em seus artigos 293⁷⁵, tratando da contumácia com efeito preclusivo e não presunção de veracidade fática) e outro conceituando o efeito, ao invés do instituto por completo (Código Brasileiro no artigo 324, tratando a revelia como pena⁷⁶).

Claro e precisa, portanto, a necessidade de uma análise conjunta dos diplomas para, após, realizar relação doutrinária. Contudo, alguns doutrinadores pátrios anteciparam a correlação à doutrinária, deixando de lado a legal, aplicando de forma prematura conceitos doutrinários antagônicos com nossa legislação, mas que poderiam colaborar para real compreensão do instituto, bastando, para tanto, a análise do direito positivo de forma preliminar à análise doutrinária.

Solucionando outra controvérsia doutrinária, a qual trata a contumácia como sendo a falta à audiência ou desídia do autor e a revelia a tais atos do réu, tanto o Código Italiano quanto o Brasileiro tratam-na sem tal distinção e, inclusive, o Código Italiano é específico ao tratar da contumácia do demandado em seu artigo 291⁷⁷ e da contumácia do autor no artigo 290⁷⁸, ao mesmo tempo que o Código Processual Brasileiro, a conceitua como um efeito, tendo sua previsão específica e somente em relação ao réu, conforme seus artigos, 319⁷⁹ e 324⁸⁰.

Contudo, o Código de Processo Civil Brasileiro prevê também a contumácia para o autor, mas sendo norma inserida no contexto do artigo 267, inciso III⁸¹, tendo

⁷⁵ Art. 293 – Constituição do Contumaz – A parte que tiver sido declarada contumaz poderá ser constituída em qualquer momento do procedimento, até a audiência em que o pleito seja remetido ao colegiado, conforme artigo 189.

⁷⁶ Nota 40.

⁷⁷ Art.291 – Contumácia do demandado – Quando o demandado não tiver se constituído e o magistrado instrutor observar vício que implique nulidade na notificação da citação, fixará para o autor um prazo peremptório para renová-la. A renovação impedirá qualquer decadência.

⁷⁸ Art.290 – Contumácia do autor – Quando, conforme o último parágrafo do artigo 171, o magistrado instrutor declarar a contumácia do autor; ordenará, se o demandado o solicitar, que se prossiga o juízo e adotará as disposições previstas no artigo 187. Em caso contrário, disporá que o pleito seja cancelado do rol e o processo seja extinto.

⁷⁹ Nota 35.

⁸⁰ Nota 40.

⁸¹ Nota 33.

efeito idêntico à contumácia italiana, mas sem descrever de forma direta tal instituto, omissão esta que deu aso à controvérsia.

Portanto, novamente verificamos que após interpretação legal e conjunta de ambas as legislações, existe um conceito de inatividade mais amplo se analisado pelo prisma do Código de Processo Civil Brasileiro, que ampara a desídia (sendo este conceito a Contumácia) e seu efeito (Revelia).

Perante essa gradação, ocorrendo a contumácia, tanto para autor quanto para réu, teríamos como seu efeito a revelia, posto que mais amplo e abarca a desídia, operando-se tanto para o autor como para o réu, a qual acarreta em perda de direito à ampla defesa e contraditório em relação à matéria fática⁸², bem como extingue o processo no caso de ausência à audiência⁸³, condenando aos ônus sucumbências⁸⁴, resultando em uma “pena processual aos desidiosos”, como será demonstrado no capítulo seguinte.

6. DA INDIVIDUALIZAÇÃO DOS EFEITOS PARA ENTENDIMENTO DA REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA

Temos a contumácia, tanto na ausência de apresentação de defesa ou no não comparecimento do autor, sendo o seu efeito à revelia, conforme previsto nos artigos 319⁸⁵ e 324⁸⁶ do CPC, tanto que o tipo processual é taxativo ao tratar a revelia como um efeito e não instituto.

Qual seria, então, a conceituação da Contumácia, até porque se a revelia é um efeito, conforme o título “Do Efeito da Revelia”, presente na Seção I, do Capítulo IV, do Código de Processo Civil, deve, por consequência lógica, ser originária de algum instituto.

É importante pontuar a contumácia pelo prisma da revelia, como consequência desta, posto que, se a individualizarmos, estaríamos abrindo precedente para individualização de seus efeitos e, portanto, afirmando que, para o réu supostamente revel,

⁸² Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁸³ Nota 23.

⁸⁴ 267. § 2º-No caso do parágrafo anterior, quanto ao n-II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao n-III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

⁸⁵ Nota 24.

⁸⁶ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

o efeito seria a confissão (uma pena) e para o autor supostamente contumaz, o efeito seria a renúncia de direito (uma alternativa diante da suposta vontade ou desídia), posto que iniciou o processo e, após, se quedou inerte, não comparecendo em audiência ou se quedando inerte para prática de um ato processual, dando ensejo à extinção, conforme previsto pelo artigo 267, inciso III⁸⁷, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Portanto, fundado no próprio texto legal que conceitua a revelia como efeito, temos a contumácia como instituto relativo à inércia das partes na falta de apresentação de defesa ou desídia que resulte na extinção de seu direito, respondendo por este ato por meio das penas determinadas nos artigos 319⁸⁸ e 324⁸⁹ do diploma processual civil.

Nítido tratar-se de pena imposta pelo legislador⁹⁰. Em primeiro lugar, pelo próprio trato legal colocado em relação ao fato do que a falta ou inércia acarreta, ou seja, a extinção do processo e, indo além, em segundo lugar, por apenas permitir a causa por três vezes, não podendo intentar a mesma ação contra o réu após isso, todavia, podendo alegar em defesa a matéria, conforme extraímos do artigo 268, parágrafo único⁹¹, do Código de Processo Civil.

Nessa estreita linha, verificamos, portanto, que mais uma vez o legislador vem punir o desidioso, o que nos afasta do conceito de que a falta ou inércia importa em renúncia tácita, posto que tal renúncia deve ser escrita e direta em respeito ao comando legal imposto pelo artigo 269, inciso V⁹² do Código de Processo Civil Brasileiro.

Outro ponto é que o acesso à justiça, a ampla defesa e o direito de ação, são garantias constitucionais do cidadão e, uma vez cerceados, estamos diante de uma exceção legal que estipula essa mitigação como pena restritiva de direitos em determinadas hipóteses, igualmente como ocorre com a liberdade em caso de ilícito penal, conforme estabelecido pelo artigo 5º XLVI⁹³ de nossa Magna Carta⁹⁴.

⁸⁷ Nota 22.

⁸⁸ Nota 9.

⁸⁹ Nota 10.

⁹⁰ Ao passo que limita o direito de ação e acesso ao judiciário e restringe direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Magna Carta.

⁹¹ Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n-III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

⁹² 269.V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁹³ Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e suspensão ou interdição de direitos; (...).

⁹⁴ Diante disso, as garantias constitucionais não devem nem podem ser plenamente imutáveis, caso contrário, o proveito da própria torpeza seria utilizado como manto para impunidade.

Sobre o tema, temos, ainda, o posicionamento de Giancarlo Giannozzi⁹⁵, que considera tratar o efeito da contumácia como pena e que esta compreende qualquer ato de inércia ou desídia da parte, seja da parte autora, seja da parte ré⁹⁶.

Todavia, tal raciocínio colide de forma direta ao conceito chiovendista da inatividade⁹⁷, que considera a contumácia como o simples não comparecimento do Autor à realização de um ato processual⁹⁸, sendo fruto da preliminar concepção de individualizar os institutos, e de que a contumácia seja direcionada ao autor, daí o nome *inatividade*, e a revelia ao réu, diante de sua previsão legal específica.

D.m.v., de nossa humilde planície, não querendo discordar com o saudoso jurista Giuseppe Chiovenda, um dos genitores do direito processual, inconcebível é correlacionar de forma absoluta institutos procedimentais italianos com a processualística brasileira, fato que mitiga qualquer conclusão generalista acerca da aplicação ou referência à teoria da inatividade em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o autor pode dar causa, por meio de sua “teoria da inatividade”, recepcionada, no artigo 267, inciso III⁹⁹, mas também com sua renúncia, prevista no artigo 269, inciso V¹⁰⁰, inconsistentes analogias e conceituações, as quais tratam os institutos da revelia e da contumácia como sinônimos, sendo que a primeira não pode ser confundida com a segunda, posto que o fato originário da inatividade pode ser equívoco de seu patrono¹⁰¹, ou mesmo caso de força maior, que, posteriormente, poderá ser alegada, dando-nos como resultado e conclusão lógica que, renúncia é renúncia, e inatividade, como lógico, é inatividade, devendo ambas serem expressas escritas; na inatividade, a renúncia escrita para prática de uma ato e a renúncia escrita e não tácita.

Individualizados, portanto, os efeitos originários a partir da concepção de termos, a revelia como efeito da contumácia, tratando sua aplicação como “pena proces-

⁹⁵ GIANNOZZI, Giancarlos. **La Contumácia Nel Processo Civile**. Milano:Doot A. Giuffrè Editore,1963, p. 153.

⁹⁶ (...) *La contumácia è mera inattività solo una definizione di quest' ultimo concetto puo confermarlo.(...)Vale, infine, la pena di porre una distinzione (giacchè l' inattività dal punto di vista soggettivo, si configura sempre come l' inosservanza d'um onere (...))*

⁹⁷ Nota 12.

⁹⁸ Como previsto pelo artigo 267, inciso III do CPC, citado na nota 11.

⁹⁹ Nota 11.

¹⁰⁰ Nota 16.

¹⁰¹ Fato previsto no Direito Francês, como hipótese para revogação da declaração de contumácia, mesma hipótese prevista no Direito Medieval e Alemão, o que demonstra não se tratar de inatividade, podendo existir erro justificável.

sual” imposta à parte contumaz, conforme norma processual, artigo 319 do Código de Processo Civil Brasileiro, a luz de fundamento constitucional artigo 5 XLVI¹⁰².

Vale ainda destacar a origem canônica da contumácia, recebida como, pena acessória era a excomunhão, conforme informado na evolução histórica.

Ainda, já no século XIX, era entendida a contumácia como rebelião ao poder do juiz, onde o poder jurisdicionado poderia se utilizar da força para fazer a parte comparecer em juízo sem distinção entre cível e penal, sendo sua ausência considerada como ato ilícito, uma reação, mesmo que inerte, que a parte contumaz adotava contra o juiz, que, por sua vez, diante disso, deixava de exercer sua função, daí a criação da teoria da doutrina pena da contumácia¹⁰³.

Convergindo com conceito de pena, temos a teoria *da doutrina penal da contumácia*, capitaneada por Eduardo J. Couture¹⁰⁴, referindo-se à concepção do processo como quase contrato e, por conseguinte, ser a contumácia uma pena pelo “inadimplemento” da parte, considerado pela sua ausência ou desídia.

Sendo assim, a melhor técnica processual aponta a parte desidiosa, sendo ela autor ou réu, como contumaz, requerendo a aplicação de seu efeito, a revelia, esta que se trata de uma “pena processual”¹⁰⁵, que restringe e encerra o exercício do direito de ação e defesa, respectivamente, conforme dispositivo legal processual brasileiro.

7. ANÁLISE DA REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA SOB A TEORIA ESTRUTURANTE DE MÜLLER E OS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEX Y

Cumprе ressaltar que a norma jurídica processual brasileira conceitua apenas a revelia, delineado seus efeitos, fato como dito, que denota a necessidade de um conceito com maior amplitude e natureza que dê origem a tal efeito.

Vale, portanto, conceituar norma como “sendo parte de um texto interpretado”¹⁰⁶.

¹⁰² Nota 17.

¹⁰³ Idem nota 18, p. 773.

¹⁰⁴ COUTURE, Eduardo, J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. 3ª Edição. Buenos Aires, Aniceto López, 1942, p. 65, n. 43.

¹⁰⁵ Conforme ocorria no Período Romano e Medieval, fato este, aliás, reiterado pelo Período Canônico, onde, além da confissão tácita, o contumaz era apenado com a excomunhão.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra, Almedina, 2010, 4.ª cap., Parte IV, p. 1202.

A normatividade não se relaciona com o texto da norma, pois é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o “texto da norma” é a sua validade, que consiste, de um lado na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem a esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz de utilizar, na sua integralidade, os textos das normas jurídicas adequadas ao caso particular e de trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico.

A teoria da norma, repousa nas palavras de Cristiana Queiroz¹⁰⁷, para quem a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de construção, designado de concretização.

Dentre esse conceito, Friedrich Müller¹⁰⁸, em sua teoria estruturante da norma, dispõe que a prescrição positiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve, em regra, para elaboração do programa da norma.

Sendo assim, convergindo com as palavras de Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes¹⁰⁹.

Portanto, a estruturação da norma e de seus princípios norteadores seriam a contumácia e a norma, em seu sentido positivo e específico, a revelia, daí a disparidade conceitual e histórica entre os institutos e a consequência do último como sendo efeito e resultado normativo do primeiro.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

In fine, evidente que o objetivo processual contemporâneo é dar efetividade em prol da desburocratização e informalidade dos atos processuais, sem que, para isso, sejam desvirtuados certos institutos, mas que também não os transporte para esferas formalmente complexas, que dificultam, ou até mesmo impossibilitam, sua aplicação.

Tanto que em marco referencial acerca da instrumentalidade processual, o nobre jurista Candido Rangel Dinamarco¹¹⁰ apresenta a contumácia como sendo de

¹⁰⁷ QUEIROZ, Cristiana. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

¹⁰⁸ Friedrich Müller. **Métodos de Trabalho no Direito Constitucional**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

¹⁰⁹ Robert Alexy. **Theorie der Grunderchte**. Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 86.

¹¹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 166.

ambas as partes, a qual possui como seu efeito a revelia, referenciando como contemporâneo nosso ordenamento jurídico, senão vejamos:

“(...) A contumácia das partes pode levar desde a simples paralisação do processo até à sua extinção sem julgamento do mérito (*absolutio ab instantia*), e à antecipação desse julgamento, com aceitação dos pontos de fato colocados pelo autor. O efeito da revelia, associado à antecipação do julgamento, constitui um dos pontos de mais significativa inovação introduzidos na legislação processual civil pelo Código vigente, onde o escopo jurídico de atuação da lei passa a plano secundário e mais se atende à preocupação de pacificar, tratando o litígio segundo o grau de conflituosidade revelado pelo comportamento dos sujeitos.(...)”

Sob o prisma instrumental de Dinamarco¹¹¹, podemos observar a contumácia e a revelia como elementos conjuntos, tratando-se de gênero e grau, os quais, caso sejam estudados de forma autônoma, estariam avalizando uma forma inócua e desvirtuada de seus reais efeitos, ficando sem um conceito específico ou apócrifo, sentido este encontrado, se colocarmos a revelia como efeito da contumácia, como demonstrado, desvirtuando e desestabilizando os valores processuais da segurança, efetividade, justiça e paz social¹¹².

9. CONCLUSÃO

Podemos, portanto, admitir ser a contumácia gênero, possuindo como grau o efeito à revelia, esta também entendida como norma oriunda da normatização da contumácia, possuindo como natureza jurídica um efeito punitivo processual com natureza “penal”¹¹³, o qual resulta em hipótese de restrições das garantias fundamentais de ampla defesa e contraditório amplo e irrestrito.

¹¹¹ Idem, nota 111.

¹¹² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em sua obra **Do Formalismo**, 2ª Edição, pp. 65-73, esclarece que os fins do processo podem ser reunidos nesses valores, em função dos quais se dá sua organização.

¹¹³ Sob a luz da “doutrina penal da contumácia”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL Santos, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jurídico, 1977.
- ALEXY, Robert. **Theorie Der Grunderchte**. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- ALSINA, Hugo. **Defesas y Excepciones**, in “*Studi in onore di Enrico Redenti*”. Milano, 1951.
- BUZAID, Alfredo. **Do Concurso de Credores no Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1952.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRAGA, Antonio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. M. Limonad, 1942 s.d.v 3.
- COSTA, Sergio. **Contumácia Civil**. São Paulo: Saraiva, 1959, volume IV.
- CALMOM DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.3.
- CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. **Sistema Del Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1939, vol. III.
- CORTESE, Ennio. **Enciclopédia de Direito**. Roma: Varese, A. Giuffrè, 1962.
- CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Procesal Civil**. Espanha: Zaragoza, Libr. General, 1949, Tomo 2.
- CARRATA, Antonio. **Il Principio Della Non Contestazione Nel Processo Civile**. Padova, Itália: Cedam, 2009.
- COUTURE, Eduardo, J. **Fundamentos Del Derecho Processual Civil**. 3ª Edição. Buenos Aires: Aniceto López, 1942.
- CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli, Itália: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FREITAS, Teixeira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1947.

FREDERICO MARQUES, José. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, Volume 2.

FRAGA, Afonso. **Instituições de Processo Civil do Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

GUELFY, Francesco Filomusi. **Il Processo Civile Contumaciale nel Diritt**. Roma: Napoli, 1873, p. 59.

GRANATA, Letterio. **Contumácia Matéria Civil**. Roma: in Enciclopédia Jurídica Italiana, 1902.

GIANNOZZI, Giancarlo. **La Contumácia Nel Processo Civile**. Milano: A. Giuffrè, 1963.

GASP, Jaimep. Tradução de “Instituições do novo Processo Civil Italiano”, *Instituciones Del Nuevo Processo Civil Italiano* de CARNELUTTI, Francesco. Barcelona, 1942.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Processal Civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Barcelona, 1942.

JOFRE, Tomas. **Manual de Procedimentos**. Buenos Aires: La Ley, 1941, vol.I.

LIMA, Silva. **Código de Processo Civil Brasileiro Comentado**. 1ª Ed. São Paulo, Forense, 1940 v.1.

LEITE, Gisele Pereira Jorge Leite. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. [Internet], disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7502. Acesso em 09/03/2012.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953, v.3.

MORAES CARVALHO, Alberto Antonio de. **Prática Forense**. Praxe 3. Rio de Janeiro: Forense, acomodada por Levindo Ferreira Lopes, 1970.

MOREL, René. **Traité Elementaire de Procedure Civile**. Paris, 1949.

MATIROLLO, Luigi. **Tratatto di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. Torino, 1903.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. 1.

MONTESQUIE, Charles. **Do Espírito das Leis**. Livro Vigésimo-Nono. Da Maneira de Compor as Leis.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

RISPOLI, Arturo. **Il Processo Civile Contumaciale**. Milão, 1911.

SILVA, Plácido de. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Laurina. **Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1978.

WACH, Adolph. **Conferencias Sobre La Ordenanza Processal Civil Alemana**. Tradução de Ernesto Krotochin. Buenos Aires, 1958.

ECA: A PREVENÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS JUNTO À ESCOLA

CHILDREN AND TEENAGERS ' STATUTE: PREVENTING ACTS
INFRACIONAIS NEXT TO SCHOOL

Melissa Zani Gimenez*

Data de recebimento: 12/01/2012

Data de aprovação: 05/05/2012

RESUMO

Torna-se visível, no transcorrer de nossos tempos, o crescimento do índice de delitos praticados por crianças e adolescentes em nosso país. Diariamente deparamo-nos com notícias da mídia a respeito de atos infracionais praticados por incapazes. Ocorrências essas que causam tristezas sociais e gastos para os órgãos públicos. O presente artigo tem por intuito mostrar à sociedade, família e Estado que a escola não é apenas um lugar formal da práxis educativa, mas sim um ambiente onde as crianças e adolescentes passam mais da metade de seu dia, portanto um local propício e adequado para promoção da cidadania e da redução da prática de atos infracionais cometidos por estas pessoas em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE

Criança; adolescente; ressocialização; função; escola.

ABSTRACT

The growth of the index of delicts practised for children and adolescents in our country becomes visible in to pass of our times. Daily we come across ourselves with

* Advogada, professora, Mestranda no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do UNIVEM, Pós Graduada na Rede de Ensino Luís Flávio Gomes; Aluna Especial de Mestrado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Dedicou-se à pesquisa acadêmica relativa ao tema da Criança e Adolescente no Grupo de Pesquisa CoDip - Constitucionalização do Direito Processual, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq. Grupo sob a liderança dos Prof. Dr. Nelson Finotti Silva e Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé e do GEP Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas- Professores- Lafayette Pozzoli e Clarissa Chagas Sanches Monassa.
Email: melgimenez@hotmail.com

notice of the media regarding criminals acts practised by incapable. Occurrences these that cause social sadnesses and expenses for the public agencies. The present article has for intention to show to the society, family and State that the school is not only one formal place of the , but yes an enviro educational practice onment where the children and adolescents more than pass the half of its day, therefore a propitious and adjusted place for promotion of the citizenship and the reduction of the practical one of criminals acts committed by these people in development.

KEYWORDS

Child; teenager; resocialization; function; school.

1. INTRODUÇÃO

Mesmo estando amparados com ordenamentos jurídicos de ponta, como a nossa respeitável Constituição da República de 1988, com o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990 e tantas outras legislações até mesmo internacionais, muitas vezes esses pequenos cidadãos passam despercebidos frente ao descaso que sofrem perante a sociedade em que vivem. No atual contexto constitucional, há o dever de que todos se ajudem a partir do que se estará promovendo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Torna-se claro, assim, a compreensão do dever fundamental do Estado, utilizando a escola como um ambiente propício e adequado para zelar pela promoção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A escola é uma agência prestadora de serviços para a população e, por isso, precisa levar em conta os interesses dos cidadãos a quem ela deve servir e para os quais foi criada.

As disposições normativas não terão efetividade apenas com a readequação dos ementários e conteúdos programáticos pois, para a efetivação da lei 11.525/2007¹ e lei 8069/1990², há necessidade de reorientação curricular que passará pela formação docente sobre a temática a ser implementada, juntamente com o apoio das famílias das crianças e adolescentes infratores.

Verificaremos a contribuição que a Escola, como a casa iniciadora, pode trazer para minimizar a violência praticada por crianças e adolescentes como pessoas em pleno desenvolvimento, e efetivar o conjunto de normas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, no exercício da práxis educativa, conforme descreve a Lei 11.525/2007, ao inserir conteúdos do Estatuto da Criança e Adolescente como matéria obrigatória nos currículos escolares do ensino fundamental.

Nesse sentido, as pessoas em desenvolvimento têm o direito de que os adultos façam coisas em favor delas, isso porque, de acordo com Paulo Vercelone:

Trata-se de uma situação real baseada em uma condição existencial eliminável: o

¹ Acrescenta § 5o ao art. 32 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB - Leis de Diretrizes e Bases da educação nacional), para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. § 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado.”

² ECA – Estatuto da Criança e o Adolescente

filhote humano (...) é incapaz de crescer por si; durante um tempo muito mais longo do que aquele de outras espécies não humanas, ele precisa de adultos que o alimentem, o criem, o eduquem, e estes adultos, inevitavelmente, têm instrumentos de poder, de autoridade, em relação aos pequenos. Isto vale não apenas no que tange à relação entre filhos menores e pais, os primeiros e mais diretos protetores, como também na relação entre crianças e outros adultos, de regra, os pais³.

É neste diapasão que o trabalho aponta, ou seja, relacionar a função do direito com a proposta de um direito cada vez mais fraterno, que se preocupa em cuidar de promover comportamentos morais que efetivamente garantam a igualdade e a liberdade entre os seres humanos. A família, o Estado e a sociedade têm o dever constitucional de amparar a criança e o adolescente e caberá ao aplicador da lei usar as normas constitucionais e infraconstitucionais de forma que possa enaltecer a dignidade das pessoas.

2. COMO EVITAR A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS

Atualmente, um dos grandes desafios da sociedade brasileira é de evitar o crescente índice de violência cometido por menores infratores. No Brasil, casos de criminalidade e delinquência infanto-juvenil são constantemente noticiados pela imprensa, provocando discussões sobre a questão da eficácia das medidas socioeducativas, contidas na Lei nº 8.069/90, ECA (Estatuto da Criança e Adolescente), e sobre propositura de medidas preventivas.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente em 1990, produto da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que é um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, representou um avanço frente à cidadania e a estrutura jurídica brasileira, ao garantir os direitos à liberdade, dignidade e respeito às crianças e adolescentes. O citado diploma legal considera esta população, como sujeitos de direitos e merecedores de especiais cuidados e proteção prioritária frente à sociedade em que vivem, reconhecendo como penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos que cometem crimes ou contravenção penal.

O Estatuto da Criança e Adolescente contempla em seus 267 artigos, o que

³ VERCELONE, Paulo. **Comentando o ECA**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br>. Acesso em 31 de janeiro de 2012.

levaria a criança e o adolescente à proteção integral, como um dos princípios norteadores desse sistema legal, entretanto não é isto que se observa no mundo de hoje. Por serem pessoas em pleno desenvolvimento humano necessitam da família, escola e Estado como norteadores de seus direitos amparados no citado diploma legal.

Completando os seus 22 (vinte e dois) anos, o ECA e a sua plena efetivação ainda é um grande desafio que necessita de maior atuação do Estado na aplicação de recursos, priorizando a área social e a cidadania, pois, além de promulgar leis, o governo também se responsabiliza no cumprimento destas medidas para oferecer um ambiente de maior proteção e amparo para as crianças e os adolescentes.

3. SUJEITOS EM DESENVOLVIMENTO

A preocupação dos legisladores em relação à elaboração de medidas socioeducativas recuperativas é explicada pelo fato de o menor ser ainda um sujeito em processo de construção da personalidade que, por outro motivo, comete delitos, mas que ainda pode ser resgatado para uma sociedade justa futuramente, afastando-o da grande possibilidade que o persegue de continuar a praticar atos infracionais. Essa posição evidencia que o tratamento dessas pessoas em desenvolvimento é muito mais complexo que a simples repressão aos atos infracionais, mas trata-se de uma política de caráter assistencial, que visa a educá-lo e regenerá-lo, de modo a ser um indivíduo de grande serventia para a sociedade e para si próprio.

O ECA é considerado como uma das leis mais avançadas do mundo, porém, nunca foi implantado em sua totalidade, em parte do nosso país é visto como uma lei que só oferece direitos e, para outra parte traz o estigma que visa apenas a penalizar o infante e adolescente infratores. Desta forma é necessário mais que depressa inserir os ensinamentos do ECA nas escolas do ensino fundamental para que essas pessoas em pleno desenvolvimento de sua educação e moral, sejam educadas para serem cidadãos de grande valia para sociedade que vivem.

4. DA INCLUSÃO DO ECA NOS CURRÍCULOS ESCOLARES

A lei 11.525, de 25 de setembro de 2007, entrou em vigor e alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), determinando a inclusão obrigatória, no currículo do Ensino Fundamental, de conteúdos que tratem dos direitos das crianças e adolescentes, tendo o ECA como diretriz. A ideia não é criar uma nova disciplina, e sim trabalhar a questão nas disciplinas que já existem, tornando o Estatuto presente no dia a dia da escola.

Visa a presente lei determinar que o ECA faça parte integrante do currículo das escolas de ensino fundamental, estabelecendo ainda que seja produzido e distribuído material didático adequado ao tema elevando a escola à condição de disseminadora inevitável dos direitos da criança e adolescente.

A lei é vista como um avanço por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente, pois a abordagem na educação poderá ser um instrumento determinante para tornar o Estatuto mais conhecido e mais bem compreendido pela sociedade. Fazer valer a lei, no entanto, impõe desafios que vão desde a dificuldade em mobilizar os gestores públicos para adotarem a medida em seus sistemas de ensino até a falta de conhecimento dos próprios professores sobre o ECA.

O especialista no assunto João Batista Costa Saraiva⁴ também afirma que, no Estatuto da Criança e Adolescente, encontram-se todo o aparato legal para a prevenção da criminalidade infanto-juvenil e sua posterior punição; caso o menor pratique algum ato infracional, ocorre, porém, que geralmente esse diploma legal acaba não sendo aplicado de modo eficaz. O que se necessita é de comprometimento com a plena efetivação desse Estatuto e da Lei 11.525/2007, em todos os níveis, fazendo valer estes que são instrumentos de cidadania e responsabilização dos adultos e jovens.

Um dos grandes problemas que se enfrenta hoje é a reorientação curricular com base no ECA, pois há a necessidade de se desenvolver, inicialmente, em todo o país, um trabalho de formação docente sobre a temática e mobilização junto às famílias das crianças e adolescentes, com uma visão mais ampliada sobre o tema em decorrência dos princípios da Escola Cidadã, que visa a uma nova cultura, ao se introduzir ações que coloquem em prática o disposto no artigo 227 da Constituição Federal⁵ e a lei 11.525/2007.

5. A ESCOLA COMO UM VETOR ESSENCIAL PARA DIMINUIÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

A escola é vista como um instrumento de grande importância neste cenário

⁴ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁵ Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

de implementação de ordenamentos legais e não há dúvida de que a abordagem do Estatuto da Criança e Adolescente na educação é um instrumento determinante para torná-lo mais conhecido e compreendido pela sociedade, entretanto serão necessários esforços de todas as esferas governamentais para a implementação de políticas públicas para efetivação dos direitos e deveres presentes na lei 11.525/2007, o que não tem ocorrido até agora, com mais 4 (quatro) anos desta legislação em vigor.

Além da capacitação de professores, há que se atentar para a distribuição de material didático adequado a ser trabalhado de forma multidisciplinar perpassando todas as disciplinas do currículo fundamental, incluindo, até mesmo, palestras educativas aos pais, para que o conteúdo da lei seja efetivamente trabalhado.

Não bastam novas leis, o que a criança e o adolescente necessitam é da implementação das normas existentes que é o que busca a lei 11.525/2007, hodiernamente sem muito sucesso, pois existe apenas o Programa “Escola que Protege” do MEC/SECAD, que trabalha com a temática nas escolas, entretanto, a escola como espaço privilegiado poderá ser agente disseminador para evitar este crescente número de menores infratores, orientando crianças e adolescentes, suas famílias e a própria sociedade, positivando dessa forma o disposto no artigo 227 CF, ECA e na Lei 11.525/2007⁶.

Ter uma lei que promova o ECA na escola é uma conquista, pois é uma maneira efetiva de fazer com que crianças e adolescentes se apropriem do conhecimento sobre seus direitos, além de promover a valorização do Estatuto junto à comunidade escolar – incluindo família e educadores. O desafio é sensibilizar o profissional da educação e fazê-lo entender que o ECA é um ganho para a sociedade brasileira.

A lei 11.525/2007, ao elevar a escola à condição de espaço de promoção dos direitos da criança e adolescente, atendeu à Doutrina da Proteção Integral, vez que a Lei 8069/90 que regulamentou artigo 227 da CF/88 trouxe aos direitos da criança e do adolescente o *status* de prioridade absoluta com ampla garantia de proteção. Com relação ao tema prevenção de atos infracionais praticados por infante e adolescente, um assunto que tanto repercute em nossa realidade atual, está na hora de colocarmos fim a esse episódio lamentável que atinge milhares de jovens que só encontram no mundo do crime um caminho para seu sustento e de sua família. Jovens estes que não vêem alternativa diversa de sobrevivência senão na prática de atos infracionais, colocando em risco a sociedade que o ignora e a si próprio.

⁶ Beltrão, Tatiane. Artigo **18 anos do Estatuto da criança e adolescente. O Estatuto vai à escola**. <http://www.promenino.org.br>. De 14 de jul de 2007. Acesso em 21 de jan de 2012.

6. A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI 11.525/07

A lei 11.525, que acrescentou o § 5º no artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases, determinou que o currículo do ensino fundamental incluía, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado.

Mesmo com a presente norma legal em vigor, as escolas ainda não adotaram este ordenamento legal, até mesmo por falta de conhecimento e despreparo na aplicação deste instituto.

Não somente as escolas como toda sociedade sabem que a criminalidade infanto-juvenil cresce a cada dia em nosso país e possuem consciência de que faz-se necessário que os próprios conheçam seus direitos e deveres presente no Estatuto da Criança e Adolescente, pois só assim poderão se defender, exigir o cumprimento de seus direitos e poderão agir com mais responsabilidades sobre seus atos, pois, quanto mais conscientes forem, conseguirão adotar outras condutas frente à sociedade em que vivem.

Analisar a marginalidade infantil sob a ótica dos direitos da criança e adolescente, não apenas oferece novos caminhos para a compreensão do problema infante e adolescente infratores, mas também agrega uma nova energia e um novo direcionamento ao movimento em favor de sua diminuição.

O que verificamos atualmente é que se atacam os efeitos e não as causas. A problemática da criança e jovens infratores merece uma reflexão profunda sobre diversos conceitos humanísticos que versem de base às aspirações do homem na construção de um mundo melhor.

Na maioria das vezes, esses indivíduos, em pleno desenvolvimento de sua moral e educação, refugiam-se na marginalidade em consequência da ausência de conhecimentos sobre as punições socioeducativas que poderão sofrer em decorrência de seus atos.

Também cabe ressaltar que, além dessas pessoas em desenvolvimento desconhecerem os seus direitos e deveres como uma falha do próprio sistema estatal, a lei 11.525/2007 destacou sobre a distribuição de material didático específico para o estudo do ECA nos ensinos fundamentais, porém, até o presente momento, este ainda não foi distribuído para as escolas.

E quanto ao ensino-aprendizagem sobre os conteúdos do ECA, o corpo docente ainda torna-se despreparado por não terem tido conhecimento, ou um sin-

gelo conhecimento, destas matérias em suas graduações e licenciaturas e ainda ser reduzido o número de capacitações sobre o tema em análise.

7. AÇÕES AFIRMATIVAS REALIZADAS JUNTO À SOCIEDADE INFANTO-JUVENIL

O presente trabalho de prevenção e respectiva diminuição da prática de atos infracionais praticados pelos pequenos cidadãos, têm por intuito investigar, estudar e comentar a adoção de políticas de ações afirmativas nas escolas para que haja a redução do índice de crianças e adolescentes infratores, visando à tomada de medidas que previnam a prática de atos delitivos por incapazes, sob o prisma da sua constitucionalidade, com o propósito de produzir um meio capaz de servir de parâmetro e referência para operadores de Direito, acadêmicos voltados para o estudo em discussão e para o próprio Estado.

Aplicar junto à realidade escolar os ensinamentos do ECA como vetor de diminuição de violências praticadas pelo infante e adolescente, que, não tendo conhecimento dos ensinamentos do Estatuto da Criança e Adolescente, vão para o mundo da criminalidade, acreditando que seus atos não geram punições judiciais. O Estado deve propor ações para encontrar soluções legais e educativas, baseadas na concepção de homem, de educação e da sociedade, buscando a convivência familiar, a dignidade dessas pessoas em desenvolvimento, a fim de obter a concretização dos ensinamentos da lei 11.525/2007.

Devemos alertar o Estado da necessidade, com urgência, de novas políticas públicas que visem a trazer para o seio social crianças e adolescentes que clamam por justiça e amparo. Na realidade, milhares de crianças e adolescentes que se rebelaram contra a sociedade em que vivem, porque a população não soube dar uma oportunidade digna para se integrarem, onde encontrassem educação, compreensão, segurança e acima de tudo, atenção.

Atuais governantes de nosso país deveriam seguir as brilhantes ideias de um, dos mais formidáveis governadores do estado de São Paulo: André Franco Montoro, aos quais dizia:

Não me proponho governar como se fosse possível e fácil resolver, da noite para o dia, a crise que atravessamos. Mas sei que é grande o potencial de recursos humanos e produtivos de nosso Estado, e conheço a capacidade de trabalho dos brasileiros que aqui vivem. Se unirmos São Paulo em torno da ideia generosa de um

desenvolvimento baseado em nossos próprios recursos- um desenvolvimento cujo centro seja a pessoa humana- iniciaremos um movimento de transformações sociais e políticas que há de marcar uma geração, em nosso Estado e no País.⁷

8. OBJETIVO PRIMORDIAL DO ECA JUNTO À ESCOLA

A introdução do ECA como matéria obrigatória a ser inserida nos currículos escolares atenta para a proteção da pessoa em desenvolvimento e para a prevenção de ato infracional praticado pela criança e adolescente. Busca-se que o infante, ao conhecer melhor os desígnos jurídicos ofertados pelo ECA tome ciência do presente ordenamento legal e deixe de praticar ato infracional. Um dos caminhos é o de estabelecer, para esses pequenos cidadãos, programas como Oficinas de Trabalhos Manuais e Intelectuais, Grupo de Discussões, Trabalho com as Famílias entre alternativas que visam a ampará-los.

Alertar a população no sentido de despertá-la para a importância social do presente trabalho, que, além de ser um programa de direitos humanos, é também um programa de segurança pública, para redução dos altos índices de violência e criminalidade praticadas pelo infante e adolescente.

Para Sartre⁸, insigne dramaturgo e filósofo francês, imbuído de ensinamentos filosóficos:

O homem é responsável por aquilo que é. Assim, o primeiro esforço do existencialismo é o de pôr todo homem no domínio do que ele é e de lhe atribuir a total responsabilidade da sua existência. E, quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável por sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens.

Enfim, de acordo com os ensinamentos de Lafayette Pozzoli⁹:

Querendo ver construído um mundo justo, fundado em critérios de solidariedade, interdependência, igualdade, liberdade e paz e querer envolver-se num diálogo permanente com o semelhante, sempre tomado por uma vontade de praticar o bem na busca de uma sociedade livre e justa.

⁷ SÃO PAULO (Estado). *A Batalha pela Criança no Governo Montoro*. São Paulo, 1987.

⁸ SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp.11-12.

⁹ POZZOLI, Lafayette; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Conceitos de justiça participativa*. **RIPE** – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, pp. 149-169, jan./jun. 2006.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visa o presente trabalho conhecer a realidade da escola como vetor de diminuição de violências praticadas por crianças e adolescentes, que não tendo conhecimento dos ensinamentos do Estatuto da Criança e Adolescente, vão para o mundo da criminalidade, acreditando que seus atos não geram consequências judiciais. Propor ações para encontrar soluções legais e educativas, baseadas na concepção de homem, de educação e da sociedade, buscando a convivência familiar, a dignidade dessas pessoas em desenvolvimento, a fim de obter a concretização dos ensinamentos da lei 11.525/2007 junto ao ambiente escolar.

Tem por intuito alertar o Estado da necessidade, com urgência, de novas políticas públicas que visem a trazer para o seio social crianças e adolescentes que clamam por justiça e amparo.

Na realidade, milhares de crianças e adolescentes se rebelam contra a sociedade em que vivem, porque a população não soube dar uma oportunidade digna para que estas pessoas em desenvolvimento pudessem se integrar.

O presente trabalho contribuirá para o avanço do conhecimento sobre o tema, vez que são poucos os pesquisadores que se dispuseram a trabalhar com o presente assunto ao colocar a escola como vetor para a prevenção de atos infracionais tornando o ECA presente no dia a dia dos bancos escolares.

Por fim, querer construir um futuro para as crianças e adolescentes onde o desenvolvimento material, acompanhado pelo progresso fraternal do ser humano, dentro do princípio da inclusão social, seja posto a serviço da pessoa e da sua dignidade humana, obrigando, desta forma, a análise e reconhecimento de uma nova função pedagógica e promocional do direito na intenção de desenvolver a educação destas crianças e adolescentes para que sejam adultos sadios perante a sociedade que integram.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: ed. UNB, 1988

ASSIS, Olney Queiroz. **O Estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmen, 2002

Beltrão, Tatiane. Artigo **18 anos do Estatuto da criança e adolescente. O Estatuto vai à escola**. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br>. De 14 de jul de 2007>. Acesso em 21 de jan de 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARDOSO, Ismael; Pianegonda, Natália. **Adolescência Perdida**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ensinodareportagem/.../menores.html>>. Acesso em out de 2010.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara, OLIVEIRA Thales Cezar de, **Estatuto da Criança e Adolescente**; ed Atlas, vol. 8; 3.ed.; 2007; p. 154-172.

DONIZETE, Edinilson. **Gramática dos Direitos Fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

DUARTE, Adriana. Clipping diário. 22 a 24 de maio de 2010. <<http://www.aspra.org.br/index.php?...Clipping-diário...>>. Acesso em out de 2010.

FREIRE, Paulo. **A importância do ato de ler**. 45 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2003. 87 p. v. 13. col. Questões da nossa época.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. Tradução Afranio Coutinho. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1945.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MONTORO, André Franco. **A Batalha pela Criança no governo Montoro**. São Paulo: Governo do Estado, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Tráfico de drogas. Menor. Impossibilidade de internação**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 11 de out de 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito Constitucional Internacional**. 11 ed, revista e atualizada. Saraiva, 2010, p.215-219, 492-509.

POZZOLI, Lafayette; RAMIRO; Caio Henrique Lopes. **Conceitos de justiça participativa**.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 149-169, jan./jun. 2006.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **São Carlos inspira palestra de Robaldo**. Disponível em: http://www.progresso.com.br/not_view.php?Not_id=40677. Acesso em out. 2011.

_____, (2010) PORTAL MONTES CLAROS. 29 de maio de 2010. http://www.portalmontesclaros.com/.../26_dos_jovens_apreendidos_na_capital_s_o_reincidentes.html. Acesso em 3 de jan de 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE Paulo Eduardo; CUNHA Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 62-69.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Maria de Lourdes Rosalvo da Silva dos. Artigo: **A Constitucionalidade dos Direitos da Criança e Adolescente**. Disponível em: <<http://periódicos.uems.br/novo/index.php/direitoedireitos/article/.../312>>. Acesso em jan de 2012.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**, Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.11-12.

O NOVO DIREITO AO NOME CIVIL

THE NEW RIGHT TO A CIVIL NAME

Rainner Jerônimo Roweder *

Data de recebimento: 01/02/2012

Data de aprovação: 21/05/2012

RESUMO

Este artigo visa a perquirir acerca do tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao nome. Em suma, veremos de que maneira um direito da personalidade pode causar transtornos na vida de uma pessoa e quais os novos problemas o ordenamento brasileiro tem pela frente.

PALAVRAS-CHAVE

Nome; Registro Civil; Evolução.

ABSTRACT

This work inquires the treatment given by the Brazilian laws to the civil name. In short, we will see how can a personality right cause disorders in a persons life, and what are the new problems the Brazilian law is planning ahead.

KEYWORDS

Name; Civil Registration; Evolution.

* Acadêmico em Direito pela UFMG-Belo Horizonte/MG. Monitor de Direito Processual Civil e Conciliador do TJMG.
Email: rainnerroweder@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende trabalhar diversos aspectos do nome das pessoas naturais. O Código Civil de 2002 traz alguns exemplos de direitos da personalidade, dentre eles está o nome¹.

De acordo com Brunello Stancioli (2009), os temas concernentes à personalidade já circulavam entre os romanos e gregos, mas é necessária uma nova leitura de tal instituto jurídico. Segundo ele, os direitos da personalidade distinguem-se dos demais direitos fundamentais por serem constitutivos da própria noção plena de pessoa humana e que pessoa e personalidade têm seu fundamento constitutivo na autonomia, na dignidade e na alteridade. Normas que contrariem esses valores são, a princípio, atentatórias à pessoa humana. Uma disposição normativa do Direito Geral de Personalidade é válida. As especificidades e normas adstritas podem ser obtidas mediante esforço hermenêutico, que deve ser feito de maneira circunstanciada e à luz de casos concretos².

Segundo a ilustre doutrinadora Silma Mendes Berti,

Leis e doutrina utilizam a expressão “direitos da personalidade” para agrupar e para identificar direitos privados que, por objetivarem a tutela de determinados bens fundamentais ou essenciais da pessoa humana, revestem-se de características específicas que não se encontram em outros direitos.(BERTI, 2000, p. 239)³

Dentre as características a que a autora se refere estão a inalienabilidade, a inestimabilidade, a intransferibilidade, a impossibilidade de sua perda em decorrência da falta do uso, a perpetuidade, entre outras. Com efeito, por se tratar de uma gama de direitos que estão essencialmente ligados à pessoa humana, os direitos da personalidade possuem características de proteção supra-legal. Alguns autores chegam a classificar os direitos da personalidade como de ordem constitucional. Nessa

¹ Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

² STANCIOLLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1, acesso dia 22/11/2011 às 15:00 h.

³ BERTI, Silma Mendes. **Fragilização dos Direitos da Personalidade**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.3, n. 5 e 6, 1 e 2 sem. 2000. pp. 239-240.

linha, está César Fiúza, que nos ensina o que,

No Brasil, a sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita, a cláusula geral de tutela da personalidade, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente.

Arrola o legislador constituinte vários direitos da personalidade, que denomina fundamentais, tais como a liberdade, a honra e outros, deixando claro, evidentemente, que a lista não é exaustiva. Adota, pois, claramente, a tese pluralista dos direitos da personalidade. (FIÚZA, 2004, p. 168).

O nome civil é parcamente estudado pela doutrina brasileira e, quando é feito o estudo, baseia-se em aspectos estritamente legalistas. Pretende-se, neste artigo fazer, uma breve análise legal, histórica, doutrinária e prática sobre o nome civil. Sem a intenção de esgotar o assunto, instaremos o leitor ao aprofundamento no tema.

2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Como é de praxe no Direito, a doutrina oscila na conceituação do nome civil. Para a elaboração deste artigo foi feito um levantamento das mais variadas doutrinas, nacionais e estrangeiras, clássicas e modernas. Nelas percebemos que a conceituação do que seria o nome civil parte de diversos pontos. Vejamos:

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, “o nome é derivado do latim *nomem*, do verbo *noscere* ou *gnoscere* (conhecer ou ser conhecido), em sentido amplo significa a denominação ou a designação que é dada a cada coisa ou pessoa para que ela seja conhecida ou reconhecida.” (GRIFAMOS) ⁴. Ou seja, este autor qualifica o nome como designação que é concedida a algo ou alguém, não algo intrínseco a ela, como nos ensina a melhor doutrina que trabalha com os direitos da personalidade. Nesta mesma linha, está Cícero, segundo ele, “Nome é o vocábulo que se dá a cada pessoa, e com o qual é chamada, por ser o seu designativo próprio e certo” ⁵

Já no sentido integrativo do nome à personalidade, temos a definição do professor Caio Mario da Silva, que nos ensina que nome é o “*elemento designativo do*

⁴ DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. III, 1977, Editora Forense, p. 1063

⁵ CICERO, *De invectione*, I, 24, Ed. De J. P. CHARPENTER ET. GRESLOU, *Oeuvres Completes de Cicéron*, vol. II, p. 85, Paris, 1811. Tradução livre (feita por R. Limongi França) de: *Nomen est, quod uni cuique personae datur, quo suo quaeque proprio ET certo vocábulo appellatur.*

*indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica, a grosso modo, a sua procedência familiar.”*⁶

Alguns autores, como Pedro Nunes, conceituam o nome civil partindo de um conceito mais técnico e próprio do Direito Notarial e Registral. Segundo ele, o nome “*é a palavra, inscrita no Registro Civil, que designa certa pessoa*”⁷. Neste mesmo sentido, está o dicionário Aurélio que nos demonstra que o nome civil é “*Nome de pessoa tal como figura no registro civil*”⁸.

Outros preferem mesclar elementos e características do nome para chegar a um conceito, como é o caso de Spencer Vampré, que afirma o seguinte:

“Poderíamos vulgarmente definir o nome, como sendo o retrato sônico da pessoa física; do mesmo modo que a fotografia é o retrato linear, e o busto, o retrato plástico; isto é, um conjunto de sons, de traços, ou de relevos, pelos quais a tornamos conhecida de todos. Constitui assim o nome o mais antigo, o mais geral, e o mais prático elemento de identificação que possuímos, pois, estando todos sujeitos à lei da associação das idéias, a expressão de um nome nos faz acudir logo ao espírito da pessoa a quem ele se aplica, uma vez que a imagem sonora e a imagem física se tenham ligado duradouramente em nossa memória”⁹.

Além dos conceitos já apresentados, destacamos o de José Naufel: “*nome é a designação empregada para designar as pessoas, quer físicas, quer jurídicas*”¹⁰; Já o de Pereira e Souza, “*nome se diz à palavra que serve para designar certa pessoa, ou certa coisa*”¹¹.

Vimos então que o conceito de nome pode ter diversas acepções. Preferimos o de Limongi França, qual seja: “*nome, no sentido mais geral, é a expressão pela qual se identifica e distingue uma pessoa, animal ou coisa. É o gênero, do qual o*

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁷ NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**, p. 444, Rio, 1948. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, Do nome civil das pessoas naturais, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

⁸ FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

⁹ Do Nome Civil – Ed. F. Briguiet & C., Rio de Janeiro, 1935.

¹⁰ JOSÉ NAUFEL, **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**, Vol. III, p. 210, Rio de Janeiro, S/D. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, Do nome civil das pessoas naturais, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

¹¹ PEREIRA E SOUZA, **Esboço de hum Dicionário Jurídico, Theorético e Prático**, Lisboa, 1825. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, Do nome civil das pessoas naturais, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

nome de pessoa, [...] é uma espécie.”¹² Entendo que o nome é conferido ou reconhecido a uma pessoa, independentemente de seu registro civil, que possui natureza declaratória de um Direito da Personalidade pré-existente.

3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O NOME

Desde os primórdios da legislação brasileira, o nome possui algum tratamento legal. Faremos um breve relato desta evolução histórico-legislativa do tratamento legal dado ao nome, que ora foi tratado como prenome, ora como alcunha, ora como nome, etc.

O decreto 5604, de 25 de Abril de 1874, pode ser considerado o nascedouro formal do Registro Civil Brasileiro. Muitos autores, entretanto, consideram a Constituição de 1824 como o início deste Registro, que surgiu com a necessidade de contagem populacional que ainda era incumbida aos vigários católicos. Segundo Mauro de Assis Moura, *logo em 1814, foi editado pelo príncipe regente um alvará determinando a contagem dos “registros” de óbitos.*¹³ Como o óbito era contabilizado, o nascimento também era. No que toca ao direito ao nome, Limonge França afirma que a lei do Registro Civil do Império, sancionada sob a regência da Princesa D. Isabel, decreto nº 9886/1888, já tratava diretamente desta garantia. No art. 58, nº 5, desta lei, constava “*o assento de nascimento deverá conter: o nome e o sobrenome que forem ou houverem de ser postos à criança.*”¹⁴ Após esta lei, o decreto 10.044/1889 designou data certa para que os atos formais de Registro civil começassem a ser praticados.

O Código Civil de 1916 trouxe, em seu bojo, alguma regulação do nome civil. Segundo Limonge França, a expressão nome é usada, neste código, com o sentido de nome por inteiro, apelido ou nome de família¹⁵. A exemplo do artigo 195 do CC/16, que estabelecia:

Do matrimônio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial do registro, serão exarados:

¹² FRANÇA, Rubens Limongi, **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 21

¹³ MOURA, Mario de Assis. **Manual dos Escrivães do Cível**. 1a. ed. São Paulo: Editora Saraiva & Cia. 1934, p. 07

¹⁴ Idem, p.25

¹⁵ Ibidem, p.48

- I - os nomes, prenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;
- II - os nomes, prenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; [...] ¹⁶

Seguido ao Código Civil de 1916, vem o Regulamento nº 18.542/1938, que, segundo a mais abalizada doutrina, é mais satisfatório e balanceado que a legislação anterior. Nele, há um tratamento uniforme dos termos “nome”, “prenome” e “sobrenome” que serviam para identificar o nome de família e o individual. Usava, também, a expressão “nome completo” para distinguir determinada pessoa. Porém, tal diploma teve breve duração no ordenamento jurídico brasileiro. Logo em 1939, foi publicado o Decreto nº 4.857/39, que se baseou no regulamento anterior. Segundo Limonge França, este decreto introduziu a expressão “nome de família”, que, embora correta, se distancia da técnica mais ou menos uniforme do diploma revogado.¹⁷

Vários anos depois sobrevém a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (atual Lei dos Registros Públicos), que trata a matéria de uma maneira mais completa e diferenciada. A lei 6.015/73 utiliza o termo “nome” se referindo ao vulgarmente conhecido sobrenome e se refere ao primeiro nome como prenome. Assim está positivado, no artigo Art. 29, § 1º, f, que dispõe que serão averbadas as alterações ou abreviaturas de nomes (se referindo aos sobrenomes). Tal lei trouxe diversos dispositivos interessantes para o ordenamento jurídico brasileiro, como a impossibilidade do registro de nomes vexatórios, (Art. 55, Parágrafo único, LRP) ¹⁸, a possibilidade de alteração do nome após atingida a maioridade (Art. 56, LRP) ¹⁹ e a relativização do antigo princípio da imutabilidade do nome²⁰ (Art. 58, LRP), possibilitando a sua substituição por apelidos públicos notáveis. Assim, ainda que constem inúmeras falhas nesta lei, o tratamento por ela dado ao nome pode ser considerado mais com-

¹⁶ Disponível em http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc0192a0201.htm

¹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi, **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 49

¹⁸ Art. 55, Parágrafo único *in verbis*. *Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.*

¹⁹ Art. 56. *O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.*

²⁰ Tal princípio já se encontrava presente no Digesto de Ulpiano com a afirmação *rerum enim vocabula imutabilia sunt, hominum mutabilia* (Os nomes das coisas são, em verdade, mutáveis, os dos homens imutáveis).

pleto e uniforme. Após a 6.015/73, as leis que foram publicadas tratando do nome dispunham, em regra, de alterações da Lei de Registros Públicos.

4. OPINIÃO TÉCNICA

Para dar maior credibilidade a esta pesquisa foi realizada uma entrevista, via *e-mail*, com a Registradora Civil de Belo Horizonte, Leticia Franco Maculan Assumpção²¹, que nos presenteou com o seu brilhante conhecimento prático e teórico sobre o assunto aqui tratado. Vejamos:

1 - Sabemos que o Registrador pode recusar prenomes **suscetíveis de expôr ao ridículo os seus portadores. Qual é o juízo utilizado pelo registrador para saber se o prenome expõe ou não o seu portador ao ridículo?**²²

Em conformidade com o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973) orienta os Oficiais de Registro determinando, no parágrafo único do art. 55, que não serão registrados prenomes suscetíveis de expôr ao ridículo os seus portadores. Esclarece, ainda, a mencionada norma que, quando os pais não se conformarem com a recusa do Oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Falta, no entanto, uma orientação legal mais aprofundada que possa garantir uma atuação uniforme dos Oficiais de Registro das Pessoas Naturais. A determinação da Lei de Registros Públicos de que não serão registrados “prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores” (art. 55) é por demais vaga e subjetiva. Afinal, o que é um prenome que possa expôr seu portador ao “ridículo”? Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, ridículo é: “1. digno de riso, merecedor de escárnio ou zombaria, por desviar-se de modo sensível do que se considera socialmente [...]” Não tem havido consenso, seja na doutrina, seja na jurisprudência, sobre a caracterização do nome ridículo, motivo pelo qual as decisões dos tribunais

²¹ Leticia Franco Maculan Assumpção

Oficial de Registro do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito do Barreiro – Belo Horizonte/MG
Ex-Procuradora do Município do Belo Horizonte/MG
Ex-Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Público pela UNIGRANRIO

²² Ressalte-se que as perguntas por mim elaborada se encontram em negrito.

têm sido, de certa forma, discrepantes. Na ausência de lei expressa, a caracterização do que venha a ser um nome que exponha ao ridículo tem sido feita pela doutrina e pelos tribunais, nos casos concretos a ele apresentados, ainda que haja certa divergência, mesmo porque o Direito admite a diversidade de interpretações. Miguel Maria de Serpa Lopes defende que, para caracterizar o nome ridículo, é necessário que ele efetivamente desperte o ridículo, em caráter generalizado, “[...] *onde quer que seja pronunciado, seja qual for o meio, trazendo sempre uma provocação constante e coletiva*”.²³

Para Tabalipa, o primeiro critério para a caracterização legal do nome ridículo é o incômodo que este traz a seu titular e que o leva a buscar o Judiciário. Assim, por mais que um prenome possa parecer ridículo, somente será assim considerado se seu titular estiver descontente com ele. Na criação de um conceito de nome ridículo, Tabalipa segue a doutrina de Serpa Lopes, afirmando que este nome seria “[...] *aquele capaz de submeter seu titular a toda sorte de zombarias, por parte da totalidade do grupo social que o circunda, em caráter permanente, independentemente de quaisquer outros fatores pessoais*”²⁴. Apesar da posição desses doutrinadores, parcela significativa do Judiciário vem entendendo que o sofrimento psicológico contínuo do titular do nome já é o bastante para justificar o deferimento do pedido de alteração, desde que seja demonstrado que não há risco para a segurança das relações jurídicas ou prejuízo a terceiros. Para ilustrar essa posição do Judiciário, abaixo serão apresentados dois acórdãos que deferiram pedidos de alteração de nomes bastante comuns em algumas regiões do Brasil, mas que causavam grave incômodo aos seus titulares:

No Recurso Especial n. 538.187²⁵ – RJ, a requerente, à alegação de que sofria grande humilhação com o prenome “Maria Raimunda”, pretendia sua mudança para “Maria Isabela”. A ministra Nancy Andrighi, relatora, acatou as razões da recorrente de que não se tratava de mero capricho, mas de “necessidade psicológica profunda”, acrescentando que a requerente já era conhecida em seu meio social como Maria Isabela, nome que escolhera para se apresentar, a fim de evitar os constrangimentos que sofria. Os demais ministros da 3ª Turma do STJ seguiram o voto da relatora, tendo sido autorizada a mudança do prenome.

Também no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do

²³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Vol 1. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

²⁴ TABAPALIPA, João Guilherme. **Aspectos Jurídicos dos Nomes Ridículos**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 55.

²⁵ Disponível em: <http://stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=2003300499069&pv=010000000000&tp=51>

Sul, na Apelação Cível n. 70010282937, julgada em 2004, foi deferido pedido para mudança do prenome constrangedor “Lidonete” para “Fernanda”, nome pelo qual a pessoa preferia ser chamada desde criança:

EMENTA: REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME QUE GERA CONSTRANGIMENTOS E EXPÕE AO RIDÍCULO O DETENTOR. INOCORRÊNCIA DE RISCO DE PREJUÍZO A TERCEIROS. POSSIBILIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A regra da imutabilidade do prenome cede diante da situação de constrangimento enfrentada pela parte, que carrega um nome esquisito, que a expõe ao ridículo, mormente se não há risco à segurança das relações jurídicas nem prejuízo a terceiros. Some-se, ainda, o fato de que a apelante é chamada e conhecida no meio familiar e social pelo prenome que adotou, em detrimento do prenome com o qual foi registrada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME (Apelação Cível N° 70010282937, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/12/2004) ²⁶

Como demonstraram os exemplos, o Judiciário tem deferido a alteração do prenome quando comprovado que este causa incômodo grave e contínuo ao seu titular, independentemente de quão ridículo ele soe a terceiros. O espírito do Judiciário, na interpretação da lei, tem sido, prioritariamente, o de impedir o constrangimento da pessoa, garantindo, assim, o seu direito à dignidade. Na ausência de lei expressa, o Oficial deve utilizar o bom senso. O importante é que os Oficiais de Registro ajam preventivamente, dando sua contribuição para que a lei seja cumprida e para que, daqui a alguns anos, não existam tantas pessoas sentindo-se humilhadas quando se apresentarem pelo próprio nome ou com problemas gerados pela homonímia ou, ainda, por homenagens indevidas.

Exemplo de prenomes que podem ser considerados constrangedores:

²⁶ TJRS. Apelação Cível N° 70010282937, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/12/2004. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010282937&num_processo=70010282937&codEmenta=983010&temIntTeor=true.

a) Nomes que não correspondem ao sexo do titular ou que possam causar dúvida nessa identificação. Ex.: Jaci, Ivanir, Têmis, Valdete, Dalas, Iacy, Suzely, Sirley, Rhaine, Neide, Suzely, Edulaci, Lindamar, Teorizes, Rayone, Walderei.

b) Estrangeirismos ou prenomes estrangeiros incorretamente grafados: Dieque (Jack), Deivisson (Davidson), Wochton (Washington), Dayanny (Diane), Carolynny (Caroline), Eltondione (Elton John), Ueliton (Wellington) e Dieferson (Jefferson); Wooton, Keirrisson, Kimarrison, Wallyson, Leanderson, Massilon, Keitielen e Marwesley.

c) Palavras impronunciáveis: Gueythysymanyny, Gcaresa, Elienhenidgdisney Clienlerls, Kimbheruy, Wberdan, Biliuennkley Whigts;

d) Junção indiscriminada de iniciais de outros nomes ou vocábulos e cacofonia: Gusmar - combinação de Gustavo e Maria ; Jomar - José ou João com Maria ; e outros ainda mais estranhos, como Prodamor de Marichá e Marimé - resultado da combinação das primeiras sílabas da frase “Produto do Amor de Mariano Chagas e Maria Amélia”. Em casos como esses, onde a combinação resulta em sonoridade estranha ou em nomes absurdos, é razoável que o oficial recomende aos pais a colocação de um prenome duplo, desde que este não resulte em cacófato, como é o caso de Kumio Tanaka ou de Ava Gina dos Santos – combinação dos prenomes de Ava Gardner e de Gina Lollobrigida , exemplo também citado por Souto Maior.

e) Prenomes formados pelo prenome e sobrenome de artista, político, pessoa ou personagem famoso: sobrenomes são apelidos de família, por isso não é possível dar à criança o sobrenome que não pertença a algum de seus ancestrais. Agindo assim, os notários ainda evitarão constrangimentos futuros aos titulares dos prenomes, haja vista que possivelmente não possuirão os mesmos dons - como beleza, voz ou inteligência – que consagraram as celebridades. Assim, prenomes como Raquel Welch, Albert Einstein, Alain Delon, Grace Kelly (ou Greice Quéli), Getúlio Vargas, Washington Luís, Bill Clinton, Michael Jackson (ou Maicon Jakisson), Napoleão Bonaparte, Malu Mader, Flávio Cavalcanti Rei da Televisão, Gêngis Khan, Clark Kent, Sherlock Holmes, Tom Mix e Walt Disney, que, no passado, já foram registrados, devem ser recusados pelos Oficiais de Registro Civil.

f) Vocábulos impróprios para designar pessoas: Gilete, Delícia Cremosa, Chevrolet, Ford, Esparadrapo, Éter Sulfúrico, Magnésia Bisurada, Xisto Betuminoso, Sousa-brasil, Sudene, Talher, Rocambole, Lança Perfume Rodo Metálico²⁷, Aricléia Café

²⁷ Nome dado ao filho do poeta Oswald de Andrade (OLIVER, 2005, p.14). Um exemplo de que registrar filhos com nomes esdrúxulos não é hábito exclusivo das pessoas de pouco estudo.

Chá, Asteróide, Arnaldo Queijo, Danúbio, Brasil Guarani, Verme, Sete Rolos de Arame Farpado, Hidráulico, Boto, Galo, Dinossauro, Cavalo Antônio, Dignatário da Ordem do Cruzeiro do Sul, Colírio, Placenta, Oceano Pacífico, Mansidão, Barri-gudinha, Veneza Americana do Recife, Epílogo, Gol Santana, Remédio, Pôr-do-Sol, Júpiter, Saturno.

g) Nomes de entes maléficos e de personalidades que a história denegriu: Hitler (ou Adolf Hitler), Mussolini, Satanás e Lúcifer.

h) Número, mês ou data: Um Dois Três, 007, Um Mesmo, Treze de Maio, Janeiro Fevereiro de Março Abril.

i) Exaltação patriótica: Salve Brasil, Nacional Futuro Provisório da Pátria.

j) Prenome duplo, triplo ou quádruplo, com intenção de produzir efeito de sobrenome com sentido esdrúxulo: Maria do Céu Azul, Antônio Dodói, Eolo de Mel Azevedo, Francisca Noiva de Jesus, Hildebranco do Espírito Santo Jubilado, Luiz Henrique Testemunha Desconhece, Napoleão Sem Medo e Sem Mácula; Voltaire Rebelado da França, Luz do Sol Clemente, Sebastião Salgado Doce, Rolando Pelas Escadas Abaixo.

k) Vocábulo inexistente, sem significado, formado pela junção aleatória de letras ou sílabas: Beldroengas, Pirvergas, Ofbalwer, Asifragégio, Reutuyta, Clinger, Jurom, Rocklane, Piralapópides, Uzimaier, Tuany, Mytsa, Pergentina, Warmistrone, Wraktan.

l) Prenomes sem uso corrente²⁸: Modesto, Senhorzinho, Sinhá, Catulo, Cremilda, Raimunda.

m) Aliteraões: Juvêncio Juventino Juventude, Flora Floripes Flor, Manuelina Terebentina Capitulina de Jesus.

n) Palavras vulgares: Maria Privada de Jesus, Maria Cólica de Jesus, Avagina, Bundasseca, Bucetildes, Mijardina, Dosolina Piroca, Sansão Vagina.

2- O mesmo pode ocorrer com os sobrenomes?

A maioria dos problemas na rotina dos Serviços de Registro das Pessoas

²⁸ Segundo Tabalipa (2005, p.60), tais prenomes, chamados por ele de incomuns, não causam, a rigor, nenhum sentimento contrário, pois existem na nossa língua. Convém, porém, que os notários sejam cautelosos, advertindo os pais sobre possíveis problemas que a criança possa ter, no futuro, devido ao nome “diferente”.

Naturais diz respeito ao prenome. No entanto, também é preciso atentar para o nome completo, porque o ridículo pode estar no sobrenome ou mesmo no conjunto prenome e sobrenome.

Efetivamente, um prenome normal e um sobrenome normal, se somados, podem resultar em cacofonia²⁹, como é o exemplo de um certo senhor, citado por Oliver, cujo nome era Jacinto Leite Aquino Rego. Em casos como esse, deve-se sugerir uma simples alteração na ordem dos nomes de família ou a escolha de outro sobrenome dentre aqueles da família.

Sobre esse assunto, vale ressaltar a opinião do professor Walter Ceneviva. Segundo ele, o serventário pode recusar o registro do prenome suscetível ao ridículo, mas não possui poder legal para impedir o registro de um sobrenome que possa ser fonte de constrangimento, devendo apenas chamar a atenção dos pais para tal fato, sugerindo - e não impondo - uma solução.³⁰

3 - O art. 56 da lei 6015 estabelece que “O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”. Tal prática é recorrente? É indagado o motivo que leva à alteração? Existe algum procedimento específico para tal prática? Pode ser feita diretamente no cartório?

A prática não é recorrente e entendo que deve ser feita por procedimento judicial, pois é necessário demonstrar que a pessoa não está buscando mudar de nome para fugir de obrigação civil ou a processo ou condenação criminal.

4 - Sabemos que é possível a alteração do nome decorrente da alteração de gênero. A Sra. já efetuou tal alteração? É do seu entendimento que pode haver uma quebra da segurança jurídica dos contratos já efetuados pela pessoa que está alterando seu nome e gênero?

Nunca efetuei tal alteração de nome em virtude de mudança de sexo, mas

²⁹ Conforme Wikipédia (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cacofonia>), cacofonia, cacófono ou cacófono é o nome que se dá a sons desagradáveis ao ouvido formados, muitas vezes, pela combinação de palavras que, ao serem pronunciadas, podem dar um sentido pejorativo, obsceno ou mesmo engraçado. Alguns exemplos são: por cada; boca dela; vou-me já; vi-a; uma mão; ela tinha; confisca gado; vi ela; como as concebo; moça fada; havia dado; por ter me tido; amar ela.

³⁰ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 19 ed., 2009

tenho notícia do deferimento judicial de tal pedido. O juiz deve, previamente ao deferimento do pedido, averiguar se a pessoa tem alguma pendência nos locais onde residiu anteriormente e onde reside atualmente, para evitar prejuízo a terceiros.

5 - A substituição dos prenomes por apelidos públicos notórios é recorrente (art. 58, lei 6015/73)? Como saber se aquele apelido é realmente notório?

Tal alteração também se faz pela via judicial, onde deverá ser demonstrado que o apelido é público e notório. Casos muito conhecidos são os do ex-presidente Lula, da apresentadora Xuxa e do ex-jogador de futebol, Pelé.

6 - A Sra. considera que a legislação a respeito do nome e sua possibilidade de alteração é efetiva? A legislação possui alguma falha que poderia ser suprida que facilitaria o trabalho do Registrador Civil?

No que se refere ao nome a ser dado aos registrandos, a lei brasileira ou é omissa e ou é muito subjetiva, o que talvez possa explicar os nomes absurdos com os quais nos deparamos constantemente.

Em Portugal, há uma conservatória de registo civil em cada concelho³¹ português, sendo que, nas cidades de Lisboa, Porto, Vila Nova de Gaia e Setúbal, há onze, quatro, duas e duas conservatórias, respectivamente. Em concelhos de pequeno e médio porte, as conservatórias também acumulam outras funções além do registo civil. Tais conservatórias tentam uniformizar os prenomes que podem ser aceitos.

Seria interessante que houvesse algo parecido no Brasil. Talvez um conselho composto pelos próprios Registradores Civis do estado-membro poderia analisar os prenomes e divulgar uma lista daqueles que entendem serem constrangedores. Por enquanto, no entanto, não existe uniformidade. Cabe ao Registrador Civil agir com bom senso e, em caso de dúvida, submeter o nome ao juiz de direito para decisão, conforme parágrafo único do art. 55 da Lei de Registros Públicos.

5. NOVOS DESAFIOS

O direito é dinâmico e à medida que a sociedade se transforma o ordenamento jurídico é chamado a se adaptar. Trataremos neste capítulo de dois casos polêmicos que culminam na necessidade de alteração do nome civil.

³¹ Algo próximo ao Município em nosso ordenamento jurídico.

O primeiro é atinente à mudança do nome das pessoas que se submetem à cirurgia de redesignação sexual. Atualmente tem-se permitido a cirurgia de mudança de sexo (também chamada de redesignação sexual) que é autorizada pelo judiciário e pela resolução ° 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina. O poder judiciário brasileiro tem autorizado a alteração do prenome nos casos em que a pessoa se submete a esta cirurgia. O caso é polêmico, pois, como a alteração de gênero corre em segredo de justiça, é possível que, após a cirurgia e averbação no Registro Civil, a pessoa se case sem que o seu cônjuge saiba da sua condição pretérita. O que pode gerar uma grave insegurança jurídica e desordem nas relações sociais.

Sem dúvida, o Registro Civil possui uma função de inclusão social para os transexuais. Há uma melhor aceitação desta pessoa frente ao seio social quando ela apresenta um documento que é condizente com sua imagem.

Falta ainda um dispositivo de lei que permita tal alteração, que até então é baseada em precedentes judiciais. Segundo Luiz Carlos Alvarenga “tais precedentes demonstram de forma clara que a tendência do Judiciário é a autorização da mudança de sexo e do prenome no Registro Civil”³². Salientamos que este martírio só terá fim com a inclusão do dispositivo legal que altera a Lei 6015/73.

Ressalte-se que é a jurisprudência do Rio Grande do Sul tem entendido que é possível a troca do prenome sem a realização da cirurgia. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria

³² ALVARENGA, Luiz Carlos. **O REGISTRO CIVIL DOS TRANSEXUAIS**. Belo Horizonte: Edição do autor. 2005. p. 84.

*medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte.*³³

O segundo caso é atinente ao recente entendimento do STF ao julgar a ADI 4.277 e ADF 132 que equipara as relações de uniões de pessoas do mesmo sexo às Uniões estáveis. Segundo Rodrigo Haidar, ao julgar procedentes as duas ações que pediam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. Os ministros destacaram que é importante que o Congresso Nacional deixe de ser omissivo em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo.³⁴

A decisão pode gerar modificações no nome civil, pois o ordenamento jurídico brasileiro permite a conversão de União Estável em Casamento, inclusive pela via extrajudicial, como já ocorreu no Estado de São Paulo. Isso pode levar à aplicação do art. 70, 10º, da LRP, que prevê que, ao casar-se, a mulher pode alterar o seu nome. O direito de alterar o nome foi estendido ao homem, mas será estendido àquelas pessoas do mesmo sexo que contraem matrimônio? Entende-se que sim, pois o STF entende que eles devem ser considerados como autênticas famílias e o objetivo da troca de nomes é justamente formar um nome de família.

6. CONCLUSÃO

Estamos tão acostumados a nomear e ser nomeados que nos esquecemos de que se trata de um instituto jurídico. E como todo instituto jurídico, o nome passou por transformações e se depara com novos desafios ao longo dos anos. Demonstramos, neste artigo, que a sua conceituação é imprecisa e mutável de acordo com o doutrinador. Apontamos alternativas para a discricionariedade do Registrador Civil quanto à qualificação de um nome vexatório e indicamos novos desafios que este instituto deve superar.

³³ TJRS. Apelação Cível Nº 70013909874, RELATORA: MARIA BERENICE DIAS, Porto Alegre, 05 de abril de 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1076

³⁴ HAIDAR, Rodrigo. **Supremo reconhece união estável homoafetiva**. Consultor jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Luiz Carlos. **O REGISTRO CIVIL DOS TRANSEXUAIS**. Belo Horizonte: Edição do autor. 2005 p.84

BERTI, Silma Mendes. **Fragilização dos Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.3, n. 5 e 6, 1 e 2 sem. 2000. p. 239-240.

BRUM, Jander Mauricio. **Troca, Modificação e Retificação de Nome das Pessoas Naturais**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 146.

CICERO, *De invetione*, I, 24, Ed. De J. P. CHARPENTER ET. GRESLOU, p. 85, **Oeuvres Completes de Cicéron**, vol. II, Paris, 1811.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, vol. III, 1977. Editora Forense, p. 1063.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi, **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 679 p.

JOSÉ NAUFEL, **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**, Vol. III, p. 210, Rio de Janeiro, S/D. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Vol 1. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MOURA, Mario de Assis. **Manual dos Escrivães do Cível**. 1a. ed. São Paulo, Editora Saraiva & Cia. 1934, p. 07

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**, p. 444, Rio, 1948. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA E SOUZA, **Esboço de hum Dicionário Jurídico, Theorético e Prático**, Lisboa, 1825. *Apud* FRANÇA, Rubens Limongi, Do nome civil das pessoas naturais, 3. Ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 20.

STANCIOLLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. 2009. Disponível em http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftn1, acesso dia 22/11/2011 às 15:00 hrs.

TABAPALIPA, João Guilherme. **Aspectos Jurídicos dos Nomes Ridículos**. Florianópolis: Momento Atual, 2005, p. 55.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção & Responsabilidade: Por uma Ordem Social não violenta**. Belo Horizonte: UFMG, 1982, *passim*.

REFLEXÕES ACERCA DA PSICOGRAFIA COMO PROVA JUDICIAL

REFLECTIONS ON PSYCHOGRAPHICS AS A JUDICIAL PROOF

Michele Ribeiro de Melo*

Data de recebimento: 27/02/2012

Data de aprovação: 05/05/2012

RESUMO

O presente trabalho desenvolve reflexões na linha de pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio tem-se deparado com mensagens psicografadas apresentadas como prova judicial em casos de homicídio, fato que proporcionou discussões a respeito da validade destes escritos como prova. Existem juristas que entendem ser impossível a admissibilidade desta espécie de prova no ordenamento jurídico por ferir a laicidade do Estado; outros entendem ser inadmissível por se tratar de prova ilícita; e alguns defendem que há ofensa ao contraditório. Sob essa perspectiva, surgiu o interesse em desenvolver uma pesquisa a respeito da psicografia como prova judicial, haja vista que os casos existem, e tem aumentado a colheita dessa prova apresentada ao Judiciário, tornando necessário analisar e pesquisar o tema na busca pelo aprimoramento do Direito em decorrência das transformações sociais. A prova é assunto demasiadamente importante para o processo, pois é por meio dela que o magistrado forma sua convicção para sentenciar. Dessa forma, analisaremos o instituto da prova bem como a psicografia como fenômeno mediúnico, sua evolução histórica e relação com a ciência. É de suma importância o estudo da aplicabilidade da psicografia como meio probante, uma vez que o direito à prova é garantia fundamental.

PALAVRAS-CHAVE

Prova judicial; Psicografia; Fenômeno Mediúnico; Perícia grafotécnica.

* Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem.

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

Professora de cursinho preparatório concursos públicos.

E-mail para contato: michele.univem@gmail.com

ABSTRACT

This dissertation develops reflections on the research filed “Critical Foundations of Law Dogmatics”, once national law has dealt with psychographic messages presented as court evidence in cases of murder, fact that have provided discussions about the validity of these writings as proof. There are lawyers who understand that it is impossible for this kind of evidence to be admissible for violation of state secularism, others believe it is unacceptable because it is illegal evidence, and some argue that there is injury to the adversary principle. From this perspective became interested in developing a research on psychographics as evidence in court, given that cases exist, and has increased the harvest of that evidence presented to the judiciary, making it necessary to examine and investigate the topic in the search for improvement of law in result of social changes. The race issue is too important to the process because it is through it that the magistrate as his conviction for sentencing, so we will analyze the Institute of proof as well as automatic writing psychic phenomenon, its historical evolution and relation to science. It is very important to study the applicability of automatic writing as a means of trying, since the right to trial is fundamental guarantee.

KEYWORDS

Evidence in court; Psychographics; Psychic phenomena; Grafotécnica expertise.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve-se na linha de pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica e tem como objetivo desenvolver reflexões acerca das mensagens psicográficas valoradas como prova judicial, haja vista que o ordenamento jurídico tem-se deparado com casos em que essas mensagens foram admitidas como prova.

Esse fato abriu grande discussão sobre a validade desse percurso como meio probatório, bem como posicionamentos divergentes a respeito do tema. Defendem alguns juristas que essa espécie de prova afronta o Estado Laico, por se tratar de fenômeno religioso vinculado à Doutrina Espírita e afirmam, categoricamente, que se trata de prova ilícita e, assim, inadmissível como prova por força de preceito constitucional.

Deve a prova psicografada ser classificada como prova ilícita? Existe alguma proibição no ordenamento jurídico brasileiro? Como alguns magistrados admitiram estas mensagens como prova?

Diante de tantas indagações e pontos controvertidos, motivamo-nos a pesquisar o tema na tentativa de solucionar essas divergências e propor reflexões acerca do assunto, uma vez que os casos existem e estão sendo cada vez mais apresentados ao Judiciário para a valoração como prova.

Importante considerar que não nos cabe, no presente estudo, adentrar os aspectos filosóficos e religiosos do Espiritismo, haja vista que consideramos imprescindível a liberdade de crença existente em nosso país. Desse modo, a presente pesquisa foi pautada por critérios científicos, razão pela qual reiteramos, não nos compete adentrar ou discutir determinados pontos, mas abrir espaço para a discussão da Doutrina Espírita sob seu aspecto científico.

2. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À PROVA

O termo prova provém do latim “probatio”, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, ou seja, provar é demonstrar a verdade a alguém em relação ao fato ocorrido.

Podemos perceber que a prova está ligada à reconstrução pretérita de um fato; sendo assim, de acordo com Marinoni e Arenhart¹, não é possível restabelecer

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARANHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

os fatos pretéritos em que persista um traço de dúvida, pelo fato de não ser possível recuperar algo que já passou e que a certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, o que demonstra a relatividade da noção.

A finalidade da prova, no Direito, é a formação da convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos para a resolução da lide, podendo sua produção ser feita por oitiva de testemunhas, perícias, depoimentos das partes, bem como juntada de documentos.

O art. 332 do Código de Processo Civil deixa claro que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

Dessa forma, podemos compreender que a prova está ligada à idéia de reconstrução de um fato passado, tendo por objetivo esclarecer o magistrado sobre a ocorrência ou não do evento, a fim de que forme sua convicção para o julgamento da lide.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, contemplou algumas garantias processuais de modo expresso e implícito no rol dos direitos fundamentais. Dentre as garantias expressamente reconhecidas, encontramos o acesso à ordem jurídica justa, no art. 5º, XXXV; a garantia do devido processo legal no art. 5º, LIV, e as garantias da ampla defesa e do contraditório, assegurado, em seu artigo 5º, LV: [...] “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, observamos que a Carta Magna consagrou a fórmula dos direitos fundamentais implícitos quando o constituinte ressaltou, no art. 5º, § 2º, que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”².

Cumprir analisar que a Constituição Pátria reconhece a não completude e a provisoriade do conhecimento científico quando mantém o ordenamento aberto para possibilitar interpretações evolutivas que permitam o aperfeiçoamento do sistema jurídico, possibilitando a observância de outros direitos que não foram expressamente previstos, como o direito à prova.

Conforme lição de Pozzoli³, “a constituição contém uma abertura que lhe garante a possibilidade de adaptação às mudanças técnicas, econômicas, políticas,

² CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 165.

³ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 140.

culturais e sociais, enfim, ao progresso social”.

Segundo Cambi⁴, direito à prova é um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, na segunda parte, incorpora ao sistema constitucional os direitos fundamentais contemplados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

O Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, estabelece, em seu art. 8º, garantias judiciais concernentes ao direito à prova:

§1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, incorporado pelo Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1922, em seu art. 14.1, assegura a toda pessoa o direito de ser ouvida publicamente, e com todas as garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial; garante também o direito de “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

Dessa forma, as garantias previstas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil por força do art. 5º, § 2º da CF, integram o rol dos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no art. 10, assegura que “todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Nesse contexto, elucida Cambi⁵ que:

Apesar de a maioria dos textos não fazer referência expressa a outros meios de prova, deve-se entender que a enumeração não é exaustiva, abarcando todos os ins-

⁴ CAMBI, Eduardo. **Direito...** Op. Cit., p. 166.

⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito...** Op. Cit., p. 169.

trumentos probatórios idôneos a influenciar no convencimento do juiz. Portanto, o que se pretende assegurar é o direito ao processo justo, com a possibilidade de utilização de todos os meios necessários para a concretização da justiça da decisão.

Observamos que o direito à prova não decorre somente das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório, mas vai além quando é ratificado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos; assim, o direito à prova integra o rol dos direitos fundamentais e deve ser observado como forma de justiça.

2.1. Meios de Prova

Quanto aos meios de prova, são compreendidos como todos os recursos utilizados, direta ou indiretamente, para a comprovação da verdade buscada no processo. Para o jurista Mirabette⁶, “Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade através de depoimentos, perícias, reconhecimentos etc”.

O art. 332 do CPC não indica taxativamente os meios de prova admissíveis no processo civil, ao dispor que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Constituem-se meios de prova: a testemunhal; o depoimento pessoal ou da parte; a prova literal ou escrita que se trata da prova documental, podendo ser dividida em documentos públicos e privados; a prova pericial, que se trata dos exames científicos, vistorias e arbitramento; a prova circunstancial que se divide em prova direta e indireta, quais sejam as presunções e os indícios.

Embora não existam limitações quantos aos meios de prova, o Código de Processo Civil reconhece os seguintes meios de prova como os mais usuais: o depoimento pessoal, exibição de documentos ou coisa, prova documental, confissão, prova testemunhal, inspeção judicial e prova pericial.

2.2. Provas Ilícitas

Podemos dividir as provas em lícitas e ilícitas. A primeira é a prova que obtém possibilidade de utilização no processo, enquanto que a segunda é obtida

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 252.

por meio ilícito, ou seja, é colhida violando o direito material e assim, inadmissível como meio de prova.

O art. 5º, LVI da Constituição Federal, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nesse sentido, também se posiciona o Processo Penal quanto às provas ilícitas em seu art. 157 *in verbis*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

As provas ilícitas, via de regra, violam os direitos fundamentais materiais, tais como à inviolabilidade da intimidade, da imagem, da correspondência e do domicílio.

De acordo com Marinoni e Arenhart⁷, “a prova que resulta da violação do direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo. Nesses casos, nada se pode aproveitar da prova, uma vez que o ilícito é a sua causa”.

A utilização da prova ilícita pode ser admitida excepcionalmente por força da regra da proporcionalidade, que visa a fazer um sopesamento de dois ou mais direitos constitucionais violados.

Por meio desta ponderação, é possível ao juiz aceitar a prova ilícita, conforme aludem Marinoni e Arenhart⁸ “[...] frise-se que a ponderação não é entre a descoberta da verdade e o direito violado pela prova, mas sim entre o direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional e o direito material violado pela prova ilícita”.

Dessa forma, compreendemos que a única prova proibida no processo é aquela em que é colhida mediante ofensa à lei ou aos princípios do Direito.

O Poder Judiciário permite a utilização dos meios de provas chamadas atípicas e inominadas como meios de provas não previstas no ordenamento jurídico que podem ser admitidas objetivando formar a convicção do magistrado no fundamento da sentença.

2.3. Provas Atípicas

Nosso Ordenamento Jurídico adota o sistema das provas exemplificativas, em que há a indicação das provas mais conhecidas, porém não existe impedimento para a aceitação das provas inominadas.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARANHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 246.

⁸ Idem. Ibidem, p. 252.

Provas atípicas, também conhecidas como inominadas, são consideradas as que não estão previamente reguladas em lei, porém, como afirma Cambi⁹, são provas que “podem constituir úteis elementos de conhecimento dos fatos”.

Segundo Lopes, “o princípio da atipicidade, acolhido no Código de 1973, significa admissibilidade de todos os meios de prova (previstos, ou não, na legislação, desde que moralmente legítimos). Desse modo, o sistema abarca não só as provas típicas mas também as atípicas”.

Assim, observamos que reduzir a liberdade probatória a um rol taxativo contraria a evolução do direito, a aplicação da justiça e desse modo, contraria a garantia constitucional do direito à prova.

Cumprе ressaltar que os meios de provas não previstos expressamente em lei e que não sejam ilícitos conterão eficácia probatória; dessa forma, para a justa aplicação da lei consubstanciada na mais pura justiça, quando a prova não é ilícita, não há de se cogitar em limitações ao meio de prova.

2.4. Perícias

O termo perícia é originário etimologicamente do latim “peritia”, que significa habilidade, saber, capacidade, sendo compreendida por habilidade especial.

Em nossa legislação, a perícia é colocada como meio de prova, porém possui valor extremamente especial, haja vista que está situada entre a prova e a sentença. A prova tem por objeto os fatos, enquanto que a perícia tem por objeto uma manifestação técnico-científica, e a sentença, uma declaração de direito; desta forma, o entendimento de Camargo Aranha¹⁰ é que o objeto da perícia situa-se em posição intermediária entre os fatos e a decisão.

O tema proposto na presente pesquisa possui maior interesse na perícia grafotécnica pela classificação da prova psicografada como documento, como veremos adiante. A perícia dos escritos definida como exame grafotécnico, grafoscópico ou grafológico tem por finalidade comprovar a autenticidade ou falsidade de documentos por meio de perícias caligráficas.

A grafoscopia, segundo o perito e criminólogo Perandrea¹¹, é definida

⁹ CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

¹⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.

¹¹ PERANDRÉA, Carlos Augusto. **A Psicografia à Luz da Grafoscopia**. São Paulo: Editora Jornalística FE, 1991, p. 22.

como “conjunto de conhecimentos norteadores dos exames gráficos, que verifica as causas geradoras e modificadoras da escrita, através de metodologia apropriada, para a determinação da autenticidade gráfica e da autoria gráfica”.

O perito credenciado pelo Poder Judiciário, Perandrea, desenvolveu o trabalho científico “A Psicografia à Luz da Grafoscopia”, em que procedeu a perícia grafotécnica das cartas psicografadas pelo médium Chico Xavier, ditadas por diversos espíritos diferentes.

O citado trabalho comprovou que as assinaturas eram as mesmas das pessoas falecidas e, dessa forma, atestados pela ciência grafotécnica, demonstrando o caráter científico dos documentos psicografados e a admissibilidade desses documentos como prova judicial.

3. ANÁLISE DA PSICOGRAFIA NO JUDICIÁRIO

O termo psicografia é originário do grego “psyché”, que significa mente ou alma; assim, a psicografia é a escrita, a transcrição que se encerra na mente e insere-se como fenômeno natural, conhecido por mediunidade, que, desde o início dos tempos, faz parte da história da humanidade, não sendo privilégio nem tampouco invenção de nenhuma crença ou religião.

As mensagens psicografadas possuem impressionante riqueza de detalhes, diversos pormenores de conhecimento íntimo somente do núcleo familiar, tais como nome de parentes, apelidos íntimos e lembrança de fatos ocorridos entre os familiares.

Os detalhes são inúmeros e Souto Maior¹², investigando as cartas psicografadas por Chico Xavier, relata que “qualquer cético ficaria impressionado com as cartas escritas à jato, repletas de nomes, sobrenomes e apelidos de família e detalhes minuciosos sobre a circunstância da morte”.

Em determinados casos, o destinatário não conhecia certos detalhes narrados, a exemplo de nomes de bisavós falecidos e apelidos de parentes distantes; ao investigar junto aos seus familiares, descobriam a veracidade dos detalhes narrados nas psicografias do médium Chico Xavier.

Para melhor compreendermos o fenômeno da comunicação com os espíritos é necessário definir alguns conceitos importantes.

Segundo a conceituação do codificador da Doutrina Espírita Hippolyte

¹² SOUTO MAIOR, Marcel. **Por trás do véu de Ísis: uma investigação sobre a comunicação entre vivos e mortos**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2004, p. 16.

Léon Denizard Rivail, codinome Allan Kardec¹³, “os Espíritos não são, como supõem muitas pessoas, uma classe à parte na criação, porém são as almas, despidas do seu invólucro corporal, daqueles que viveram na Terra ou em outros mundos”.

A Doutrina Espírita possui tríplice aspecto quais sejam: científico, filosófico e religioso.

Não nos compete nesta pesquisa estudar os aspectos filosóficos e religiosos do Espiritismo, uma vez que consideramos vital a liberdade de crença existente em nosso País e também pelo fato do presente estudo ser pautado por critérios científicos. Desse modo, analisaremos somente o aspecto científico da Doutrina Espírita.

Para o presente artigo, é importante o estudo do aspecto científico da Doutrina Espírita, que trata da origem, natureza e do destino dos espíritos, explicando e demonstrando cientificamente, as manifestações espirituais, suas faculdades, bem como o conhecimento do Mundo Espiritual.

O fenômeno mediúnico é estudado pela ciência espírita, tem por objeto de estudo o espírito humano e emprega o método experimental em sua pesquisa.

Podemos definir médium como a pessoa dotada de certa sensibilidade e que funciona como intermediário entre o mundo espiritual e o mundo físico.

Cumprе salientar que existe grande diferença entre ser médium e ser espírita, médiuns são pessoas sensitivas, independentemente de religião, crença, moral ou raça, já espírita é a pessoa que professa a fé na Doutrina Espírita, porém o simples fato de crer na religião dos espíritos de forma nenhuma o torna um médium ostensivo.

A este respeito, percebemos que a confusão se dá pelo fato de que o conceito de mediunidade foi criado por Allan Kardec, que estudou e sistematizou este fenômeno que sempre ocorreu ao longo da existência humana. Assim, observamos que Kardec classificou o fenômeno da mediunidade, mas não criou o fenômeno, fato este que seria impossível, pois se trata de algo intrínseco à natureza humana.

A mediunidade pode ser dividida em dois grandes grupos, de efeitos físicos ou de efeitos inteligentes, porém, para o nosso tema, interessa a mediunidade de efeitos inteligentes já que a psicografia se insere nesta espécie.

Dentre os tipos de médiuns psicógrafos, destacamos o médium mecânico, o intuitivo e o semi-mecânico.

O médium mecânico é aquele em que o espírito atua diretamente sobre sua mão. Neste tipo de mediunidade o impulso é completamente independente da vontade do intermediário e este não tem consciência alguma do que escreve. Nesta espécie

¹³ KARDEC, Allan. **O que é o Espiritismo**, 46 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2002, p. 154.

de mediunidade, há total independência do pensamento do espírito comunicante.

A segunda espécie se trata dos médiuns intuitivos. Nestes não há o ato involuntário da mão do intermediário, pois, aqui, o médium recebe o pensamento do espírito e o passa para o papel. Assim, o médium possui a consciência daquilo que escreve, porém não é seu o pensamento que cria a mensagem, pois esta é produzida pelo espírito comunicante.

Por fim, temos os médiuns semi-mecânicos, em que há união das duas espécies acima, ou seja, o médium sente o impulso involuntário em sua mão e tem a consciência do que escreve somente à medida que as palavras se formam.

Dentre estas três espécies acima, podemos encontrar as sub-espécies de médiuns denominados polígrafos, que são aqueles em que a letra muda de acordo com o espírito comunicante; médiuns políglotas que escrevem ou falam línguas que lhe são desconhecidas, mas que são de conhecimento do espírito; e, por fim, os denominados médiuns iletrados, que são os médiuns que recebem comunicação psicográfica mesmo sendo analfabetos, não sabendo ler, nem escrever.

A mudança de caligrafia ocorre nas comunicações feitas por médiuns mecânicos e semi-mecânicos porque, o movimento é involuntário e dirigido pelo espírito. Esse fenômeno denominado mediunidade polígrafa não ocorre na mediunidade intuitiva pelo motivo que, nesta, o espírito atua sobre o pensamento do médium e não em sua mão.

3.1. A Evolução Histórica do Fenômeno Mediúnic

O fenômeno mediúnic, ou seja, a comunicação com os Espíritos, sempre existiu, não surgiu com o advento da Doutrina Espírita, haja vista que ocorre desde a antiguidade, sendo fenômeno natural do ser humano, longe de ser exclusivo de religiões.

Na Grécia antiga, era muito comum a comunicação com os “mortos”, ou seja, com os espíritos; tratava-se de cultura geral, não só entre os populares, mas também entre os filósofos, especialmente os pitagóricos e os platônicos.

Nos templos gregos encontravam-se os denominados pítons, pitonisas ou profetas, que proferiam oráculos, evocando os espíritos para a comunicação com os vivos. Na Idade Média, observamos, no Japão, conforme nos relata Lombroso¹⁴,

¹⁴ LOMBROSO, César. **Hipnotismo e Mediunidade**. 5 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1999, p. 193.

que existia uma classe de médiuns, denominados “iciko”, jovens entre 15 e 20 anos que murmuravam orações para evocar a alma dos mortos que, entrando em contato com eles, respondiam às interrogações dos interessados.

Na França da Idade Média, encontramos a figura marcante de Joana D’Arc, expulsando os estrangeiros de sua pátria por meio da comunicação com os espíritos.

Acerca da mediunidade de Joana D’arc, elucidada-nos Richet¹⁵: “É difícil crer fossem simples alucinações, porque essas alucinações foram numerosas vezes acompanhadas de fatos reais e por predições numerosas vezes verificadas para que se possa admitir delírio de uma alienada”.

Na Alemanha, havia uma médium com incríveis faculdades mediúnicas; tratava-se de Frederica Hauff, que foi pesquisada por longo período por Justinus Kerner, médico e poeta.

A citada médium possuía as faculdades da vidência e de efeitos físicos e frequentemente materializava espíritos e levitava objetos sem um toque sequer.

A Idade Moderna foi o período histórico em que os médiuns deixam de ser objetos de curiosidade e passam a exercer em maior parte os fenômenos intelectuais e de cura, porém, também encontraremos muitos médiuns de efeitos físicos como nos famosos casos de levitação.

Na Espanha, verificamos a impressionante mediunidade de Pedro de Alcântara, sacerdote católico que pregava o desapego aos bens terrenos, à simplicidade e instituiu o retorno às origens franciscanas.

O sacerdote espanhol contava com as faculdades mediúnicas de efeitos físicos, vidência, audiência e premonição.

Na Idade Contemporânea, contamos com uma verdadeira explosão de manifestações mediúnicas, bem como estudos científicos acerca do fenômeno. Distintos físicos, químicos, matemáticos, astrônomos, fisiologistas, criminalistas, ou seja, homens de ciência que foram despertados a pesquisar os fenômenos mediúnicos, comprovando a sua autenticidade como fenômeno natural da humanidade.

Um dos casos mais interessantes de psicografia entre os religiosos é a obra denominada “O Manuscrito do Purgatório”, psicografada pela freira Maria da Cruz, ditada pelo espírito da freira Maria Gabriela¹⁶. Nessa pequena obra católica, o espírito Maria Gabriela narra a existência das zonas de sofrimento no mundo espiritual denominada pelos católicos de “purgatório”.

¹⁵ RICHET, Charles. **Tratado de Metapsíquica**. França: Editora Lake, 1922, p. 434.

¹⁶ TAVARES, Clóvis. **Mediunidade dos Santos**. 2 ed. Araras: IDE, 1989, p. 104.

No período da modernidade, verificamos, em Richet¹⁷, que notáveis cientistas dedicaram-se ao estudo da mediunidade, após os experimentos compreenderam e atestaram veracidade do fenômeno, dentre os quais podemos citar: o físico e astrônomo Friedrich Zöllner; o intelectual Conde Agénor Gasparin; o astrônomo francês Camille Flammarion; o autor da teoria “Antropologia Criminal”, César Lombroso; o teólogo Ludwing Lavater; o nobre professor da Universidade de Turim e cientista Ernesto Bozzano; o físico e químico Willian Crookes; o geógrafo, antropólogo e co-fundador da Teoria da Seleção Natural, Alfred Russel Wallace.

As pesquisas realizadas por estes cientistas contribuíram para o esclarecimento acerca da mediunidade, que passou a ser compreendida como faculdade natural do ser humano.

Em nosso país, verificamos inúmeros prodígios mediúnicos, a exemplo do professor Eurípedes Barsanulfo (1880-1918), que possuía todas as faculdades mediúnicas descritas em “O Livro dos Médiuns”, a saber: de efeitos físicos, vidência, clariaudiência, psicofonia, psicografia e desdobramento e bilocação.

Cumpre destacar o médium brasileiro Divaldo Pereira Franco, nascido em 05 de maio de 1927, na cidade de Feira de Santana, Bahia. É médium de vidência, clariaudiência, psicofonia e psicografia. Publicou mais de 250 livros ditados por 211 Autores Espirituais, chegando à marca mais de 8 milhões de exemplares vendidos, ressaltando que todos os direitos autorais são doados a entidades beneficentes como a Mansão do Caminho.

O maior médium em escritos psicografados no Brasil foi Francisco Cândido Xavier, mais conhecido como Chico Xavier, mineiro da cidade de Pedro Leopoldo, nascido em 1910 e falecido no ano de 2002.

O médium mineiro de precária formação escolar psicografou mais de 400 livros ditados por inúmeros espíritos e atingiu a marca de mais de vinte e cinco milhões de exemplares vendidos. Todos os direitos foram doados para as instituições de caridade.

As obras psicografadas de variados estilos demonstrava claramente a diversidade dos espíritos que se comunicavam com ele, tais como romancistas, repórteres, cronistas, poetas, historiadores, médicos, cientistas e filósofos.

Além dos livros, Chico Xavier psicografou mais de 15 mil cartas consoladoras, sempre comparando-se a um carteiro, recebia as cartas e as entregava. Não havia possibilidade do médium saber o conteúdo de todas elas, pois dedicou sua vida

17 RICHET, Charles. Op. Cit., p. 70.

em favor do próximo. Apesar de não conhecer línguas estrangeiras, o médium Chico Xavier psicografava em inglês, alemão, italiano, francês, dentre outras línguas.

Nesse contexto, concluímos que a mediunidade, a comunicação com os espíritos é de ordem natural ao ser humano, universal, existente ao longo de nossa história, atestado pela ciência, não se tratando, portanto, de artigo de fé, uma vez que seu caráter científico é irrefutável.

3.2. A Psicografia como Prova Judicial

Nosso sistema processual adota o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, pelo qual é permitido ao magistrado apreciar o conjunto probatório livremente, valorando as provas de acordo com seu entendimento; porém, ao decidir, o juiz deve sempre fundamentar suas razões.

Cumprе ressaltar que nosso sistema processual não conta com um rol taxativo no que diz respeito às provas, mas apresenta um rol exemplificativo, não existindo uma hierarquia de provas. Dessa forma, admite-se a apresentação de provas que não estejam especificadas nos códigos processuais, ou seja, são admitidas as chamadas provas inominadas.

Importa ressaltar que o art. 332 do CPC assim dispõe: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

Já o art. 155 do Código de Processo Penal, assim dispõe: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”, e ainda reforça em seu parágrafo único: “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

Destarte, não existem limitações quanto aos meios probatórios em nosso ordenamento jurídico, admitindo-se as provas não específicas nos códigos processuais com base no princípio da liberdade das provas e do livre convencimento do juiz; assim, a prova psicografada pode ser admitida no processo como prova judicial.

O único limite existente em relação à liberdade probatória é a vedação da prova considerada ilícita, conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal, LVI, que reza que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Importante salientar que a prova ilícita é aquela colhida mediante violação de direito material, portanto, inadmissível como meio de prova.

A prova psicografada não se inclui entre as prova ilícitas, pois não é colhida mediante violação de direito, quer material quer processual, razão pela qual

afirmamos a possibilidade de sua utilização como meio de prova.

A mensagem psicografada, ao ser apresentada para valoração no processo, obterá status de prova documental, uma vez que, de acordo com o art. 232 do Código de Processo Penal, “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. A doutrina entende como prova documental tudo aquilo que for capaz de documentar um fato desde que seja idôneo, ou seja, lícito.

A psicografia, quando apresentada no processo para valoração, terá caráter de prova documental devendo, portanto, submeter-se a todas as regras concernentes à prova documental.

Nesse sentido, a prova psicografada poderá ser analisada pela perícia grafoscópica, que verificará a letra ou assinatura constante na mensagem valorada como prova.

Como anteriormente observado, as mensagens colhidas por médiuns intuitivos não apresentarão a grafia do espírito, mas a sua própria caligrafia, diferentemente do que ocorre com as mensagens obtidas por médiuns semi-mecânicos ou mecânicos, em que a letra ou a assinatura será a grafia do espírito.

Desse modo, a verificação do conteúdo da mensagem deverá ser feita analisando os detalhes e pormenores narrados na carta, onde se observa que determinados detalhes só poderiam ter sido narrados pela pessoa que vivenciou os fatos, no caso o espírito, sendo utilizada, desse modo, como mais um meio de prova no conjunto probatório do processo.

4. POSICIONAMENTOS CONTROVERTIDOS

As discussões a respeito do presente tema nos meios Jurídicos levantam diferentes posicionamentos; enquanto alguns agentes do Direito defendem a utilização da psicografia como meio probatório, outros sustentam que esses escritos são inadmissíveis como prova judicial.

Dentre os posicionamentos contrários às cartas psicografadas utilizadas como meio probatório, há o que diz respeito à ofensa ao Estado laico, garantido pela Constituição Federal, que prevê a liberdade de crenças e cultos religiosos.

Este argumento pressupõe que a psicografia é um elemento religioso, um dogma, uma crença inventada e utilizada pela Doutrina Espírita e não pode ser utilizada como prova judicial, pois seria um retrocesso histórico confundir direito e religião.

Pelo breve exposto neste trabalho, podemos perceber o quão frágil se apresenta este argumento, uma vez que demonstra o desconhecimento do tema, pois a

psicografia nada tem de sobrenatural, é fenômeno próprio do ser humano, possui natureza científica e não se trata de culto religioso.

Cumpra salientar que a psicografia não foi inventada pela Doutrina Espírita, uma vez que a mediunidade é fenômeno absolutamente natural. Outro ponto é que esse fenômeno é estudado pela ciência espírita exatamente como faz a ciência positiva.

Destarte, a admissibilidade da psicografia como prova tem como justificativa argumentos racionais, suficientemente solidificados, tanto pela ciência espírita, pelo exame pericial, quanto pela física quântica, estando pautada em parâmetros da ciência e não em dogmas religiosos.

Outro aspecto contrário acerca do assunto se encontra na afirmação de juristas que consideram a psicografia como prova ilícita, pretendendo tratar-se de cartas sem conexão com o processo judicial, cuja aceitação como prova documental seria insustentável.

Sobre esse ponto, não há que se cogitar sobre a ilicitude dessa espécie de prova, pois prova ilícita é aquela colhida violando o direito material, que são as provas obtidas mediante prática de crimes ou contravenções.

A psicografia não contraria o disposto no art. 332 do CPC, por tratar-se de meio moralmente legítimo, já que não infringe nenhum aspecto moral e também por ser meio lícito, haja vista que não é ilegítimo, nem obtido de forma inidônea.

Neste mesmo sentido decidiu a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por seu Relator o Desembargador Manuel José Martinez Lucas, dispondo:

[...] tenho que a elaboração de uma carta supostamente ditada por um espírito e grafada por um médium não fere qualquer preceito legal. Pelo contrário, encontra plena guarida na própria Carta Magna, não se podendo incluí-la entre as provas obtidas por meios ilícitos de que trata o art. 5º, LVI, da mesma Lei Maior.

Existem Juristas que defendem a inadmissibilidade da psicografia como prova, alegando haver ofensa ao princípio do contraditório.

Em consonância com o posicionamento do membro do Ministério Público, Renato Marcão¹⁸, não existe ofensa ao contraditório porque a prova poderá ser contraditada no momento de sua apresentação como qualquer prova documental.

O contraditório pode ser expresso sob a fórmula da informação necessária

¹⁸ MARCÃO, Renato. **Psicografia e prova penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1289, 11 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9380>>. Acesso em: 06 de fev. 2011.

e da reação possível. Na primeira, encontra-se a necessidade garantida pela Constituição Federal da informação por meio da citação, notificação, intimação para que possa preparar a segunda etapa, ou seja, a reação possível, a defesa, valendo-se de todos os meios possíveis para demonstrar o seu lado na lide.

Observamos que a prova psicografada não fere o princípio do contraditório, pois o documento psicografado pode ser contraditado no momento de sua junta aos autos e, como tal, poderá ser impugnado pela parte contrária.

Dentre os argumentos contrários à psicografia como prova judicial também encontra-se o argumento da inadmissibilidade desta devido à possibilidade de fraude. Sobre o argumento de temor à fraude, vale salientar que é passível de ocorrer em todos os atos humanos, bem como em algumas provas, como as testemunhais, documentais, entre outros meios.

O problema do temor à fraude por charlatões deve ser resolvido na esfera penal, como em qualquer outro caso, respondendo o autor, criminalmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito pode ser considerado como ciência, embora extremamente diversa da ciência experimental. No entanto, contribui sobremaneira para o avanço e as transformações sociais que vivenciamos no decurso dos anos. Por esse motivo, as academias de Direito não podem se fechar para a inovação, rompendo barreiras desconhecidas, vencendo preconceitos, e enfrentando dilemas na busca incessante pela evolução do conhecimento.

Ao analisar o instituto da prova, observamos que a definição de prova está ligada à reconstrução de um fato pretérito para análise do magistrado, visando à formação de sua convicção sobre o fato alegado para proferir sua decisão.

Verificamos que o direito à prova integra o rol dos direitos fundamentais pelo desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal, aspectos fundamentais das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório, além de ser ratificado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Observamos, ao longo do trabalho, que a Carta Magna, ao reconhecer que o conhecimento científico é mutável devido às transformações sociais, consagrou a fórmula dos direitos fundamentais implícitos, ao dispor que os direitos e as garantias por ela expressos não excluem outros, seja por força dos princípios adotados, seja

por força dos Tratados Internacionais de que o país é signatário.

Ao verificar que nosso sistema probatório não conta com um rol taxativo de provas, mas utiliza o sistema exemplificado em que não existe hierarquia de provas, admitindo-se a apreciação daquelas que não estejam especificadas nos códigos processuais, percebemos que a prova psicográfica, apesar de não estar expressa, pode ser admitida como tal.

A psicografia pode ser utilizada como prova judicial sem afrontar nenhum preceito constitucional ou princípio processual, muito pelo contrário, a admissibilidade desta espécie de prova ocorre em observância à garantia fundamental do direito à prova, aos princípios constitucionais e aos princípios que regem as provas em nosso ordenamento jurídico.

Analisamos que nosso sistema processual adota o princípio da persuasão racional, permitindo ao magistrado apreciar o conjunto probatório livremente, de acordo com seu convencimento.

Outro ponto importante que foi tratado é a questão da prova ilícita. Por força de preceito constitucional, observamos que esta espécie de prova não pode ser admitida.

Estudando a psicografia, observamos que ela não se inclui entre as provas ilícitas, pois não é colhida mediante violação de direito material, sendo simplesmente uma prova não especificada em lei.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que a prova psicografada não poderá ser tachada de ilegal ou ilegítima.

Verificamos que a prova psicografada não ofende o princípio do Estado Laico, que prevê a liberdade de crenças e cultos religiosos, haja vista que a psicografia, como fenômeno mediúnico, é faculdade natural do ser humano, estudado pela ciência e não se trata de elemento religioso.

A Doutrina Espírita, por meio de seu codificador, simplesmente explicou a mediunidade, e por tratar-se de lei universal que rege os seres humanos, não pode ser considerada invenção de religião alguma.

Importante aspecto destacado no presente estudo é a questão da psicografia, como prova, acarretar lesão ao contraditório o que se mostrou ser um posicionamento equivocado. Ora, a psicografia como prova não ofende o princípio do contraditório pelo fato de que a prova poderá ser contraditada no momento de sua apresentação, como ocorre com as demais provas documentais.

Dessa forma, torna-se claro que a psicografia não ofende os princípios constitucionais ou processuais e a negação de sua utilização, por preconceito ou

por simples falta de conhecimento, é que acarretaria a inobservância aos princípios constitucionais como a ofensa à garantia fundamental do direito à prova. Isto porque o direito à prova integra o rol dos direitos fundamentais pelo desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal e por força dos direitos ratificados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

Cumprе salientar que os fenômenos mediúnicos, como a psicografia, fazem parte do nosso contexto histórico e, pela evolução social verificada no presente estudo, ousamos dizer que este fenômeno só tende a aumentar, assim como os casos de psicografias levados a juízo para a valoração como prova, razão pela qual a Academia e o Poder Judiciário precisam estar preparados para solucionar, para se adequarem à necessidade em comento.

Com a presente pesquisa, defendemos a admissibilidade da psicografia como prova judicial, uma vez que se trata, portanto, de prova lícita, legítima e em observância aos princípios constitucionais e processuais.

Concluimos, portanto, que as mensagens psicografadas levadas a juízo para serem valoradas como prova judicial podem e devem ser aceitas como tal, haja vista que a finalidade do processo é a busca pela verdade, ou seja, a busca pela justiça e a prova é instituto de vital importância ao processo, pois conduz à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KARDEC, Allan. **O que é o Espiritismo**, 46 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2002.

LOMBROSO, César. **Hipnotismo e Mediunidade**. 5 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1999.

MARCÃO, Renato. **Psicografia e prova penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1289, 11 jan. 2007. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/9380>>. Acesso em: 06 de fev. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARANHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. **A Psicografia à Luz da Grafoscopia**. São Paulo: Editora Jornalística FE, 1991.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RICHET, Charles. **Tratado de Metapsíquica**. França: Editora Lake, 1922.

SOUTO MAIOR, Marcel. **Por trás do véu de Ísis: uma investigação sobre a comunicação entre vivos e mortos**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2004.

TAVARES, Clóvis. **Mediunidade dos Santos**. 2 ed. Araras: IDE, 1989.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DOS MILITARES: A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER

WRITS OF INJUNCTION AND LIMITATION OF MILITARY WORKING DAY:
THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO LEISURE

Janiselho das Neves Souza*

Data de recebimento: 22/12/2011

Data de aprovação: 11/05/2012

RESUMO

Pretende o presente artigo abordar a difícil questão sobre a limitação da jornada de trabalho dos militares por meio da garantia constitucional do mandado de injunção. Demonstrar-se-á a íntima relação entre a necessidade da limitação da jornada de trabalho e o direito ao lazer, como forma de viabilizar-se o gozo desse direito constitucional, o qual resta prejudicado pela ausência de norma reguladora que limite a carga horária diária, semanal e mensal a ser aplicável aos militares. Tal lacuna tem propiciado inúmeros abusos por parte dos comandantes que, na ausência de norma regulamentadora, escalam seus subordinados para jornadas desumanas, ferindo, inclusive, o próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Será abordada, ainda, a questão do reconhecimento do militar como pessoa humana, dotada de um núcleo de direitos intangíveis, entre os quais o direito constitucional ao lazer. Como procedimento metodológico adotado, em função dos objetivos, foi optado por uma pesquisa exploratória, tendo em vista o pouco material disponível sobre o assunto tratado. Na primeira parte do artigo, será abordada, de forma breve, a questão histórica da limitação da jornada de trabalho humano; seguindo-se a um desenvolvimento da compreensão do militar como ser humano e sujeito de direitos,

* Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho. Policial militar do Estado do Rio Grande do Norte.
E-mail: janiselho@ig.com.br

protegido pela norma jurídica e, por fim, será apresentada a solução para a utilização do mandado de injunção como instrumento garantidor da limitação da jornada de trabalho dos militares como corolário lógico do direito constitucional ao lazer.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de Injunção; Trabalho; Lazer.

ABSTRACT

This article intends to address the difficult issue of limiting the working hours of the military through the constitutional guarantee of the injunction. It will show the close relationship between the need for limitation of working hours and the right to leisure as a means of enabling himself the enjoyment of this constitutional right, which is hampered by the absence of regulatory standard that limits the daily workload, weekly and monthly to apply to the military. This loophole has allowed numerous abuses by commanders in the absence of regulations, their subordinates to climb inhuman hours, injuring, even the very constitutional principle of human dignity. Will be addressed also the question of recognition of the military as a human person, endowed with a core of intangible rights, including the constitutional right to leisure. As a methodological procedure adopted, depending on the objectives, was chosen by an exploratory research, in view of the little material available on the subject matter. In the first part of the article, will be discussed, briefly, the historical question of the limitation of the working man, followed by the development of an understanding of the military as a human being and subject of rights protected by the rule of law and, finally, the solution will be presented for use of the injunction as a mechanism to ensure the limitation of working hours of the military as a logical corollary of the constitutional right to leisure.

KEYWORDS

Writ of Injunction; Work; Leisure.

1. INTRODUÇÃO

O fulcro balizador da pesquisa científica, ora proposta, objetiva apresentar o mandado de injunção como instrumento adequado para tornar viável aos militares o direito constitucional ao lazer. Ao fundamento de que cabem aos militares todos os direitos não vedados expressamente pelo ordenamento jurídico, entre os quais, a limitação da jornada de trabalho. A ausência de norma regulamentadora limitando a jornada de trabalho dos militares, no Direito interno, tem tornado inviável o exercício do direito constitucional ao lazer, do qual essa norma regulamentadora, criando tempo livre, é sua faceta intrínseca e insofismável.

A limitação da jornada de trabalho dos militares do Rio Grande do Norte já foi objeto de diversos mandados de injunção, sendo o pioneiro o Mandado de Injunção (MI) 43881, impetrado individualmente e que determinou que se aplicasse ao militar, por analogia, a jornada de 40 horas semanais já prevista para os servidores públicos civis. Posteriormente, a Justiça estadual julgou o MI 109165, impetrado por uma associação de militares, cuja decisão foi dotada de efeitos *erga omnes*, aplicando-se a limitação de 40 horas semanais a toda a categoria. Há, contudo, outro MI (Processo nº 0001899-21.2011.8.20.0000), o qual já teve seu julgamento adiado por 17 vezes, com vários pedidos de vistas dos julgadores, inclusive. A partir desse panorama, já é perfeitamente possível vislumbrar a relevância da problemática aqui tratada para o debate jurídico.

Como procedimento metodológico, em função dos objetivos, foi optado por uma pesquisa exploratória, tendo em vista o pouco material disponível sobre o assunto abordado. Sendo a pesquisa bibliográfica fonte subsidiária, cujos instrumentos de estudo materializaram-se em: consulta à doutrina, legislação correlata, leitura de artigos *on-line*, etc.

Num primeiro momento, serão apresentados breves antecedentes sobre a limitação da jornada de trabalho humano. Em prosseguimento, ter-se-á a ilustração sobre o mandado de injunção e sua finalidade no ordenamento jurídico pátrio. Feito isso, passar-se-á a discorrer sobre fundamentos que justifiquem a inserção do ser militar como ser humano e como sujeito de direitos. Na parte final, será levantada a solução para utilização do mandado de injunção como instrumento para efetivação do direito constitucional ao lazer para os militares. Em conclusão, serão retomados pontos importantes e condensados em considerações finais logicamente organizadas.

2. ANTECEDENTES SOBRE A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A idéia de limitar a jornada de trabalho do ser humano é antiga e data da exploração do homem escravo na Roma e Grécia antigas – quando se descobriu que o trabalho em excesso destruía o escravo e trazia prejuízos ao dono. No que tange à legislação: “Antecedentes remotos estão nas Leis das Índias (1593), de Felipe II, estabelecendo em 8 horas a duração diária, das quais 4 horas pela manhã e 4 horas à tarde, nas fortificações e fábricas”¹. Todavia, essa idéia de limitar a jornada de trabalho do ser humano só ganhou força por ocasião da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII e que se expandiu pelo mundo a partir do século XIX.

Conforme assinala Nascimento²: “As primeiras leis trabalhistas, de cunho marcadamente protecionista, ocuparam-se da limitação da jornada diária de trabalho, procurando fixar parâmetros razoáveis”. Sendo que, na França, em 1848, houve uma lei limitando a jornada de trabalho inspirada por Louis Blanc, fundamentando-se que: “O trabalho muito prolongado não só arruinaria a saúde dos trabalhadores, mas também os impediria de cultivar a inteligência, prejudicando a dignidade do homem”³.

A Igreja também se preocupou com o estabelecimento de jornada limitada de trabalho ao homem. Tanto que o Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Navarum*, de 1891, previu que: “O trabalho não fosse prolongado por tempo superior ao que as forças do homem permitissem”⁴. É também conhecida a luta, na Inglaterra, pela limitação da jornada em oito horas diárias, inspirando até mesmo as letras de uma canção: “*Eighth hours to work/ eighth hours to play/ eighth hours to sleep/ eighth shillings a day*”⁵.

No resto do mundo e também no Brasil, inúmeras normas foram criadas para limitar a jornada de trabalho do ser humano ao longo do tempo. No início do Século XX, no Brasil, foram elaboradas diversas normas nesse sentido, sendo um dos pioneiros o Decreto nº 21.186, de 22 de março de 1932, que limitou a jornada de

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34. ed., São Paulo; LTR, 2009, p. 271.

² Idem. *Ibidem*, p. 270.

³ Idem. *Ibidem*, p. 270.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 485.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.*, p. 271.

trabalho no comércio em oito horas diárias, seguido pelo Decreto 21.364, de 04 de maio de 1932, limitando em oito horas diárias o trabalho na indústria; foi também limitada à jornada de trabalho nas barbearias, farmácias, setor de panificação, casas de diversão, bancos, casas de penhor, transportadores terrestres, armazéns, empresas de navegação, indústrias frigoríficas, empregados em hotéis e restaurantes, entre outras profissões⁶. A Constituição Federal (CF) de 1934 previu a limitação da jornada de trabalho entre suas normas, estabelecendo referida limitação no art. 121, § 1º, alínea “c”, determinando que o trabalho não excedesse a oito horas diárias, sendo redutíveis, mas somente prorrogáveis nos casos excepcionalmente previstos em lei. Limitações essas que se mantiveram nas constituições posteriores e na legislação infraconstitucional.

Desse modo, também se apresenta na atual CF/88, que estabeleceu como norma imperativa a duração do trabalho humano normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, bem como, uma jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIII; XIV, da CF). E por força do § 3º, do art. 39, da CF, a limitação diária de oito horas previstas para os trabalhadores é extensível também aos servidores ocupantes de cargo público.

3. DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA FINALIDADE

Antes da CF de 1988, não havia um instrumento individual para garantir a efetividade das normas constitucionais, de modo que muitas normas que estabeleciam direitos dependentes de normas regulamentadoras padeceram de ineficácia. O Legislador constituinte de 1988 afastou esse vício, prevendo uma garantia constitucional sem precedentes no Direito comparado. Trata-se do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF, que assim estabelece: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Com efeito, a finalidade do mandado de injunção é *tornar viável* um direito ou uma liberdade constitucional, ou mesmo as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso não significa dizer que o mandado de

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., p. 486.

injunção tem como propósito regulamentar o próprio direito constitucional, pois a finalidade da norma regulamentadora é outra, qual seja, tornar *viável o exercício* desse direito, não regulamentá-lo. Ora, uma coisa é regulamentar um direito, outra coisa é regulamentar o seu *exercício* por meio de uma ou várias normas, tornando-o viável.

É possível trazer um exemplo prático: o art. 9º, *caput*, da CF, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito de greve (norma constitucional de eficácia contida ou restringível), não dependendo de qualquer lei para que o *exercício* desse direito fosse gozado plenamente desde a promulgação da CF/88. A posterior Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, não visou a tornar fruível o exercício do referido direito, mas, sim, *regulamentá-lo*, para fins de prever as atividades essenciais e os abusos que pudessem ser cometidos durante a utilização desse direito, dando-lhe contornos objetivos e disciplinadores (art. 9º, §§ 1º e 2º, da CF).

Os direitos e as garantias de eficácia plena também podem ser objeto de regulamentação, confira-se a esse propósito a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que regulamenta o mandado de segurança (norma constitucional de eficácia plena). Assim, em ambos os casos trazidos à baila, os direitos já eram viáveis no seu exercício *ab initio*, mesmo sem necessidade de qualquer norma regulamentadora, muito embora foram passíveis de regulamentação para melhor compreensão de sua abrangência e/ou delimitação.⁷

Observe-se, de outra vertente, que, para os servidores públicos civis, o direito de greve depende de lei para se tornar viável o seu exercício, consoante se pode extrair do art. 37, VII, da CF. À vista de tal fato, o Supremo Tribunal Federal julgou os MIs n.ºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, determinando que, até ser regulamentado o exercício desse direito por lei específica, deve ser aplicada a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, tornando *viável* o exercício desse direito desde logo, afastando a omissão inconstitucional que prejudicava os servidores públicos civis. É esta a verdadeira finalidade do mandado de injunção: colmatar lacunas existentes entre um direito constitucional e seu efetivo exercício, tornando-o viável.

Nesse prisma, é forçoso observar que a norma regulamentadora a que faz alusão o inciso LXXI, do art. 5º, da CF, não é destinada a regulamentar o direito constitucional em si, mas, sim, para tornar *viável* o seu *exercício*. E essa norma

⁷ Em ambos os casos exemplificados não seria cabível a impetração do mandado de injunção. Uma vez que referidos direitos não estavam com seu exercício inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, de modo que as normas que vieram a regulamentá-los simplesmente serviram para esclarecer-lhes o sentido e limitar seus contornos, não se visou a torná-los viáveis, haja vista já o serem desde a promulgação da Constituição. Eis aí a diferença entre a norma para regulamentar direito constitucional e a norma para tornar viável o exercício desse mesmo direito. Somente esta última pode ser objeto de mandado de injunção.

regulamentadora deve ser vista em sentido amplo. Ou seja, como toda e qualquer norma capaz de tornar viável o exercício de um direito constitucional. Nesse sentido, assevera Francisco Antônio de Oliveira⁸:

Por certo que a ‘expressão norma regulamentadora’ não se restringe a decretos regulamentadores. A norma constitucional, ao referir-se a ‘norma regulamentadora’, fê-lo no sentido amplo. Esse deverá ser o entendimento sob pena de obstarem as reais finalidades do instituto de injunção. A expressão deverá abranger todo e qualquer ato normativo que de alguma maneira obste a fruição do direito gizado nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/88.

E prossegue o autor, desta vez citando escólio doutrinário de Wander Paulo Marotta Moreira:

A expressão constitucional tem , entretanto, alcance maior. Não quis o constituinte referir-se apenas a esses atos administrativos (refere-se ao ato normativo). A abrangência no conceito engloba qualquer ato normativo expedido para a regulamentação de serviço; alcança qualquer regra, escrita ou não, que inviabilize o exercício de um direito constitucionalmente consagrado, ou que o dificulte ou retarde.

Ad exemplum: suponha-se que seja editada a lei específica prevista no art. 37, VII, da CF,⁹ e ela seja silente quanto a ser vedado ou não ao Poder Público realizar descontos nos vencimentos dos servidores durante o exercício do direito de greve. Imagine-se que a Administração comece a descontar os vencimentos dos servidores durante o exercício desse direito (greve), como forma de forçar o servidor a não exercê-lo, inviabilizando-o em sua plenitude. Não há dúvidas de que essa omissão poderia ser objeto de mandado de injunção, a fim de que se regulamente a proibição de descontos da remuneração dos servidores durante as paralisações. Seria essa norma pressuposto necessário para o exercício daquele direito.

Nesse caso, é possível falar na existência de direitos constitucionais secundários ou reflexos, penderes de regulamentação, que visem a possibilitar o exercício de um direito constitucional primário ou conexo – previsto expressamente no

⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed., São Paulo: RT (2004, p.51).

⁹ A partir do momento em que for regulamentado o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, mediante lei específica, será automático o afastamento da incidência da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que prevê, no art. 17, parágrafo único, o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

texto da Lei Maior. E esses direitos ditos reflexos ou secundários podem ser objeto de mandado de injunção, a fim de tornar *viável* o *exercício* do direito constitucional expressamente previsto, haja vista servirem para lhe dar efetividade. Isto porque, sem esses, permanecerá indesejável o próprio direito constitucional primário, tornando a não regulamentação desse direito uma flagrante inconstitucionalidade por omissão, controlável pelo Poder Judiciário pela ordem injuncional.

Portanto, toda e qualquer norma regulamentadora que gravite em torno de um direito constitucional, cuja ausência esteja tornando o exercício desse direito inviável em sua devida plenitude, pode ser objeto de mandado de injunção.

4. O MILITAR COMO PESSOA HUMANA E COMO SUJEITO DE DIREITOS

4.1. O militar como pessoa humana

A Norma *Ápice* de 1988, em seu art. 1º, III, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, em nenhum momento, tolheu do militar essa proteção constitucional. Isso significa que o Estado, materializado no modo de agir da Administração militar, deve respeitar esse princípio vetor, o qual é alicerce para todo o ordenamento jurídico brasileiro; afastando-se desse, toda a atuação administrativo-militar deve ser tida por inconstitucional e inválida.

O militar é uma pessoa. E uma pessoa existe com um fim em si mesmo e autonomamente considerado em relação ao corpo social a que pertence. Pertencer a uma Força armada, ou a uma Força auxiliar, não retira a individualidade do ser humano destacado desse corpo comunitário, devendo ser reconhecido pelos seus semelhantes como pessoa ser em si. Isso significa que:

Como ser em si, o ser humano é um todo, e não uma parte de um grupo, nação ou Estado: isto é, não pode ser sacrificado em nome do todo ou da maioria, como no utilitarismo. Como um ser com outrem, a pessoa traz consigo a exigência de reciprocidade. Como um ser em si, o ser humano é autofinalizado, não podendo ser transformado em meio para fins externos a si, na expressão de Kant. Considerar o ser humano como pessoa é o que será denominado reconhecimento.¹⁰

Sob essa lente, vislumbra-se que o ser humano não é passível de equi-

¹⁰ ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs). **Dignidade da pessoa humana**: Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

valência com um objeto, nem mesmo com outro semelhante, uma vez que pessoa é ser individual insubstituível. Todo ser humano é único, e por ser único no mundo existencial não há como lhe atribuir um equivalente substituto. E por não ter um equivalente, o ser humano tem dignidade, pois há de ser reconhecido como pessoa ser em si, como um fim em si mesmo e único entre os muitos. Na exata lição de Immanuel Kant¹¹:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

E esse reconhecimento do militar como pessoa humana tem efeito benéfico também na própria esfera castrense, pois faz o homem que veste farda elevar seu espírito. Lição que foi escrita há mais de dois mil anos já informava que: “Se o general cuida de seus homens com dignidade, obterá deles a força máxima”¹² (TZU, 2010, p. 89). Portanto, todo militar há de ser reconhecido como pessoa humana.

4.2. O militar como sujeito de direitos

Percebe-se que o militar como pessoa humana é também sujeito de direitos. Sendo assim, é dever do Estado garantir o seu mínimo existencial. Este mínimo existencial deve ser compreendido como um dos parâmetros de dosimetria e densificação material da pessoa humana, autorizando, inclusive, a intervenção judicial para sua preservação na hipótese de omissão do Poder Público. Esse também pode ser denominado de mínimo fisiológico, ou mínimo vital, e deve ser observado como as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico. Sobre a intervenção judicial em proteção desse mínimo existencial, o STF¹³ já decidiu:

[...] Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de

¹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

¹² TZU, Sun. **A arte da guerra**: por uma estratégia perfeita. Tradução Heloisa Sarzana Pugliesi e Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2010, p. 89.

¹³ STF - ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso Mello.

implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. (grifamos)

Malgrado essa proteção, a própria Constituição pode restringir ou vedar determinados direitos, sem atacar esse mínimo vital. Desde que o faça de maneira expressa, como o fez restringindo o manejo do *habeas corpus* contra punições disciplinares militares; bem assim, quando vedou ao militar o direito de greve, de sindicalização e o de filiação partidária, enquanto em serviço ativo (art. 142, §§ 2º e 3º, IV, V, da CF). Sobre esse prisma, toda e qualquer vedação a direitos constitucionais deve ser feita de maneira expressa, não se cogitando em vedações implícitas ou presumidas: no silêncio da Constituição, a interpretação deve ser feita pela não negação de direitos. Assim, o rol do inciso VIII, do § 3º, do art. 142, da CF, não deve ser visto como taxativo, mas, meramente, exemplificativo. Tanto é verdade que os direitos e as garantias individuais e coletivos previstos no art. 5º, e os direitos sociais previstos no *caput* do art. 6º, ambos da CF, são extensíveis aos militares, mesmo sem estarem elencados no referido rol.

Deve-se observar, ainda, que há uma norma de abertura no inciso X, do § 3º, do art. 142, da CF, que remete à lei o estabelecimento do limite de idade, estabilidade, *direitos*, deveres e outras condições especiais dos militares, *consideradas as peculiaridades de suas atividades*. Somando-se a essa regra, é de se observar, igualmente, a abertura material da Constituição prevista no § 2º, do art. 5º, da CF, que informa que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Nesse diapasão, já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁴ extrai-se que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e o desprezo ou desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanida-

¹⁴ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

de. O advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, sendo essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão. Assim, veio a referida Declaração a proclamar expressamente, no art. XXIV, que: “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”.

Com efeito, a necessidade de uma limitação da jornada de trabalho está imbuída na própria concepção da dignidade da pessoa humana, sendo referida necessidade protegida pelo ordenamento jurídico, estando incorporado entre aqueles direitos existenciais mínimos, intangíveis pelo Estado, concebidos a toda pessoa humana, como forma de lhe garantir a paz material e de espírito.

Diante de sua irrefutável relevância, o direito à limitação das horas de trabalho foi objeto também do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵ – já ratificado pelo Brasil no Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Declarando referido Pacto, em seu art. 7º, “d”, que se reconhece o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: “O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos”.

No mesmo sentido, apresenta-se outra importante norma sobre direitos humanos fundamentais¹⁶ – igualmente ratificada pelo Brasil no Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que se justifica uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar. Essa norma fez previsão, no seu art. 7º, “g”, que os Estados-Partes reconhecem que o direito ao trabalho pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias, e que esses Estados garantirão, em suas legislações internas, a: “Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratarem de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos”.

¹⁵ Publicado no D.O.U. de 7.7.1992.

¹⁶ Publicado no D.O.U. de 31.12.1999. Estabelece o seu art. 1º que: “O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, apenso por cópia a este Decreto, deverá ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”.

Portanto, a limitação da jornada de trabalho é um direito humano fundamental que não pode ser tolhido pelo Poder Público, uma vez que se encontra naquele núcleo intangível pelo Estado de direitos (mínimo existencial) destinados a assegurar a toda pessoa a sua dignidade, enquanto ser humano em si.

5. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER: DA ESSENCIALIDADE DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DO MILITAR NA BUSCA DESSA EFETIVIDADE

Conforme exposto alhures, o mandado de injunção tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito constitucional, uma liberdade ou as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cuja efetividade do seu exercício esteja na dependência de uma norma regulamentadora. E o direito ao lazer para os militares também reclama uma norma regulamentadora que lhe garanta tempo livre para usufruí-lo. Sem isso, não há como se falar em efetivação do direito ao lazer para referidos servidores.

5.1. O direito constitucional ao lazer

O direito social ao lazer, previsto expressamente no *caput* do art. 6º, da CF, é um direito fundamental do ser humano. Sob o prisma jurídico, é possível conceituar o direito ao lazer como: “O direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém como outros indivíduos e como o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender”¹⁷. Com efeito, impossível é pensar no exercício do direito ao lazer sem a disponibilidade de tempo livre para gozá-lo. Referido direito está colocado ao lado dos demais direitos fundamentais do homem moderno e, de acordo com José Maria Guix¹⁸, o lazer atende às seguintes necessidades do ser humano:

- a) necessidade de libertação, opondo-se à angústia e ao peso que acompanham as atividades não escolhidas livremente;
- b) necessidade de compensação, pois a vida atual é cheia de tensões, ruídos, agita-

¹⁷ CALVET, Otávio Amaral. **O Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2006, p. 75.

¹⁸ apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 653.

- ção, impondo-se a necessidade do silêncio, da calma, do isolamento como meios destinados à contraposição das nefastas consequências da vida diária do trabalho;
- c) necessidade de afirmação, pois a maioria dos homens vive em estado endêmico de inferioridade, numa verdadeira humilhação acarretada pelo trabalho de oficinas, impondo-se um momento de afirmação de si mesmos, de auto-organização da atividade, possível quando dispõe de tempo livre para utilizar segundo os seus desejos;
- d) necessidade de recreação como meio de restauração biopsíquica;
- e) necessidade de dedicação social, pois o homem não é somente trabalhador, mas tem uma dimensão social maior, é membro de uma família, habitante de um município, membro de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva, cultural, para as quais necessita de tempo livre;
- f) necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado, como uma das facetas decorrentes da sua própria condição de ser humano.

Na concepção de José Afonso da Silva¹⁹:

Lazer é a entrega à ociosidade repousante. Recreação é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados; tranqüilo num, repletos de folguedos e alegrias em outro.

Importa também observar que o lazer é responsável pelo desenvolvimento da cultura humana. Na concepção de Alexandre Lunardi²⁰:

Dentre outras funções sociais, o direito ao lazer é o responsável por proporcionar o desenvolvimento da cultura, seja na sua criação como no seu usufruto. O excesso de trabalho pela prestação de horas extras habituais, ou mesmo pela falta de liberdade em relação aos horários de trabalho, impede o convívio social e familiar, que são os campos nos quais a cultura é mais bem elaborada. As relações intersubjetivas proporcionam a criação e a manutenção daquilo que o direito denomina como patrimônio cultural.

¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 315.

²⁰ LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 82.

Aponta referido autor uma inter-relação entre o direito ao lazer e a jornada de trabalho, quando deixa consignado que: “A defesa do direito ao lazer muitas vezes se comunica com a necessidade da redução da jornada de trabalho (...)”, criando um modelo subjetivamente desejável para a vida humana²¹.

Portanto, o direito ao lazer é um direito constitucional expresso e necessário para o exercício de inúmeros outros direitos, não podendo o Poder Público negligenciar em dar-lhe efetividade. Sendo o Estado omissivo em regulamentar matérias tangentes ao mesmo, que o esteja tornando inviável, cabível é ao Judiciário determinar que o efetivo, mediante normas regulamentadoras, atendendo-se aos preceitos do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

5.2. O Mandado de Injunção como instrumento para efetivação do direito constitucional ao lazer dos militares

Deve ser lembrado que a chegada do Poder Político na cena do lazer se fez historicamente, sob a forma de legislações ou de proposições com efeitos diretos no lazer: legislação para a redução da jornada de trabalho, para licenças e férias²². A disponibilidade de tempo livre é essencial para o exercício desse direito constitucional²³, como bem assinala Lunardi²⁴:

Ao pensar em tempo livre, é possível dizer que somente garantindo sua existência é que se torna possível a efetivação de outros direitos. [...] O primeiro passo para a efetivação do direito ao lazer é a criação de tempo livre. Primeiro por ser a inconfundível antítese do trabalho, do tempo vinculado. Segundo por ser a forma mais simples de atender às necessidades individuais e da comunidade, pois permite ao indivíduo e ao grupo exercer o livre-arbítrio em relação às suas atividades de lazer.

Para os militares, porém, a Constituição não limitou a jornada de trabalho desses servidores, como o fez em relação aos demais cidadãos. Na verdade, des-

²¹ Idem. *Ibidem*, p. 54.

²² PRONOVOST, Gilles. **Introdução à Sociologia do lazer**. São Paulo: Senac, 2011, p. 111.

²³ Entende Alexandre Lunardi (Op. Cit., p. 116) que: “Busca-se, com o art. 6º da Constituição Federal, atingir tanto a eficácia jurídica como a eficácia social do direito ao lazer, contudo, para alcançar tais finalidades, é necessária uma produção legislativa e normativa na qual este direito seria melhor delimitado, estabelecendo, assim, as bases de garantia e de exigência e oponibilidade desse direito contra terceiros. Nesse ponto, percebe-se, portanto, que o direito ao lazer não se configura em uma norma constitucional auto-executável”.

²⁴ LUNARDI, Alexandre. Op. Cit., pp. 128-129.

tinou essa incumbência à norma infraconstitucional (art. 42, § 1º; art. 142, § 3º, X, da CF). No entanto, não há uma determinação expressa na CF para que o legislador limite a jornada de trabalho do militar. Não se pode olvidar, contudo, que o militar é uma pessoa humana e, como tal, não pode ser equiparada a um escravo²⁵ (art. 1º, III, da CF).²⁶ Também há de se observar que as normas internacionais mandam limitar, de forma genérica, a jornada de trabalho de toda pessoa humana, não fazendo qualquer ressalva em relação ao militar, conforme já exposto.

Por conseguinte, é possível defender que o direito à limitação da jornada de trabalho do militar está protegido pela legislação internacional e foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico, por força das ratificações. E, por esse prisma, é possível afirmar que o art. 142, § 3º, X, da CF, manda que o Estado legisle sobre os *direitos e outras situações especiais dos militares*, aí se incluindo, indubitavelmente, a limitação da jornada de trabalho.

Nesse diapasão, a limitação da jornada de trabalho do militar deve ser vista como a forma de tornar *viável o exercício* do direito constitucional ao lazer. O direito ao lazer, para se tornar fruível, demanda a necessidade de tempo livre, visto que o lazer é a antítese do trabalho. Logo, ao teor do art. 5º, LXXI, da CF, é possível exigir do Estado a elaboração de uma norma regulamentadora que limite a jornada de trabalho dos militares, não só porque a legislação internacional assim o determina, mas também porque essa lacuna está a inviabilizar o exercício de um direito constitucional expresso, qual seja, o direito ao lazer. Valendo lembrar que é dever do Estado incentivá-lo (art. 217, § 3º, da CF). Sendo assim, estando o lazer incluído no rol daqueles direitos concebidos como o “mínimo existencial”, cabe ao Poder Judiciário exigir dos demais poderes do Estado que viabilizem seu gozo pelos cidadãos, em verdadeiro prestígio à Constituição, atendo ao princípio da máxima efetividade.

E o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN) já teve a oportunidade de enfrentar a matéria aqui tratada, no entanto, concedeu a ordem

²⁵ Assim se pronunciou o Juiz Hélio do Valle Pereira: “Impossível sustentar, diga-se desde logo, que os militares não estejam submetidos a limites quanto à jornada de trabalho. A se defender que estariam desprovidos de tal proteção, seria defensável que ficariam integralmente à disposição da entidade - em regime equiparável somente à escravidão”. Sentença de primeiro grau confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC - 220397 SC - 2010.022039-7, Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Data de Julgamento: 24/05/2011, Primeira Câmara de Direito Público).

²⁶ Já decidiu o STF que: “Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem.” (RE 359444 / RJ. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJ 28-05-2004 PP-00007. EMENT VOL-02153-07 PP-01261).

injuncional por outros fundamentos jurídicos, cuja Ementa é a seguinte:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - POLICIAIS MILITARES - CARGA HORÁRIA DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - OMISÃO LEGISLATIVA - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA REGRA INSERTA NO ART. 19 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES CIVIS (LEI COMPLR Nº 122/94) ATÉ A EDIÇÃO DA NORMA ESPECÍFICA - RECONHECIMENTO DA MORA LEGISLATIVA E DETERMINAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA LACUNA - PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. 122. Reconhecida a lacuna na legislação estadual no que diz respeito à regulamentação da jornada de trabalho de policiais militares, é possível a concessão de mandado de injunção para assegurar ao impetrante o cumprimento da carga horária estabelecida no regime jurídico a que se submetem os servidores civis, até a edição da norma específica. (TJRN - MI 43881 RN 2010.004388-1, Relator: Juiz Nilson Cavalcanti (Convocado), Data de Julgamento: 22/09/2010, Tribunal Pleno)

Essa decisão foi a primeira do gênero na jurisprudência pátria, não encontrando precedentes nem nas decisões dos demais tribunais estaduais nem nas cortes superiores. Posteriormente, o TJRN também decidiu em favor de uma associação de policiais militares, estendendo a decisão para toda a categoria, ou seja, emprestando-lhe efeitos *erga omnes*.²⁷

Chamado a se pronunciar sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) negou a ordem injuncional pleiteada, sob o fundamento de que:²⁸

[...] A Constituição Federal e a Constituição do Estado do Paraná não estenderam aos militares o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (CF, art. 7.º, inc. XIII; CE, art. 34, inc. VII), tampouco lhes assegurou o direito à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (CF, art. 7.º, inc. XVI; CE, art. 34, inc. IX), não havendo falar em omissão legislativa que impeça o exercício de direito constitucionalmente garantido. [...]

Esta decisão, data máxima vênua, merece a seguinte ponderação inter-

²⁷ TJRN - 109165 RN 2010.010916-5, Relator: Juiz Nilson Cavalcanti (Convocado), Data de Julgamento: 25/07/2011, Tribunal Pleno.

²⁸ TJPR - 7253269 PR 0725326-9, Relator: Rabello Filho, Data de Julgamento: 06/05/2011, Órgão Especial, Data de Publicação: DJ: 633.

pretativa: se a Constituição tivesse previsto ela mesma a limitação da jornada de trabalho para os militares, essa regra (limitação) seria auto-executável, sendo o mandado de injunção, nesse caso, instrumento desnecessário e inadequado. Justamente porque a CF não previu esse direito expressamente é que ele se torna juridicamente possível de ser tutelado por meio de mandado de injunção. Isto porque a limitação da jornada de trabalho é pressuposto lógico para possibilitar o exercício do direito constitucional ao lazer, ou seja, sem se regulamentar a jornada de trabalho, não há como se *viabilizar* o direito constitucional ao lazer. Portanto, não serve o mandado de injunção para assegurar um direito constitucional auto-executável; nesse caso, pode-se lançar mão do mandado de segurança, mas não do mandado de injunção. Eis aí, com a máxima *vênia*, o erro de interpretação levado a cabo pelo TJPR em seu julgado.

Com efeito, deve-se interpretar que a CF deixou essa incumbência (tratar de direito, deveres e outras condições especiais dos militares) para a lei infraconstitucional (norma regulamentadora), levando-se em conta as peculiaridades da função militar (art. 142, § 3º, X). Desse modo, pode-se compreender que a Constituição, prevendo o *modus vivendi* dos militares e as peculiaridades da missão constitucional dos mesmos, deixou a cargo da lei a regulamentação da jornada de trabalho desses servidores.²⁹ Contudo, é da necessidade de se *viabilizar* o exercício do direito constitucional ao lazer que se obtém o objeto para o mandado de injunção. Visto que o mandado de injunção não visa a regulamentar um direito constitucional em si, mas, sim, trazer uma norma que torne viável e efetivo o exercício de um direito constitucionalmente previsto: são as normas regulamentadoras (de quaisquer espécies) o objeto do mandado de injunção e não o próprio direito constitucional. Sendo assim, cabe mandado de injunção para que se limite a jornada de trabalho do militar visando a tornar viável e efetivo o gozo do direito constitucional ao lazer.

Destarte, a limitação da jornada de trabalho do militar encontra amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que veda o tratamento da pessoa humana numa condição, análoga a de escravo (art. 5º, III, XLVII, “c”, da CF) e também nas normas internacionais que tratam de direitos humanos fundamentais. Entretanto, não é a limitação da jornada de trabalho para os militares um direito constitucional expresso. E, se assim o fosse, seria uma norma auto-aplicável, não cabendo mandado de injunção para seu amparo.

Por outro lado, o direito ao lazer é um direito constitucional expresso.

²⁹ Relembre-se que a limitação da jornada de trabalho é uma imposição feita pela legislação internacional já ratificada pelo Brasil.

E, para que se torne viável o exercício deste direito social, é necessário tempo livre, o que só é possível com a limitação da jornada de trabalho. Importa dizer, para que se torne viável o exercício do direito constitucional ao lazer para os militares, é necessário regulamentar o tempo vinculado (trabalho), a fim de possibilitar ao militar gozo do seu tempo livre (tempo não vinculado) no seio de sua família, amigos ou mesmo entregando-se à ociosidade, renovando suas forças para retornar, novamente, ao labor e desempenhar com eficiência suas atribuições constitucionais. E, para alcançar essa finalidade, é possível ao Judiciário compelir os demais poderes do Estado a regulamentarem a jornada de trabalho a ser aplicável aos militares, sendo instrumento constitucional e adequado para isso o mandado de injunção.

6. CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, pode-se concluir que a limitação da jornada de trabalho humano é uma aspiração antiga, que ganhou força juntamente com a Revolução Industrial, sendo também preocupação da Igreja.

A finalidade do mandado de injunção é tornar viável um direito ou uma liberdade constitucional, ou mesmo as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso não significa dizer que o mandado de injunção tem como propósito regulamentar o próprio direito previsto na CF, pois a finalidade da norma regulamentadora é outra, qual seja, tornar viável o exercício efetivo de um direito constitucionalmente previsto, não regulamentá-lo.

O militar deve ser visto como pessoa humana, autonomamente considerada em seu ser e cujas singularidades precisam encontrar um ambiente de aceitação num contexto social atual. Também deve o militar ser visto como sujeito de direitos, cuja proteção constitucional torna intangível a violação a sua dignidade. Sendo oportuno, ressaltar, outrossim, que há uma determinação da legislação internacional que trata sobre direitos humanos no sentido de que se limite a jornada de trabalho de toda pessoa humana, não estando o militar fora desse conceito.

Portanto, o mandado de injunção é instrumento constitucional correto para limitar a jornada de trabalho dos militares, mediante norma regulamentadora, com a finalidade de viabilizar a esses servidores o direito constitucional ao lazer, cuja essência, *prima facie*, demonstra a evidente necessidade de tempo livre para efetivá-lo, tendo em vista ser este a antítese do trabalho. Ou seja, tempo livre para o lazer se contrapõe ao tempo vinculado para o trabalho. Sem essa compreensão, o direito constitucional ao lazer dos militares permanecerá inviabilizado para os mes-

mos, pois aquele que não dispõe de tempo livre para gozá-lo no seio de sua família, amigos ou mesmo entregando-se à ociosidade, não pode ser considerado no pleno gozo do exercício do direito social ao lazer. Vale dizer, o militar não pode mais ser visto como um escravo nas “senzalas” do quartel trabalhando de “sol a lua e de lua a sol”! Advirta-se, a aparente blindagem da farda esconde, por detrás, uma frágil e sensível carcaça humana, carecida dos mais simples e sublimes desejos, entre os quais o de poder desfrutar do lazer com seus entes queridos e também em prol do seu próprio corpo. O que só é alcançável com a criação de tempo livre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs). **Dignidade da pessoa humana: Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007.

CALVET, Otávio Amaral. **O Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22. Disponível em <<http://www.unibrasil.com.br>>. Acesso em 15.02.2007.

KANT, Immanuel (trad. Leopoldo Holzbach). **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.65.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5º vol., 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed., São Paulo; LTR, 2009.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed., São Paulo: RT, 2004.

PRONOVOST, Gilles. **Introdução à Sociologia do lazer**. São Paulo: Senac, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

TZU, Sun. **A arte da guerra**: por uma estratégia perfeita. Trad. Heloisa Sarzana Pugliesi; Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2010.

O DIREITO PENAL, CAPITALISMO E ESTADO: REFLEXÕES CRÍTICAS

CRIMINAL LAW, CAPITALISM AND STATE: CRITICAL REFLECTIONS

Josué Justino do Rio*

Data de recebimento: 19/03/2012

Data de aprovação: 03/05/2012

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise crítica do direito penal e do Estado moderno a partir de aspectos econômicos e sociais. O marco histórico mais relevante decorreu da consolidação dos meios de produção capitalista e com a difusão das ideias iluministas, em que o direito penal sofreu profundas modificações, pois, diante das novas formas de sociabilidade, não se admitia mais punições como as ocorridas no sistema feudal. O direito penal, portanto, foi obrigado a se adaptar às novas concepções jurídicas, políticas e sociais. Com efeito, é impossível uma reflexão acerca do direito penal sem contextualizá-lo com o Estado, tendo em vista que é, por meio deste último, com todo o seu aparato judicial, que aquele se legitima. O sistema econômico vigente é um importante fator de reflexão dentro do contexto da criminalidade, principalmente com o avanço das políticas neoliberais e da globalização. Os aspectos econômicos e políticos, aliados à atuação mínima do Estado nas questões sociais e máximas para o capital, têm contribuindo fortemente para a expansão do Estado penal.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; Estado; Capitalismo; Globalização.

* Bacharel em Direito pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro "Victório Cardassi". Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

ABSTRACT

This article aims to make a critical analysis of criminal law and the modern state from economic and social aspects. The most important milestone resulted from the consolidation of the capitalist means of production and the diffusion of Enlightenment ideas in the criminal law has undergone profound changes since before the new forms of sociability, not more punishment admitted which occurred in the feudal system . The criminal law thus was forced to adapt to new legal concepts, political and social. It is impossible for a reflection on the criminal law without contextualizing it with the State in order that by the latter, with all its judicial system, that this is legitimate. The current economic system is an important factor for consideration within the context of crime, especially with the advance of neoliberal policies and globalization. The economic and political aspects, combined with the minimal state action in social and maximum capital, have strongly contributed to the expansion of the penal state.

KEYWORDS

Criminal Law; State; Capitalism; Globalization.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, fazer uma análise crítica e reflexiva do direito penal e do Estado moderno com suas sofisticadas estruturas jurídicas. Para isso, entretanto, será feita, inicialmente, uma abordagem acerca do surgimento do capitalismo e de sua influência tanto no pensamento quanto no desenvolvimento da legislação penal, principalmente devido à consolidação das novas formas de produção e condições de sociabilidade.

Embora a evolução socioeconômica em vários períodos históricos tenha influenciado na aplicação do direito penal, é com a consolidação dos meios de produção capitalista que ele mostra-se mais racional e sua ideologia está em assegurar os interesses econômicos por meio da repressão.

Em seguida, analisar-se-á a figura do Estado como instituição jurídica, que, com a tomada do poder pela burguesia, passou a ser utilizado como forma de garantir os interesses da nova classe em ascensão. A partir desse momento, surgiu a necessidade de o Estado assegurar a livre circulação mercantil e, diante das desigualdades sociais, reprimir condutas criminosas que atentassem contra os interesses da classe dominante. O Direito Penal passa a ser utilizado como uma espécie de instrumento de contenção das classes subalternas.

Com a globalização, principalmente com o fim da União Soviética, a criação de blocos econômicos, por meio da nova dinâmica do capitalismo, e a pressão exercida sobre os Estados, a fim de reduzirem seus gastos com políticas públicas, surgiu uma nova modalidade criminosa, que não fica retida apenas no interior de cada um dos países do globo, mas que ultrapassa fronteiras, como ocorre nos crimes de tráfico ilícito de drogas e de pessoas, na formação de organizações criminosas, terrorismo, etc. A difusão do medo mediante o terrorismo, aliás, em que pessoas inocentes são mortas ou feridas muitas vezes por convicções de grupos extremistas, tem levado o Estado moderno a utilizar-se do Direito Penal, também fazendo uso do medo, como um instrumento de repressão da criminalidade, mesmo que, para isso, tenha de violar direitos fundamentais.

2. DIREITO PENAL E CAPITALISMO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes de iniciar a análise acerca do capitalismo e de sua influência sobre o direito penal, é importante tecer algumas considerações a respeito do sistema feudal, caracterizado, principalmente, pela produção agrícola e a relação de mão-de-obra

dependente ocorridas no interior dos domínios. Cabe ressaltar, no entanto, que, embora a mão-de-obra fosse predominantemente servil, ela não era especificamente escravocrata.

Contudo, a partir do século XIV, as condições de sociabilidade passaram por profundas transformações. A grave crise agrária¹, que atingiu grande parte da Europa, somada às guerras² constantes e à crise demográfica provocada pela epidemia da *Peste Negra* foram fatores que culminaram com o colapso do sistema feudal e direcionaram o mundo para novas perspectivas.

Até meados do século XV, a pena de morte e a mutilação eram usadas apenas em casos extremos, pois se tratavam de medidas suplementares ao sistema de fianças, mas que, a partir desse instante, tinham passado a ser aplicadas frequentemente. A pena de morte adquiria novos significados, isto é, não era utilizada apenas como instrumento de repressão a crimes mais graves, mas também para tirar de circulação indivíduos ditos perigosos³. Os métodos de execução, então, tornaram-se ainda mais cruéis:

As autoridades estavam constantemente inventando novas maneiras de fazer com que a pena fosse mais dolorosa. A substituição das diversas formas de mutilação pela pena de morte dificilmente pode ser vista como uma medida atenuante, já que a mutilação servia geralmente para identificar os criminosos, com o mesmo sentido dos modernos arquivos criminais. Entre as mutilações, encontramos a perda das mãos, de todos os dedos ou das falanges, cortes ou extração de língua, olhos, danos aos ouvidos e castração. A par do sofrimento envolvido, era muito difícil para qualquer um punido desta maneira, achar um emprego honesto novamente. Ele seria forçado a voltar para o caminho do crime e acabaria vítima de uma medida da lei mais dura. Muitas vezes a mutilação produzia um arremedo de homem, e frequentemente provocava a morte da vítima. Quando a lei prescrevia somente a mutilação, entretanto, um desfecho fatal era registrado como “causa natural”⁴.

¹ A crise agrária foi um dos fatores que determinaram a **grande depressão na Baixa Idade Média**. Franco Júnior, citando Georges Duby, sustentava que a agricultura era desenvolvida em condições climáticas não muito favoráveis e em solos muitas vezes medíocres ou já esgotados devido a práticas agrárias primitivas, o que influenciava diretamente a produção do trigo, fazendo com que esta apresentasse sempre fortes irregularidades. FRANCO JUNIOR, Hilário; CHACON, Paulo Pan. **História econômica geral**. São Paulo: Editora Atlas, 1986, p. 81.

² Cite-se a Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra.

³ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 31.

⁴ Idem. *Ibidem*, 2004, p. 38.

Na mesma linha de raciocínio, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães:

Em grande parte da Idade Média, desde que se iniciou a desagregação da economia natural, a intensificação consecutiva da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e os problemas políticos advindos de tal situação, a justiça penal se transformou em um meio de repressão impiedoso e brutal, voltando suas forças quase que exclusivamente contra os camponeses revoltados com a situação de penúria crescente, mendigos, prostitutas e demais componentes das classes menos favorecidas.⁵

O aumento da população urbana e a consolidação dos novos meios de produção, somada à opressão dos trabalhadores assalariados e à intensificação dos conflitos sociais, em Flandres, no norte da Itália, na Toscana e no norte da Alemanha, foram fatores que levaram à criação de leis penais mais duras, dirigidas, sobretudo, às classes mais pobres⁶. O aumento da criminalidade entre os setores do proletariado, principalmente nas grandes cidades, fez com que as classes dirigentes buscassem métodos mais eficazes na administração da lei penal⁷.

A tomada do poder pela burguesia influenciou o pensamento ideológico do Direito Penal e das punições. Com efeito, nos fins do século XVI, as punições sofreram profundas mudanças, pois a exploração do trabalho dos presos passou a ser vista como fonte de suprimento da força de trabalho das classes detentoras do poder econômico, mediante o uso de mão-de-obra escrava nas galés, bem como da servidão por meio de trabalhos forçados e da deportação.

Embora a utilização da mão-de-obra dos criminosos nas galés tenha persistido até meados do século XVIII, ela mostrou-se indispensável, principalmente nos fins de século XV, tendo em vista a necessidade de remadores em virtude das guerras navais do mediterrâneo, entre as potências cristãs e maometanas⁸, o que incentivou o recrutamento de remadores dentre os prisioneiros⁹. É importante ressaltar que o

⁵ GUIMARÃES, Cláudio **Alberto**. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63.

⁶ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 44.

⁷ Idem. *Ibidem*, p. 31.

⁸ Idem. *Ibidem*, p. 83.

⁹ Segundo Rusche e Kirchheimer, "o número de homens necessários para um só navio era muito grande, entre 350 para as galés grandes, chamadas *galéasse*, e 180 para os barcos menores. Decretos de Carlos V e Felipe II da Espanha introduziram esta forma de punição para a maioria dos malfeitores, assim como para mendigos

uso das galés com objetivos punitivos não restringia-se a fins meramente penais, mas fundava-se, acima de tudo, em interesses econômicos.

A deportação de criminosos como método de punição era outra forma de se utilizar a mão-de-obra dos condenados, sobretudo devido à expansão colonial que ocorria naquele período. Consigne-se, ademais, que a utilização do trabalho de delinquentes condenados, além de suprir as necessidades das colônias, não ocasionaria nenhum prejuízo às metrópoles. A Inglaterra teria sido o primeiro país europeu a introduzir a deportação como método de punição¹⁰. Rusche e Kirchheimer citam um exemplo espanhol, em que o governador Dole, da Virgínia, em 1611, escreveu ao rei solicitando prisioneiros condenados à morte para serem mandados às colônias pelo período de três anos, pois seria uma forma interessante de povoá-las¹¹.

O *Vagrancy Act*, de 1597, legalizou a deportação pela primeira vez, prevendo que “esses arruaceiros, que não devem deixar em liberdade, precisam ser banidos para fora do reino e de seus domínios, devendo ser enviados às regiões do Ultramar designadas de agora em diante para este fim pelo *Private Counsell*. Uma massa de malfeitores era esporadicamente transferida para a Virgínia desde a fundação da colônia, em 1606. Uma ordenação do Conselho de 1617 garantia a suspensão da execução daquelas pessoas condenadas por roubo e por crimes graves que tivessem bastante força para serem empregadas em serviços no Além-mar. Este decreto assemelha-se à ordenação de Luiz XIV e ao decreto de Margarida de Parma sobre a comutação da sentença de morte para servidão nas galés, de forma que alerta para a consideração da força física antes de permitir a comutação. Este decreto também mencionava a recuperação do prisioneiro como um objetivo, mas isto não tinha nenhum sentido, pois seria preciso admitir que somente os criminosos fortes ou dotados de habilidades especiais eram capazes de reabilitação. A não ser que supuséssemos que o autor do decreto houvesse formulado uma teoria tão radical que considerasse como única prova de capacidade para reabilitação a possibilidade de “serviços lucrativos para a *Commonwealth* no exterior”. A comutação da sentença

e vagabundos. Um édito de Margarida de Parma organizava caçadas aos vagabundos nos Países Baixos, requeridas por Felipe II, que estava impossibilitado de procurar grandes tripulações para suas galés. Esta prática era largamente difundida na França desde o século XVI. Em 1771, quando Jousé escreveu o seu *Traité de la justice criminelle en France*, a servidão nas galés era a punição para falsários, ladrões sentenciados pela segunda vez e mendigos pela terceira, entre outros”. 2004, pp. 83-84.

¹⁰ Idem. *Ibidem*, pp. 89-90.

¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 91.

para deportação era lucrativa para juízes e clérigos implicados, e pelo menos 4.431 prisioneiros foram “beneficiados” entre 1655 e 1699¹².

Doutro lado, a exploração da força de trabalho do condenado, embora já existisse na sociedade antiga e tenha perdurado até os tempos medievais, passou a fazer parte do sistema penal como meio de punição com o surgimento das casas de correção manufatureiras, cujas finalidades não eram a recuperação do delinquente, mas sim fazer o uso da sua força de trabalho com objetivos econômicos. A tendência nesse período foi substituir as penas corporais por trabalhos forçados “e de se aplicar somente aqueles métodos que ‘infligissem a um homem o máximo de sofrimento possível sem que se lhe fizesse o mais leve ferimento em seu corpo’”¹³.

A consolidação do sistema capitalista e a difusão das ideias iluministas influenciaram diretamente a criação das leis penais e a aplicação de penas menos degradantes, tendo em vista que não interessava à classe detentora dos meios de produção manter o corpo de delinquente como meio de punição. Isso ficou evidente com a Revolução Francesa – que, diga-se de passagem, foi uma revolução com ideais burgueses – e o advento da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que garantiu direitos fundamentais que se encontram previstos, inclusive, em outros documentos internacionais – como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – e legislações internas de diversos Estados democráticos de direito.

Montesquieu, pensador *iluminista*, defendia que as penas deveriam ser aplicadas de maneira proporcional à gravidade do crime, conforme se constata em uma das passagens de seu *Do espírito das leis*:

É essencial que as penas estejam relacionadas em harmonia uma com as outras, porque, do mesmo modo, é essencial que se evite antes um grande crime do que um menor; aquilo que prejudica mais a sociedade, antes do que aquilo que prejudica menos. [...] É um grande mal, entre nós, a mesma, pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas”¹⁴.

¹²RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, pp. 91-92.

¹³Idem. *Ibidem*, p. 101.

¹⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 103.

Beccaria seguia pelo mesmo caminho, apregoando a proporcionalidade entre pena e crime. Em seu célebre *Dos delitos e das penas*, quando tratou da pena de morte, Beccaria dizia que “uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime”¹⁵.

Contudo, com a Revolução Industrial, a ideologia iluminista, fundada na humanização do Direito Penal, sofreu um duro golpe, pois a situação política e econômica, somada aos novos métodos de criminalidade, deixava ainda mais evidente o conflito de classes¹⁶. As casas de correção, que tinham sido fonte de obtenção de lucros pelo uso da mão-de-obra dos presos tempos atrás, transformaram-se em “depósitos humanos imundos, no qual o trabalho ainda realizado era utilizado como forma de aumentar o sofrimento, transformando as casas de trabalho em casas de terror”¹⁷.

Sublinhe-se, ademais, que as casas de correção nasceram numa época em que as condições de sociabilidade eram favoráveis à classe proletária, porém essa situação havia se modificado, pois os proprietários de fábricas, na assertiva de Rusche e Kirchheimer, “não mais necessitavam ‘laçar’ homens”, mas, pelo contrário, “os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego”¹⁸.

Em face das circunstâncias postas à mostra, refletir sobre o papel do Estado na sociedade moderna e sua relação com o direito penal sob o prisma econômico é indispensável. É o que será abordado no tópico a seguir.

3. ESTADO E DIREITO PENAL NA ORDEM CAPITALISTA

O Estado como instituição moderna e sofisticada surgiu da necessidade da classe burguesa manter o poder político e econômico, já que a população precisava adaptar-se ao novo modelo de produção, em que a busca pelos lucros havia se tornado objetivo primordial¹⁹. Na visão de Engels, o Estado nasceu com o objetivo de se

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2004, p. 54.

¹⁶ GUIMARÃES, Cláudio Alberto. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

¹⁷ Idem. *Ibidem*, p. 170.

¹⁸ Idem. *Ibidem*, p. 126.

¹⁹ Embora tenha-se optado analisar o surgimento do Estado a partir de aspectos econômicos, é importante assinalar que existem outras teorias que procuram explicar o seu nascimento, como as que defendem a sua formação *natural* ou espontânea. Há ainda as teorias *contratualistas*, que sustentam que o Estado surgiu da vontade de alguns homens, bem como as que buscam fundamentar a origem do Estado na *família* ou *nos atos de força, de violência ou de conquistas*. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

conter os conflitos existentes entre as classes sociais²⁰.

Engels, aliás, ao contrário do que defendia Hegel – para quem o Estado é um poder que nasce fora da sociedade –, sustenta que o Estado é um produto da própria sociedade civil, por ter chegado a um determinado estágio de seu desenvolvimento, e mais, pelo reconhecimento de que ela está em contradição consigo mesma.

O Estado é, antes, um produto da sociedade, quando essa chega a um determinado grau de desenvolvimento. É o reconhecimento de que essa sociedade está enredada num irremediável contradição com ela própria, que está dividida em oposições inconciliáveis de que ela não é capaz de se livrar. Mas para que essas oposições, classes com interesses econômicos em conflito não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, tornou-se necessário um poder situado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Esse poder, surgido da sociedade, mas que se coloca acima dela e que se aliena cada vez mais dela, é o Estado.²¹

Com a consolidação do sistema capitalista, o Estado passa a exercer um papel muito mais importante, já que a burguesia necessitava de que um terceiro forte o bastante pudesse, além de garantir a execução dos contratos mercantis, reprimir toda a criminalidade que viesse a ocorrer nessa sociedade, mas a partir de uma perspectiva diferente da adotada no sistema feudal.

Não obstante, o direito penal, como não poderia ser diferente, nos seus diversos períodos históricos, teve de adaptar-se ao modelo de Estado adotado pelos que detinham o poder político. No Estado absolutista, por exemplo, o direito penal era utilizado como forma de repressão, por meio da aplicação de penas cruéis, com a finalidade de manter-se a segurança do soberano ou monarca. Na sociedade capitalista, o direito penal passou ser moldado de acordo com os interesses econômicos e políticos da burguesia – com a diminuição ou até mesmo a abolição das penas capitais –, já que não interessava aos novos meios de produção manter o corpo do condenado como meio de punição.

A sofisticação do Estado moderno permitiu e permite a estigmatização dos estratos sociais, mantendo as desigualdades entre seus integrantes e garantindo a livre circulação de mercadorias. Entretanto, para garantir a tranquilidade social, o Estado é um ator importante na repressão penal.

²¹ Idem. *Ibidem*, p. 184.

O Estado nada mais é senão uma organização instituída pela sociedade civilizada, que tanto nos períodos antigos quanto nos atuais, é o “Estado da classe dominante”²², encontrando-se no direito a sua ordem legitimadora. No capitalismo, o direito, seja penal ou não, legitima-se a partir do Estado e de suas instituições jurídicas como, por exemplo, o Poder Judiciário. Na lição de Márcio Bilharinho, é “na esfera da circulação das mercadorias que podemos desvendar o segredo do Estado e das formas políticas burguesas”²³.

Após a primeira grande Guerra Mundial e a maior crise que o capitalismo já assistiu, qual seja, a crise de 1929, as condições econômicas da população europeia foram drasticamente afetadas em virtude do aumento do número de desempregados, principalmente na Itália e na Alemanha. A saída encontrada pela Itália, por exemplo, para solucionar a crise econômica, foi a adoção do *fascismo*, tendo em vista “o processo de agitação política e os movimentos operários que deixavam a grande burguesia apavorada”²⁴.

A burguesia italiana, ficando assustada diante da possibilidade da Itália se transformar num outro Estado socialista, precisava fazer alguma coisa, pois o governo liberal do primeiro-ministro Giolitti não tomava as devidas providências. Assim é que a burguesia italiana ficou satisfeita com Mussolini e seu Partido Fascista. Não só a burguesia ficou satisfeita, mas também elementos ligados ao rei Vitor Emanuel III e aos altos escalões do exército.²⁵

A Alemanha, por seu turno, adotou o *nazismo* como solução para a crise do capitalismo, pois a miséria entre a população difundia-se cada vez mais, resultando na multiplicação das greves em diversos setores e no aumento da criminalidade. Rusche e Kirchheimer retratam muito bem esse período:

Os efeitos do crescimento do crime sobre a política penal são mais visíveis na Alemanha, país onde a crise foi mais severa, e no qual a redução dos salários e o desemprego propiciaram um declínio acentuado no nível de vida de amplos os setores da população. Durante a crise, as prisões alemãs ficaram lotadas pela primeira vez em muitos anos. A administração mal pôde acomodar este afluxo,

²² Idem. *Ibidem*, p. 190.

²³ NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 79.

²⁴ Pedro, Antonio; Cáceres, Florisval. **História Geral**. São Paulo: Editora Moderna, 1982, p. 311.

²⁵ Idem. *Ibidem*, p. 311.

especialmente porque muitas instituições obsoletas foram abandonadas durante os anos de crescimento, quando o número de crimes e de condenações tinha sido comparativamente baixo. A crise também tornou cada vez mais difícil encontrar trabalho para os presos. As condições carcerárias automaticamente se deterioraram com o resultado desses dois fatores, sem qualquer esforço consciente por parte da administração.²⁶

A burguesia alemã, assim com a italiana, temia o socialismo²⁷. Com efeito, a consolidação da ditadura nazista, representada por Adolf Hitler, por ser um regime que não atendia aos anseios da população, beneficiou somente as classes mais altas da burguesia. Hitler tinha consciência de que era imprescindível o uso simultâneo da propaganda e da violência para a manutenção do regime ditatorial. A violência, aliás, tinha como objetivo:

[...] acabar com todo e qualquer elemento que pudesse ser um líder, em esmagar qualquer elemento que pensasse, pois poderia representar um perigo para o nazismo, em trucidar todos os elementos de esquerda que tivessem qualquer vínculo com os movimentos operários, em perseguir os judeus, que se transformaram num bode expiatório para desviar a atenção do povo.²⁸

Rusche e Kirchheimer acentuam que o “nacional-socialismo projetou um novo sistema, no qual os elementos de uma doutrina racista, biologista determinista, foram associados aos princípios retaliatórios da teoria penal alemã clássica”²⁹. Logo, “as garantias da lei substantiva e processual, em nome das quais os teóricos lutaram contra os reformadores, tinham sido completamente destruídas”³⁰. Os autores ainda anotam que:

O aspecto mais chocante do novo sistema penal é o retorno da pena capital. Ela é frequentemente aplicada contra os oponentes políticos pelo tão falado Tribunal do Povo, um órgão administrativo, e está se tornando cada vez mais comum na prática

²⁶ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 241.

²⁷ Pedro, Antonio; Cáceres, Florisval. **História Geral**. São Paulo: Editora Moderna, 1982, p. 313.

²⁸ Idem. *Ibdem*, p. 314-315.

²⁹ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 248.

³⁰ Idem. *Ibdem*, p. 248.

criminal ordinária, embora se faça pouco esforço para providenciar-lhe uma justificativa teórica. Um teórico já anunciou: “A necessidade de mantê-la no Estado nacional-socialista não requer qualquer defesa. A pena de morte é expressão da dominação do todo sobre o individual (...)”. O argumento de que a pena capital se justifica por seus efeitos dissuasivos volta e meia vem à baila, mas as estatísticas criminais não são muito conclusivas.³¹

Noutro giro, é fato que as duas grandes Guerras Mundiais mostraram a todos os seus lados mais cruéis, com a eliminação em massa de milhões de pessoas inocentes que não pertenciam às classes privilegiadas. Segundo Cláudio Alberto Guimarães,

A neutralização pela via da inocuidade ou eliminação de grandes contingentes de pessoas que não pertenciam aos estratos superiores da sociedade deu a tônica de tal período da história do capitalismo, mais precisamente entre o final da Revolução Industrial – por volta do ano de 1860 – e o final da Segunda Guerra Mundial – por volta de 1945 –, ora com preponderância sobre os proletários, ora sobre dissidentes políticos, quando ambos não logravam pertencer a ambas as categorias.

Entretanto, do mesmo modo que na passagem da pena de morte e dos suplícios corporais para a pena privativa de liberdade – em que tal transição se deu em razão da total impossibilidade de se fundamentar o novo discurso do poder na esfera do controle social punitivo com tais tipos de punição –, quando do advento do Estado-social, no qual o sistema de produção capitalista já estava a produzir exclusão social, já não se podia sustentar o discurso de punição pela via da neutralização impiedosa – total ou parcial – de grandes contingentes de trabalhadores desempregados.

[...] Os excessos do Direito Penal no período beligerante mundial já tinham produzido vítimas suficientes, não se podia mais incapacitar nem matar em nome do Estado³².

Após Segunda Guerra Mundial, devido aos problemas sociais ocasionados com o processo de industrialização, houve uma expansão do Estado do bem-estar-social ou *Welfare State*, mediante políticas direcionadas à ampliação e prestação de serviços sociais, como previdência social e habitação. Esse Estado, porém, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais, passou a intervir na economia, visando, com isso, a assegurar a produção de riquezas. Paulo Bonavides, com

³¹ Idem. *Ibidem*, p. 249.

³² Idem. *Ibidem*, p. 208

muita propriedade, assim descreve o Estado social:

É Estado social onde o Estado avulta menos e a sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico. Estado liberal, Estado socialista, Estado social com hegemonia da Sociedade e máxima abstenção possível do Estado – eis o largo painel ou trajetória de institucionalização do poder em sucessivos quadros e modelos de vivência histórica comprovada ou em curso, segundo escala indubitavelmente qualitativa no que toca ao exercício real da liberdade.³³

A crise do *welfare state* e o avanço do Estado penal tornaram-se realidade, principalmente em decorrência do aumento dos índices de criminalidade entre os indivíduos pertencentes às classes subalternas. A falta de políticas públicas em locais onde o Estado mostra-se ineficiente permite que grupos criminosos supram, muitas vezes, por meio do medo, esta deficiência³⁴. Na assertiva de José Paulo Netto,

[...] a crise do Estado de bem-estar-social não se reduz ao esgotamento daquele complexo processo que, na concepção simplificadora de Przeworski, aparece como um *compromisso de classes*. Ela é a expressão de algo muito mais fundamental (que o estudioso da social-democracia recupera, mas sem aprofundar com a consequência necessária): a *curva decrescente* da eficácia econômico-social da ordem do capital.³⁵

A penalização, nesse contexto, torna-se uma técnica sofisticada com a finalidade de manter a invisibilidade dos problemas sociais enfrentados pelo Estado moderno, fazendo da prisão, na lição de Loïc Wacquant, a “lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado”³⁶.

³³ BONAVIDES *apud* GUIMARÃES. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 195.

³⁴ Cite-se a experiência brasileira no estado do Rio de Janeiro, onde a ausência de políticas públicas fez com que grupos criminosos atuassem no lugar do Estado, disseminando o medo e a corrupção.

³⁵ NETTO, José Paulo. **Crise do socialismo e ofensiva neoliberal**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 69.

³⁶ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

Demais disto, Anthony Giddens, numa importante constatação, sustenta que “o monopólio bem-sucedido dos meios de violência por parte dos estados modernos repousa sobre a manutenção secular de novos códigos de lei criminal, mais o controle supervisorio de ‘desvios’”³⁷.

4. DIREITO PENAL E ESTADO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

Com fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS – e o encerramento da Guerra Fria, em dezembro 1991, o mundo passou por novas transformações políticas e econômicas. O estímulo à criação de blocos econômicos como o G7³⁸ – cujos integrantes eram Estados Unidos da América, Canadá, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Japão, os países então mais ricos do Globo –, permitiu dar-se ao capitalismo uma dinâmica jamais vista, mesmo porque grande parte das empresas transnacionais tinha suas bases nesses países.

Os efeitos colaterais provocados pelas políticas neoliberais aliadas à globalização³⁹, decorrentes, sobretudo, da pressão exercida sobre o Estado, a fim de reduzir os gastos destinados a políticas públicas, foram inevitáveis e influenciaram diretamente o aumento das desigualdades sociais e da criminalidade. Nos Estados Unidos, a estigmatização das classes subalternas mediante políticas de criminalização de negros, pobres e latino-americanos, passou a fazer parte da política repressiva estadunidense. Na assertiva de Loïc Wacquant, analisando a política criminal norte-americana:

³⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1991, p.65.

³⁸ Posteriormente, com a evolução do capitalismo e com a inclusão da Rússia, ex-União Soviética, o grupo passou a ser denominado G8.

³⁹ A globalização, segundo Anthony Giddens, pode ser definida “como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. Assim, quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores – tais como dinheiro mundial e mercados de bens – operando a uma distância indefinida da vizinhança em questão. O resultado não é necessariamente, ou mesmo usualmente, um conjunto generalizado de mudanças atuando numa direção uniforme, mas consiste em tendências mutuamente opostas. A prosperidade crescente de uma área urbana em Singapura pode ter suas causas relacionadas, via uma complicada rede de laços econômicos globais, ao empobrecimento de uma vizinhança em Pittsburgh cujos produtos locais são competitivos nos mercados mundiais”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1991, pp. 69-70.

O desdobramento dessa *política estatal de criminalização das consequências da pobreza patrocinada pelo Estado* opera de acordo com duas modalidades principais. A primeira, e menos visível, salvo para os diretamente afetados por ela, consiste em *reorganizar os serviços sociais em instrumento de vigilância* e controle das categorias indóceis à nova ordem econômica e moral. É testemunha disso a onda de reformas voltadas entre 1988 e 1995 na esteira do *Family Support Act* por cerca de 36 estados que restringiram o acesso à ajuda pública e o condicionaram à adoção de certas normas de conduta (econômica, sexual, familiar, educativa, etc.) e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas e humilhantes. As mais comuns dessas exigências estipulam que o beneficiário deve aceitar qualquer emprego ou atividade semelhante que for proposta, quaisquer que sejam a remuneração e as condições de trabalho, sob pena de ter de abrir mão do seu direito à assistência (*workfare*). Outras moldam a ajuda às famílias em função da assiduidade escolar de seus filhos ou do adolescente beneficiário (*learnfare*) ou da inscrição deles em pseudoprogramas de treinamento, que oferecem poucas ou mesmo nenhuma qualificação e perspectiva de emprego. Outras, enfim, fixam um teto no auxílio em dinheiro ou estabelecem uma duração máxima, depois da qual nenhuma ajuda será concedida. [...].⁴⁰

O agravamento das condições de sociabilidade no interior tanto dos países desenvolvidos quanto dos subdesenvolvidos tem-se mostrado cruel, uma vez que as desigualdades sociais entre os que possuem muita riqueza e os que vivem em miséria absoluta são cada vez mais evidentes. Com efeito, é característica do capitalismo globalizado manter o atual quadro de miséria e criminalidade na maioria dos países do globo terrestre.

A contextualização duma minoria que acumula a maior parte da riqueza e uma maioria que quase nada possui fez aumentar os índices de criminalidade, especialmente nos locais onde o Estado-providência mostra-se deficitário. Não obstante, é o mercado que determina os rumos do Estado moderno na contenção da criminalidade, de modo que este Estado não venha prejudicar a funcionalidade do sistema capitalista. Alessandro Baratta, aliás, em um dos trechos de sua obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, constata que:

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios

⁴⁰ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 111.

interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra *os comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista, às quais a própria sociologia *liberal* não raramente tem reportado os fenômenos da “criminalidade”. Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia, etc.), mas socialmente muito mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido. Realmente, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mercados de criminalização. As estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. Por outro lado, a mesma estatística mostra que 80% dos delitos perseguidos nestes países são delitos contra a propriedade. Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição de riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio.⁴¹

A globalização, em certa medida, influenciou diretamente na evolução da criminalidade com o surgimento de novas práticas delituosas, tais como crimes contra o sistema financeiro, tráfico ilícito de drogas e de pessoas, crimes fiscais, terrorismo, dentre outros, que não ficam restritos apenas a um Estado, mas que ultrapassam fronteiras. O combate ao terrorismo, em especial, tem despertado interesse maior nos países desenvolvidos, principalmente nos EUA, logo após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, que atingiu, além do Pentágono, centro militar estadunidense, as chamadas Torres Gêmeas, símbolo do capitalismo contemporâneo. Tal constatação decorre da aprovação da Lei Patriota (*USA Patriot ACT*), em 26 de outubro de 2001, que deu poderes especiais à polícia americana em face da sociedade civil.

Tem-se que, em virtude do atual estágio de desenvolvimento do capitalismo, houve uma hipertrofia do Estado Penal em contraposição à atuação mínima do

⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto de Criminologia, 2002, pp. 197-198.

Estado Social, com o objetivo específico de manter o conformismo das classes menos favorecidas por meio da difusão do medo, haja vista que, dessa forma, estar-se-á preservando o sistema mercadológico.

A sofisticação da criminalidade organizada, especializada na lavagem de dinheiro, tráfico ilícito de drogas e de pessoas é fruto também da globalização, pois, assim como o mercado, as atividades criminosas também estão em constante evolução. A globalização da criminalidade tem sido inevitável, o que tem levado os Estados a buscarem soluções no direito penal, mesmo que para isso seja necessário violar ou restringir direitos fundamentais.

Todo o processo de globalização aliado à percepção de insegurança na sociedade moderna tem despertado a falsa ideia de que, por meio do direito penal, se alcançará a paz social, mesmo que para isso tenha de fazer do criminoso um inimigo do Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprе salientar que se procurou estabelecer neste artigo, mesmo que de maneira concisa, reflexões acerca do Direito Penal e sua inter-relação com os aspectos econômicos e sociais de cada momento histórico. Nota-se que a consolidação dos meios de produção capitalista e o surgimento das ideias iluministas influenciaram tanto a criação quanto a aplicação do direito penal, forçando-o a adaptar-se às formas de sociabilidade modernas.

Restou demonstrado, ainda, que o Estado, por meio de todo o seu aparato judicial, exerce um papel fundamental na concretização das desigualdades sociais, ao aplicar esse direito penal que, na atualidade, assume seu viés capitalista. Além do que o Estado legitima a aplicação de um direito penal destinado a conter, em especial, as classes subalternas, uma vez que os crimes, em sua grande maioria, são praticados, em tese, por indivíduos que vivem à margem da sociedade de consumo.

Mostrou-se, por derradeiro, que a difusão das políticas neoliberais aliadas à globalização, principalmente com o fim da União Soviética e a criação de blocos econômicos, influenciaram de maneira substancial no surgimento de modalidades criminosas além-fronteiras, como o terrorismo.

Conclui-se, portanto, que o Direito Penal é sempre moldado de acordo com a evolução histórica e cultural da sociedade, sem deixar de lado fatores econômicos, que sempre estiveram e estão inseridos no combate à criminalidade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1991, p.41-42.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FRANCO JUNIOR, Hilário; CHACON, Paulo Pan. **História econômica geral**. São Paulo: Atlas, 1986.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. Crise do socialismo e ofensiva neoliberal. 2. ed. São Paulo: Cortez

Pedro, Antonio; Cáceres, Florisval. **História Geral**. 2.ed. São Paulo: Editora Moderna, 1982.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A MATRIZ PRINCIPOLÓGICA DA PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE PRINCIPLED MATRIX OF THE PROOF AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Carla Baggio Laperuta Fróes*
Cássia Cristina Hakamada Reinas**
Sarah Caroline de Deus Pereira***

Data de recebimento: 19/03/2012
Data de aprovação: 28/05/2012

RESUMO

O presente artigo está ligado à linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, do Programa de Pós Graduação em Direito do UNIVEM. Objetiva discorrer, ainda que brevemente, sobre as origens dos direitos fundamentais, a síntese histórica da prova e, mais especificamente, retratar a prova como direito fundamental, sem perder de vista o conteúdo que ela imprime no devido processo legal, sua íntima relação com o princípio do contraditório e deste com as provas ilícitas, tudo sob influência dos princípios afetos ao tema.

PALAVRAS-CHAVE

Prova; direito humano fundamental; princípios constitucionais.

* Docente na Escola Técnica do Centro Paula Souza e da Editora Nova Concurso. Especialista em "Direito Processual" pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Mestranda em "Teoria do Direito e do Estado" no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogada.
Email: carlabglf@yahoo.com.br.

** Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito -EPD (2008).Mestranda em "Teoria do Direito e do Estado" no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogada.
Email:cahakamada@gmail.com

*** Especializanda em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera Uniderp - Uniderp. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Bolsista- CAPES. Advogada.
Email: sarahmachiavelli@gmail.com

ABSTRACT

This article is on the line of research Legal Construction of Knowledge, the Graduate Program in Law Univem. Objective talk, although briefly about the origins of fundamental rights, the historical overview of proof and, more specifically, to portray the race as a fundamental right, without lose sight of the content that it prints in the due process of law, its close relationship with the adversarial principle and with the evidence of this illegal, all under the influence of the principles sympathetic to the issue.

Keywords

Evidence; fundamental human right; constitutional principles.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a fazer um balanço geral sobre o direito probatório, desde a sua gênese até a contemporaneidade. Ressalta-se que, a partir da segunda metade do século XX, foi desenvolvida uma teoria sobre o novo papel que a Constituição tende a exercer no sistema jurídico. Essa teoria se desenvolveu depois da II Grande Guerra e ficou conhecida, hodiernamente, como neoconstitucionalismo.

Com o neoconstitucionalismo, houve uma revalorização do papel da Constituição, que passou a ser vista como a principal fonte normativa, e não mais como uma carta de intenções, um projeto sem força normativa, sem densidade para poder realizar.

Esta nova fase do pós-guerra trouxe consigo algumas características bem marcantes, dentre elas, o fato de ter desencadeado a teoria dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios como espécies normativas. Os princípios, hoje, são normas, diferente do que eram há cinquenta anos, quando vislumbrados apenas como valores, como objetivos finais do direito, como forma de se integrar o direito, mas não como norma. Hoje todos sabem, enfim, que princípios são normas.

O artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973 diz que o juiz decidirá com base na lei. Se não houver lei, decidirá com base na analogia. Se não for possível a analogia, com base nos costumes. Se não for possível fazê-lo com base os costumes, então fará com base nos princípios.

Os princípios eram o pior possível para o juiz fundamentar. Isso mudou radicalmente. Quando se fala que o juiz tem que decidir com base na lei, isso significa que ele tem que decidir com base na norma (lei é norma) que poder ser constitucional, legal, regulamentar, que pode ser um princípio, que pode ser uma regra.

Assim, com base na evolução e consequente positivação dos direitos fundamentais, com foco mais específico no aspecto processual probatório, é que teceremos algumas breves considerações acerca de tão imperioso e sublime conteúdo do processo: as provas como direito fundamental.

De modo a ilustrar este cenário, num primeiro momento, por meio da análise histórica, discute-se a desenvoltura da prova ao longo dos séculos e a sua conquista como direito humano fundamental, que, por sua vez, vocaciona-se a proteger a dignidade de seus proponentes, imbuídos da carga neoconstitucionalista e neoprocessualista, configurando um direito processual fundamental, em específico

no Processo Civil, um Direito Processual Constitucional¹.

2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PROBATÓRIO

O Direito Probatório visto e debatido na sociedade contemporânea é fruto de uma longa conquista histórica. A visão do instituto² e a sua finalidade³ dentro das Ciências Jurídicas e seus ramos (Direito Processual Civil, Processual Penal, Processual Trabalhista, e etc...) perpassaram da visão adâmica do direito sectário⁴ para concepção de prova como direito fundamental⁵.

¹ Nesse viés, Porto assevera: “A Carta Magna representa o conjunto mais expressivo de direitos constituídos pela sociedade. Direitos estes, como se percebe de um simples exame objetivo, de diversos matizes. Entre essas variações, como sinalizado, anteriormente, emergem também direitos de índole nitidamente processual, circunstância que, por decorrência, naturalmente empresta conteúdo processual à Constituição Federal e fez nascer um verdadeiro direito processual fundamental.” (PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011, p. 65).

² Marinoni e Arenhart lecionam: “[...] prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” (ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 313).

³ Segundo SANTOS, a finalidade da prova é “[...] a formação da convicção de alguém”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva. p. 341). Por outro lado, Ramires alega que: “[...] a finalidade das provas é convencer o juiz, denominado por Pinto Ferreira como sendo um “convencimento judicial”, cujas alegações da parte em relação aos fatos são verídicos, ou, ao menos, verossímeis, isto é, que existe uma grande probabilidade de que os mesmos tenham realmente ocorrido, conforme narrado, seja pelo autor, ou pelo réu”. (RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 39).

⁴ Leia-se direito sectário, tendo em vista que a visão primeira de direito era de intolância, lastreando-se na vingança privada. Nesse sentido, Jônatas Milhomens: “No primeiro período, primórdios da existência da humanidade, fase embrionária das sociedades primitivas, não havendo juízes, tampouco justiça organizada, o direito começando a esboçar-se sob a forma vaga e imprecisa do costume, as contendas e questões eram resolvidas entre os interessados, que se faziam justiça a si mesmos e com as próprias mãos. Imperava a violência, a força, a astúcia, a vingança.” (MILHOMENS, JÔNATAS. **Prova no Processo** - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 31).

⁵ Os doutrinadores Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira entendem a prova como direito fundamental, que decorrem dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso a justiça, ponderando que este não é um direito fundamental absoluto, todavia se externaliza como um instrumento a serviço do processo na busca de uma tutela jurisdicional justa, ou seja, a efetivação do princípio do devido processo legal substancial. (DIDIER JR, Fredie, et.al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 18-20).

Na sua gênese⁶, preleciona Echandia⁷ cinco fases: a primeira étnica ou primitiva, a segunda religiosa ou mística, a terceira legal (ou da tarifa legal), a quarta sentimental (ou da livre convicção do juiz) e a quinta científica (ou da persuasão racional do juiz).

Primordialmente, a étnica o era assim conhecida pelas características diferentes que apresentava em cada região, não havia um sistema probatório propriamente dito em cada sociedade, e o autor entendeu ser mais coerente o termo “primitivo”, pois o sistema processual era rudimentar, de modo de que as provas eram abandonadas as impressões pessoais. Na Grécia, o exame das provas era por indução e silogismo, a forma era por oralidade e havia a crítica à razão lógica e racional da prova, de modo a evidenciar predomínio do princípio dispositivo.⁸ Cumpre mencionar, que em Roma na fase do Império houve um retrocesso para o sistema tarifário, ou seja, valoração da prova, malgrado tenha sido neste momento o nascedouro das presunções legais e o reconhecimento do contraditório em matéria de interrogatório da testemunha de acusação. Teve-se em contrapartida a diminuição da liberdade do juiz na apreciação das provas e a imposição de regras gerais preestabelecidas para muitos casos.

Seguindo a esteira histórica, a fase religiosa⁹ ou mística, lastreava-se na crença de uma intervenção divina e aplicava a “justiça de Deus” para os casos particulares, tendo perdurado até a entrada da Idade Média, quando os escabinos remodelaram o Direito Romano Germânico, buscando a verdade real, a qual era aferida pela convicção pessoal à luz das regras legais, caracterizando um abandono gradual dos meios bárbaros de prova na fase do Direito Canônico, revelando, nos julgadores eclesiásticos, o “espírito” de verdadeiros juízes, pois não se regiam pela livre convicção pessoal, mas por uma verdadeira apreciação jurídica das provas, as quais eram sujeitas a regras muito mais numerosas.

Na fase legal ou da tarifa legal, houve a introdução da lógica processual,

⁶A autora, nesse primeiro momento, não fará distinção entre os ramos;

⁷ECHANDIA, Hernando Davies. *Teoría General de La Prueba Judicial*. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Víctor P. de Zavalía, 1976, pp. 55 a 77.

⁸ Para Didier Jr, o princípio dispositivo: “[...] está intimamente ligado à relação jurídica material no processo”. (DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, cit. p. 23).

⁹Oportuno transcrever as impressões de Jônatas Milhomens sobre este período: “A religião, processo biológico de adaptação social, sempre exerceu sobre o homem, função específica, mais do que hoje, nos primórdios da humanidade. [...] No segundo período, profundamente religiosa, o regime de provas compreende os ordálios, o duelo e o juramento. Especialmente os ordálios e o juramento são meios de prova de base religiosa.” (MILHOMENS, JÔNATAS. *Prova no Processo*, cit. p. 32).

propagação do inquisitório¹⁰, faculdades inquisitivas e da livre apreciação da prova judicial, busca da verdade material, império do sistema legal de modo absoluto, em que o juiz tinha que julgar segundo o alegado e o provado.

A posterior, contempla-se a fase sentimental, a qual reproduziu um julgador que não necessitava de critérios, sustentado na crença da razão humana infalível e do instinto animal, em que a sua decisão não cabia questionamentos. Vale observar que, a prova apreciada pela convicção moral do magistrado não satisfaz as necessidades daquela nova sociedade.

Nessa vereda, instaurou-se a fase científica ou da persuasão racional do juiz, de modo que este ganhou a liberdade de apreciar o valor da prova de acordo com os princípios da sociologia e da lógica, cristalizando o respeito à formalidade das leis materiais e a liberdade de apreciação, que resultaram no modelo moderno¹¹ da lógica indutiva e da experiência.

Assim, percebe-se que o Direito Probatório é uma construção histórica, cuja importância¹² é inquestionável, e, que, no campo processual, especialmente no Direito

¹⁰ Leia-se Santa Inquisição e os Ministros de Cristos, império dos extremos, como a excomunhão, Concílios de Letrán, León, dentre outros.

¹¹ Quanto ao modelo moderno, assimétrico e científico, Hermes Zanetti cita Antônio Carrata, atestando que: “a prova como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento (científico) da verdade dos fatos relevantes para a decisão. Não obstante, relata que o procedimento deste modelo é caracterizado por forte ativismo judicial e pelo privilégio da prova escrita. Critica a nomenclatura, ao afirmar que embora recorrente em várias obras que a prova objetiva a demonstração da verdade dos fatos, essa “demonstração”, não possui para o autor um real significado, e, em razão disso, acredita ser duvidosa a alcunha de modelo científico de prova. Nesse liame, traz a baila o modelo contemporâneo, em que salienta que a visão de prova como demonstração é incongruente, e para isso explica que o entendimento de prova como demonstração e prova como demonstrar representa um silogismo simplista, sustentando que atualmente a prova deve ser entendida como *argumentum*, e não simplista, em que recorre a uma argumentação de Dinamarco,” o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova”, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto.” O autor refuta este entendimento, colacionando a Apelação Cível 7001464676, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, rel. Des. Est. Osvaldo Stefanello, em que a decisão emanada pelo Tribunal, buscou a solução justa e para isto recorreu a premissas probatórias e ao raciocínio presuntivo e demonstrativo para proferir uma solução justa. Neste sentido pondera: [...] o juiz também faz escolhas dos fatos relevantes para a decisão, que esta escolha é arbitrária e não automática, que as partes devem poder influenciar nesta decisão (na opção por um ou outro fato) e que a complexidade, inerente ao Direito, revela que além de possível a cisão entre fato e questão de direito, a lógica demonstrativa indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova. (JÚNIOR ZANETTI, Hermes. *O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório*, cit. pp. 44; 46-50).

¹² Moacyr Amaral faz uma ressalva sobre relevância da prova: “Já houve quem dissesse que a história da prova reflete toda a história da civilização e não menor autoridade que afirmasse não ser isso contestável. Das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, o avanço e recuos dos povos, a evolução da civilização”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data, p. 23).

Processual Civil, é irradiado por comandos principiológicos e legais, por força do neoconstitucionalismo¹³ e do neoprocessualismo¹⁴. Deste modo, evidente a matriz principiológica da prova como direito fundamental no âmbito processual¹⁵.

3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o intuito de tornar mais efetiva a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos, está cada vez mais acentuada, no Estado Democrático de Direito dos dias de hoje, a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais.

Trata-se de direitos que muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem e, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

¹³ O neoconstitucionalismo é entendido como a constitucionalização do Direito, à luz dessa realidade pondera Virgílio Afonso: “[...] a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares e direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18). Nesse sentido, Didier Jr afirma: “Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa, e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 25).

¹⁴ Didier Jr sustenta que o Neoconstitucionalismo é: “[...] o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico”. Ressalta que alguns doutrinadores chamam de *formalismo-valorativo*, em razão da importância que os valores constitucionais tutelados na esfera dos direitos fundamentais representam no aspecto de edificação e utilização do formalismo processual. Convém pôr em relevo, que para o escritor essas premissas são similares a do Neoprocessualismo, que tem a função didática, de remeter a noção do Neoconstitucionalismo, e, metodológica, porque representa a redefinição das categorias processuais, por isso o termo “neo”, por caracterizar: “[...] o processualismo do final do século XIX, e meados do século XX”. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, cit. pp. 26-27).

¹⁵ Os direitos fundamentais para visão de Araujo e Nunes Júnior, “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões.” Destarte, é possível entender a prova como corolária não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana. À evidência, assim não o é que o direito a prova por ser um direito fundamental, é direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana, por que faz uso dos seus mecanismos para dar azo as suas pretensões. (ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva 2008, p. 110).

É mister esclarecer que direitos fundamentais e direitos humanos não são sinônimos, porque enquanto este é uma expressão reservada ao plano internacional, aquele é utilizado para tratar do direito positivo estatal ou, melhor dizendo, os direitos fundamentais são os direitos humanos, positivados¹⁶.

O direito é fundamental não porque ele foi formalizado, positivado no título II da Constituição Federal, e sim esta qualidade pode ser identificada pelo seu conteúdo, pela sua essência. Será direito fundamental material quando se tratar de direito indispensável à dignidade da pessoa humana. Contudo, o título II da Constituição vigente não contém em seu bojo, apenas direitos fundamentais materiais, sendo alguns que ali estão considerados apenas formalmente fundamentais, *ex vi* do artigo 5º, incisos XXI e XXIX deste mesmo diploma.

De mais a mais, não há óbices em que se reconheça direitos fundamentais fora do título II da Constituição pátria vigente, tendo em vista que em seu artigo 5º, §2º reza que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentre o inesgotável rol de direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal de 1988, o direito à prova nela se destaca e tem merecida guarida, dada sua imprescindibilidade perante o sistema processual, sobremaneira quando associado ao devido processo legal substancial e contraditório.¹⁷

Isto porque, de acordo com o artigo 5º da Constituição Cidadã, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime

¹⁶ Nesse sentido, José Afonso pontua: “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 182.)

¹⁷ “Nessa linha, cumpre destacar que o conjunto de garantias representa um verdadeiro direito processual fundamental, que – por óbvio – permeia todos os sistemas vigentes e, como decorrência, estabelece a existência de um verdadeiro sistema processual matriz a reger todos os desdobramentos do direito processual, ou seja, fixa a incidência dos primados constitucionais em todas as disciplinas processuais especializadas e especialmente no processo civil.” (PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**, cit. p.75).

e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sendo assim, longe de causar espécie, o fato de que, além dos direitos fundamentais explícitos e implícitos no ordenamento, há também aqueles que foram incorporados ao sistema pátrio, advindos de tratados internacionais, e ali está, mais uma vez, o direito à prova.

É mister esclarecer, por oportuno, que o direito à prova é expressamente previsto em dois tratados internacionais, tratados estes que foram recepcionados pelo ordenamento pátrio, *ex vi* do artigo 5º, na forma do seu § 3º, e por isso, equivalem às emendas constitucionais. São eles: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu artigo 14.1, alínea “e”.

Desta feita, o direito fundamental à prova, em que pese sua historicidade, transcende os limites territoriais, ideológicos e políticos, de forma que hoje ele é amplamente consagrado pelo ordenamento jurídico dos mais diversos países, por vezes com algumas restrições; é claro, contudo, que não cerceiam os seus jurisdicionados dessa prerrogativa fundamental quando do exercício de sua pretensão de acesso à justiça.

Os conceitos doutrinários não se mostram muito diversificados quando o assunto é prova. No entendimento de Eduardo Talamini¹⁸, prova é “o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam as pretensões das partes”. Já para Vicente Greco¹⁹, “A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”. A prova, portanto, é a convicção que se forma na mente do juiz do que, de fato, aconteceu.

De nada adianta garantir uma participação no processo que não possibilitasse o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações.

O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. A prova (e a maneira com que ela lida com a busca pela verdade) reflete-se de modo direto no desenvolvimento do processo justo e na capacidade de influenciar o magistrado.

Tal fato nos permite afirmar que a prova traz em si o direito fundamental ao

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 427.

¹⁹ FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1996, vol. 2, p. 194.

processo justo, entendido este como possibilidade de diálogo das partes para com o juiz e entre elas próprias, trazendo legitimidade na atividade do magistrado²⁰. Na realidade, o alvo, o conteúdo do processo nada mais é do que o exame das provas angariadas no curso da instrução processual, uma vez que só por meio do seu exame é que o magistrado pode dizer o direito às partes.

Por essa razão, é imperioso que o magistrado, a partir do momento em que se propõe a cumprir o devido processo legal, sobretudo em seu aspecto substancial, além de fazer valer os seus poderes instrutórios, observe se aos litigantes foi conferida a possibilidade de exercer esse direito fundamental, que se exprime em tantos outros, que é o direito fundamental à prova, pois só assim o direito poderá, ao final dos trabalhos, ser aplicado com maestria pelo juiz.

É possível asseverar, ainda, que o direito fundamental à prova tem como função não só defender o ser humano do abuso do poder estatal, mas também o de promover a igualdade material nas relações jurídicas, assegurando, sobremaneira, a proteção aos hipossuficientes, evidenciando, desta maneira, a matriz principiológica do Direito Probatório, em especial a força do princípio do contraditório na produção da prova.

3.1. A prova e o contraditório

O direito à prova, numa de suas vertentes, apresenta-se como corolário do princípio contraditório, cujo fundamento é de ordem constitucional, *ex vi* do artigo 5º, LV, CF. Desta feita, sob a ótica do direito processual moderno, é possível afirmar que o princípio do contraditório contempla duas dimensões, sendo uma formal, e outra, material.

A primeira delas, a dimensão formal, aduz que o princípio do contraditório é aquele que garante a todos o direito de participar do processo que lhe diga respeito, que possa afetar o seu interesse. Essa é a dimensão que traduz o direito à participação no processo. Há uma tendência muito clara de que a atividade estatal que afete o interesse de alguém (seja administrativa, seja jurisdicional) tem que se realizar mediante o contraditório.

²⁰ Nessa senda, obtempera Rogério Tucci, "Em juízo, especialmente, faz-se necessária a prova da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes, até porque, a estes se impõe provar para vencer, o que ao contrário, pode não ocorrer, pois é possível que a parte tenha feito a devida prova, mas, mesmo assim, não saiu vitoriosa; assim, melhor seria dizer que os litigantes se impõem convencer para vencer." (TUCCI, Rogério Laurira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva 1989, vol.2, p. 336)

E não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988 garantiu o contraditório, não só na seara jurisdicional, mas também no âmbito administrativo. O Estado não pode agir contra alguém sem lhe dar o direito de participar do processo que afete seu interesse.

Essa dimensão formal é muito importante, mas não esgota a garantia do contraditório, não exaure o conteúdo normativo do princípio do contraditório, uma vez que é preciso dominar também o seu aspecto substancial.

De acordo com a dimensão substancial, o cidadão tem o direito de participar do contraditório que lhe confere o direito de poder influenciar o conteúdo da decisão, ou seja, ela se reporta mais especificamente para o poder de influência que a parte interessada na prova tem de convencer o magistrado.

A participação dos litigantes, que é garantida pelo aspecto formal, tem que ser uma participação apta a, ao menos teoricamente, influenciar naquilo que o juiz vai dizer. A parte tem que ter condições de intervir, de influenciar no convencimento do juiz.

E é basicamente por isso que o direito ao contraditório gera o direito à prova. O direito de produzir provas em juízo nada mais é do que uma consequência da dimensão substancial do contraditório, uma vez que de nada adiantaria um contraditório meramente formal, sem dar à parte o poder de interferir na decisão do magistrado. O contraditório devido tem que ser o formal e substancialmente devido.

Essa é uma visão extremamente atualizada do princípio do contraditório, que assevera que referido postulado não se esgota apenas em ouvir o sujeito, mas sim em ouvir o sujeito e dar a ele a oportunidade de influenciar o magistrado no seu livre convencimento, já que sua sentença traduzirá o resultado da efetiva participação das partes no processo, por meio do exercício efetivo do contraditório no desenvolvimento da instrução.

De outra ponta, tendo em vista que o direito fundamental ao contraditório tem por conteúdo o direito à prova, é forçoso que aqui se enalteça, em tempo, o direito à prova em suas três dimensões: a primeira consiste no direito de produzir a prova, tendo em vista que se a parte pode alegar um direito, ela deverá ter para si a oportunidade de produzir prova do alegado; a segunda, no direito de participar da produção da prova, de fiscalizá-la para aferir se ela está sendo produzida devidamente, e, por fim, a terceira e última dimensão do direito à prova abarca a idéia de que a parte tem o direito de se manifestar sobre a prova produzida.

Logo, ante a cumulatividade destas dimensões, é forçoso concluir que a parte, para que exerça de modo irretocável seu direito à prova, deve ter condições de

produzir a prova pretendida, desde que pertinente, de fiscalizar sua produção e de se manifestar, opinar sobre a produção da prova angariada no curso da instrução processual. Leonardo Greco²¹ corrobora o sobredito ao afirmar que o contraditório é consequência do princípio político da participação democrática.

As considerações do autor supracitado são fundamentais para a análise do que abarca o Projeto de Lei 8046/10²², que, em seu artigo 7º, aduz: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

Vê-se, portanto, que o direito à prova, atrelado ao contraditório, deve ser garantido pelo magistrado, inclusive e, principalmente, naqueles casos onde há ausência ou falha da defesa técnica, e até mesmo onde ela não ocorre, mas ainda sim, se verifica uma ausência de iniciativa probatória, casos que não podem macular o direito fundamental da parte de produção das provas pertinentes. Deste modo, pertinente é o debate da guarida do contraditório, por meio das provas ilícitas.

3.2. As provas ilícitas e os princípios constitucionais

Corroborando o aspecto processual probatório até então aqui entabulado, imperioso que sejam tecidas algumas considerações acerca da prova ilícita. Provas ilícitas são aquelas que ofendem a norma, isto é, contra a lei. O Brasil não possui um conceito único de prova ilícita, o que a maioria dos autores faz é diferenciar a prova

²¹ Aduz, ainda, Greco: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. Artigo disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em: 24.02.2012.

²² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 24.02.2012.

ilícita da prova ilegítima, sendo que a prova ilícita ofende o direito material, enquanto a prova ilegítima o direito processual. Em suma, a prova ilícita é aquela obtida por meios não aprovados em nossa legislação ou que contrariem os direitos zelados pela legislação.

A Constituição prevê no art. 5º inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Os autores constitucionalistas relatam que a Constituição veda qualquer prova que viole os direitos e as garantias assegurados, por sua vez, não as admitindo, portanto.

Todavia, a prova ilícita é utilizada no meio jurídico, sendo que a sua apreciação é feita por meio da teoria da proporcionalidade, que sopesa os direitos fundamentais nas situações em que a prova utilizada proveio ilicitamente. Observa-se que diante os avanços da sociedade, os juristas perceberam que, em certos casos, é necessário preservar os direitos fundamentais mediante a taxatividade exercida.

Muito embora a doutrina moderna admita o princípio da proporcionalidade, sua aplicabilidade é pautada no caso em concreto, e isto requer certa sensibilidade por parte do magistrado na análise da situação fática, pois terá que fazer a ponderação de quais direitos necessitam de maior tutela à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

No processo civil, não basta a descoberta da verdade nem o relato das partes, sendo relevante o direito material tutelado e aquele em que a prova ilícita foi violada. Sendo assim, a doutrina tende a aceitar, com ponderação, a prova ilícita, salientando-se, porém, que a parte pode se valer dela para exercer o princípio do contraditório.

Na prática forense, nota-se maior aplicação da teoria da proporcionalidade em casos de prova ilícita: nas ações de investigação de paternidade, ações coletivas, destituição do poder familiar, fundamentando-se no bem jurídico a ser protegido em detrimento do bem jurídico que se deseja sacrificar.

Frisa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite de forma pacífica a aplicação da teoria da proporcionalidade na prova ilícita. Entretanto, em alguns casos, consentiu sua aplicação, a exemplo, no Habeas Corpus n.º 70814/SP (DJ 24/06/1994)²³, cujo relator Ministro Celso de Mello, em seu voto, admitiu a possibilidade da interceptação de correspondência remetida aos que estão cumprindo pena; em razão da segurança pública, prevaleceu o princípio da segurança pública frente o direito a intimidade.

Outro caso interessante é do Habeas Corpus n.º 3.982/RJ DJU 26.02.1996²⁴,

²³ STF - HC – N. 70814. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO.

²⁴ STJ - HC N. 3982 Relator(a): Ministro ADHEMAR MACIEL

de relatoria do ministro Adhemar Marciel, situação na qual o pai de duas meninas menores se utilizou de uma gravação não autorizada para revogar a guarda de seus filhos. Neste caso emblemático, a mãe, para manter encobertas suas saídas frequentes, ministrava medicação sonífera às crianças, fato que gerou desconfiança em seu marido, que, intrigado com esta situação, grampeou o telefone da esposa sem autorização judicial. É nítido que, embora eivada de ilicitude, a prova seja acostada aos autos; seria contraproducente desconsiderá-la em face do interesse tutelado, qual seja, a proteção das crianças que eram submetidas a uso de medicamentos lesivos à saúde. Diante deste quadro, entendeu o Superior Tribunal de Justiça a prova como direito fundamental voltada ao resguardo da dignidade das crianças.

Desta forma, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa não só com a licitude da prova, mas também com o bem jurídico tutelado. Restando evidente, o notório exercício do princípio do contraditório na fase de produção das provas ilícitas, de modo a consagrar a matriz principiológica da prova como direito fundamental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o direito probatório é fruto de uma conquista histórica, a qual acompanhou o desenvolvimento das civilizações e das relações jurídicas, tendo por esboço que este é um direito fundamental, em que as partes devem conduzir o processo de maneira leal, com boa-fé e colaborando com o juiz para obtenção do “justo”.

A questão dos direitos fundamentais tem suscitado muitos debates, sobremaneira em relação às teorias que o originaram, como o neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo, concepções bastante atuais afetas ao tema, que, hodiernamente, são trazidas à baila por doutrinadores com a pretensão de desenvolver um ponto de vista ainda mais esclarecedor a respeito de direitos de suma importância, cuja fundamentação se opera na Constituição Federal.

Consoante já demonstrado, a relação processual não deve perder de foco os direitos processuais fundamentais, como o direito à prova daquilo que entender pertinente e cabal à consecução da tutela jurisdicional.

Os valores constitucionais, cada vez mais positivados no ordenamento, são exemplos de que, hoje, há uma visão diferenciada, e muito mais expansiva, a respeito de como deve ser abordado este assunto, de modo a garantir que as normas processuais, e também o próprio processo, não se desprendam dos direitos fundamentais aos quais devem estar atrelados.

Em se tratando o processo de um instrumento de realização da justiça e pacificação social, caberá àquele que o conduz primar pela observância dos princípios constitucionais processuais, sob pena de deixar de garantir o devido processo constitucional e negar o acesso à justiça às partes.

Caberá às partes envolvidas, no exercício de seu direito fundamental à prova, angariá-la, participar de sua produção e, por fim, manifestar-se a respeito do que foi auferido, satisfatoriamente ou não, no curso da instrução, podendo se valer por força do contraditório, das provas ilícitas para se buscar a solução do litígio.

Ao magistrado, de outra ponta, cumpre o dever de garantir que os interessados na produção probatória gozem deste direito fundamental, tudo em respeito não só das dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, mas também no intuito de que, desta forma, estarão assegurando às partes o direito ao contraditório em sua mais justa acepção, e imiscuindo-se para que a todos seja viabilizado o acesso à justiça.

Neste contexto, aguarda-se o trâmite do projeto de lei 8046/2010, para que a comunidade acadêmica e científica possa arrostar o assunto, de forma que ainda mais posicionamentos sejam trazidos à baila, imprimindo-se o exato alcance e compreensão da magnitude da prova como direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8046/2010: Dispõe sobre. Disponível no sítio:** <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 01 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processual Penal. Interceptação Criminosa. Habeas corpus n.º 70814-5**. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STJ/IT/HC_3982_RJ_1249717787119.pdf. Acesso em: 26 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Constitucional e Processual Penal. Escuta Telefônica**. Habeas-corpus nº. 1995/00531661-5. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STJ/IT/HC_3982_RJ_1249717787119.pdf. Acesso em 26 de fevereiro de 2012.

DE OLIVEIRA, Álvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos_open.php?funcao=abrir&id_artigo=8. Acesso em 24.02.2012.

DIDIER JR, Fredie, et.al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

ECHANDIA, Hernando Davies. **Teoria General de La Prueba Judicial**. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalía, 1976.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1996, vol. 2.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 2011.

JÚNIOR ZANETI, Hermes. **O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório**. Revista de Direito Processual Civil. Genesis: Curitiba, n. 31, p. 001-216, janeiro-março 2004.

MILHOMENS, JÔNATAS. **Prova no Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva.

_____. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TUCCI, Rogério Laurira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva 1989, vol.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Discursos



DISCURSOS

Discurso proferido pelo Magnífico Reitor do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – por ocasião da Semana Jurídica e entrega do Título Honoris Causa ao Ministro José Antônio Dias Toffoli, no dia 07/10/2011.

Senhoras e Senhores, ilustres convidados, professores e alunos do Univem.

Exmo. Sr. Ministro José Antônio Dias Toffoli, convidado de honra desta noite e também seus queridos familiares.

Ao abrimos a porta desta casa para tão honrosa e seletiva platéia, o fazemos com o coração cheio de alegria e gratidão. Desde 44 anos, a Fundação Eurípides cumpre o propósito da sua vocação institucional de oferecer cursos superiores de qualidade, de capacitar e formar profissionais que possam ingressar no mercado, de gerar renda para o sustento próprio, proporcionando novas oportunidades de trabalho aos seus semelhantes, tornando, assim, a nossa sociedade cada vez mais fraterna. Na elaboração do conteúdo da nossa Missão, Exmo. Ministro Toffoli, senhores membros da mesa e auditório, está explícita a opção pela formação humanística, ou seja, a preocupação de dotar estes profissionais de um sentimento fraterno, contagiante e, por meio das suas atitudes e realizações, que eles sejam inspiradores de outros jovens que iniciam a jornada acadêmica.

Felizmente temos conseguido realizar nossos sonhos. Neste auditório, e em nossa mesa de trabalhos, temos inúmeros exemplos de ex-alunos desta casa que são inspiradores da nossa sociedade. À minha frente, o elenco de docentes do UNIVEM, onde mais de 70% são oriundos dos mesmos bancos acadêmicos, hoje ocupados por vocês, queridos alunos.

Agradecemos, assim, diariamente, a graça divina de poder manter esta Instituição fiel aos seus propósitos e princípios que originaram a sua criação e contaram com a dedicação de voluntários do passado, homens de fibra e amor, membros da comunidade espírita de Marília.

Ser e manter uma instituição filantrópica em cenário de globalização e constantes mudanças é trabalho desafiador. O que não se atualiza, que não se renova, tende a envelhecer e ficar no tempo. O passado é sempre boa referência, mas não se pode viver somente de lembranças e das boas realizações, é preciso inovar, é preciso ousar, dar condições de trabalho dignas e contar com excelentes profissionais ao seu

lado. Em nome da Mantenedora, então, nosso muito obrigado a todos vocês.

Meu caro Ministro Dias Toffoli, esta é a nossa Missão. Esta casa o acolhe nesta noite para lhe entregar o título *Honoris Causa*, o qual Vossa Senhoria aceitou e nós humildemente agradecemos.

Acompanhamos suas realizações na seara jurídica e somos conhecedores dos seus méritos. A leitura do currículo de Vossa Excelência nos deu uma rápida visão de sua trajetória até o Supremo Tribunal Federal.

Em seu discurso no lançamento da obra “Autobiografia de Hans Kelsen”, ocorrida na Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal, do STF, em Brasília-DF, obra esta que contou com a organização de Vossa Excelência, juntamente com o advogado Otávio Luiz Rodrigues Junior, Vossa Excelência destacou o fato de Hans Kelsen ter terminado seus últimos 20 anos de vida lecionando numa faculdade de ciências sociais no oeste norte-americano (EUA). Disse, ainda, V. Exa. que o leitor também poderá vivenciar as impressões que Hans Kelsen teve de suas primeiras aulas de direito: “as primeiras aulas a que assisti na Faculdade de Direito e Ciência Política da Faculdade de Viena causaram-me amarga decepção”.

Essa ambigüidade é típica dos que ingressam no curso de Direito. Em outra oportunidade, neste mesmo auditório, o professor Jairo Gênova, convidado como patrono de turma, abriu seu discurso com as seguintes palavras: “Meus caros alunos: No primeiro ano, “bichos”. No quinto ano, deuses.” Não há dúvidas, caros amigos, de que o mundo jurídico é, ao mesmo tempo, intrigante, apaixonante e inebriante.

Nesta mesma oportunidade do lançamento do livro, Vossa Excelência pronunciou: “Estamos muito acostumados no mundo jurídico a falar sobre a obra da pessoa, discutir sua teoria, suas teses e posicionamentos, mas nos omitimos em estudar a vida e as circunstâncias, ou seja, o que o levou a desenvolver determinada teoria”.

Esta inquietação e constante questionamento o levaram a mergulhar na pesquisa, característica própria dos homens que buscam identificar as alavancas motivadoras de personagens que transformaram a história. É assim que se preparam os bons operadores do Direito, é assim que a sociedade ganha com a sua atuação junto ao STF.

Vossa Excelência tem a experiência acadêmica, tem a experiência da advocacia, da assessoria e da consultoria. Não duvido que a exemplo do nosso personagem histórico Hans Kelsen, no futuro, tendo cumprido sua missão junto ao STF, retornará às salas de aula e ao indiscutível prazer do contato diário com esta

energia contagiante da juventude acadêmica.

Mariliense nato, tem carinho especial por nossa gente e por nossa terra. Filho de pais religiosos, aprendeu desde o berço que a fraternidade é uma das principais características dos homens de bem e, para aqueles que têm o prazer do convívio social com Vossa Excelência, sabem que estou dizendo a mais pura verdade.

Mesmo na compostura e formalidades que o cargo de Ministro exige protocolarmente, é possível perceber os traços de sua formação compromissada com a ordem e com a justiça social, ainda que, vez ou outra, seja incompreendido ou mal interpretado. Mas os bons operadores do Direito não ficam esperando compreensão ou aplausos, eles pautam suas decisões nos ditames da lei e sempre fazem de tudo para que se prevaleça a justiça e o respeito à Constituição. Doa a quem doer.

Como homem público, nas vezes em que apareceu nos jornais e entrevistas, sempre dedica uma palavra de incentivo aos cidadãos marilienses ou é portador de boas notícias para a sociedade.

Foi por estes e outros motivos que, em reunião do Conselho Universitário do UNIVEM, realizada em 30/06/2010, propus a outorga do título de Professor Dr. Honoris Causa a V. Exa., título este que foi aprovado por unanimidade.

Hoje, ao fazer a entrega do Diploma de Dr. Honoris Causa, diante do testemunho da comunidade, diante dos nossos alunos e professores, celebramos o nosso reconhecimento público pelas boas realizações de Vossa Excelência até o presente momento da história e por outras que ainda estão por vir.

O Brasil, carinhosamente chamado na doutrina espírita de Pátria do Evangelho e Coração do Mundo, atrai os holofotes e a atenção do mundo para as nossas potencialidades e oportunidades. Globalização é um fenômeno que não convida os participantes, ou se acompanham os fatos, ou se é arrastado pelos mesmos fatos.

Os conflitos no Oriente Médio, a turbulência social na Grécia, a convulsão econômica dos Estados Unidos, a instabilidade da economia portuguesa, a meteórica ascensão e inserção dos Tigres Asiáticos nos países do terceiro mundo, entre outros fatos relevantes, a ameaça de uma nova crise econômica mundial, desenham um cenário futuro desafiador.

Espectadores ou protagonistas? Eis a pergunta que toda sociedade tem que se fazer em relação ao desenvolvimento dos continentes. Aos olhos dos conservadores, as mudanças poderiam até ser mais lentas e, quem sabe, melhor programadas e discutidas, mas sabemos que não é bem assim.

Ao contrário dos pessimistas, não corroboramos com a falácia daqueles

que proclamam o caos geral. Toda mudança significativa na história foi precedida de um grande movimento ou de convulsão social. Olhos a quem sabe ver e ouvidos a quem sabe ouvir.

Vamos precisar de homens preparados, como o é Vossa Excelência, para resolver questões que invariavelmente depois de seguir toda a rota dos fóruns e tribunais, em suas instâncias locais ou regionais, deságuam no âmbito do Superior Tribunal Federal. Seu conhecimento, seu discernimento e bom senso, assim como de todos os Exmos. Ministros do STF, são as ferramentas que desatam os nós e conduzem à decisão iluminada pela justiça.

Senão por todas estas razões que tenho a honra de, neste momento, fazer-lhe a entrega oficial do Diploma de Doutor Honoris Causa, concedido pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Rogo a Deus que sempre ilumine os seus passos e o faça instrumento de sua paz.

Obrigado, Exmo. Ministro Toffoli; obrigado a todos.

Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor do UNIVEM
Promotor de Justiça aposentado no Estado de São Paulo

Discurso do Professor Mário Coraíni Júnior no dia de outorga do título de Professor Emérito e lançamento do seu livro “Finanças Públicas e Direito Financeiro”.

Excelentíssimo Senhor Doutor Luiz Carlos de Macedo Soares, Magnífico Reitor Do Centro Universitário Eurípedes de Marília.

Excelentíssimos Senhores Membros do Conselho Universitário do Centro Universitário Eurípedes de Marília, já nomeados, aos quais, extremamente sensibilizado, agradeço o honroso título que, generosamente, me concederam.

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal Ticiano Dias Tófoli.

Excelentíssimos Senhores Vereadores: Yoshio Sérgio Takaoka (Presidente da Câmara Municipal de Marília), Eduardo Nascimento, Wilson Alves Damasceno e Lázaro da Cruz Júnior.

Digníssimas autoridades civis e militares, já nomeadas, caríssimos professores, prezados acadêmicos, ilustríssimas senhoras e ilustríssimos senhores, que nos honram com sua presença.

Desde os primeiros instantes em que recebi a notícia de que o Conselho Universitário do Univem decidiu conceder-me o título de Professor Emérito, enorme emoção, misto de surpresa, alegria e gratidão tomou conta de mim, trazendo-me, à lembrança, a convicção que tenho, já há muito tempo sedimentada, de que Deus sempre me deu mais do que realmente mereço.

Cid Augusto Guelli e Dr. José Antônio Maryssael de Campos, meus professores de Matemática dos cursos ginásial e científico, que foram responsáveis pelo meu ingresso no magistério em 1956, sendo que lecionei essa disciplina até 1966 e, a partir de 1975, passei a lecionar Ciência das Finanças e Direito Tributário, por indicação do Dr. Maryssael e do Dr. José Bernardino Scarabôto, ao então Diretor da Faculdade de Direito de Marília, o Prof. Dr. Léo Pastori; Dr. Francisco Benedito Luiz de Anhaia Ferraz, Sr. Paulo Correa de Lara, Sr. Higyno Muzzi Filho e Dr. Daniel dos Santos, que, no final da década de 1960, movidos pelo seu elevado idealismo na direção da Fundação Eurípedes Soares da Rocha, muito lutaram e conseguiram a criação da Faculdade de Direito de Marília. A eles sou imensamente grato pelo apoio que me deram e pela demonstração de confiança com que me distinguiram em meados de 1979, convidando-me para ocupar o cargo de Diretor da Faculdade, honraria

que tive a lucidez de não aceitar porque minha vocação sempre foi, essencialmente, ara o magistério.

Indispensável, que eu aqui também homenageie meus professores: Alcino Pelegrini, Adolfo Pinheiro Machado, Alfredo Naylor de Azevedo, José Sartori, Antônio Queiroz, Pedro Torres, Raimundo Cintra, Salvador Assunção, do Curso Ginásial; Arleta Nóbrega Zelante, Eduardo Rego, François Guilhaumont, Eunice Rino Guimarães, Gustavo Leopoldo Maryssael de Campos, Hideya Nakano, José de Carvalho, Miguel de Souza e Silva, Rosa Guilhaumonte, do Curso Científico.

Jamais passou-me pela cabeça receber tão elevada honraria. Daí a surpresa, a enorme alegria e a imensa gratidão que tive e que me fez sentir, mais uma vez, agraciado por Deus.

Nunca escondi a satisfação que sinto ao ser chamado de professor e o imenso orgulho de ser conhecido como um dos professores desta nobre e gloriosa Instituição, que prezo tanto, a ponto de, por inúmeras vezes, em sala de aula, compará-la a um templo sagrado.

Imensurável e indescritível, pois, a minha felicidade, por me se conferido o título de Professor Emérito, glória suprema da carreira docente.

Meu discurso, assim, só pode ser de agradecimento.

Rendo, pois, Graças a Deus, porque, afinal, a Ele devo tudo o que tenho e que mais prezo: o dom da vida, a saúde, minha família, os amigos e o meu trabalho.

Não fosse Sua infinita bondade, não estaria desfrutando a felicidade que ao longo de minha existência me vem sendo proporcionada, porquanto, somente por exclusiva obra divina pude encontrar em meu caminho pessoas extremamente generosas, com as quais tenho penhor de perene gratidão, tanto pelo amparo, estímulo e auxílio que me proporcionaram, como pelos valores morais e, sobretudo, cristãos, que me transmitiram, incrustando-os, indelevelmente, no meu espírito, contribuindo, assim, na formação do meu caráter, da minha intelectualidade e, conseqüentemente, na realização dos meus projetos de vida pessoal e profissional.

Não tenho dúvida de que somente pude enfrentar os obstáculos que se apresentaram na minha longa caminhada graças ao inestimável, e inúmeras vezes imprescindível, apoio dessas pessoas.

Disso decorre que o título que hoje tenho em minhas mãos só formalmente me pertence em sua totalidade, porquanto dele também são legítimos titulares todas essas pessoas, cujos nomes imperiosamente devo citar, sob pena de indevida apropriação da grande parte que lhes pertence.

Por isso, não querendo vir a carregar, e pelo resto da minha vida, enorme

peso na consciência, passo a nomeá-las:

Minha querida mãe, Eliza Rodrigues Coraíni, e meu querido pai, Mário Coraíni, insuperáveis exemplos de amor à família e de incansável dedicação ao trabalho, que arduamente se dedicaram a propiciar aos seus sete filhos a melhor formação e educação escolar possível;

Minha amada esposa, Marilena, amiga corajosa e companheira de todas as horas;

Meus excelentes professores, cujo exemplo de vida procurei seguir, de modo a continuar dignificando a profissão que tão zelosamente exercem, razão pela qual, como presenças constantes em minhas lembranças, deles saudosamente me lembro, pela marcante influência e importância que tiveram na minha formação:

Elvira Maranhã, Stamura Cani de Oliveira, Madalena César e Ari de Castro, do meu curso Primário; Dr. Ademar Previdello, Dr. Antônio Cardoso, Dr. Armando Ferreira Filho, Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza, Dr. Damásio Evangelista de Jesus, Dr. Gilberto Siqueira Lopes, Dr. Ivan Dutra, Dr. Lourival Luiz Viana, Dr. Luis Celso de Barros, Dr. Luis Francisco Giglio, Dra. Maria Amélia Ferraz Anhaia, Dr. Paulo Lúcio Nogueira, Dr. Vitor Lombardi, Dr. Waldir Quélio e Dra. Yara Martinez de Carvalho e Silva Stroppa, do Curso de Direito; Dr. Antônio Mendonça, Dr. Francisco Furtado e Dr. Helio Bambini, dos Cursos de Administração de Empresas e Economia.

Têm também participação no título que acabo de receber o Dr. Alceu de Carvalho e os professores Dr. Carlos Antônio Monteiro, Dr. Fábio Vilaça Guimarães, o Prof. José Roberto Marques, Dr. Eclair Ferraz Beneditti, Dr. Jayme Wanderley Gasparotto, Dr. João Caetano, Dra. Samyra Haidê Napolini Sanches, Dr. Márcio Antônio Teixeira, Dr. Eliseo Florentino da Mota Júnior, Dra. Lúci Lodi e Dr. Telmo Arraes, porque, quando exercendo a direção desta nobre e respeitada Instituição, renovaram continuamente meu contrato de trabalho, mantendo-me como professor titular das disciplinas de Finanças Públicas e direito Tributário e Introdução à Ciência do Direito, propiciando-me sempre as melhores condições de trabalho.

Agradeço, ainda, a amizade e quotidiana consideração que sempre me dispensaram meus ilustres colegas professores e funcionários desta Instituição, consigno, por derradeiro, o meu penhor de gratidão, respeito e admiração com todos os abnegados dirigentes da Fundação “Eurípedes Soares da Rocha”, de ontem e de hoje, especialmente em relação ao Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, homem extremamente devotado não apenas à causa da educação, como também ao atendimento dos mais necessitados de nossa sociedade, não só no

tocante às suas carências, mas, sobretudo, espirituais.

Relevante observar que, a par da sua magnífica atuação, dando continuidade, ampliação e conclusão às obras do monumental prédio das Faculdades de Direito e de Administração de Empresas e Ciências Contábeis da Fundação, que foram iniciadas durante a presidência do Dr. Francisco Benedito de Anhaia Ferraz, revelando-se um grande empreendedor, promoveu, também, o desenvolvimento dos cursos de Especialização e Mestrado em Direito, além da instalação de importantes novos cursos de graduação e licenciatura, principalmente na área tecnológica.

Ademais, Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, pessoa notoriamente conhecida por seu enorme desprendimento e incansável trabalho de assistência social, desenvolvido no atendimento não só material, como espiritual, das pessoas necessitadas, que procuram os vários Centros da Comunidade Espírita em Marília, dedica imenso afeto a todos que com ele convivem ou dele se aproximam.

Trata-se de pessoa cuja amizade, de mais de 40 anos, é para mim motivo de muito orgulho e satisfação, porque tenho plena consciência de que a sua espiritualidade e sabedoria, seus conselhos, seu jeito de ser amável, sua generosidade e coragem passaram a influenciar transformações em minha vida pessoal e profissional, tornando-se, com isso, não apenas um amigo, mas também um dos meus estimados professores o que me fez melhor compreender a lição de célebre filósofo, para quem cada homem “mais que um ser, é um eterno vir-a-ser, nunca pronto”, que, constantemente, se molda. Concluo, reiterando a todos que nomeei o meu penhor de eterna gratidão pelo que por mim fizeram.

OBRIGADO.

Mário Coraíni Júnior
Professor Emérito do Curso de Direito do UNIVEM

*Normas para
publicação e
disposições gerais*

APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS E RESENHAS

1. ARTIGOS

Reserva-se à Revista EM TEMPO a prioridade da publicação (impressa e eletrônica) do artigo entregue. Nenhuma modificação de estrutura, conteúdo ou estilo será feita sem o consentimento do autor.

2. FORMATO

Os artigos devem conter entre 15 e 20 laudas. Tamanho A 4. Processador de texto Word.

ESTRUTURA:

- Título do artigo (tamanho 14, Times New Roman, Centralizado. Sem grifo ou negrito).

Obs. O título do artigo deve limitar-se a transmitir a idéia principal da pesquisa, não devendo este alongar-se demasiadamente.

- RESUMO (max. 20 linhas) /PALAVRAS-CHAVE/ABSTRACT/KEYWORDS (tamanho 12, Times New Roman, justificado, espaçamento simples)

Obs. Restringir a, no máximo, 5 (cinco) as palavras-chave do texto, devendo estas exprimir conexão com a temática principal do artigo.

- INTRODUÇÃO

- Corpo do texto (tópicos numerados)

- CONSIDERAÇÕES FINAIS

- REFERÊNCIAS (conforme normas da ABNT ou do UNIVEM)

FORMATAÇÃO - CORPO DO TEXTO

- Títulos: Times New Roman. Maiúsculo, Tamanho 12. Negrito.

- Subtítulos: Times New Roman. Apenas as iniciais maiúsculas. Tamanho 12. Negrito.

- Notas de Rodapé: Times New Roman. Justificada. Tamanho 10.

- INTRODUÇÃO, Corpo do texto, CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Formatar > parágrafo

Alinhamento: Justificado

Recuo esquerdo: 0 cm

Recuo direito: 0 cm

Especial (parágrafos): 1,5 cm primeira linha

Espaçamento antes: 0

Espaçamento depois: 0

Espaçamento entre linhas: 1,5

Formatar > fonte
Times New Roman
Formatar > espaçamento entre caracteres
Normal

CITAÇÕES:

- Recuo 4 cm. Times New Roman. Tamanho 12. Espaçamento simples. **Notas de Rodapé.**

OUTROS:

- Margens: 2 cm

- Os títulos de ilustrações, tabelas e figuras (todas estas devem estar centralizadas) contidas no artigo, devem vir acima destas em fonte Times New Roman, tamanho 11, centralizado, sem negrito, itálico ou sublinhado. Abaixo das mesmas deve constar sua fonte, em formatação idêntica aos títulos.

- As siglas e abreviaturas deverão ser precedidas pelo seu significado por extenso, na primeira vez que forem empregadas em texto escrito. Deverão, ainda, serem usadas sem pontuação, sem acentuação, sinais diacríticos e não admitirão plural.

- Anexos e apêndices devem ser evitados. Quando sua utilização for indispensável, devem ser anexados em “DOCUMENTOS SUPLEMENTARES” na plataforma de submissão de artigos, em formato *.doc* ou *.docx* (as imagens devem ser digitalizadas em inseridas no *word*) acrescidos de identificação, ordem e título, conforme modelo a seguir. A visualização deve estar inquestionavelmente nítida.

Modelo: *Apêndice A - Questionário*

3. ENTREGA

Os artigos devem ser submetidos pela plataforma de revistas do UNIVEM disponível em www.univem.edu.br > menu “PORTAL DE REVISTAS” (ou diretamente pelo link <http://revista.univem.edu.br>). É necessário cadastrar-se no local indicado.

4. INFORMAÇÕES

Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão (NAPEX)

(14) 2105-0800

napex@univem.edu.br

www.univem.edu.br/napex

Mestrado em Direito

(14) 2105-0880

mestradojus@univem.edu.br

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 - Campus Universitário - Cep 17525-901 - Marília/SP

DISPOSIÇÕES GERAIS

1. LINHA EDITORIAL

A Revista EM TEMPO é um periódico do Curso de Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto e Lato Sensu* do Curso de Direito do UNIVEM, estando aberta a publicação de artigos da área de conhecimento do Direito. Os artigos devem seguir as orientações das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado: 1. Construção do Saber Jurídico 2. Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Sobre as linhas de pesquisa:

Sob os aspectos teóricos, a estrutura da sociedade moderna, nas relações jurídicas no interior do Estado - e do próprio Estado - são investigadas do ponto de vista de seus problemas e desafios, tendo como meta a emancipação dos seres humanos, a transformação qualitativa da sociedade e o aperfeiçoamento das instituições.

Os estudos na área de concentração em questão desdobram-se em linhas de pesquisa que têm por objetivo a investigação, a crítica e a reflexão sobre o direito moderno e seus fundamentos, nas suas diferentes vertentes teóricas - sobretudo os novos direitos - resultantes das transformações da sociedade e do surgimento das novas formas de sociabilidade, ocupando-se, dentre outros temas, de áreas investigativas que relevam o direito do meio ambiente, das relações de consumo, da criança e do adolescente, do direito e da Internet, do direito das cidades, das minorias sociais e demais direitos difusos.

Em suas linhas, ainda, admite e estimula a pesquisa que reflete a crítica sobre o modelo dogmático, caracterizador do pensamento jurídico dominante. Ao investigar os componentes da organização jurídico-constitucional do Estado, é possível, também, se ocupar, dentre outras áreas, investigativas que relevam os direitos humanos, os direitos fundamentais, as estruturas das relações jurídico-privadas, as instituições e a organização administrativa do Estado Democrático de Direito e o acesso à Justiça.

Obs. Os autores poderão submeter para a Revista EM TEMPO: artigos, resumos de teses e dissertações e pareceres jurídicos.

2. DIREITOS AUTORAIS

Todos os direitos são reservados. Qualquer reprodução, ainda que de parte da publicação, deverá constar o crédito de referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes do Brasil.

Ainda, no processo de submissão do artigo, o autor deverá concordar com os termos de declaração de exclusividade, ineditismo, concordância com a versão final e justificar no campo “COMENTÁRIOS AO EDITOR”, quando da participação de mais de um autor.

3. DIVULGAÇÃO

A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor

para a Revista EM TEMPO, sendo assegurado ao UNIVEM o direito a mais ampla divulgação da informação (meio impresso e eletrônico). Sendo professor o autor do artigo, fica o mesmo comprometido a divulgar a Revista junto aos seus alunos.

4. PARECER

Os artigos para a Revista EM TEMPO passarão por processo de avaliação pelo sistema *double blind peer review* para que, posteriormente, possam ser publicados. A aceitação ou não dos artigos enviados, bem como a necessidade de alterações serão comunicadas ao (s) autor (es) por correio eletrônico.

São analisados no processo de parecer para publicação: pertinência; relevância; adequação à linha de pesquisa do programa de pós-graduação da instituição; interação com a bibliografia sobre o tema produzida no Brasil e no Exterior; hipótese que estrutura o trabalho; proposta original de interpretação ou análise do tema e correção gramatical.

5. AVALIAÇÃO

Após a aprovação do artigo pelos pareceristas *ad hoc*, o mesmo será submetido à verificação do Conselho Editorial e avaliações ortográfica, gramatical e bibliográfica.

6. EXEMPLARES DOS AUTORES

Tendo o artigo sido publicado, os autores receberão cinco exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

7. CONTEÚDO

O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores e deve se restringir à área de conhecimento do Direito.

CHECKLIST

- ✓ FORMATO DO ARTIGO
- ✓ CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ADEQUADAS A ABNT
- ✓ ADEQUADAÇÃO À LINHA EDITORIAL DA REVISTA EM TEMPO
- ✓ CORREÇÃO GRAMATICAL
- ✓ CONCORDÂNCIA COM A CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS

REVISTA EM TEMPO

Chamada de artigos 2012-2013

Periódico da área de Direito do Centro Universitário
Eurípides de Marília – UNIVEM

A Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão do UNIVEM e a edição da Revista EM TEMPO, com vistas à publicação do volume 12/2013 da Revista EM TEMPO, torna público a professores, pesquisadores e agentes na área do Direito a submissão de artigos para este periódico.

A Revista EM TEMPO é um periódico do Curso de Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto e Lato Sensu* em Direito do UNIVEM, estando aberta à publicação de artigos da área de conhecimento do Direito. Os artigos devem seguir as orientações das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado: Construção do Saber Jurídico e Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Sobre as linhas de pesquisa:

Sob os aspectos teóricos, a estrutura da sociedade moderna, nas relações jurídicas no interior do Estado - e do próprio Estado - são investigadas do ponto de vista de seus problemas e desafios, tendo como meta a emancipação dos seres humanos, a transformação qualitativa da sociedade e o aperfeiçoamento das instituições.

Os estudos na área de concentração em questão desdobram-se em linhas de pesquisa que têm por objetivo a investigação, a crítica e a reflexão sobre o direito moderno e seus fundamentos, nas suas diferentes vertentes teóricas - sobretudo os novos direitos - resultantes das transformações da sociedade e do surgimento das novas formas de sociabilidade, ocupando-se, dentre outros temas, de áreas investigativas que relevam o direito do meio ambiente, das relações de consumo, da criança e do adolescente, do direito e da Internet, do direito das cidades, das minorias sociais e demais direitos difusos.

Em suas linhas, ainda, admite e estimula a pesquisa que reflete a crítica sobre o modelo dogmático, caracterizador do pensamento jurídico dominante. Ao investigar os componentes da organização jurídico-constitucional do Estado, é possível, também, se ocupar, dentre outras áreas, investigativas que relevam os direitos humanos, os direitos fundamentais, as estruturas das relações jurídico-privadas, as instituições e a organização administrativa do Estado Democrático de Direito e o acesso à Justiça.

Os autores poderão submeter para a Revista EM TEMPO: artigos, resumos de teses e dissertações e pareceres jurídicos.

Os artigos para a Revista EM TEMPO passarão por processo de avaliação pelo sistema *double blind peer review* para que, posteriormente, possam ser publicados. A aceitação ou não dos artigos enviados, bem como a necessidade de alterações serão comunicadas ao(s) autor(es) por correio eletrônico.

**A chamada de artigos para a edição de 2013 da Revista EM TEMPO
tem como prazo final 31 de janeiro de 2013.**

Mais informações na página do periódico: <http://revista.univem.edu.br/>, local em que está hospedada a versão eletrônica da Revista EM TEMPO.

www.univem.edu.br/napex

Atenciosamente,

Prof. Luís Henrique B. Franzé
Supervisão Editorial

Editora **LETRAS JURÍDICAS** e **LETRAS DO PENSAMENTO**, com 12 anos no mercado Editorial e Livreiro do país, é especializada em publicações jurídicas e em literatura de interesse geral, destinadas aos acadêmicos, aos profissionais da área do Direito e ao público em geral. Nossas publicações são atualizadas e abordam temas atuais, polêmicos e do cotidiano, sobre as mais diversas áreas do conhecimento.

Editora **LETRAS JURÍDICAS** e **LETRAS DO PENSAMENTO** recebe e analisa, mediante supervisão de seu Conselho Editorial: artigos, dissertações, monografias e teses jurídicas de profissionais dos Cursos de Graduação, de Pós-Graduação, de Mestrado e de Doutorado, na área do Direito e na área técnica universitária, além de obras na área de literatura de interesse geral.

Na qualidade de Editora Jurídica e de Interesse Geral, mantemos uma relação em nível nacional com os principais Distribuidores e Livreiros do país, para divulgarmos e para distribuírmos as nossas publicações em todo o território nacional. Temos ainda relacionamento direto com as principais Instituições de Ensino, Bibliotecas, Órgãos Públicos, Cursos Especializados em Direito e todo o segmento do mercado.

Na qualidade de editora prestadora de serviços, oferecemos os seguintes serviços editoriais:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Análise e avaliação de originais para publicação;• Assessoria Técnica Editorial;• Banner, criação de arte e impressão;• Cadastro do ISBN – Fundação Biblioteca Nacional;• Capas: Criação e Montagem de Arte de capa;• CD-ROM, Áudio Books;• Comunicação Visual;• Consultoria comercial e editorial;• Criação de capas e de peças publicitárias para divulgação;• Digitação e Diagramação de textos;• Direitos Autorais: Consultoria e Contratos;• Divulgação nacional da publicação;• Elaboração de sumários, de índices e índice remissivo;• Ficha catalográfica – Câmara Brasileira do Livro;• Fotografia: Escaneamento de material fotográfico; | <ul style="list-style-type: none">• Gráficas – Pré-Impressão, Projetos e Orçamentos;• Ilustração: Projeto e arte final;• Multimídia;• Orçamento do projeto gráfico;• Organização de eventos, palestras e workshops;• Papel: compra, venda e orientação do papel;• Pesquisa Editorial;• Programação Visual;• Promoção e Propaganda – Peças Publicitárias – Cartazes, Convites de Lançamento, Folhetos e Marcadores de Página de livro e peças em geral de divulgação e de publicidade;• Prospecção Editorial;• Redação, Revisão, Edição e Preparação de Texto;• Vendas nacionais da publicação. <p>Confira!</p> |
|--|---|

Nesse período, a Editora exerceu todas as atividades ligadas ao setor Editorial/Livreiro do país. É o marco inicial da profissionalização e de sua missão, visando exclusivamente ao cliente como fim maior de seus objetivos e resultados.

O Editor

A Editora reproduz com exclusividade todas as publicações anunciadas para empresas, entidades e/ou órgãos públicos. Entre em contato para maiores informações.

Nossos sites: www.letstrasjuridicas.com.br e www.letstrasdopensamento.com.br.
E-mails: comercial@letstrasjuridicas.com.br e comercial@letstrasdopensamento.com.br.
Telefone/fax: (11) 3107-6501 – 9352-5354

 **LETRAS**
Jurídicas

**Letras
do
Pensamento**

Visite nossos sites:
www.letrasjuridicas.com.br
www.letrasdopensamento.com.br

ISSN 1516-8964



9 7715 16 8964 1 8 0001 1