

DIKÉ: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac Itabirito



Ano 8, nº XI, 2º semestre de 2015

SUMÁRIO

PERCURSO PRÉ-CRÍTICO E O PROGRAMA DE UMA CRÍTICA TRANSCENDENTAL DA RAZÃO NO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT.....2	
<i>José Carlos Henriques – Ricardo Henrique Carvalho Salgado</i>	

HANS Kelsen E PAUL SCHOLTEN: Sobre emoção e razão na solução de casos jurídicos.....22	
<i>Nuno M. S. Coelho – Sebastião Trogo</i>	

PARTIDOS POLÍTICOS, COLIGAÇÕES E BLOCOS DE ATUAÇÃO NAS CASAS LEGISLATIVAS: O CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO.....36	
<i>Adriana Campos Silva – Polianna Pereira dos Santos – Paulo Henrique de Mattos Stuart</i>	

A DESCONSTRUÇÃO DO LEGADO CULTURALISTA BRASILEIRO NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO NÃO ESTABELECIMENTO.....64	
<i>João Victor Martins</i>	

APLICAÇÃO DA PENA DE SONEGADOS NAS PARTILHAS DECORRENTES DA DISSOLUÇÃO DE ENTIDADES FAMILIARES.....77	
<i>Raphael Furtado Carminate</i>	

NEUROCIÊNCIA E DIREITO: Desafios de uma tensa relação.....93	
<i>José Carlos Henriques</i>	

DIREITO À ESTABILIDADE NO EMPREGO DA MÃE ADOTIVA.....109	
<i>Dimas de Abreu Melo – Nayara Borges</i>	

FORMAÇÃO E VIDA POLÍTICA EM ISÓCRATES E DEMÓSTENES.....127	
<i>José Carlos Henriques – Ramon Mapa da Silva</i>	

O QUE É PROCESSO CONSTITUCIONAL.....146	
<i>Guilherme Henrique Lage Faria</i>	

CHAMADA DE ARTIGOS.....177	
----------------------------	--

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 8, nº XI, 2º semestre de 2015.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Doutor Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (UFLA)

Editores Responsáveis:

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Laydyane Ferreira.

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails:

ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com.br;
bernardogbn@yahoo.com.br; antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

PERCURSO PRÉ-CRÍTICO E O PROGRAMA DE UMA CRÍTICA TRANSCENDENTAL DA RAZÃO NO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

**Camino y el programa de una crítica trascendental de la razón, en el pensamiento de
Immanuel Kant**

José Carlos Henriques¹

Ricardo Henrique Carvalho Salgado²

Resumo: O presente trabalho pretende apresentar o percurso Kantiano, na denominada fase pré-crítica, assim considerados os trabalhos do filósofo anteriores ao irromper de sua ideia máxima e dirigente: a necessidade de se operar uma crítica da razão, para verificação de seus limites. Em seguida, serão articulados os primeiros movimentos para a constituição do programa de uma crítica transcendental da razão. Neste particular, sobreleva-se a importância do debate em torno da metafísica, enquanto ciência, situado este no ambiente da revolução copernicana, em filosofia, que Kant pretendeu inaugurar.

Palavras-chave: Percurso Kantiano; crítica; metafísica; revolução copernicana.

Resumen: Este documento tiene como objetivo presentar el camino kantiano, en la llamada fase pre-crítica, considerada esta como la obra del filósofo antes del surgimiento de su máxima idea: la necesidad de operar una crítica de la razón, para el control de sus límites. Serán articulados los primeros movimientos para la constitución de una crítica trascendental de la razón. En este sentido, es mayor la importancia del debate sobre la metafísica como ciencia, situada en el entorno de la revolución copernicana en la filosofía, la cual Kant trató de inaugurar.

Palabras-clave: Camino Kantiano; crítica; metafísica; revolución copernicana.

1. Traços biográficos e os primeiros movimentos em direção ao programa de uma crítica da razão.

Quanto à biografia de Kant, esta se entrelaça, indissociavelmente, ao percurso de seu pensamento filosófico e, por isto, de forma lapidar e acertada, Höffe afirma que “ainda mais

¹ Doutorando em direito pela UFMG. Mestre em Direito e em Filosofia. Professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

² Doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

que de outros filósofos, pode-se afirmar de Kant que os acontecimentos se produzem no pensamento; Kant não possui outra biografia senão a história do seu filosofar”.³

De fato, a vida de Kant, longa, se diga, tendo em vista a expectativa de vida em seu tempo, transcorreu de forma equilibrada, a tal ponto ordenada que se pode falar de um ritmo monótono de seus momentos, sem que dela se colham passagens excepcionais, que o tivessem retirado de sua rotina, marcadamente retilínea e uniforme.

Muito embora tenha se referido, alguma vez, a um lampejo de iluminação súbita,⁴ fato que o situaria ao lado de outros pensadores, que teriam construído o pensamento a partir de um momento singular de iluminação, Kant segue seu percurso, sem elucidar momentos especiais de vivência filosófica iluminadora. Parece que seu pensamento segue sereno, como sua vida, em direção a um caminho longamente preparado e executado sem percalços.

Contudo, apesar disto, Kant foi pensador absolutamente inovador, grandioso em originalidade, logrando transformar o ambiente acadêmico de sua época. Assim, aliou à vida de um douto burguês, a rotina de um incansável trabalho de pensador, sem que isto refletisse em acontecimentos externos marcantes de sua vida.

Assim, uma aparente tensão poderia ser identificada.

De um lado, Kant mantém uma vida regrada, meticulosamente ritmada, marginando possível obsessão por uma rotina inquebrantável. Isto teria motivado a passagem à história, já em seu tempo, daquilo que, de fato, parece ter sido a vida de Kant: a longa execução de um movimento ritmicamente preparado e cuidadosamente executado. Quem sabe aí, inclusive, a motivação de sua longevidade.

De outro lado, pouco a pouco, o pensamento de Kant se densifica, provocado por questões ingentes, às quais ele sempre se manteve atento. O poder e a percuciência do pensamento kantiano atraíam olhares de assombro, às vezes de incompreensão. Mas, ainda em vida, viu firmar-se o que, após, seria seu destino: ser reconhecido ao lado dos grandes luminares da filosofia. Portanto, em termos de pensamento, Kant exibia marcante originalidade e os tons de suas inovações repercutiriam até mesmo em ambientes insossos, como a marcadamente dogmática academia de seu tempo, acostumada a repetir lições de manuais.

³ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2

⁴ Conferir a respeito HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 1.

Ressalte-se que, por obra de Kant, a filosofia acadêmica experimentou um ambiente de *originalidade inovadora*,⁵ tradição que se seguirá com seus sucessores na linhagem filosófica imediata. Mais que repetir lições, Kant construiu seu caminho na academia de forma exemplarmente criativa, prometendo a quem o ouvia os desenvolvimentos de seus pensamentos antecipando, com isto, uma salutar expectativa por suas construções filosóficas, trazendo à prática acadêmica o ambiente de produção de conhecimento que esta deve sempre conter.⁶

Quanto à originalidade do pensamento kantiano e o rigor lógico de sua construção, não restam dúvidas, apenas sua vida não traduziu externamente a agitação criativa e transformadora de seu gênio. Aliás, talvez, por isto mesmo tenha Kant alcançado tanto êxito em sua construção filosófica.

Por tudo, vida e obra, em Kant, se interpenetram: sua vida é a história de sua obra. Neste sentido, tal como afirmado por Höffe, de se aceitar que “podemos entender Kant somente por sua obra, na qual se expressa com rigor inquebrantável e com uma exclusividade quase inquietante”.⁷

Aceita-se, entre os estudiosos, a clássica divisão entre um período pré-crítico do pensamento kantiano, em que não se apresentava, ainda, as monumentais construções de suas grandes obras e outro, o período crítico, marcado pelas ideias das três grandes *Críticas*.

No período pré-crítico, no entanto, já comparecem interesses que marcaram todo o pensamento kantiano, constituindo-se este como verdadeira base sobre a qual se formariam as construções posteriores.

De fato, o interesse de Kant pelas ditas ciências naturais é marcante no período pré-crítico, e não o abandonaria, permanecendo posteriormente como esteio e fundamento para a construção crítica da noção de transcendental, ou seja, da investigação das condições de possibilidade do atuar e do conhecimento a ser alcançado pela razão.

Enfim, parece acertado assentir às afirmações de Höffe quanto à significação geral do período pré-crítico para os desenvolvimentos da fase crítica da filosofia kantiana. Neste sentido, pontua-se que “ainda que resultados da investigação sejam escassos, já se vislumbra o

⁵ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2. A expressão, tautológica, comparece no texto de Höffe, talvez com o intuito de firmar que Kant, a um só tempo, construiu uma filosofia original e, ainda, teria conseguido, de forma inovadora, introduzir seu pensamento como construção acadêmica.

⁶ Conta-se que a promessa de escrita da *Crítica da Razão Pura* foi ouvida algo em torno de doze anos antes de seu aparecimento alimentando, possivelmente, as direções das lições kantianas durante este período de maturação da obra. Enfim, a criação do pensamento se fazia repercutir no trabalho acadêmico.

⁷ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2

esforço crítico-constutivo de mediação em que se baseia sua crítica transcendental da razão”. Ademais, mesmo ocupando-se de temas predominantemente científicos, Kant se desenha como filósofo, situando as discussões sobre temas científicos em uma “problemática mais abrangente: a investigação sobre as reais potencialidades da razão”.⁸

Kant percorre um longo caminho ao fim do qual alcança, já aos 46 anos, a ansiada cátedra de lógica e metafísica, em Königsberg. É verdade que, antes, rejeitara convites para assumir cargos similares, em outras cidades, alegando “seus vínculos com sua cidade natal, seu grande círculo de amigos e sua débil saúde”.⁹

Anteriormente, trabalhara duro no ofício de docente, várias horas diárias, o que o teria silenciado nos primeiros anos de atividade acadêmica. Em seguida, com a ascensão à cátedra, passa a lecionar. E, mesmo que exponha, como outros, as grandes doutrinas dogmáticas, seguindo manuais, desde o início, suas aulas se mostram diferenciadas. Kant não faz mera paráfrase manualística, prática comum então. Procura ensinar a filosofar, de forma viva e livre. Estuda no “livro do mundo”, mais que acolhe doutrinas elaboradas. Produz um “discurso livre”, bem informado e salpicado, aqui e ali, quando oportuno, de graça e humor. Por isto, “suas aulas, que sempre estimulam a própria reflexão, despertam grande interesse, desde o início”. Além disto, “no trato pessoal, o jovem livre-docente mostra um calor humano e uma cordialidade que não esperaríamos encontrar em Kant”.¹⁰

Tudo isto, sem descuidar de uma intensa vida social já que as atividades acadêmicas, em aulas, “ocupavam somente a primeira metade de sua jornada. A outra metade pertence à vida social. Junto com amigos e conhecidos, Kant passa o tempo em extensos almoços, jogando bilhar e cartas e frequentando o teatro e os mais renomados salões da cidade. Na sua qualidade de debatedor brilhante, Kant se torna um hóspede muito apreciado”.¹¹

Muito bem informado, atento aos problemas filosóficos de sua época e aos desdobramentos que o futuro exigia da filosofia e, ainda, dotado de uma imaginação viva e perspicaz, Kant, entre a rotina das atividades acadêmicas, em aulas, e uma intensa vida social, amadurece seu projeto filosófico mais significativo: a crítica transcendental da razão.

⁸ As expressões em destaque aparecem em HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 7

⁹ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

¹⁰ Todas as expressões em destaque aparecem em HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

¹¹ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 12.

2. A formação da filosofia transcendental crítica.

Após o ano de 1761, vencido um período de intensos trabalhos, Kant, volta a uma fase de produtividade. Nos anos que se seguem, na filosofia teórica, Kant acompanha e se deixa influenciar pelos trabalhos de David Hume. No âmbito da filosofia prática, segue, de preferência, o diálogo com Jean-Jacques Rousseau.

Mas seu interesse genuíno, os problemas metafísicos, sempre o acompanham. Contudo, já de forma crítica, ao contrário das filosofias dogmáticas, sobre a existência de Deus e os fundamentos da moral, clássicos interesses da metafísica, sempre mais, Kant passa a considerar os limites e recursos de um pensamento para apresentar-lhes resposta satisfatória.

É assim que concebe a necessidade de uma “ciência propedêutica”,¹² que prepare o espaço para a construção de uma metafísica futura. Desde o início, se descortina um horizonte crítico. Ora, se insuficientes os recursos racionais tradicionais para solver as espinhosas questões da metafísica clássica, antes seria preciso investigar o porquê desta manifesta insuficiência, que tem tornado, na história da filosofia, a metafísica um verdadeiro campo de batalha, sem que se alcance um saber de consenso.

Tudo isto, induz pensar que seria preciso verificar se, de fato, a razão poderia adentrar os meandros das questões metafísicas e, podendo, em que condições o faria. Está traçado o projeto de uma crítica transcendental da razão, apto a verificar as condições de possibilidade de um saber racional sobre temas metafísicos.

Tal projeto é concebido como propedêutica, uma investigação prévia, um tribunal da razão que, ao alcançar uma decisão, desta faria um roteiro seguro para uma metafísica futura. Ou seja, o interesse pelos problemas da metafísica clássica, bem como a constatação da insuficiência das soluções tradicionais para tais questões, presidem ao nascimento de uma crítica da razão, que seja definidora de suas potências e que, evidenciando seus limites, descortinem um horizonte possível para uma metafísica futura, livre dos dogmatismos dos racionalistas, mas também afastada dos limites estreitos do empirismo radical.

Não se trata de mero ceticismo, de uma desconfiança, sem mais, da razão, o que seria um limite a-crítico a superar. Trata-se de um caminho crítico a ser percorrido, na tentativa de, evidenciando os limites da razão, possibilitar a construção segura de uma metafísica, em novos

¹² A expressão é kantiana, citada por HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14. Revista Diké XI

moldes, uma metafísica futura livre dos vícios e fraquezas e estabelecida sobre bases racionais, científicas ao fim das contas.

De uma inicial concepção analítica da metafísica, uma vez que esta deveria “aclarar conhecimentos confusos”, Kant evoluirá para uma concepção sintética dos construtos científicos de juízos, precedido de um prévio trabalho crítico da razão em relação a si mesma, ou seja, mesmo nesta fase inicial “Kant já não define a metafísica como um sistema racional, mas como ‘uma ciência dos limites da razão humana’”, sem que possa fixar ainda tais limites.¹³ Eis porque a tarefa da crítica se anuncia clara: precisamente ocupar-se da verificação destes limites.

Contra a dogmática ingênua, que pressupunha os poderes da razão para ocupar-se das questões clássicas da metafísica, instado pelo pensamento de David Hume, mas sem aderir a seu ceticismo e empirismo radical, Kant colocará em marcha seu ambicioso projeto: instalar um tribunal da razão.¹⁴

Quanto à necessidade de se percorrer a via da crítica para, por primeiro, verificar os limites do conhecimento, não sendo possível à razão pura, “encontrar a paz no ceticismo”, Kant é enfático:

A consciência da minha ignorância (se esta ignorância não é, ao mesmo tempo, reconhecida como necessária), em vez de pôr termo às minhas investigações é, pelo contrário, a verdadeira causa que as suscita. Toda a ignorância ou diz respeito às coisas ou à determinação e aos limites do meu conhecimento. Quando a ignorância é acidental deve levar-me, no primeiro caso, a investigar *dogmaticamente* as coisas (objetos); no segundo caso, a investigar *criticamente* os limites do meu conhecimento possível.¹⁵

No percurso em direção à construção de sua crítica transcendental da razão, a *Dissertação*, de 1770, “Sobre a forma e os princípios do mundo sensível e inteligível”, se apresenta como um marco de relevo.

Nesta obra, escrita para a obtenção da cátedra de professor, Kant percorre um caminho propedêutico à metafísica. E, porque a metafísica, enquanto filosofia pura, não conteria princípios empíricos, torna-se forçoso reconhecer duas formas de conhecimento. O

¹³ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp 16-17.

¹⁴ Kant reconhecerá que Hume o teria despertado do que, metaforicamente, chamou de sono dogmático. Em célebre passagem da primeira Crítica, Kant escreve “ele (referindo-se a Hume) primeiro me despertou do sono dogmático e deu um outro rumo a minhas investigações no campo da filosofia especulativa”. Veja-se a passagem do Prólogo à primeira Crítica, citada em HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

¹⁵ KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução de Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª edição. p. 560.

conhecimento sensível dos fenômenos, das coisas tal como aparecem e o conhecimento inteligível, das coisas tal como são.

Na *Dissertação*, Kant ainda pensa ser possível o conhecimento das coisas em si, *noumena*. Como se sabe, na *Crítica da Razão Pura*, esta possibilidade será negada, vez que não se admitirá conhecimento que ultrapasse a experiência e seja independente da sensibilidade.

Na *Dissertação* já comparecem ideias que, no futuro, acompanharão o desenvolvimento do pensamento kantiano. De fato, ali, é admitida a veracidade do conhecimento sensível e a intuição é firmada como uma “fonte genuína de conhecimento”. Além disto, as representações de espaço e tempo são compreendidas como intuições puras, ordenadoras do material sensível.¹⁶

Reconhecendo a confusão reinante no conhecimento metafísico, Kant salienta a necessidade de “esclarecer os princípios que permitem explicar como a metafísica cai em enganos ao misturar o conhecimento puro do entendimento com elementos sensíveis”, sinalizando para suas futuras investigações, na *Dialética Transcendental*, parte final da primeira grande *Crítica*.¹⁷

Kant apesar de, em um primeiro momento, pensar poder continuar, com alguma rapidez, seus trabalhos apenas revisando a *Dissertação*, o constante refazer de suas investigações, demonstrou que o caminho para a *Crítica* não seria retilíneo e consumiria tempo considerável, construindo-se por mais de dez anos de trabalho reflexivo.

Aprofundando e corrigindo o caminho iniciado na *Dissertação*, Kant concluirá, posteriormente, que o entendimento “é incapaz de conhecer as coisas; as categorias não possibilitam nenhum conhecimento real do mundo inteligível, mas nada mais são do que uma antecipação de toda experiência possível”. Ademais, conclui-se que a confusão entre fenômeno e coisa em si gera as contradições da razão, que são necessárias, constituindo-se como uma marca de sua finitude.¹⁸

Enfim, após longo período de maturação, marcado por constantes reconstruções de rota, Kant escreve a *Crítica da Razão Pura*, desta vez em um curto período de tempo,

¹⁶ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 18.

¹⁷ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 19.

¹⁸ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 19.

estimado entre quatro a cinco meses, o que “faz supor que Kant recorreu a extensos trabalhos prévios”, conhecidas a grandeza, originalidade e acuidade reflexiva da obra.¹⁹

Após longa espera, em maio de 1781, publica-se a primeira das principais obras de Kant. Com esta obra, transforma-se a própria compreensão do papel filosófico desempenhado por seu autor. Como salienta Höffe, após a publicação da *Crítica da Razão Pura*, “o laborioso professor universitário, o investigador e escritor filosófico apreciado por muitos, porém considerado por outros – por exemplo, pelos acadêmicos de Göttingem – como mero diletante, mostra-se agora, aos 57 anos, um gênio filosófico”.²⁰

Contudo, de início, Kant assiste, sem esperar, críticas endurecidas à obra que, sobretudo, ressaltam a incompreensibilidade de sua escrita que, em razão disto, lançaria a obra no registro de obra obscura.²¹

Mas, como se depreende de sua correspondência, de forma antecipada, Kant estava convencido de que uma mais benevolente recepção da obra não tardaria e que as iniciais críticas negativas cederiam.

De fato, Kant acertara, o significado da primeira *Crítica* para a história da filosofia é evidente e sem par. Höffe não exagera quando escreve: “depois de poucos anos a *Crítica da Razão Pura* desenvolve seu sentido secular, que se estende até nossos dias. Apesar das obras de Hegel, Marx, Mill e Nietzsche, apesar de Husserl, Heidegger, Russel e Wittgenstein, ninguém poderia indicar um corte mais profundo na história da filosofia moderna do que o causado pela *Crítica da Razão Pura*”.²²

Apesar de reconhecidamente ser uma obra cujo acesso permanece dificultado, as tentativas sérias de compreensão se multiplicam e, logo, Kant será reconhecido dentro e fora da Alemanha pela grandeza de sua filosofia, sendo contemplado com numerosas distinções.

Em seguida à publicação da primeira *Crítica*, numerosas obras de Kant vêm a lume. As mais significativas sucedem a publicação da segunda edição da primeira *Crítica*, substancialmente alterada, em 1787.

Assim, em 1788, aparece a segunda das grandes críticas, a *Crítica da Razão Prática*; em 1790, a *Crítica da Faculdade de Julgar* e, em 1793, *A religião nos limites da simples razão*, obra que motivaria um desgastante conflito entre Kant e censura prussiana.

¹⁹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 20.

²⁰ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 20-21.

²¹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21. Ali, são inventariadas as críticas iniciais negativas à obra.

²² Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21.

Muito embora a Prússia de sua época já ostentasse uma invejável postura de tolerância à liberdade religiosa, inclusive com registros jurídicos de proteção, no âmbito do direito positivado, o fato é que esta obra provocou incômodo episódio em entre Kant e a censura. Fato este que teria obrigado Kant a publicar posteriores trabalhos sobre a temática da filosofia da religião, na tentativa de elucidar suas posturas e, com isto, afastar os argumentos dos censores, mas não sem os riscos próprios de uma empreitada que se mede com órgãos de controle de opinião.

Medidas repressivas foram adotadas contra Kant, culminando com a proibição de ensinar ideias consideradas pela censura como expressão de menosprezo de algumas doutrinas fundamentais da Sagrada Escritura e do Cristianismo. Tais medidas foram adotadas por ato do gabinete de Frederico Guilherme II, em outubro de 1794 quando, então, Kant, já idoso, aos setenta anos, gozava de ampla fama.

Talvez para evitar conflitos maiores e dissabores não menos intensos, Kant cede diante da censura. E, muito embora continue negando que tenha emitido juízo de valor sobre o cristianismo, mas tão somente sobre a chamada religião natural, em sua defesa, Kant renuncia “a qualquer outra manifestação no âmbito da filosofia da religião”.²³

Kant, na velhice, ainda publicaria outras obras, como o tratado de filosofia do direito e da história, *A paz perpétua*, em 1795; a *Metafísica dos costumes*, em 1797 e, dentre outros, ainda, *Antropologia sob a perspectiva pragmática*, de 1798.

Na hoje conhecida como *Opus Postumum*, Kant projetava “reconduzir, passo a passo, o pensar apriorístico ao âmbito do empírico, para superar o abismo entre a crítica transcendental da razão e a experiência real”. Mas, não levaria a cabo este gigantesco intento. Plenamente consciente de que suas forças se esvaíam, caindo enfermo por primeira vez gravemente, em outubro de 1803, morre em 12 de fevereiro de 1804, solteiro e sem filhos, deixando seu legado para sua irmã e sobrinhos.²⁴

3. O programa de uma crítica transcendental da razão.

No famoso prefácio à *Crítica da Razão Pura*, Kant reconhece que, em torno das questões metafísicas, se agita um sem número de respostas e que, por isto, sem decisão possível entre estas, a metafísica se tornara amplo e pedregoso campo de batalha.

²³ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27.

²⁴ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 29-31.

Neste sentido, urgia a efetivação de uma crítica, antecedente às construções metafísicas e que viesse a investigar, no âmbito da razão teorética ou especulativa, como se produz o conhecimento, já que esta forma de racionalidade seria o *locus* natural do metafísico. Este o projeto de uma “crítica da razão especulativa pura”.²⁵

Com argumentação clara e impactante, Kant expõe a contraditória condição da metafísica “a qual aparece como necessária e, ao mesmo tempo, como impossível”, ou seja, há questões metafísicas que pertencem ao horizonte humano, de forma necessária, mas que não podem encontrar resposta satisfatória. Verifica-se que as questões metafísicas são necessárias “porque a razão busca, ante a variedade de observações e experiências, certos princípios gerais que revelem essa variedade, não como um caos, senão como um todo estruturado, como coesão e unidade”. Ou ainda, na cadeia de causas, no âmbito da experiência, parece que, ao final, se deve remontar ao incondicionado, a princípios incondicionados. Assim, “parece que o último fundamento da experiência se encontra além de toda a experiência. Por isso, sua investigação se chama metafísica, literalmente: além (meta) da física, da natureza”.²⁶

Mas, as tentativas da razão, no sentido de buscar conhecimentos para além da experiência a precipitam “em escuridão e contradições”. Isto porque, como revelará a *Dialética Transcendental*, a razão, nesta condição, ao aventurar-se na pesquisa dos princípios metafísicos, por definição, situados além da experiência, incorrerá em aporias insolúveis, havendo boas razões para afirmar e, paritariamente, para negar tanto a existência de Deus, a liberdade da vontade, bem assim quanto a afirmar ou negar que o mundo tenha um começo. Ou seja, diante de tais questões, postando-se fora da experiência, a razão teorética enreda por caminhos obscuros e, precisamente por isto, não vê solução possível para as questões que enfrenta, permanecendo sem saber firmar qual seria a posição certa a adotar.

Portanto, a ideia diretiva da metafísica, a de que os princípios encontram fundamento no transcender a experiência é, de si, problemática. Eis porque, “aquilo que constitui a metafísica, a saber, o transcender a experiência, é também a razão de que ela seja impossível como ciência. Não são obstáculos externos que se opõem à metafísica. É sua própria natureza,

²⁵ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 33.

²⁶ Todas os destaques do parágrafo aparecem em HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 34.

ou seja, o conhecimento independente da experiência ou conhecimento puro da razão, que a estorva; assim, a metafísica se torna campo primordial de disputas intermináveis”.²⁷

Mas, segue sendo um fato da razão que a metafísica se apresente como um verdadeiro destino: apesar de compreender a experiência como condição e limite do conhecimento, a razão teórica insiste em aventurar-se para além do experienciar, em busca do incondicionado que, criticamente, sabe não poder conhecer, ao menos pela via do entendimento.

Em meio a intermináveis e tortuosas disputas metafísicas, os racionalistas, de Descartes a Leibniz, assumem uma posição dogmática, impondo determinadas suposições que lhes servem de base, mas sem o devido e prévio trabalho crítico. Isto é, os racionalistas pressupõem como verdadeiras determinadas respostas aos problemas metafísicos: firmam que a alma seja imortal, o mundo tenha um começo e que Deus exista.

Trata-se, contudo, de tese insustentável diante de uma crítica segura e indispensável: as afirmações metafísicas dos dogmáticos pressupõem justamente o que deveriam deduzir, não sem antes promoverem uma rigorosa averiguação das potências e limites da razão especulativa. É, precisamente o que pretendeu fazer Kant.

As pressuposições acríticas dos dogmáticos, exatamente por não suportarem uma exigência de fundamentação cognitiva na experiência, desembocam em “anarquia”, o que provoca uma postura cética, também esta radical e acrítica, apesar de não parecer, pois em última instância, os céticos negam “os fundamentos de todo o conhecimento... em uma ignorância artificial”.²⁸

Com John Locke, defensor de um radicalizado empirismo, negada a possibilidade de conhecimento extra-empírico, negam-se os fundamentos principiológicos da metafísica. No mesmo registro, figuraria o também empirista também Hume. Este de forma mais contundente, ao abraçar o ceticismo.

De modo geral, a par da posição cética, de certa forma estéril, por negar qualquer conhecimento como possível, ao menos nas versões mais radicais, Kant compreendia as disputas em torno da metafísica como uma especial disputa travada entre as posições empiristas e as racionalistas.

²⁷ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 35.

²⁸ Cfe. As últimas expressões grifadas são de Kant e comparecem em HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 35-36.

Na verdade, as disputas metafísicas, ao recaírem em infundáveis discussões, conduziriam muitos a uma postura de pretensa indiferença, com o reconhecimento de que não seria possível, sobre temas metafísicos, um conhecimento científico.

No entanto, a postura indiferentista, *per se*, se mostra impossível porque, para negar a metafísica, tais indiferentistas de origem recairiam em afirmações também elas de caráter reconhecidamente metafísico, recolocando assim os mesmos problemas dos quais pretendiam escapar. Em, com isto, retornam, novamente, para o centro das disputas não decididas. A indiferença não se mantém porque, como pressuposto, novas afirmações metafísicas são feitas “sobre o fundamento empírico ou supra-empírico do conhecimento”.²⁹ Estamos, de novo, no coração problemático da metafísica, Kant alerta e reconhece.

No que diz respeito à metafísica, Kant não tomará partido de qualquer das partes envolvidas na controvérsia entre dogmáticos, empiristas e céticos. Adotará uma via original: a via crítica de verificação das condições de possibilidade do conhecimento metafísico. Este o projeto de sua filosofia transcendental crítica: submeter a razão a um tribunal, com a imparcial averiguação da “possibilidade de um conhecimento puro da razão pela própria razão pura”. Por isto, de forma lapidar, conclui Höffe que, no tribunal instaurado por Kant, “é a razão pura que se julga a si mesma. A Crítica da razão pura é o auto-exame e a autolegitimação da razão independente da experiência. É na autocrítica que a razão manifesta seu poder; mas este poder serve para sua autolimitação”.³⁰

Restaria saber aqui se, posto que instaurado um tribunal, seria possível à razão pura, teórica, formular sobre si mesma um juízo crítico justo. De fato, não é sempre correto pensar que um autojulgamento resulte em uma decisão imparcial. Sói acontecer o contrário: condescender em favor das potências, minimizando eventuais limitações. É sempre a razão que se auto-investiga, em um discurso que é, em última instância, metafilosófico, é o *logos* que se desdobra sobre si mesmo, autocompreendendo-se: procuraria, então, evidenciar suas potencialidades, na exata medida que margeia seus limites. Em outras palavras: trata-se de um discurso metarracional. Recorde-se que os limites reconhecidos por Kant foram dilatados por Hegel que, após, lançará o *logos* na aventura histórica de sua autodescoberta como Espírito.

Ainda, de se salientar que a “autolegitimação da razão independente da experiência”, portanto, enquanto razão pura, se dá por ela mesma e, neste caso, de se indagar se a razão

²⁹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38.

³⁰ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38.

pura, ao experienciar-se, daria a si mesma algum conteúdo, de experiência, ainda que fosse tal experiência haurida em sua própria auto-revelação.

Em Kant, em termos de conteúdos do saber, estes provêm da experiência, é dizer, da sensibilidade, mas isto não implica em negar que possa haver conhecimento que não provenha da experiência, eis porque pensar a razão pura, por ela mesma, se postaria no centro desta perspectiva, e aqui já estamos em campo, reconhecidamente, metafísico, ou seja, na formulação de juízos acerca da possibilidade e limites do conhecimento.

Sobre a possibilidade da metafísica, enquanto ciência, evidentemente, é tarefa da *Crítica da razão pura*, julgar as posições das partes em litígio: o racionalismo, o empirismo e o ceticismo.

O desempenho desta tarefa e seus resultados são objeto de percuciente análise por parte de Höffe, em passagens luminárias, como esta:

Na primeira parte da *Crítica*, na Estética e na Analítica, encontra-se o código que contém um primeiro juízo sobre a disputa em torno da metafísica: em contraposição ao empirismo, existem fundamentos independentes da experiência, e por isso um conhecimento rigorosamente universal e necessário; porém este conhecimento se limita, contrariamente ao racionalismo, ao âmbito da experiência possível. Logo, na segunda parte, na Dialética, o processo é levado a cabo formalmente e decidido de forma definitiva. Com relação ao objeto além de toda a experiência, a razão se mostra sem consistência. Assim que ela se move somente no âmbito de seus próprios conceitos, incorre em contradições. Kant recusa tanto o empirismo como o racionalismo; existem ideias puras da razão – mas meramente como princípios regulativos a serviço da experiência. No decorrer do auto-exame, a razão rejeita o racionalismo porque o pensamento puro não é capaz de conhecer a realidade. Porém, a razão rejeita também o empirismo. É verdade que Kant admite que todo conhecimento começa com a experiência; mas não resulta disso, como supõe o empirismo, que o conhecimento provenha exclusivamente da experiência. Pelo contrário, mesmo o conhecimento empírico se mostra impossível sem fontes independentes da experiência.³¹

Deste modo, restam esclarecidas as falhas tanto da perspectiva empirista, quanto da posição racionalista. Do mesmo modo, em oposição ao ceticismo, Kant considera possível um conhecimento objetivo, de validade universal. De fato, determinados supostos da experiência, como o princípio da causalidade, não resultariam do mero hábito, mas são condições da experiência não empírica e, por isto, universalmente válidos.

Enfim, com Kant, a metafísica ganha novo sentido, configurando-se como “teoria transcendental da experiência”. A respeito desta guinada, vale, uma vez mais, mencionar Höffe:

³¹ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 38-39
Revista Diké XI

Demonstrando a existência de certas condições da experiência não empíricas e, portanto, universalmente válidas, Kant mostra que a metafísica é possível, mas, em contraposição ao racionalismo, somente como teoria da experiência, e não como uma ciência que transcende o âmbito da experiência; e, à diferença do empirismo, não como teoria empírica, senão como teoria transcendental da experiência.³²

Certamente, Kant teria superestimado o valor de sua crítica da razão, ao se referir à completude de sua solução e ao esgotamento, por ela, de todas as vias de resposta aos problemas metafísicos. Aliás, como lembra Höffe, esta sobrevalorização de sua crítica, poderia se confirmar em relação ao próprio evoluir do pensamento kantiano, considerando-se, em uma visão panorâmica, o seu percurso total desde as *Críticas* até a sua *Opus postumum*.³³

Enfim, Kant mesmo teria reconhecido que, ainda, seriam necessários esforços “para superar o abismo entre a crítica transcendental da razão e a experiência real”, mister que ocupava sua atenção ao menos desde 1790, trabalho interrompido pelo seu desaparecimento.³⁴

De outro lado, o valor do programa kantiano de uma crítica da razão não pode ser minimizado. Com Höffe, concordamos não restar dúvida: “o programa kantiano de uma crítica da razão e seus elementos principais, como a virada copernicana para o sujeito transcendental e a ligação entre teoria do conhecimento e teoria do objeto, a demonstração de elementos apriorísticos em todo conhecimento e a distinção entre fenômeno e coisa em si, causaram uma profunda reforma da Primeira Filosofia, que tradicionalmente é chamada metafísica”.³⁵

Agora, com Kant, a metafísica futura teria que se firmar, primeiramente, como uma *teoria transcendental da experiência*, dando um passo prévio ao decidir sobre os limites e possibilidades da razão pura, por ela mesma.

4. A revolução copernicana e a questão da metafísica enquanto ciência.

No prefácio à segunda edição da *Crítica da razão pura*, Kant afirma seu propósito mais significativo, que é pensar a possibilidade da metafísica enquanto ciência. Reconhece-se, ali, que a metafísica, apesar de esforços milenares, não conseguira avançar, não havendo

³² HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40.

³³ A respeito, Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. *passim*.

³⁴ Quanto a este programa kantiano, posterior às críticas, Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

³⁵ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40.

consensos sobre seus principais problemas, nem mesmo acerca de um método seguro a adotar, o que coloca como central pensar a sua possibilidade mesma enquanto ciência.

Kant indicará a lógica como uma forma saber que teria, já desde Aristóteles, seguido o “caminho seguro da ciência”, na verdade, comparecendo como um “vestíbulo das ciências”, vez que se ocupa das regras da ordenação do pensamento. Assim, a lógica comparece como uma ciência propedêutica, necessária a todas as demais formas científicas de saber, que devem se construir no respeito às regras formais de produção do pensamento ordenado. Por isto mesmo, a lógica “desempenha na crítica da razão o papel de padrão negativo para as ciências reais”.³⁶

Dentre as ciências que também seguiram “um caminho seguro” em seu desenvolvimento cita-se a matemática, isto porque, desde a Antiguidade, sabe-se, ela se constrói a partir de um “suposto subjetivo que, no entanto, é objetivamente válido”, isto é, conhece por conceitos, avançando sobre uma base subjetiva de validade universal.³⁷

Do mesmo modo, a física prossegue em caminho seguro como ciência porque compreendeu, por obra de Bacon, que a razão somente conhece da natureza “o que ela mesma produz segundo seu projeto”, isto significa que há no conhecimento da física um suposto subjetivo de validade universal, o que a mantém nos limites de um conhecimento que se quer científico.³⁸

As ciências, exemplarmente a matemática e a física, se firmaram enquanto tal porque, em uma revolução do pensamento, incorporaram a ideia segundo a qual o conhecimento se dá por conceitos que, partindo das estruturas do sujeito, alcança sobre os objetos um saber possível, que avança, fazendo dilatar seus horizontes, crescendo conhecimento, pela via da experiência. O sujeito é o centro, em torno dele gravita o mais.

Quanto à metafísica, uma necessária revolução, ainda, não teria se implementado: colocar o “sujeito cognoscente numa relação criadora com o objeto”. Eis porque a metafísica continuaria a enfrentar-se com problemas não resolvidos e, pior, sem perspectiva de solução, mas que se mantinham como uma exigência necessária. Concordamos com o alerta de Höffe segundo o qual

³⁶ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41.

³⁷ A expressão destacada aparece em Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41.

³⁸ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 42.

Kant entende sua proposta como uma hipótese, como um experimento da razão que só pode se justificar pelo seu próprio sucesso. Sua filosofia transcendental não pretende de modo algum, como se objeta freqüentemente, ser uma teoria infalível, o que significaria contradizer a condição mínima da epistemologia atual, ou seja, o postulado da falibilidade. Só que a refutação dos projetos transcendentais de pensamento não é possível com os recursos das ciências empíricas. Por tratar-se de experimentos da razão, só podem validar-se por meio da razão ou, porém, fracassar ante ela.³⁹

Partindo desta ideia de experimento da razão, nas duas primeiras partes *da Crítica da razão pura*, na *Estética Transcendental* e na *Analítica Transcendental*, Kant desenvolverá “uma teoria filosófica da matemática e da ciência natural matemática”. Já na *Dialética Transcendental* se mostrará que o incondicionado, objeto da metafísica, não pode ser pensado sem contradições. Deste modo, o experimento da razão teria sido bem sucedido porque, ao estabelecer como limite a impossibilidade de se pensar o incondicionado, a razão se reconciliaria consigo mesma, escapando das contradições nas quais incorria ao percorrer a via inversa.⁴⁰

Esta a “revolução copernicana” trazida por Kant, implicando na defesa de uma nova posição do sujeito em relação ao conhecimento objetivo, como esclarece: “o conhecimento não deve mais regular-se pelo objeto, mas sim o objeto pelo nosso conhecimento”.⁴¹

Por tudo, mais que refutar teses metafísicas, Kant propõe uma virada total, vez que todo saber, para ser dito científico, deverá fundar-se nos modos ser do sujeito para conhecer. A validade universal do conhecimento objetivo encontraria apoio e justificação nos modos de ser do sujeito, enquanto sujeito que conhece.⁴²

Enfim, Kant autodenominou sua via de *revolução*, à maneira de Copérnico, que vencera a ilusória consciência natural, do mesmo modo Kant pretendeu inaugurar uma nova posição do sujeito ante seu objeto. Saliento que deve ser reforçado “seu objeto”, pois doravante o objeto, de algum modo, constrói-se pelo sujeito, ao modo do sujeito.

Deve-se notar que, quando se afirma que o conhecimento objetivo depende do sujeito, para firmar-se como tal, não se está a referir, obviamente, para Kant, às estruturas empíricas do sujeito. Trata-se, no caso, das “condições do conhecimento objetivo que independem da experiência, condições estas que se encontram na constituição pré-empírica do sujeito”.⁴³

³⁹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 42-43.

⁴⁰ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 43.

⁴¹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 44.

⁴² Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 44.

⁴³ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 44-45.

Aqui ganha relevância a noção de fenômeno. Não se trata de conhecer as coisas em si, *noumena*; ou seja, o que, como tal, não se dá ao sujeito. Aquilo que é conhecido, o *objeto*, é a coisa enquanto fenômeno, enquanto esta se dá ao sujeito, enquanto sujeito mesmo, isto é, enquanto este é dotado de modos de ser próprios, que condicionam seu próprio saber sobre o objeto.

Quanto ao sentido da revolução copernicana, que propõe uma nova concepção do conhecimento objetivo, inovando na estrutura fundamental da experiência, ao apontar um novo fundamento da objetividade, precisa a lição de Höffe, que vale transcrever:

A revolução copernicana de Kant significa que os objetos do conhecimento objetivo não aparecem por si mesmos, mas eles devem ser trazidos à luz pelo sujeito (transcendental). Por isso, eles não podem mais ser considerados como coisas que existem em si, mas como fenômenos. Com a mudança do fundamento da objetividade, a teoria do objeto, a ontologia, passa a depender de uma teoria do sujeito, de modo que não pode mais haver uma ontologia autônoma. O mesmo vale para a teoria do conhecimento. O substancial da *Crítica da razão pura* consiste na interligação de ambos os lados; uma teoria filosófica do ente, ou seja, daquilo que um objeto é objetivamente, só pode se elaborar, segundo Kant, como teoria do conhecimento do ente, e uma teoria do conhecimento apenas como determinação do conceito da objetividade do objeto.⁴⁴

5. Os juízos sintéticos *a priori* e a metafísica enquanto ciência.

Sabido que, para Kant, o saber metafísico é conhecimento puro da razão. Na *Crítica da razão pura*, Kant introduz uma dupla divisão disjuntiva, na análise da validade dos conhecimentos e da tipologia dos juízos.

Para ele, os conhecimentos são válidos ou *a priori* ou *a posteriori* e os juízos são ou sintéticos ou analíticos. Höffe observa que “a relevância gnosiológica e epistemológica dessas duas distinções não tem diminuído até hoje”. No entanto, chama a atenção para o fato de que, o desenrolar da filosofia posterior a Kant, não vê clareza nestes conceitos e chega mesmo a negar-lhes utilidade.⁴⁵

Com a utilização destes conceitos, Kant propõe uma “mediação entre o empirismo de Locke e o racionalismo de Descartes”. De fato, de acordo com Kant, quanto à origem, o conhecimento que tem origem na experiência é dito *a posteriori*, por se fundar em impressões sensíveis. Já o conhecimento *a priori* é independente de toda impressão dos sentidos.

⁴⁴ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 45.

⁴⁵ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 44-46.

Para distinguir entre estas espécies de conhecimento, Kant, seguindo a tradição grega, desde Platão e Aristóteles, aponta a *necessidade rigorosa* (um coisa não poder outra diversa do que, de fato, é) e a *generalidade absoluta* (não comporta qualquer exceção). Ora, “como a experiência somente comprova fatos, mas não a impossibilidade de poder ser outra coisa nem a impossibilidade de uma exceção, a generalidade absoluta e a necessidade rigorosa são, de fato, as características do *a priori* puro”.⁴⁶ O conhecimento da razão é *a priori*; o da experiência, *a posteriori*.

Um segundo par conceitual, analítico e sintético, completa o programa gnosiológico kantiano. Para Kant, analítico é o juízo cujo predicado está contido ocultamente no conceito do sujeito. Sintético é o juízo que, não estando contido no conceito de sujeito, ampliam o conhecimento acerca deste.

Como se percebe facilmente, são possíveis quatro combinações entre os pares conceituais: 1) juízos analíticos *a priori*, 2) juízos analíticos *a posteriori*, 3) juízos sintéticos *a priori* e 4) juízos sintéticos *a posteriori*. Como esclarece Höffe, duas destas possibilidades, “a saber (1) e (4), não são problemáticas, enquanto uma terceira (2) possibilidade é descartada”.⁴⁷

No caso, para uma decisão sobre a possibilidade da metafísica enquanto ciência, interessa saber se são possíveis juízos sintéticos *a priori*, ou seja, se é possível “a ampliação do conhecimento anterior a toda experiência”.⁴⁸

O conceito de ciência para Kant, não alcança o que hoje compreendemos sob a designação deste conceito. Para ele, ciência, no rigor da expressão, são a matemática e a física que, segundo pretendeu demonstrar, se fundam em juízos *a priori*, além de, pela experiência, dilatarem o conhecimento acerca dos objetos que investigam. Tais ciências comparecem como exemplares “indubitáveis de conhecimento objetivo”. Desenvolvimentos posteriores a Kant tornariam problemáticas as afirmações da natureza sintética dos conhecimentos matemáticos.⁴⁹

Contudo, vale ressaltar que, se essa questão é relevante para os matemáticos, para os filósofos importa saber, de preferência, que as discussões kantianas se destinavam a um propósito maior: indagar sobre a possibilidade da metafísica como ciência. A investigação

⁴⁶ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 47.

⁴⁷ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

⁴⁸ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 49.

⁴⁹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 53.

acerca da possibilidade dos ditos juízos sintéticos *a priori*, na *Crítica da razão pura*, na verdade é guiada por este propósito máximo. Ou seja, Kant assim procede por advogar que “as condições que possibilitam a única objetividade inquestionável, a objetividade da matemática e da ciência natural pura, são as que decidem sobre a possibilidade de um conhecimento objetivo também fora da experiência, ou seja, sobre a possibilidade da metafísica como ciência”.⁵⁰

Mas, como se sabe, Kant “limita o conhecimento objetivo ao âmbito da experiência possível”, eis porque, na dialética transcendental concluirá pela impossibilidade da metafísica enquanto ciência. Mas, em célebres passagens, apontará a metafísica como uma tendência natural, identificando, “no âmbito do conhecimento, uma predisposição à auto-ilusão” da razão.⁵¹ Ora, se impossível a objetividade absoluta do saber sobre as questões metafísicas, mas se naturalmente insistente a razão em torno destas mesmas questões, pronunciar-se sobre elas, por certo, conduz a aporias, já que das coisas conhecemos os *fenômenos*, não as *coisas em si*. Eis, os resultados a que chegaria a primeira grande *Crítica*.

Quanto ao método transcendental empregado por Kant na condução de suas investigações críticas, invocamos a bem lançada lição de Salgado:

Para justificar o saber humano como ciência e limitar com isso o uso da razão, eliminando os seus erros, Kant emprega o método que caracteriza o que ele chama de filosofia transcendental, que ‘não se ocupa de objetos, mas do nosso modo de conhecer tais objetos, enquanto modo possível *a priori*’.⁵²

Neste sentido, o método transcendental consiste em partir de um determinado fato e buscar demonstrar as condições de sua possibilidade, “vale dizer, demonstrar, por conceitos *a priori*, como são possíveis e não que são possíveis”.⁵³ Este o ingente trabalho levado a cabo por Kant na primeira *Crítica*, em relação às ciências exemplares de sua época, a física e a matemática, bem como a via que percorreu seu pensamento em relação à investigação da possibilidade da metafísica enquanto ciência.

6. Referências Bibliográficas

⁵⁰ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 53.

⁵¹ Cfe. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 53.

⁵² SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia da Justiça em Kant*. 3ªed. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012. p. 17.

⁵³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia da Justiça em Kant*. 3ªed. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012. p. 17.

HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia da Justiça em Kant*. 3ªed. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012.

HANS KELSEN E PAUL SCHOLTEN: Sobre emoção e razão na solução de casos jurídicos

Hans Kelsen and Paul Scholten on emotion and reason in solving legal cases

Nuno M. M. S. Coelho

Sebastião Trogo

Resumo: Neste artigo, contrastamos as concepções de realização do direito na solução de casos concretos de dois autores europeus: Hans Kelsen e Paul Scholten. Interessa especialmente entender como a razão e as outras faculdades da vida psíquica participam da construção da decisão jurídica.

Palavras-chave: Kelsen. Scholten. Metodologia jurídica. Razão. Emoção.

Abstract: This paper compares two accounts of legal methodology: Kelsen's and Scholten's. It focuses on the relationship of the different psychic faculties (specially reason and emotion) in solving legal cases.

Keywords: Kelsen. Scholten. Legal methodology. Reason. Emotion.

Ponto de partida: a vulgata positivista

Nosso ponto de partida é o lugar comum dos profissionais do direito acerca do método de solução de casos jurídicos. É largamente difundida, entre os “práticos”, uma opinião que podemos denominar de “positivismo vulgar”, uma vez que ela dificilmente pode ser confundida com qualquer das concepções científicas que se assumem positivistas. Esta vulgata do positivismo é muito mais ingênua que qualquer teoria positivista, e pode ser descrita como um conjunto de opiniões segundo as quais:

- julgar é o mesmo que aplicar leis positivas;
- as quais são lógica e cronologicamente anteriores ao caso e à sentença;
- cuja relação (entre sentença e leis) tem a forma de um silogismo;
- o que torna a aplicação do direito um fenômeno primária senão exclusivamente racional;
- em grande medida incompatível com fundamentações ou argumentações de caráter emocional.

Muitas vezes, esta opinião é rotulada como “kelseniana”. No entanto, isto está longe de ser verdade. Vamos rememorar a Teoria Pura do Direito de Kelsen, e a sua descrição sobre o processo de aplicação do direito. Veremos que esta teoria traz um importante reconhecimento das emoções no processo de realização do direito.

2) A teoria da interpretação do direito em Kelsen

2.1) Alguns tópicos da concepção de Kelsen sobre a interpretação jurídica merecem ser acentuados.

a) Kelsen leva a sério a natureza hermenêutica do direito. A norma não é *texto*, mas *significado*.

O desafio de descobrir o significado marca toda e qualquer experiência de realização do direito. Fazer leis envolve a interpretação da Constituição; tomar decisões administrativas envolve a interpretação da Constituição e das leis; e o mesmo para fazer contratos no exercício da autonomia privada, e na edição de sentenças judiciais. A interpretação é requerida em todas as fases do processo dinâmico de criação de normas a partir de normas superiores – toda norma, para ser aplicada, precisa ser *interpretada*.

O direito, como sistema hierárquico, é impensável sem interpretação. A tarefa de encontrar o direito, na solução judicial dos casos – que nos interessa especialmente aqui – é apenas um caso especial no esquema geral da aplicação de normas superiores – envolvendo, sempre, interpretação.

b) Interpretação é inevitável porque o texto da norma superior (que funda a validade da decisão a tomar) necessariamente admite mais que um significado. O simples fato de que há diferença entre a inteligência do legislador acerca de suas palavras (*voluntas legislatoris*), e o sentido objetivo ostentado por estas mesmas palavras (*voluntas legis*), conduz, segundo Kelsen, a uma pluralidade de possibilidades hermenêuticas. A pluralidade de sentidos pode ser intencional (quando o legislador deseja ser vago quanto à hipótese de incidência da norma ou às suas consequências). Mas mesmo quando o legislado quer ser preciso, seu texto tem mais de um significado, porque isto decorre da própria natureza da linguagem. A expressão linguística da norma é necessariamente ambígua, e por isso diferentes interpretações são sempre possíveis.

Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (KELSEN, 1998, 246).¹

A autoridade nunca está totalmente adstrita, na sua decisão, à norma superior. “A norma superior não pode vincular o ato pelo qual é aplicada em todas as direções.” (KELSEN, 1998, p. 246).²

A inevitável imprecisão da linguagem abre sempre espaço para a discricionariedade, a famosa moldura que deve ser preenchida pela autoridade aplicadora do direito:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. (KELSEN, 1998, p. 245).³

2.2) A interpretação é inevitável, mas não é tudo o que está implicado na aplicação do direito. Ela é apenas uma parte da tarefa de estabelecer a regra para o caso particular.

Kelsen tem uma concepção estritamente racional-cognitiva sobre a interpretação. Decerto disto ele pode ser acusado, mas não de reduzir o processo de aplicação do direito uma atividade unilateralmente racional.

A interpretação é uma atividade intelectual que deve determinar o significado das normas a serem aplicadas, mas isto não compreende toda a sua descrição da aplicação do direito. Como a interpretação conduz a uma pluralidade de significados do texto, ela não compreende o processo todo de decisão. Mais do que o intelecto, a aplicação do direito mobiliza outras faculdades psíquicas do julgador: não apenas o intelecto, mas também o desejo. Kelsen leva muito a sério a natureza decisional da aplicação do direito, e reconhece que ela não é redutível a um esquema lógico. Em toda

¹ *Reine...*, cap. VIII, 45 c: „Hier steht in erster Linie die Mehrdeutigkeit eines Wortes oder einer Wortfolge, in denen sich die Norm ausdrückt: Der sprachliche Sinn der Norm ist nicht eindeutig; das Organ, das die Norm anzuwenden hat, steht vor mehreren möglichen Bedeutungen.“ (KELSEN, 1960, p. 348).

² *Reine...*, cap. VIII, 45 a: „Die Norm höherer Stufe kann den Akt, durch den sie angewendet wird, nicht nach allen Richtungen hin binden.“ (KELSEN, 1960, p. 347).

³ *Reine...*, cap. VIII, 45: “Wenn das Recht von einem Rechtsorgan anzuwenden ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Normen feststellen, muß es diese Normen interpretieren. Interpretation ist somit ein geistiges Verfahren, das den Proceß der Rechtsanwendung in seinem Fortgang von einer höheren zu einer niedrigeren Stufe begleitet”. (KELSEN, 1960, p. 346).

experiência do direito, há lugar para a decisão, a qual é sempre mais do que simples subsunção lógica.

Esta é uma das muitas diferenças entre a sua teoria e o que ele chama de “ciência do direito tradicional”: não é possível deduzir a norma inferior da superior. Não se trata de um silogismo. A concepção tradicional compreende

o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 247-248).⁴

2.3) Até aqui, compreendemos especialmente que, de acordo com Kelsen, a cognição nunca basta para aplicar o direito. Mas o que se pode concluir a partir disto? Como o pensamento jurídico decide entre as várias possibilidades significativas dentro da moldura? Kelsen é incisivo: a ciência do direito não tem nada a dizer acerca disso.

(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 1998, p. 249).⁵

Kelsen afirma energicamente que o papel do pensamento jurídico vai apenas até a determinação da moldura. A racionalidade jurídica não atua dentro da moldura: todos os significados dentro da moldura são equivalentes, do ponto de vista jurídico. É claro que o juiz tem que decidir, mas aqui ele é livre para seguir outras racionalidades, escolhendo de acordo com suas preferências morais, religiosas ou ideológicas:

(...) não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que

⁴ *Reine...*, cap. VIII, 45 d: „Sie stellt den Vorgang dieser Interpretation so dar, als ob es sich dabei nur einen intellektuellen Akt des Klärens oder Verstehens handelte, als ob das rechtsanwendende Organ nur seinen Verstand, nicht aber seinen Willen in Bewegung zu setzen hätte und als ob durch eine reine Verstandestätigkeit unter den vorhandenen Möglichkeiten eine dem positiven Recht entsprechende, im Sinne des positiven Rechts richtige Auswahl getroffen werden könnte“. (KELSEN, 1960, p. 349).

⁵ *Reine...*, cap. VIII, 46: „In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten. Mit diesem Akt wird entweder eine Norm niederer Stufe erzeugt oder ein in der anzuwendenden Rechtsnorm statuerter Zwangsakt vollstreckt.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 1998, p. 249).⁶

Qualquer critério pode guiar o juiz dentro da moldura:

Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 249).⁷

Neste ponto, chegamos aos limites da teoria do direito. Se alguém desejasse saber o que o guia os juízes na escolha entre os significados possíveis de um texto legal, já não exercitaria pensamento jurídico: isto seria estudar qualquer outro objeto, não direito, mas política.

3. Porque não acompanhar Kelsen no campo na metodologia jurídica...

Penso que esta seja uma má descrição do que nós, juízes e advogados, realmente fazemos.

A fraqueza da teoria de Kelsen reside no modo como as faculdades racionais e não racionais se relacionam. A preocupação de Kelsen com a objetividade do direito leva-o a diferenciar fortemente o direito da política, da ética e de outros campos nos quais não há verdade e objetividade mas apenas opinião. Ele tenta garantir a objetividade do pensamento jurídico por meio da clara delimitação do seu objeto: o pensamento jurídico vai apenas até a definição da moldura, e deve parar aí. Para obter objetividade, Kelsen transforma a decisão do juiz em algo impossível de entender *em termos jurídicos*. Mais que isso, sua teoria da moldura impede qualquer tentativa da teoria do direito de entender a decisão jurídica em termos jurídicos:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao

⁶ *Reine...*, cap. VIII, 46: „(...) ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlarworten Volkswohl, Staatinteresse, Fortschritt usw. Zu bezeichnen pflegt.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

⁷ *Reine...*, cap. VIII, 46: „Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen. Von hier aus gesehen, lassen sich alle derartigen Bestimmungen nur negativ charakterisieren: es sind Bestimmungen, die nicht vom positiven Recht selbst ausgehen.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 1998, p. 250-251).⁸

Toda autoridade recebe sua competência de uma norma superior que estabelece as bases em que sua competência será exercida. Com base na norma superior, a autoridade é autorizada (ou é ordenada) a agir – e ao fazê-lo, a autoridade criará uma norma.

Desta forma, a autoridade exercita duas atividades claramente distintas, uma racional, outra não. Apenas a atividade puramente racional pode ser considerada, de acordo com Kelsen, exercício de pensamento jurídico.

Kelsen está preocupado em distinguir a autonomia do pensamento jurídico face a outras funções mentais. O pensamento jurídico é interpretação, e a interpretação é totalmente cognitiva.

É apenas jurídica – interessando, assim, à ciência do direito – a atividade racional de determinar o significado de um texto de uma norma a ser aplicada. Escolher não é uma questão de inteligência. No entanto, o trabalho da autoridade jurídica não cessa aí: ela deve criar a nova regra, dentre aquelas possibilidades, e assim resolver o caso.

Daqui em diante, a decisão tem uma outra natureza, é política, ou “política jurídica”, como Kelsen diz. Dentro da moldura construída pela interpretação puramente racional, o juiz encontrará a decisão sem usar a razão, mas usando qualquer outro critério, resolvendo assim o caso.

Será mesmo isso o que acontece nos tribunais? O pensamento jurídico não parece reduzir-se à descoberta de um conjunto de decisões possíveis, entre as quais é legalmente indiferente escolher. Os sistemas jurídicos positivos não deixam um campo tão grande às preferências pessoais do julgador. Ao contrário, eles expressamente exigem que ele justifique a decisão em sua integridade.

Precisamos de uma teoria que nos ajude a entender, de forma mais realista, o modo como as autoridades jurídicas chegam às decisões. Kelsen ajuda a entender que a decisão jurídica não é apenas racional. Ele é convincente em mostrar que a

⁸ *Reine...*, cap. VIII, 47: „Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen. Sie kann als Erkenntnis ihres Gegenstandes keine Entscheidung zwischen den von ihr aufgezeigten Möglichkeiten treffen, sie muß diese Entscheidung dem Rechtsorgan überlassen, das nach der Rechtsordnung zuständig ist, Recht anzuwenden.“ (KELSEN, 1960, p. 353).

fundamentação racional não basta. No entanto, sua concepção sobre a relação entre a razão e as outras atividades da mente tem pouco a ver com o que a experiência jurídica cotidiana mostra.

4) O Método do Direito Privado, de Paul Scholten

Kelsen combate as teorias tradicionais do direito e as suas tentativas de encontrar uma única resposta correta para o caso:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (KELSEN, 1998, p. 247).⁹

Ele é cético acerca da capacidade da metodologia jurídica de oferecer um modelo seguro para a aplicação do direito. Isto dá uma boa ideia do que ele tem em mente quando fala em “Jurisprudência tradicional” – provavelmente as concepções que têm disputado – desde Savigny – acerca do modo como as decisões jurídicas são construídas.

Pelo fato de estas teorias não oferecerem uma resposta clara e única, Kelsen simplesmente as põe de lado. Desta forma, ele ignora praticamente todas as questões cruciais da teoria do direito, como por exemplo se interpretar é descobrir o sentido genético ou o sentido atual da lei (o que opõe subjetivistas e objetivistas), ou a disputa sobre os elementos e fins de interpretação (que levam aos diferentes métodos – literal, sistemático, teleológico, lógico, sociológico, histórico... – e seus diferentes resultados).

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (KELSEN, 1998, p. 248).¹⁰

⁹ *Reine...*, cap. VIII, 46, d: „Theorie der Interpretation will glauben machen, daß das Gesetz, auf den konkreten Fall angewendet, stets nur eine richtige Entscheidung liefern könne und daß die positivrechtliche „Richtigkeit“ dieser Entscheidung im Gesetz selbst begründet ist.“ (KELSEN, 1960, p. 349).

¹⁰ *Reine...*, cap. VIII, 46, e: „Es ist trotz aller Bemühungen der traditionellen Jurisprudenz bisher nicht gelungen, den Konflikt zwischen Wille und Ausdruck in einer objektiv gültigen Weise zugunsten des einen oder des anderen zu entscheiden. Alle bisher entwickelten Interpretationsmethoden führen stets nur zu einem möglichen, niemals zu einem einzig richtigen Resultat.“ (KELSEN, 1960, p. 349-350).

Da perspectiva de Kelsen, Paul Scholten seria um perfeito representante do pensamento jurídico tradicional.

Seu livro *Método do Direito Privado* é uma tentativa elegante e intensa de explicar como os juízes pensam quando tentam encontrar a resposta correta para os casos que eles devem resolver. O livro aborda tópicos decisivos da teoria do direito e os problemas complexos que surgem com eles: analogia e refinamento legal, os vários métodos de interpretação do direito, interpretação autêntica, as fontes do direito, ficções e presunções, *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, lacunas, interpretação extensiva, direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado, *common law* e direito estatal, e assim por diante. Todas estas questões estão de uma forma ou outra ligadas à questão central do livro, acerca de como os juízes decidem – e tendo por certo de que julgar é encontrar a resposta certa para o caso.

Scholten leva a sério a tradição da filosofia do direito, da teoria do direito e da metodologia jurídica, propondo um profundo diálogo com elas de modo a entender o processo de realização do direito. O livro deve ser lido em sua integralidade (§4)¹¹, porque todos os tópicos são reunidos para responder a esta pergunta difícil: o que determina a decisão judicial?

Muito diferente de Kelsen, Scholten não ignora o dever primário do juiz de justificar a sentença. É obrigatório, ele lembra, que “as razões que realmente persuadiram o juiz sejam mencionadas no decreto judicial”. (§513)

No entanto, isto não significa que as bases da sentença sejam simplesmente lógicas.

A crítica de Scholten contra a jurisprudência tradicional o conduz à conclusão de que não há decisão sem razão, emoção e vontade. Assim como Kelsen, Scholten refuta qualquer concepção unilateral do processo de decisão. Mas eles têm concepções muito diferentes sobre razão, vontade e emoção, e sobre o modo como elas se relacionam.

4.1) De acordo com Scholten, decidir envolve razão, inteligência e lógica de diferentes modos. A razão não é algo individual que o juiz usa para descobrir os sentidos de um texto. A razão estrutura o direito no próprio processo de seu

¹¹ Todas as referências no corpo do texto são feitas à tradução inglesa feita por Liesbeth Hupperts-Cluysenaer da obra de Scholten (2014). Os parágrafos indicados referem-se sempre ao texto original, que se encontra nas notas. Agradeço à Dra. Liesbeth Hupperts-Cluysenaer pela ajuda com o Holandês, e pelo estímulo a estudar, lecionar e escrever sobre Paul Scholten.

desenvolvimento histórico. A tradição jurídica não é cega, nem o legislador trabalha sem a ajuda de conceitos forjados pelo conhecimento jurídico concebido com *construção*.

The legislator is bound by the categories, which are studied by legal theory. It is simply *impossible* for him to put them aside, just as it is impossible that somebody could choose not to use the forms of our thought which logic uncovers, or those of the language which are studied by the philosophy of language.¹²

A razão jurídica permeia a linguagem, e não é possível falar ou ouvir, criar ou aplicar o direito, sem usá-la.

A participação da razão na experiência jurídica é muito mais radical em Scholten do que em Kelsen.

Scholten dirige sua crítica especificamente contra Kelsen, neste ponto¹³:

People sometime make a sharp separation between law and the science of law. Kelsen (...) even goes as far as stating that the law comprises an "alogical material" and that it is the science of law which turns this into judgments and [legal propositions].¹⁴

Segundo Kelsen, não há racionalidade nenhuma no próprio material legislativo, mas apenas no modo como a ciência do direito a percebe. Scholten, ao contrário, pensa que os resultados do trabalho legislativo e as construções da ciência do direito são “um, extensão do outro”. Penso que Scholten está obviamente certo ao mostrar que “um Código moderno é cheio de construções, e não pode ser entendido sem conhecimento da ciência do direito”.¹⁵

Há muitos exemplos e argumentos no livro de Scholten a mostrar como a racionalidade integra a história e a tradição jurídica.

Isto leva a uma diferente concepção sobre as chamadas fontes do direito, e a uma nova visão sobre a autoridade da doutrina, dos costumes e do direito jurisprudencial.

¹² §234: “De wetgever is aan de categorieën, die de rechtstheorie onderzoekt, gebonden. Hij kan ze eenvoudig niet ter zijde stellen, evenmin als iemand de vormen van ons denken, die de logica bloot legt, of die der taal, die de taalphilosophie bestudeert, ook wel eens niet zou kunnen gebruiken.”

¹³ Outras referências a Kelsen no livro de Scholten: §§ 302, 380, 48 e 58.

¹⁴ §225: „Men scheidt soms recht en rechtswetenschap scherp. Kelsen gaat zoo ver te beweren, dat in het recht een „alogisch material" ligt, dat eerst door de rechtswetenschap wordt verwerkt tot oordeelen en „Rechtssatze.””

¹⁵ §225: “Een modern wetboek zit vol constructies, is zonder kennis der rechtswetenschap niet te begrijpen.”

Neste momento, quero sublinhar sua vívida concepção de razão e notar que a razão não é algo divorciado das emoções em Scholten. Escolho agora apenas um argumento neste sentido: a cooperação da razão para a adequada compreensão moral do direito.

De acordo com Scholten, é “uma das mais importantes funções da ciência do direito traçar o princípio do direito no direito positivo” (§253). O princípio jurídico é nada menos que “o elemento moral do direito” (§252). Princípios jurídicos “são exigências que nosso julgamento moral dirige ao direito” (§252). Não obstante, eles não podem ser encontrados sem o uso da razão, porque eles são reconhecidos a partir do trabalho de sistematização dos materiais jurídicos. Ao “procurar a *ratio legis*”, chegamos a um ponto em que não é possível reduzir uma norma de nenhuma outra:

(...) we can't go further (...). We have come to that point here, when we formulate a statement, which is for us — people of a certain time living in a certain country with a certain system of law — immediately evident.¹⁶

Esta exigência moral pertence ao sistema jurídico, mas ao mesmo tempo nós apenas podemos vê-la se somos capazes de reconhecê-la, porque “nós só podemos indicar algo que seja eticamente aceito por nós”. (§252). Princípios jurídicos funcionam em toda aplicação do direito. “A cada vez, somos reconduzidos ao princípio do direito” (§253). Apesar de “não ser direito”, “nenhum direito pode ser entendido” sem ele (§252).

“A pesquisa pelo princípio é uma atividade do intelecto e o mais importante trabalho feito pela ciência do direito” (§261). A partir da atividade racional de reconstruir o direito em conceitos mais e mais abstratos, somos levados a um elemento emocional, essencial para a compreensão do direito:

Although we find it *in* the positive law, in the system of rules, decisions and institutions in their totality, it transcends the positive law by pointing to the moral judgment, the division between good and evil, in which the law is founded.¹⁷

¹⁶ §251: “(...) waar we stuiten (...) Hier zijn we daar aangeland, als we een uitspraak opstellen, die voor ons, — dus mensen van een bepaalden tijd in een bepaald land levend in een bepaald rechtssysteem — onmiddellijk evident is.”

¹⁷ §260: „We vinden het *in* het positieve recht, in het systeem van regels, beslissingen en instellingen in zijn geheel, doch het wijst boven het positieve uit naar het zedelijk oordeel, de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest.”

4.2) Há muito mais que intelecto e lógica na descoberta do direito, envolvendo desejo e as emoções. Também neste ponto há acordo com Kelsen. Mas o ponto está exatamente em entender como estas dimensões da mesma atividade se relacionam. Trata-se de decidir, e “a decisão tem um sentido autônomo em face da regra, porque ela deve sua origem em parte a este elemento de descoberta do direito. Esta escolha intuitiva é também uma parte integral da decisão” (§46). Estas faculdades não trabalham isoladamente, na concepção de Scholten.

O ingrediente não racional da descoberta do direito aparece em todas as críticas que Scholten dirige à teoria do direito tradicional. Não posso, agora, rememorar todas. Mas escolho concentrar-me na *consciência jurídica*, um conceito muito problemático da metodologia jurídica que pode ajudar a entender a concepção de Scholten sobre o papel das emoções na descoberta do direito no caso concreto.

A consciência jurídica é

(...) the active awareness in every human being of what law is and should be, a specific category of our spiritual life, by which we distinguish with immediate evidence between right and wrong, independently from the (way one finds this expressed in existing institutions).¹⁸

Scholten é cético quanto a isto. Fundar decisões na consciência jurídica é problemático, ele acredita, porque é algo que se pretende alcançável pela “pesquisa intelectual”. Mas isto implicaria em “uma concepção de vida racionalista e intelectualista”, que Scholten rejeita fortemente (§484).

A consciência jurídica é aberta à disputa e dificilmente está a salvo das visões ideológicas que as pessoas e os grupos defendem. A experiência jurídica mostra exatamente que as decisões mudam continuamente, expressando a prevalência de diferentes princípios na formação do direito (§489).

Quando atingimos o limite moral da experiência jurídica – como ocorre quando falamos sobre a consciência jurídica e sobre os princípios jurídicos – não encontramos uma norma única, mas uma “pluralidade de princípios”.

Os juízes devem enfrentar o desafio de lidar com esta situação. A moralidade não é homogênea. No entanto, diferentemente de Kelsen, os juízes não estão

¹⁸ §481: „(...) het in ieder mensch levend bewustzijn van wat recht is of behoort te zijn, een bepaalde categorie van ons geestesleven, waardoor wij met onmiddellijke evidentie los van positieve instellingen scheiding maken tusschen recht en onrecht.”

dispensados da tarefa de descobrir o direito – e especialmente de fazê-lo *enquanto juízes*.

Como é possível que exista uma resposta correta, sobre estas bases?

Este é o ponto central: o juiz deve enfrentar esta tarefa como juiz, e não como político. Kelsen deixa a autoridade livre para escolher entre as possibilidades dentro da moldura, desde as suas convicções morais, políticas e religiosas. Scholten, não. Apesar do reconhecimento de que as bases morais da decisão jurídica são plurais, elas ainda são vinculantes. Julgar é balancear argumentos, num contexto de disputa entre reivindicações opostas.

O juiz não está autorizado a simplesmente deixar seu sentimento, vontade ou – ainda pior – seus preconceitos decidirem. Ele deve dar razões da sua decisão, mesmo da parte não racional dela.

Como isso pode ser feito e justificado?

Julgar exige “conhecimento de todas as circunstâncias, um sopesamento de todos os fatores que apontam para uma ou outra direção (...) após deliberação madura” (§483). Isto não é o mesmo que deixar a “consciência jurídica” de um indivíduo ou de uma classe social julgar. Ao contrário, deve haver lugar para a crítica dos preconceitos.

Tampouco julgar é simplesmente deixar opiniões particulares operarem, porque o juiz não decide em seu próprio nome. O juiz é uma autoridade, e deve atuar em nome da comunidade. “O juiz é sempre um agente da comunidade – sua decisão não é um julgamento moral individual, mas uma declaração dada por alguém com poder que vincula a comunidade”.¹⁹

Creio que aqui chegamos ao ponto decisivo da sua teoria. Não há nenhuma garantia de objetividade no processo de descoberta do direito, senão o próprio compromisso do juiz, tanto racional como não-racional, para com o ato de julgar. O juiz não é um observador, ele age. Sua decisão é um dever, a expressão de sua capacidade moral, sujeitando-se a constrangimentos internos e externos – mas que se mantém, no entanto, dependente de seu próprio comprometimento.

Julgar não é apenas fazer uma declaração científica, mas decidir desde o entrelaçamento entre razão e emoção. Não apela apenas para a inteligência, mas para a

¹⁹ §500: “De rechter is altijd orgaan van de gemeenschap — zijn beslissing is niet een individueel zedelijk oordeel, maar een met macht gegeven uitspraak, die een gemeenschap bindt.”

mente toda do juiz – o qual não atua apenas como particular mas como representante da comunidade.

Descobrir o direito não é o mesmo que aplicar o direito (§31), e não redutível a uma tarefa intelectual:

(...) *every* decision, also those which are so-called done according to the wording of the law, are at the same time application and creation; there is always the judgment of the person who decides, that co-determines the decision. This follows already from the nature of the application itself.²⁰

Descobrir o direito envolve tanto aplicar como criar direito, e o ponto é exatamente entender como estas dimensões da mesma atividade se relacionam. Trata-se de uma decisão, o que envolve desejo e emoção:

To find law is always at once an intellectual and an intuitively moral job. It is a decision about what *is* and what *should* be at once, and precisely because of this it is distinguished from the moral as well as from the scientific judgment.²¹

A exigência que a teoria do direito endereça ao juiz – de descobrir a resposta correta – não é fundada na existência de critérios estabelecidos e peremptórios para resolver o caso. Ela é fundada na convocação da sua responsabilidade humana pelo ato de julgar (525). Decidir seriamente significa não parar de investigar até encontrar a conclusão que se torne moral e intelectualmente inevitável para o juiz. Juízes agem e desta forma assumem-se como pontes entre o passado e o futuro, com consciência sobre sua própria responsabilidade neste processo.

Naturalmente – alguém pode arguir – sempre há o risco de arbitrariedade. No entanto, nenhuma metodologia jurídica poderia eliminar este risco.

Chamar à responsabilidade e tornar claro tudo quanto está envolvido na descoberta do direito nos casos particulares. Isto é tudo que a teoria do direito, como saber prático, pode fazer para nos ajudar a decidir corretamente.

REFERÊNCIAS

²⁰ §299: “(...) *iedere* beslissing, ook die welke zoo-genaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die-beslist, dat mede de toepassing bepaalt. Dit volgt reeds uit den aard der toepassing zelf.”

²¹ §520: “Recht vinden is altijd tegelijk en intellectueel en intuïtief zedelijk werk. Het is beslissing over wat is en wat zijn moet in een en juist daardoor zoowel van het zedelijk als van het wetenschappelijk oordeel onderscheiden.”

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke, 1960.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHOLTEN, Paul. *Algemene Methode van het Privaatrecht. Hoofdstuk 1 van het Algemeen Deel van Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*. Preprint, first edition. Amsterdam: Digital Paul Scholten Project, May 2014. Disponível em: <<http://www.paulscholten.eu/research/article/dutch>>.

_____. *General Method of Private Law. Chapter 1 of Volume I (General Part) of Mr. C. Asser's Manual for the Practice of Dutch Civil Law*. Preprint, first edition. Amsterdam: Digital Paul Scholten Project, May 2014. Disponível em: <<http://www.paulscholten.eu/research/article/english>>.

PARTIDOS POLÍTICOS, COLIGAÇÕES E BLOCOS DE ATUAÇÃO NAS CASAS LEGISLATIVAS: O CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO¹

Political parties, colligations and action groups in the legislative houses: the Brazilian National Congress

Adriana Campos Silva²
Polianna Pereira dos Santos³
Paulo Henrique de Mattos Studart⁴

RESUMO: O partido político é elemento indissociável do princípio democrático na acepção contemporânea, notadamente quando se trata de democracia representativa. A doutrina a respeito desse tema associa a existência e desenvolvimento de partidos políticos à democracia, e apresenta como elemento integrante – e fundamental – a noção de ideologia partidária. Verifica-se, contudo, uma nova leitura sobre o papel e a atuação do partido político, questionado pelos doutrinadores, e acompanhada de uma visão negativa que a população tem com relação aos partidos políticos. Há atualmente 32 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Destes, 28 possuem representantes no Congresso Nacional. A maioria destes partidos não disputou isoladamente as eleições; formaram coligações. Uma vez eleitos, os parlamentares também tendem a formar blocos de atuação, que não necessariamente correspondem às coligações formadas anteriormente. Nesse contexto, e considerando o elevado número de partidos registrados no Brasil, esse breve estudo se propõe a analisar eventuais relações entre as coligações formadas e os blocos de atuação no Congresso Nacional brasileiro, considerando-se as duas casas legislativas que o compõem.

Palavras-Chave: Partido Político. Coligação. Democracia.

ABSTRACT: The political party is inseparable part of the democratic principle in the contemporary sense, especially when it comes with representative democracy. The doctrine on this subject associates the existence and development of political parties to

¹ Este artigo é resultado da pesquisa apresentada no VIII Congresso Latinoamericano de Ciência Política – ALACIP 2015, realizado em Lima, Peru.

² Doutora em Direito Constitucional com ênfase e Direito Eleitoral. Mestre em Direito Econômico. Professora Decana da Área de Direito Constitucional. Professora da Pós-Graduação e da Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8283209959095168>.

³ Mestranda em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista (Pós-Graduação lato sensu) em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Assessora da Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais (PREMG). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral – ABRADep. Professora na Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Itabirito. Professora na Pós Graduação de Direito Eleitoral da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: poliannasantos@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4179420034009072>.

⁴ Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais. Email: paulo.henrique.studart@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/139049855368552>

democracy, and presented as an integral element - and fundamental - the notion of party ideology. There is, however, a new reading of the role and actions of the political party, questioned by doctrinaires, and followed by a negative view that the population has in relation to political parties. There are currently 32 political parties registered with the Supreme Electoral Court. Of these, 28 have representatives in Congress. The majority of these parties do not compete individually in elections; formed coalitions. Once elected, the parliamentarians also will tend to form performance blocks, which are not necessarily those coalitions formed earlier. In this context, and considering the high number of parties registered in Brazil, this brief study aims to analyze possible links between those formed coalitions and performance blocks in the Brazilian National Congress, considering both legislative houses that compose it.

Keywords: Political Party. Coalition. Democracy.

INTRODUÇÃO

Há consenso razoável quanto à essencialidade dos partidos políticos na democracia representativa, ainda que se discuta qual o papel dessa instituição política ao longo do tempo. A ideologia partidária que, a rigor aparece como elemento identificador do partido político, supostamente orienta a filiação e o voto dos eleitores.

No Brasil, o reconhecimento da autonomia partidária em diversos aspectos representa – ou representou, em alguma medida – uma forma de fortalecimento da democracia que ressurgiu no país após o período ditatorial mais recente. A Constituição da República de 1988 vincula a autonomia partidária à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo, e aos direitos fundamentais da pessoa humana. A formação das Coligações no Brasil acontece sob esse preceito da autonomia partidária.

O presente estudo pretende analisar a composição da Câmara dos Deputados e do Senado Nacional no Brasil após as eleições de 2014, com o fim de comparar os partidos com representação na Casa Legislativa, e as relações estabelecidas entre eles antes das eleições (por meio das coligações) e após as eleições, no curso da legislatura (eventual formação de blocos de atuação).

Na primeira parte do estudo serão analisados os principais aspectos da democracia representativa. Em seguida serão desenvolvidos a origem, o papel e a ideologia dos partidos políticos no contexto da democracia representativa, das Coligações, e do impacto dessas últimas em regulamentações específicas, tais como direito de antena. Na terceira parte serão apresentados os dados levantados sobre a

formação das Casas Legislativas, culminando na percepção desses resultados e na conclusão.

1. Democracia e Partidos Políticos

DAHL (2001) procura delimitar o que é democracia a partir da identificação de critérios de um processo democrático, observando que ao longo da história o conceito e os elementos necessários para a caracterização da democracia variaram largamente. Pensando, portanto, em uma “democracia ideal”, o autor aponta cinco “*critérios a que um processo para o governo de uma associação teria que corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente⁵ capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política*”: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos (DAHL, 2001, p. 49-50). O autor aponta, ainda, os partidos políticos como “*uma das instituições políticas mais fundamentais e características da democracia moderna*” (DAHL 2001, p. 102).

Paulo Bonavides define partido político como organização de pessoas que inspiradas ou movidas por ideias ou por interesses, buscam tomar o poder normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para manutenção dos fins impugnados (BONAVIDES, 2012, p. 327). O autor continua, apontando elementos indispensáveis em sua composição:

a) um grupo social; b) um princípio de organização; c) um acervo de ideias e princípios, que inspiram a ação do partido; d) um interesse básico em vista: a tomada do poder; e e) um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos (BONAVIDES 2012, p. 372).

O partido é formado, portanto, por um agrupamento de pessoas com projetos, visões ou compreensão de mundo de forma afim. O instituto surge como um instrumento para a despersonalização na disputa eleitoral, renegando, na origem, o

⁵ DAHL (2001, P. 75-94) trabalha com a essencialidade do reconhecimento da igualdade política dos cidadãos para a compreensão da democracia. Afirmar, inclusive, que a razão para “os direitos necessários a um processo de governo democrático” ser, necessariamente, “*igualmente estendidos aos cidadãos*” não é evidente, mas é “*decisiva para a fé na democracia*” (DAHL, 2001, P. 75).

carisma pessoal de seus filiados como elemento da representação política⁶.

Segundo esclarece Duverger (1980, p. 20) “*em seu conjunto, o desenvolvimento dos partidos parece associado ao da democracia, isto é, a extensão do sufrágio popular e das prerrogativas parlamentares*”. Bernard Manin (1995, p. 5-6) aponta que entre as importantes modificações pelas quais passou o governo representativo no século XIX situam-se, de um lado, a ampliação do direito ao sufrágio, e paralelamente, a emergência dos partidos de massa⁷.

Os partidos podem ser entendidos como instrumentos de canalização da vontade popular, essenciais, pois, à democracia. A respeito, esclarece José Miguel Garcia Medina:

Por canalizar a vontade popular, a existência de partidos políticos que representem adequadamente os anseios do povo é essencial para o bom funcionamento da democracia. Afirma-se, nesse caso, haver democracia representativa, na medida em que a maior gama possível de interesses sociais esteja prevista nos programas de governo dos partidos políticos (MEDINA, 2012, p. 17).

A importância deste instituto e seu papel na atualidade começam, contudo, a ser questionados pela população e pelos estudiosos do tema. Peter Mair (2003, p. 277) aponta existir entre os comentadores das democracias estabelecidas certo entendimento sobre o declínio pelo qual os Partidos Políticos estariam passando na atualidade. Questiona, todavia, esse entendimento, destacando que o tempo do partido de massas acabou, e fazendo uma distinção entre organizações partidárias e partidos políticos, além de destacar as funções do instituto ao longo do tempo, evidenciando funções representativas e funções processuais. Segundo o autor

A época do partido de massas acabou e, tanto quanto podemos prever, dificilmente poderá ser recuperada. Ao mesmo tempo, contudo, os partidos desempenham de fato um papel de importância – e talvez de crescente importância – na gestão da democracia. Assim, se bem que o papel representativo dos partidos possa estar em declínio, seu papel procedimental continua a ser tão essencial como antes (MAIR, 2003, p. 278).

De toda forma, é possível afirmar que partido político é formado com o intuito de, com apoio da vontade popular – vedado, dessa forma, o uso de organização

⁶ O destaque para o carisma pessoal dos líderes políticos aproxima a sociedade de uma ditadura e não de uma democracia.

⁷ Segundo Bonavides (2012, p. 387) “*os partidos de massas (...) assinalam o momento de intervenção política de consideráveis parcelas do povo, dantes excluídas de qualquer ingerência na vida pública*”.

paramilitar⁸, realizar seu programa de governo (MEDINA, 2012, p. 17). Esse agrupamento de pessoas imbuídas de uma ideologia comum buscaria alcançar e manter o poder⁹.

Atente-se que a definição de partido político vem acompanhada da noção de ideologia partidária. Esse interesse básico em vista, a ideologia que une os membros da agremiação partidária deve ser mantido e observado pelos mandatários eleitos sob seu manto.

2. Democracia Partidária e Pluripartidarismo

Atualmente no Brasil os Partidos Políticos tem o monopólio da apresentação de candidaturas. É dizer, não existe previsão de candidatura avulsa na atual Constituição, sendo a filiação partidária uma das condições de elegibilidade exigidas dos pretensos candidatos, conforme se extrai do art. 14, §3º, V da Constituição da República¹⁰. Essa é uma das razões da utilização do termo “Democracia partidária” ou “partidocracia” (GOMES, 2010, p. 29).

Além disso, é livre a *“criação, fusão, incorporação e extinção”* dos partidos políticos, aos quais é *“assegurada a autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais”*, nos termos do §1º do art. 17 da Constituição da República de 1988¹¹.

⁸ Art. 17, § 4º da Constituição Federal.

⁹ Uma leitura de partido político diversa da acima apontada pode caracterizar um desvirtuamento do instituto, que não é ontologicamente mau, ou ruim. Importante fazer esse apontamento após as manifestações populares havidas no ano de 2013 no Brasil. Em diversos momentos palavras de ordem como “sem partido” eram proferidas, e em muitos momentos tentou-se evitar a participação de membros de agremiações partidárias. É visível que tais manifestações demonstram o atual descrédito da sociedade com relação aos partidos políticos (e com relação aos representantes eleitos). Na verdade, percebeu-se um descrédito geral com relação à política e à forma em que tem sido exercida em nosso país. Nada obstante, é importante ressaltar que o partido político por si só não contém essa característica negativa. O instituto pode estar sendo desvirtuado, mas não é ontologicamente mau. Ao contrário: é possível apontar sua essencialidade, e a importância de sua existência para a preservação da democracia.

¹⁰ § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) V - a filiação partidária;

¹¹ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os

Também merece destaque o fato de haver menção no primeiro artigo da Constituição da República, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao pluralismo político¹².

É comum ocorrer confusão entre essa previsão de pluralismo político¹³ e pluripartidarismo. Na verdade, pluralismo partidário é espécie do gênero pluralismo político, “*de larga abrangência com repercussão nos mais diferentes aspectos da sociedade, como modelo oponível à sociedade unidimensional*” (RIBEIRO, 2000, p. 89).

De todo modo, reconhece-se a previsão do pluripartidarismo dentro do fundamento do pluralismo político contido no artigo 1º da Constituição da República. Buscou-se, portanto, prever a possibilidade ampla de manifestação política pelos cidadãos, de forma direta, ou por meio dos partidos políticos, que conforme prevê o art. 17 apontado anteriormente, é de livre criação.

A Constituição da República de 1988 cuidou, portanto, de reconhecer a importância dos partidos políticos, não limitou sua criação numérica ou ideologicamente e dispôs sobre a autonomia dos partidos políticos, dando-lhes garantia de isenção para sua criação, modificações e extinção. Essa posição se deve em grande medida ao fato de ter sido promulgada após um longo período de restrição de direitos políticos e civis – a Ditadura Militar. Neste período, como é comum às ditaduras, verificou-se a extinção dos partidos políticos então vigentes, por meio do Ato

critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.

¹³ Sobre o tema, cumpre RIBEIRO (2000, p. 86-87) esclarecer: “O fundamento do pluralismo político assenta-se no sentido de reconstruir a liberdade em seu inicial vigor, reanimando-a com sua pujança originária no contexto da organização democrática contemporânea e com a efetividade das garantias jurídicas, com implementações de reforços defensivos, em conformidade com precisos equipamentos de elevada eficácia, através da estrutura do Estado Democrático de Direito, com suas finalidades renovadoras, reintegrando os valores da igualdade e da liberdade que estavam sendo expungidos da sociedade pelos compulsórios e dissimulados avanços aniquiladores sobre os espaços culturais, sociais, econômicos, políticos, e até mesmo jurídicos, decorrentes dos centralismos imperialistas, embora persistissem esses valores nos enunciados retóricos, mas renegados na prática.

Institucional nº. 2, de 1965¹⁴, com o posterior estabelecimento de um sistema de bipartidarismo.

O Brasil experimentou, em sua história recente, os efeitos negativos da limitação do exercício dos direitos políticos, e o controle exercido sobre os partidos políticos. Talvez por essa exata razão a Constituição de 1988 cuidou de tratar do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito logo em seu primeiro artigo.

Verifica-se, hoje, que com as regras existentes para o Registro de Partidos Políticos no Tribunal Superior Eleitoral – requisito indispensável para que o Partido possa apresentar candidatos no pleito eleitoral, dispor de direito de antena e verbas do fundo partidário – e com a liberdade para criação, fusão e extinção dos partidos, contamos, atualmente, com 32 partidos políticos registrados.

3. Coligações

Definidas por José Jairo Gomes como “*consórcio de partidos políticos formado com o propósito de atuação conjunta e cooperativa na disputa eleitoral*” (GOMES, 2013. p. 259), as coligações sofreram distintos tratamentos legislativos ao longo do tempo no Brasil.

O Código Eleitoral de 1932, embora não se referisse a coligações, admitia a figura da “aliança de partidos”. Já o Código Eleitoral de 1947, ainda vigente, em sua redação original vedava a “aliança de partidos” para as eleições pelo sistema de representação proporcional. Tal redação perdurou até a edição da Lei n. 7.454/1985 que, promovendo reformas no Código Eleitoral de 1947, estabeleceu a possibilidade de 2 (dois) ou mais Partidos coligarem-se para o registro de candidatos comuns a deputado federal, deputado estadual e vereador.

A Lei 9.100/1995, editada para regular as eleições municipais de 3 de outubro de 1996, admitiu as coligações se celebradas conjuntamente para as eleições majoritárias e proporcional, e integradas pelos mesmos partidos, ou se celebradas apenas para as eleições majoritárias.

¹⁴ Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros. Parágrafo único - Para a organização dos novos Partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.

A matéria, atualmente, encontra tratamento na Lei n. 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, bem como no texto da Constituição do Brasil de 1988.

A Lei n. 9.504/1997 admite aos partidos dentro da mesma circunscrição celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Já no que toca à constitucionalização da questão, cumpre dizer que, originalmente, a matéria não foi tratada no texto da Constituição, mas apenas mencionada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando se previu eleições para o recém criado Estado de Tocantins. Somente a partir de 2006, por força da Emenda Constitucional n. 52, as coligações foram disciplinadas no texto da Constituição do Brasil, e dentro de um contexto específico.

Isso porque a iniciativa de reforma do texto constitucional objetivou superar episódio de ativismo judicial do Tribunal Superior Eleitoral que, a pretexto de responder consulta (Consulta nº 715, de 26 de fevereiro de 2002), fixou interpretação normativa editando resolução (Resolução nº 20.993/2002) para estabelecer regras de “verticalização” para as coligações partidárias. Entendeu o órgão judiciário brasileiro que:

os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.” (BRASIL, 2002, p. 192).

Assim, com a Emenda Constitucional n. 52/2006, buscou-se garantir aos partidos a possibilidade de se coligarem sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Dentro desse contexto normativo, no desenho institucional que as coligações possuem atualmente no Brasil, destacam-se como suas características mais marcantes: (a) sempre facultativa; (b) constituem-se por mero ato de vontade de agremiações partidárias, que confluem no sentido de se associarem; (c) objetivam, sempre, e exclusivamente, a disputa eleitoral, tendo sua existência condicionada a esse específico objetivo; (d) têm existência temporalmente limitada, vigorando das convenções

partidárias à diplomação dos candidatos eleitos; (e) não adquirem personalidade jurídica própria; (f) possuem capacidade judiciária; (g) gozam das prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários; (h) podem ser constituídas para eleições majoritárias e proporcionais.

Coligações são formadas para disputar eleições. Trata-se, essencialmente, de união de forças. Nada mais lógico, portanto, que os partidos unam também os instrumentos, os meios, que têm à disposição para que desenvolvam suas atividades.

E nesse tocante, um dos principais fatores que levam os partidos políticos a se coligarem no Brasil se relaciona ao modelo legal de repartição do tempo de propaganda eleitoral de rádio e televisão; o direito de antena.

De acordo com o quadro normativo brasileiro, em linhas gerais, a totalidade do tempo de propaganda é dividida em duas partes, uma menor, e outra maior. A menor parte é dividida entre todos os Partidos Políticos, igualitariamente. Já a maior parte é repartida proporcionalmente ao desempenho eleitoral obtido pelos partidos nas eleições para a Câmara dos Deputados.

O mesmo modelo é adotado, com algumas diferenças, também para o financiamento dos Partidos Políticos pelo fundo partidário. A diferença é que, para o fundo, é adotado o número de votos atribuídos por cada uma das legendas, ao passo que para o direito de antena se leva em consideração o número de representantes do partido naquela casa legislativa.

Da fórmula adotada pelo legislador se extrai que o regime de distribuição se estruturou a partir de 3 (três) critérios básicos. O primeiro deles, leva em consideração a só existência do Partido Político, desde a sua criação.

De acordo com esse critério, uma vez observados os requisitos legais, a partir do momento em que o partido é criado e devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, tem ele o direito de participar do recebimento de verbas do fundo partidário, independentemente de sua expressão no contexto de pluralidade de forças políticas. O mesmo ocorre com o direito ao horário gratuito no rádio e na televisão: num primeiro momento, todos os partidos políticos participam de forma igualitária na distribuição de uma parcela do direito de antena. O primeiro critério se aplica à menor parte do fundo partidário e do direito de antena.

Já de acordo com o segundo critério, todo o restante do fundo partidário e do horário eleitoral gratuito deve ser distribuído com base na representatividade de cada partido, a qual é aferida segundo o número de votos obtidos para as eleições da Câmara dos Deputados (no caso do fundo partidário), ou o número dos representantes naquela casa legislativa (no caso do direito de antena).

Considerando a fórmula adotada pelo legislador brasileiro, podemos dizer que tem ela como pressuposto uma tentativa de aquilatar as forças políticas existentes segundo sua parcela de representatividade ou expressão política, repartindo o restante do fundo partidário e do acesso à rádio e televisão segundo o desempenho eleitoral obtido nas urnas.

De resto, e como terceiro critério norteador do regime legal de repartição do fundo partidário e do direito de antena, insere-se a eleição, elemento não apenas definidor, mas também modificativo do panorama de participação dos partidos políticos nesses instrumentos.

As eleições, na medida em que periódicas, permitem a alteração e a renovação do quadro partidário, com repercussão, portanto, na repartição do fundo partidário e do direito de antena, que se modificará sempre e sempre, a cada pleito eleitoral.

Merece destaque também relativamente a essa questão a hipótese de migração partidária no curso do mandato.

É que desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4430 pelo Supremo Tribunal Federal, foi introduzido na repartição do fundo partidário e do direito de antena um novo elemento, apto a alterar a sistemática de distribuição entre os partidos.

Em referido julgamento o Supremo Tribunal Federal compreendeu que no caso de criação de novos partidos durante o curso da legislatura, a nova agremiação pode participar também do rateio do direito de antena proporcionalmente ao número de deputados que possuir em seus quadros desde sua criação.

Desde referido julgamento, portanto, a migração partidária – desfiliação de parlamentares de uma determinada agremiação, e a filiação a outra –, quando fundada na criação de novos partidos, repercute imediatamente na repartição do tempo de rádio e televisão, rompendo com o paradigma anterior, no sentido de que apenas o desempenho eleitoral do próprio partido nas urnas seria definidor da parcela de participação da

agregação.

Ressalte-se que tal critério foi aplicado nas últimas eleições brasileiras.

No entanto, no final de 2013 o Congresso Nacional do Brasil editou a Lei n. 12.875/2013, que busca neutralizar a influência que migração partidária (notadamente quando fundada na criação de novos partidos) pode exercer sobre a repartição dos recursos do fundo partidário e do tempo de rádio e televisão desde referido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a Lei n. 12.875/2013, excetuada a fusão ou incorporação de partidos, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária ocorridas durante o curso da legislatura para o cálculo da distribuição do fundo partidário e do direito de antena, impedindo, portanto, que a migração que tenha como fundamento a criação de novos partidos repercuta na repartição desses institutos.

De todo modo, e a despeito da celeuma criada pelo Supremo Tribunal Federal e pelas sucessivas modificações legislativas relativas à matéria, fato é que os horários reservados à propaganda de cada eleição são, no Brasil, distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato.

E na medida em que o critério de maior peso para a repartição é justamente o número de representantes na Câmara dos Deputados, estando estabelecido, nestes casos, que havendo coligação deverão ser somados para o cálculo do tempo o número de representantes de todos os partidos que a integram, parece inegável ser esse um dos principais fatores que levam as agremiações a se unirem para disputar eleições.

4. Arranjos institucionais vigentes

O Brasil possui, atualmente, um quadro institucional interessante. Há liberdade e autonomia para criação, fusão e extinção de partidos, bem assim, há autonomia para formação de coligações. Estas, todavia, possuem existência limitada ao curso das eleições, período em que são tratadas como um grande partido, ou “partidão”.

Alguns pontos devem ser destacados: não existe verticalização das coligações, de modo que além de não ser necessário observar, em Estados, Distrito Federal e Municípios, as Coligações formadas no ente superior, há liberdade para os partidos se organizarem na formação de coligações nos diferentes Estados. Ademais, não há regras

de Federação Partidária no Brasil, de modo que após as eleições, os partidos que se uniram para concorrer em determinada eleição podem desfazer esse vínculo logo após o pleito eleitoral.

Após as eleições, os partidos normalmente se organizam em Blocos de Atuação, para pautar sua atuação no curso da legislatura. Não havendo Federação Partidária – nem verticalização das coligações – não há nenhuma limitação à formação dos Blocos pelos Partidos representados nas Casas Legislativas.

Acresce-se ao cenário a questão referente ao cálculo do quociente eleitoral no âmbito da Coligação, e a ausência de cálculo de quociente coligacional¹⁵.

No modelo de sistema proporcional adotado no Brasil para a maioria dos cargos do Poder Legislativo o eleitor escolhe seu candidato entre aqueles apresentados em lista não ordenada por um Partido Político ou uma Coligação. Os eleitores no Brasil podem optar por votar nominalmente em seu candidato¹⁶, ou somente na legenda partidária.

As coligações formadas apresentam lista conjunta de candidatos, e o cálculo do quociente eleitoral é feito com base nos votos obtidos pela coligação¹⁷. Uma vez definidas as cadeiras, é observada a ordem de candidatos mais votados dentro da Coligação. A contabilização dos votos no sistema proporcional adotado pelo Brasil e sua transformação em vagas nas Casas Legislativas ocorre em etapas. Calcula-se, primeiramente, o quociente eleitoral (art. 106, do Código Eleitoral¹⁸), na sequência, o quociente partidário (art. 107, do Código Eleitoral¹⁹) e faz-se, conforme seja necessária, a repartição dos restos eleitorais (art. 109, Código Eleitoral²⁰).

¹⁵ Sobre o tema: “Quociente Coligacional é uma fórmula utilizada após a distribuição completa das vagas disponíveis entre os Partidos ou Coligações no Sistema Proporcional, a fim de garantir, dentro da Coligação, a proporcionalidade das vagas obtidas e dos votos recebidos por cada Partido integrante da Coligação”. (CAMPOS; SANTOS, 2014, p.357-377)

¹⁶ Os eleitores votam em um candidato apenas, por isso a denominação lista aberta uninominal.

¹⁷ Somando-se aqueles obtidos por todos os seus candidatos e aqueles obtidos pelos partidos, considerando a possibilidade de voto em legenda. Importa ressaltar que a formação de legenda não implica na criação de uma nova legenda para a Coligação, com um número próprio. O eleitor pode escolher votar na legenda de um dos partidos que compõem a Coligação, e seu voto será somado aos demais para definição do quociente eleitoral e partidário.

¹⁸ Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

¹⁹ Art. 107 - Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

²⁰ Art. 109 - Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras: I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada

A Coligação formada não possui legenda própria, de modo que o eleitor poderá votar na legenda de determinado partido coligado e ser responsável pela eleição de candidato de outro partido coligado, mesmo que com ele não possua nenhuma afinidade – a autonomia para formação de coligações não exige, a rigor, que sejam consideradas questões afetas à ideologia dos partidos coligados.

5. O Congresso Nacional Brasileiro

O Congresso Nacional no Brasil é composto por duas Casas Legislativas no âmbito federal, que, em determinadas circunstâncias, devem se reunir conjuntamente. A tradição do bicameralismo surge com a primeira Constituição Brasileira, de 1824. A Câmara dos Deputados é composta por 513 representantes do povo, eleitos em cada estado, território e no Distrito Federal pelo Sistema Proporcional de lista aberta. O número de representantes varia, por Estado, em razão da população, com o mínimo de oito e máximo de setenta deputados por Estado.

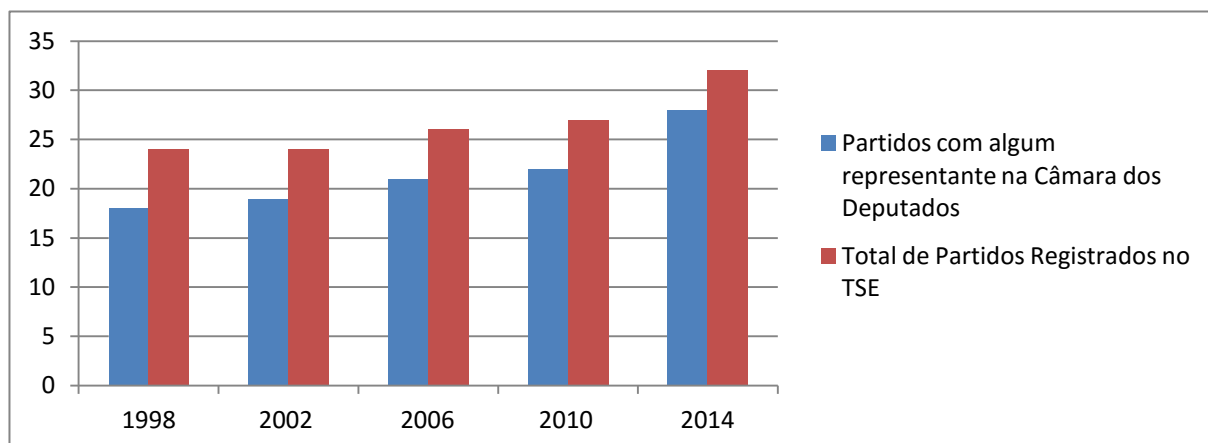
O Senado Federal é formado de três representantes eleitos pelo sistema majoritário por Estado e Distrito Federal, com mandato de oito anos, renovados de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. A composição do Senado Federal é de 81 Senadores. Em 2014 houve renovação de um terço do Senado, de modo que cada Estado e o Distrito Federal elegeram (ou eventualmente reelegeram) um novo representante.

a. Câmara dos Deputados

Conforme os dados extraídos do site da Câmara dos Deputados, é possível identificar nas últimas eleições um grande número de partidos com alguma representação na Casa Legislativa, e essa trajetória é ascendente:

Gráfico 1: Quantidade de Partidos representados na Câmara dos Deputados

Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher; II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.



Nas cinco últimas eleições há quantidade considerável de partidos políticos com baixa representação (entre um e cinco representantes eleitos): oito partidos em 1998²¹; sete em 2002²²; oito em 2006²³; oito em 2010²⁴; e onze em 2014²⁵.

Estes partidos com baixo número de representantes de modo geral não concorreram isoladamente; coligaram-se com outros partidos. Uma vez eleitos, eles precisam atuar. A atuação isolada de um Parlamentar é inviável, pois é sempre necessária a formação de um quórum mínimo de apoio para qualquer ação: apresentação de propostas, instalação de Comissões de inquérito, votação de projetos de leis e emendas, etc. Desse modo, faz-se necessário um novo arranjo, uma vez que a Coligação não assegura a manutenção do vínculo com os partidos que disputaram em conjunto a eleição. Esse novo arranjo normalmente acontece por meio de formação de Blocos de Atuação.

Vejamos os dados referentes à eleição de 2014.

A Câmara dos Deputados é composta por 513 membros, que nesta 55ª legislatura (2015-2019) representam 28 partidos distintos²⁶.

²¹ PV, PST, PSL e PRONA, com apenas um representante cada; PSC e PMN com dois e PSD e PPS com três.

²² PSL, PSDC, PSC e PMN, com apenas um representante cada; PST com três, PSD com quatro e PV com cinco.

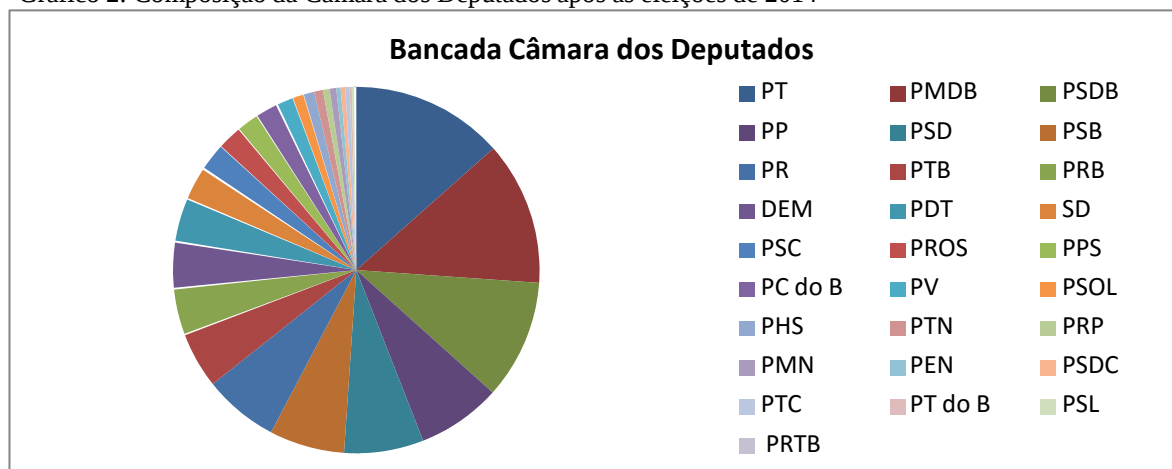
²³ PTdoB, PRB e PAN, com apenas um representante cada; PRONA e PHS com dois; e PTC, PSOL e PMN com três.

²⁴ PSL e PTC, com apenas um representante cada; PRP, PRTB, PHS com dois; PTdoB e PSOL com três; e PMN com quatro.

²⁵ PRTB, PSL, PTdoB, com apenas um representante cada; PTC, PSDC e PEN com dois; PMN e PRP com três; PTN com quatro; PHS e PSOL com cinco.

²⁶ Importa destacar que esse número pode variar, no curso da legislatura, por várias razões, entre as quais, migração partidária com justa causa, vacância no curso da legislatura que pode ser preenchida, em alguns

Gráfico 2: Composição da Câmara dos Deputados após as eleições de 2014



Entre os 28 partidos que obtiveram assento na Câmara dos Deputados há partidos com poucos representantes, como apontado anteriormente, e partidos com uma bancada considerável. Os partidos com maior número de mandatários eleitos em 2014 são PT, PMDB e PSDB.

Esses três partidos com maior número de representantes eleitos na Câmara dos Deputados disputaram as Eleições em 2014 em cada Estado da Federação de forma diferente. Em alguns casos, coligaram-se entre si, em outros, disputaram as eleições isoladamente, ou, ainda, coligados a outros partidos. Interessa notar que em nenhum Estado, no pleito de 2014, PT e PSDB coligaram-se para concorrer a vagas de Deputado Federal²⁷. Identificou-se, portando, que entre os 27 diferentes estados da Federação, PSDB e PMDB compuseram a mesma coligação oito vezes, enquanto PT e PMDB se coligaram em seis diferentes Estados. Em treze deles, os três partidos disputaram isoladamente, ou formaram coligações independentes.

Tabela 1: Relações entre as coligações formadas pelos Partidos com maior número de representantes na Câmara dos Deputados em 2014:

casos, por representante de outro partido político que disputou coligado com o partido do titular original do cargo.

²⁷ Sobre este aspecto indica-se a leitura de CARREIRÃO (2006, P. 136-163), que questiona se “o posicionamento ideológico dos partidos entra no cálculo de custos e benefícios eleitorais como um custo relevante, que poderia inibir a participação em coligações ideologicamente inconsistentes”. O autor destaca haver “graus diferenciados de “nitidez ideológica” das imagens partidárias formadas pelos eleitores, o que faria com que os custos de uma eventual coligação com um partido de outro campo ideológico sejam variáveis para diferentes partidos” (p. 141-141).

Estados - nº. de Deputados	PMDB	PT	PSDB	Relação
Acre (8)	PP/PMDB/ PSC/ PR/PPS/PTC/ PSDB/PSD/PTdoB/ SD	PT/PEN/PRO PDT/PTB/PSL/ PTN/PSDC/PHS/ PSB/PRP/PPL/ PRB/PCdoB	PP/PMDB/ PR/PPS/PTC/ PSDB/PSD/PTdoB/ SD	PSD B+PMDB
Alagoas (9)	PDT/PSC/P MDB/ PV/PTB/PSD/PTdo B/PROS/PCdoB/PT/ PHS	PDT/PSC/P MDB/ PV/PTB/PSD/PTdoB/ PROS/PCdoB/PT/PH S	PSDB/PRB	Não coligaram entre si
Amapá (8)	PMDB/PP/ PT/PDT/ PTB/PPS/PRB/PSD C/ PPL/PCdoB	PMDB/PP/P T/PDT/ PTB/PPS/PRB/PSDC/ PPL/PCdoB	PROS/DEM /PSDB/ PR/PTN/PSC/PTdoB / PTC/PRTB/PEN/ PV/PHS/PSL/PSD/ SD	PT+P MDB
Bahia (39)	PP/PDT/PM DB	PSB/PT/PSO L/PCdoB	DEM/PSDB /SD/ PSD	Não coligaram entre si
Ceará (22)	DEM/PMDB B/PSDB/ PTN/SD/PROS/PRB / PSC	PP/PDT/PT/P TB/PR/ PSD/PCdoB	DEM/PMDB B/PSDB / PTN/SD/PROS/PRB /PSC	PSD B+PMDB
Distrito Federal (8)	PMDB/PSC /PR/PRP/PSDB	PRB/PP/PDT /PT/ PTB/PSL/PHS/PSD/ PCdoB/SD/PROS	PMDB/PSC /PR/PRP /PSDB	PSD B+PMDB
Espírito Santo (10)	PMDB/PTdoB/PRP/ PHS/PEN/PV/PTN/ PPL/PSL/PTC	PT/PRB/PCdoB/PP/ PSC/PROS	PSDB/PPS/ PSDC	Não coligaram entre si
Goiás (17)	PMDB/DE M/PSDB/ SD/PROS	PDT/PT	PMDB/DE M/PSDB/ SD/PROS	PSD B+PMDB
Maranhão (18)	PMDB/DE M/SD/ PCdoB/PRTB/PTN/ PPL	PT	PSDB/PP/P R/PSD/ PTB/PDT/PPS/ PROS/PRB	Não coligaram entre si
Minas Gerais (53)	PMDB/DE M/PTB/ PV/PRB/PR	PT/PSD	SD/PP/PCdoB/PPS/ PSDB/PSB	Não coligaram entre si
 Mato Grosso do Sul (8)	PT/PMDB/ PCdoB/ PROS/PRB	PT/PMDB/P CdoB/ PROS/PRB	DEM/PSDB /PP/PR/ PSD/SD	PT+P MDB
 Mato Grosso (8)	PMDB/PSB /PRB/ PTN/PEN/PSC	PT/PR/PDT/ PROS/ PTC/PCdoB/PTB/ PSDC	PSDB/DEM /PSD/ SD/PPS/PMN	Não coligaram entre si
 Mato Grosso (8)	PT/PMDB/ PROS/ PR	PT/PMDB/P ROS/PR	PDT/PP/DE M/PSDB/PSB/PPS/P TB/PSC/ PSL/PRB	PT+P MDB

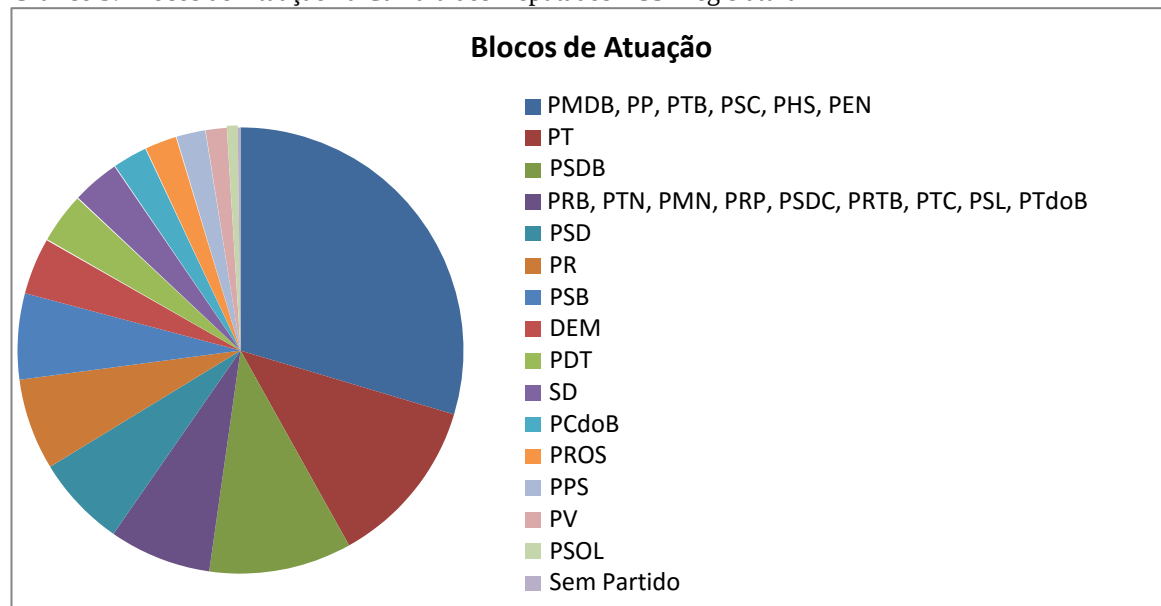
á (17)	Par	PMDB/PT/ DEM/ PCdoB/PHS/PSL/ PROS/PDT/PPL/ PTN/PR	PMDB/PT/D EM/ PCdoB/PHS/PSL/ PROS/PDT/PPL/PTN/ PR	PSDB	MDB	PT+P
aíba (12)	Par	PMDB	PSB/DEM/P RTB/ PDT/PRP/PV/PT/ PSL/PCdoB/PHS/ PPL	PSDB/PEN/ PR/PTB /PSD/SD/PMN/PPS/ PTdoB/PTN/PRB/ PSDC/PSC/PP	Não coligaram entre si	
nambuco (25)	Per	PSB/PMDB /PCdoB/ PV/PR/PSD/PPS/ PSDB/SD/PPL/DEM /PROS/PP/PEN/PTC	PTB/PT/PSC /PDT/ PRB/PTdoB	PSB/PMDB /PCdoB /PV/PR/PSD/PPS/ PSDB/SD/PPL/DEM /PROS/PP/PEN/PTC	B+PMDB	PSD
uí (10)	Pia	PMDB/PTN /PTC/ PDT/PSB/PSD/PRB /DEM/PSDC/PTdoB /PCdoB/PPS/PSDB	PT/PP/PTB/P HS/PR/ PROS/PRP/SD	PMDB/PTN /PTC/ PDT/PSB/PSD/PRB /DEM/PSDC/PTdoB /PCdoB/PPS/PSDB	B+PMDB	PSD
aná (30)	Par	PMDB	PT/PDT/PRB /PTN/ PCdoB	PSDB/DEM /PR/ PSC/PTdoB/PP/SD/ PSD/PPS	Não coligaram entre si	
de Janeiro (46)	Rio	PMDB/PP/ PSC/ PSD/PTB	PT/PSB/ PCdoB	PSDB/PPS/ DEM	Não coligaram entre si	
Grande do Norte (8)	Rio	PMDB/PR/ PSB/ PROS/PDT/SD/PSC /DEM/PV/PMN/PRP /PSDB/PSDC/PRB	PSD/PT/PCd oB/ PTdoB/PP/PEN	PMDB/PR/ PSB/ PROS/PDT/SD/PSC /DEM/PV/PMN/PRP /PSDB/PSDC/PRB	B+PMDB	PSD
dônia (8)	Ron	PMDB/PRT B/ PCdoB/PDT/PRP/ PSB/PTB/PSL/PTN	PT	PSDB/PSD C/PSD/ PEN/SD/PHS/PSC/ PMN/PTdoB/PRB/ DEM	Não coligaram entre si	
aima (8)	Ror	PSDB/PR/P RB/PSD /SD/PROS/PRP/ PMDB/ PSB/PTN	PT/PDT/PV/ PTC/ PCdoB	PSDB/PR/P RB/PSD /SD/PROS/PRP/ PMDB/PSB/PTN	B+PMDB	PSD
Grande do Sul (31)	Rio	PMDB	PT	PP / PRB / SD / PSDB	Não coligaram entre si	
ta Catarina (16)	San	PSD/ PCdoB/PV/ PMDB/PR/PTB/ PSC/PSDC/PROS/ PRB/PDT/DEM	PT	PP/PPS/PR TB/PHS/ PSDB/PEN/SD/PTC /PSB	Não coligaram entre si	
gipe (8)	Ser	PT/PDT/PS B/PMDB /PCdoB/PRP/PROS/ PSD/PRB/PSDC	PT/PDT/PSB /PMDB/ PCdoB/PRP/PROS/ PSD/PRB/PSDC	PP/PTB/PS L/PSC/ PR/PPS/DEM/PHS/ PTC/PV/PSDB/PEN /PTdoB/SD	MDB	PT+P
Paulo (70)	São	PMDB/PR OS/PP/ PSD	PT/ PCdoB	PSDB/DEM /PPS	Não coligaram entre si	

Toc antins (8)	PMDB/PV/ PT/PSD	PMDB/PV/P T/PSD	PRB/PP/PD T/PTB/ PSL/PSC/PR/PPS/ DEM/PRTB/PHS/ PTC/PSB/PRP/ PSDB/PEN/SD	MDB	PT+P
-------------------	--------------------	--------------------	--	-----	------

Cabe destacar que em quatro dos Estados com maior número de vagas em disputa estes partidos não coligaram entre si: São Paulo (70), Rio de Janeiro (46), Rio Grande do Sul (31) e Paraná (30). Em Minas Gerais, que elegeu 53 Deputados Federais, PT integrou coligação com o PMDB e outros partidos, enquanto na Bahia, que dispunha de 39 vagas, foi formada coligação entre PSDB e PMDB. Passadas as eleições, no curso da legislatura, PT, PSDB e PMDB não formaram Blocos de Atuação em conjunto.

Conforme os dados disponibilizados pela Câmara dos Deputados, os 28 partidos representados se dividiram em dois Blocos de Atuação, um formado por PMDB, PP, PTB, PSC, PHS e PEN; outro por PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL e PTdoB. Os demais não se filiaram a estes blocos, nem formaram oficialmente outros.

Gráfico 3: Blocos de Atuação na Câmara dos Deputados – 55ª Legislatura



Interessante notar que entre os dez partidos com maior número de representantes eleitos apenas PMDB e PP formaram Bloco de Atuação. Por outro lado, todos os 10 partidos com menor número de representantes eleitos integram algum Bloco de Atuação.

Tabela 2: Partidos e Blocos de atuação

P artido	Representantes eleitos	Bloco de atuação
HS	P 5	PMDB, PP, PTB, PSC, PHS , PEN
TN	P 4	PRB, PTN , PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL, PTdoB
RP	P 3	PRB, PTN, PMN, PRP , PSDC, PRTB, PTC, PSL, PTdoB
MN	P 3	PRB, PTN, PMN , PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL, PTdoB
EN	P 2	PMDB, PP, PTB, PSC, PHS, PEN
SDC	P 2	PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC , PRTB, PTC, PSL, PTdoB
TC	P 2	PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC , PSL, PTdoB
TdoB	P 1	PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL, PTdoB
SL	P 1	PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB, PTC, PSL , PTdoB
RTB	P 1	PRB, PTN, PMN, PRP, PSDC, PRTB , PTC, PSL, PTdoB

Os três partidos com menor número de representantes na Câmara dos Deputados – PRTB, PSL e PTdoB – formaram coligações nos Estados em que obtiveram sucesso. Deste modo, tem-se que em Alagoas²⁸, o PRTB conseguiu uma vaga a partir da Coligação formada com os partidos PPL e PMN. No Ceará²⁹, o PSL obteve sucesso

²⁸ Em Alagoas as Coligações para concorrer ao cargo de Deputado Federal foram assim formadas: PDT/ PSC/ PMDB/ PV/ PTB/ PSD/ PTdoB/ PROS/ PCdoB/ PT/ PHS; PP/ PPS; PSDC /PRP /PR /PSL /PSB /SD/DEM; **PRTB** /PPL /PMN; PSDB/ PRB; PSOL/ PSTU; PTC isoladamente.

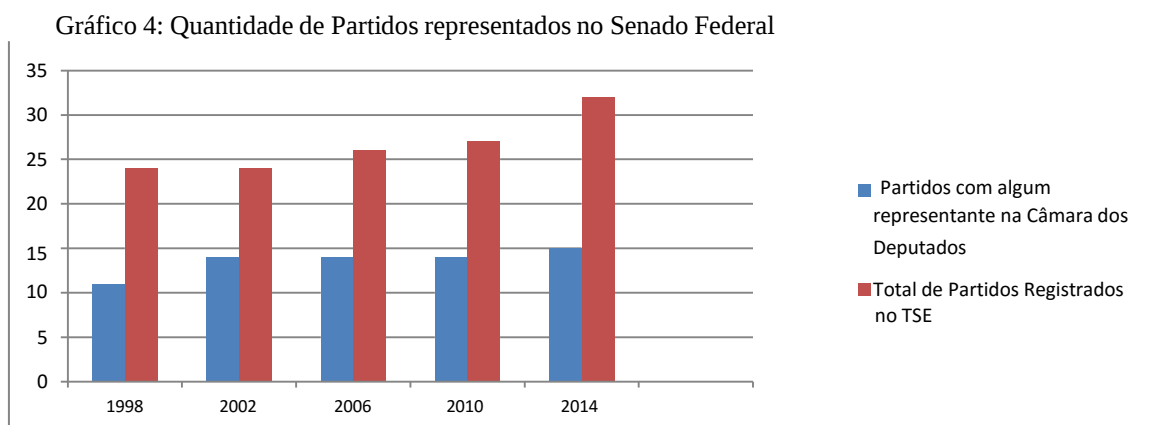
²⁹ No Ceará as Coligações para concorrer ao cargo de Deputado Federal foram assim formadas: DEM / PPS / PSDC / PTN; PMDB / PSC / PR / PRP / PSDB; PRB / PP / PDT / PT / PTB / **PSL** / PHS / PSD /

com a Coligação formada entre PRB / PP / PDT / PT / PTB / PHS / PSD / PC do B / SD/ PROS. Em Minas Gerais³⁰, o PTdoB coligou-se com PRP / PHS / PEN. Após as eleições, PRTB se uniu ao PTdoB e outros partidos para formar um Bloco de Atuação, enquanto PSL se uniu a outros partidos, em um Bloco distinto. Interessante que em nenhum dos Estados em que esses partidos venceram estiveram coligados entre si.

b. Senado

O Senado Federal é composto por 81 membros, sendo 3 por Estado e pelo Distrito Federal. Como apontado alhures, a eleição para o cargo de Senador segue o Sistema Majoritário, em que são apresentadas chapas compostas por um titular e dois suplentes. O mandato é de 8 anos, com renovação parcial a cada quatro anos. Em 2014, ocorreu a renovação de 1/3 do Senado.

Do mesmo modo que nas últimas cinco eleições para Câmara dos Deputados, verifica-se um grande número de Partidos com algum representante eleito no Senado³¹.



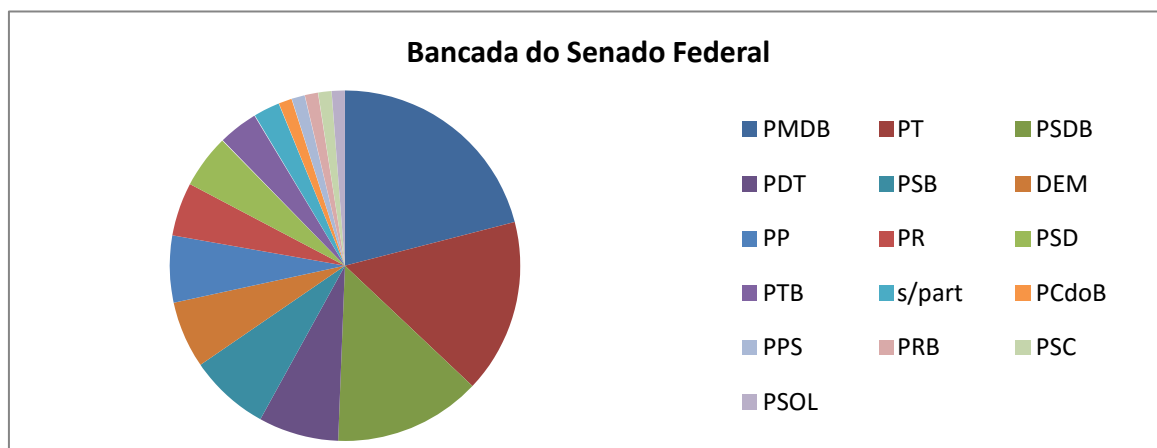
Nas eleições de 2014, com a renovação de 1/3, o Senado passou a ter a seguinte composição:

Gráfico 5: Composição do Senado Federal após as eleições de 2014

PC do B / SD / PROS; PSB isoladamente; PSTU / PCB / PSOL; PTC / PEN / PT do B / PRTB / PMN / PPL / PV.

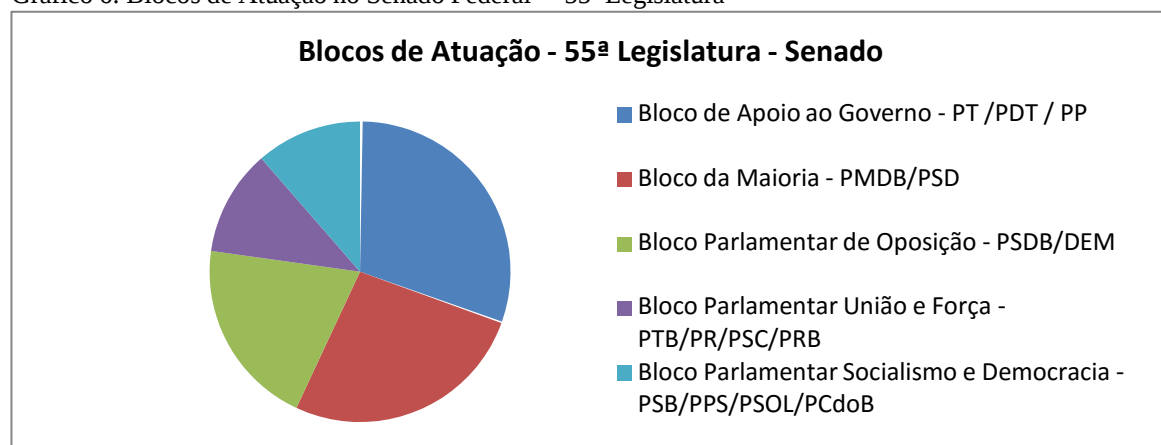
³⁰ Em Minas Gerais as Coligações para concorrer ao cargo de Deputado Federal foram assim formadas: DEM / PSDB / PP / PR / PSD / SD; PCB isoladamente; PCO isoladamente; PPS / PV / PDT; PSB / PPL / PRTB; PSC / PTC / PSL; PSTU / PSOL; PT / PMDB / PC do B / PROS / PRB; **PT do B** / PRP / PHS / PEN; PTB / PMN; PTN / PSDC.

³¹ Esse gráfico foi criado a partir da lista de titulares de cada uma das legislaturas havidas no período apresentado – 51ª à 55ª Legislaturas.



Os três partidos com maior número de representantes – novamente PMDB, PT e PSDB – juntos, representam metade do Senado Federal. Cinco dos Partidos possuem apenas um representante eleito – PCdoB, PPS, PRB, PSC e PSOL. Os Partidos se organizaram, nessa casa legislativa, em cinco Blocos de Atuação.

Gráfico 6: Blocos de Atuação no Senado Federal – 55ª Legislatura



Após identificar os partidos representados no Senado nesta 55ª Legislatura e a forma com que eles se dividiram nessa casa legislativa em Blocos de Atuação interessa comparar a vinculação entre os partidos durante o ano eleitoral (coligação), e após a eleição, no curso da legislatura (Blocos de Atuação). Para tanto, serão considerados os senadores eleitos no pleito de 2014.

Tabela 3: Senadores eleitos em 2014: Coligações e Blocos de Atuação

Estado	Candidato	Coligação	Bloco
Minas	Antônio	PSDB/ PP/ DEM/	Bloco

Gerais	Anastasia PSDB	PSD/ PTB / PPS/ PV/ PDT/ PR/ PMN/ PSC/ PSL/ PTC / SD	Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
São Paulo	José Serra PSDB	PSDB/ DEM/ PEN/ PMN/ PTdoB/ PTC/ PTN/ SD/ PPS/ PRB/ PSB/ PSC/ PSDC/ PSL	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Distrito Federal	Reguffe PDT	PSB/ SD/ PDT/ PSD	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Rio de Janeiro	Romário PSB	PT/ PV/ PSB/ PCdoB)	Bloco Parlamentar Socialismo e Democracia (PSB, PSOL, PPS, PCdoB)
Paraná	Alvaro Dias PSDB	PSDB/ PROS/ DEM/ PSB/ PSD/ PTB/ PP/ PPS/ PSC/ PR/ SD/ PSL/ PSDC/ PMN/ PHS/ PEN/ PTdoB	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Bahia	Otto Alencar PSD	PT/ PP/ PSD/ PDT/ PR/ PCdoB/ PTB/ PMN	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Pernambuco	Fernando Bezerra Coelho PSB	PMDB/ PCdoB/ PSB/ PTC/ PRP/ PV/ PTN/ PR/ PSD/ PPS/ PSDB/ SD/ PPL/ DEM/ PHS/ PSDC/ PROS/ PP/ PEN/ PRTB/ PSL	Bloco Parlamentar Socialismo e Democracia (PSB, PSOL, PPS, PCdoB)
Ceará	Tasso Jereissati PSDB	PMDB/ PSC/ DEM/ PSDC/ PRP/ PSDB/ PR/ PTN/ PPS	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Rio Grande do Sul	Lasier Martins PDT	PDT/ PSC/ DEM/ PV/ PEN	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Pará	Paulo Rocha PT	PMDB/ PT/ DEM/ PCdoB/ PHS/ PSL/ PROS/ PDT/ PPL/ PTN/ PR	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Maranhão	Roberto Rocha PSB	PP/ SD/ PROS/ PSDB/ PCdoB/ PSB/ PDT/ PTC/ PPS	Bloco Parlamentar Socialismo e Democracia (PSB, PSOL, PPS, PCdoB)
Santa Catarina	Dário PMDB	PSD/ PRB/ PMDB/ PR/ PTB / PSC/ PSDC/ PROS/ PV/ PCdoB/ PDT/ DEM	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Goiás	Ronaldo Caiado DEM	PMDB/ DEM/ SD/ PCdoB/ PRTB/ PTN/ PPL	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Piauí	Elmano PTB	PT/ PP/ PTB/ PHS/ PR/ PROS/ PRP/ SD	Bloco Parlamentar União e Força (PTB, PR, PSC, PRB)
Amazonas	Omar Aziz PSD	PROS/ DEM/ PSL/ PTN/ PSC/ PR/ PRTB/ PHS/ PTC/ PV/ PRP/ PSDB/ PEN/	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)

		PSD/ SD/ PTdoB	
Rio Grande do Norte	Fátima Bezerra PT	PSD/ PT/ PCdoB/ PTdoB/ PP/ PEN/ PRTB/ PTC	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Espirito Santo	Rose de Freitas PMDB	PMDB/ PSDB/ DEM/ SD/ PEN/ PROS/ PRP	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Alagoas	Fernando Collor PTB	PV/ PTdoB/ PMDB/ PROS/ PCdoB/ PSC/ PHS/ PTB/ PSD/ PDT/ PT	Bloco Parlamentar União e Força (PTB, PR, PSC, PRB)
Paraíba	Jose Maranhão PMDB	PMDB	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Mato Grosso	Wellington Fagundes PR	PT/ PMDB/ PROS/ PR/ Pcdob	Bloco Parlamentar União e Força (PTB, PR, PSC, PRB)
Mato Grosso do Sul	Simone Tebet PMDB	PMDB/ PSB/ PTdoB/ PSC/ PHS/ PRB/ PRTB/ PTN/ PEN	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Sergipe	Maria do Carmo DEM	DEM/ PSDB/ PP/ PTdoB/ PSC/ PTC/ PSL/ PTB/ SD/ PV/ PPS/ PHS/ PMN/ PR/ PEN	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Rondônia	Acir Gurgacz PDT	PMDB/ PDT/ PSB/ PTN/ PTB/ PCdoB/ PRTB/ PSL/ PRP	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Tocantins	Katia Abreu PMDB	PMDB/ PT/ PSD/ PV	Bloco da Maioria (PMDB e PSD)
Acre	Gladson Cameli PP	PMDB/ PSDB/ PTdoB/ PSC/ PTC/ PPS/ PR/ SD/ PP/ PSD	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)
Amapá	Davi Alcolumbre DEM	DEM/ PSDB/ SD/ PSD	Bloco Parlamentar da Oposição (PSDB e DEM)
Roraima	Telmário Mota PDT	PT/ PDT/ PCdoB/ PV/ PTC	Bloco de Apoio ao Governo (PT, PDT, PP)

Em alguns casos, a adesão do Partido a determinado Bloco de Atuação mantém relação com a Coligação formada para disputar as eleições, mas em outros é possível identificar grande disparidade.

O Estado do Pará apresenta um caso emblemático. O então candidato Paulo Rocha, filiado ao PT disputou as eleições em 2014 por uma coligação que incluía os Partidos PMDB e DEM, que integram atualmente os Blocos da Maioria e Oposição, respectivamente. O Parlamentar eleito, filiado ao PT, passou a integrar o Bloco de

Apoio ao Governo (PT, PDT, PP). Do mesmo modo, no Rio Grande do Sul o candidato Lasier Martins do PDT venceu o pleito se beneficiando de coligação formada com o DEM, que forma o Bloco de Oposição. O parlamentar hoje integra o Bloco de Apoio ao Governo.

6. Conclusão

A Constituição da República de 1988 cuidou de tratar do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito logo em seu primeiro artigo. Deste princípio se extrai o pluripartidarismo, sendo ainda assegurada a autonomia partidária e a liberdade de criação, fusão e extinção dos partidos. O mesmo dispositivo trata sobre a liberdade de formação de coligações partidárias, sem obrigatoriedade de se observar as coligações formadas nos demais entes federativos.

Com base na previsão constitucional e na importância conferida aos partidos políticos (não há possibilidade de candidatura avulsa no Brasil), é possível afirmar que vivemos uma democracia partidária. Nada obstante, o papel dos partidos políticos nas democracias atuais vem sendo questionado, e talvez aquele protagonismo dos partidos de massa esteja sendo substituído por um papel mais formal, de legitimador do processo eleitoral.

A despeito disso, o Brasil possui atualmente 32 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aptos a apresentarem candidatos nas eleições, a receber verbas do Fundo Partidário e a se beneficiar do Direito de antena. Muitos destes partidos têm pequenas proporções, e não possuem condições de disputar o pleito de forma isolada. Deste modo, especialmente nas eleições proporcionais, formam coligações com a finalidade de ter maiores chances de obter espaço nas casas legislativas.

Não havendo limitações para a formação de coligações, em alguns momentos é possível verificar partidos com ideologias distintas se coligando. Há que se destacar que há, ainda, algum tipo de restrição sobre quais partidos se coligam, como apontado no estudo de Yan de Souza Carreirão (2006, p. 136-163). Os eleitores identificam as ideologias de alguns partidos de tal forma que a realização de coligações entre eles pode gerar consequências políticas indesejadas. É o que aparentemente acontece entre PT e

PSDB. Basta verificar que no pleito de 2014 esses partidos não se coligaram em nenhum Estado ou no Distrito Federal para concorrer ao cargo de Deputado Federal, nem para o cargo de Senador. Interessa notar que o PSDB se coligou com o PTdoB em São Paulo, e o PT com o DEM no Pará.

Apesar de a contradição ideológica ser possivelmente a mesma, a identificação para o eleitor com os partidos PT e PSDB como opostos possivelmente é considerada por estes na formação de Coligações. Tal questão não afeta o PMDB, que ora se coliga com o PT, ora com o PSDB, e possui uma das maiores bancadas no Congresso Nacional, a indicar que não sofreu impactos negativos pela formação das coligações com estes partidos.

Verificou-se, ademais, que a maioria dos partidos com registro no TSE tem algum representante no Congresso, e na maior parte das vezes conseguiram essa vaga coligando-se a outros partidos. A formação das coligações muitas vezes não tem justificativa ideológica, trata-se na verdade de estratégia política. Tanto é assim que passadas as eleições, os partidos devidamente representados nas casas legislativas formam Blocos de Atuação que não necessariamente coincidem com as Coligações anteriores.

A questão, portanto, diz respeito ao papel democrático das Coligações. Qual a importância e justificativa – além da estratégica – para a formação de Coligações?

Num momento em que o papel dos partidos políticos é questionado nas democracias atuais, é importante considerar também os demais arranjos institucionais que são realizados, e em que medida é dado aos eleitores conhecer ter controle sobre esses arranjos. Trazendo como parâmetro a compreensão de democracia para Dahl, importa repetir os critérios da participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos, para *“satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política* (2001, p. 49-50).

Para possibilitar a participação efetiva é necessário que os adultos tenham acesso a informações, claras, completas e corretas, e tenham condições de interferir na formação da pauta de discussões. A formação de coligações dificulta a participação popular já no momento do voto, no sistema proporcional, pois não há possibilidade de o eleitor direcionar minimamente o partido que será beneficiado por seu voto. Qualquer

partido coligado poderá ser beneficiado, o que causa estranhamento quando se pensa que o voto de legenda é justificado pela ideologia partidária, e não há nenhuma exigência, na formação de coligações nesse sentido (importa relembrar os casos mencionados anteriormente: PT coligado com DEM e PSDB com PTdoB).

Além disso, após as eleições os partidos são livres para formar Blocos de Atuação na casa legislativa. Assim, um eleitor pró-governo que direciona seu voto nesse sentido, pode acabar elegendo um representante que formará a bancada de oposição. Certo é que algumas modificações podem eventualmente ocorrer no curso do mandato. O caso que se apresenta, contudo, é extremado. A mudança na representatividade pode ocorrer logo após a diplomação e posse dos eleitos, pela adesão dos partidos aos Blocos de Atuação.

Lembrando que as coligações não precisam observar nenhum alinhamento com outros entes federativos, mesmo que se pretenda manter o perfil da coligação, se em um Estado o partido de filiou de uma forma (PT-PMDB, por exemplo) e em outro, de forma distinta (PSDB-PMDB), dificilmente seria possível manter alguma regularidade nesse formato de representação. O partido tem caráter nacional, mas é dividido em Diretórios Estaduais, Municipais e Distritais. A menos que o Partido adote postura nacional para formação de Coligações – por iniciativa própria – esse controle não poderá ser feito pelo eleitor.

As modificações no posicionamento dos partidos dos mandatários eleitos repercutem negativamente na representatividade. O eleitor não consegue compreender os arranjos institucionais vigentes, e sua manifestação de vontade expressa no ato do voto não se traduz em participação política real. Com isso pode-se ter como resultado um afastamento do eleitorado – que não compreende o sistema de conversão de votos em representação política, e modificações na representação política sem legitimidade, eis que apenas traduzem interesses individuais ou corporativos (dos partidos e/ou de seus caciques).

Referências

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMPOS, Adriana; SANTOS, Polianna. Democracia, Direitos Políticos E Sistema Proporcional Brasileiro: Reflexões Sobre A Adoção De Cálculo Intracoligacional. In: Jonathan Barros Vita; Jamile Bergamaschini Mata Diz; Narciso Leandro Xavier Baez. (Org.). Direitos Fundamentais e Democracia III. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. III, p. 357-377.

CAMPOS, Adriana; STUDART, Paulo Henrique de Mattos. Reflexões sobre a criação de novos partidos políticos e a distribuição dos recursos do fundo partidário e do tempo de acesso gratuito ao Rádio e à Televisão. In: RIBEIRO, P. H; COSTA, M. A. M. F; GUERRA, A. M. S.. (Org.). Direito Eleitoral: leituras complementares. 1 ed. BELO HORIZONTE: D'PLÁCIDO EDITORA, 2014, v. , p. 99-116.

CARREIRÃO, Yan de Souza. Ideologia e partidos políticos: um estudo sobre coligações em Santa Catarina. Opinião Pública, v. 12, n. 1, p. 136-163, 2006.

DAHL, Robert A.: tradução de Beatriz Sidou. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DUVERGER, Maurice. Os partidos políticos. 2 ed. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 20.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. Del'Rey, 4.ed., Belo Horizonte, 2010.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. Atlas, 2013.

MAIR, Peter; CABRAL, Rui. Os partidos políticos e a democracia. Análise Social. p. 277-293
0
3.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 10, n. 29, p. 5-34, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 751. Relator: Ministro Carlos Madeira. DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 19/04/2002, Página 192)

BRASIL. Congresso Nacional. Parlamentares. Disponível em: <<http://www.congressonacional.leg.br/portal/parlamentar>>. Acesso em 06/07/2015

BRASIL. Senado Federal. Senadores. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/periodos/legisAnt.shtm>>. Acesso em 06/07/2015

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lideranças e Bancadas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/liderancas-e-bancadas>>. Acesso em 06/07/2015

A DESCONSTRUÇÃO DO LEGADO CULTURALISTA BRASILEIRO NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO NÃO ESTABELECIMENTO

The deconstruction of the Brazilian culturalism legacy in the interpretation of the non-establishing clause

João Víctor Martins¹

RESUMO: No presente artigo, pretende-se demonstrar a influência marcante da corrente histórico-sociológica definida como culturalismo na deturpação, hoje corrente, da cláusula do não estabelecimento imposta pelo artigo 19 da Constituição da República de 1988. Demonstrada a citada influência, pretende-se desconstruir os seus fundamentos, de forma a viabilizar e fomentar um discurso alinhado ao evidente contexto multicultural brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Culturalismo; democracia multicultural; cláusula do não estabelecimento.

ABSTRACT: In this article, we intend to demonstrate the remarkable influence of historical-sociological doctrine defined as culturalism in misrepresentation, now current, of non-establishment clause imposed by Article 19 of the Constitution of 1988. Demonstrated the aforementioned influence, we intend to deconstruct its foundations, in order to facilitate and foster a speech aligned with evident Brazilian multicultural context.

KEYWORDS: culturalism; multicultural democracy; non-establishment clause.

1. INTRODUÇÃO

As doutrinas constitucionais brasileiras são, em grande parte, queiramos ou não, herdeiras da tradição dos intérpretes do Brasil, sejam estes historiadores ou sociólogos. Não se faz – e, menos ainda, se interpreta – o direito, sem história. Via de consequência, se se pretende desconstruir – para reconstruir – a interpretação da Constituição brasileira, há, antes, que se desconstrua a tradição dos intérpretes do Brasil.

Nesta mesma toada, a teoria ou corrente culturalista é responsável, de sobremaneira, por uma influência marcante na construção das interpretações jurídica e constitucional brasileiras. O “caráter racista e conservador dessa tradição de pensamento” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 50), foi difundido, conforme atesta Jessé de Souza (2009), por autores

¹ Mestre e Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: joao_victormartins@hotmail.com

do porte de Sérgio Buarque de Hollanda, Roberto da Matta, Raymundo Faoro e Simon Schwartzman.

Como não poderia deixar de ser, a influência da teoria culturalista também não deixou de abarcar a interpretação corrente da cláusula do não estabelecimento imposta pelo artigo 19 da Constituição da República de 1988, que impõe ao Estado a vedação da imposição de uma crença ou religião oficial.

A intenção deste artigo é, então, em suma, demonstrar a influência da teoria culturalista na interpretação da cláusula do não estabelecimento, de forma a permitir a sua desconstrução dentro do viés de democracia multicultural e constitucional no qual o Brasil está inserido.

Para tanto, o segundo capítulo deste artigo será dedicado à reconstrução da teoria culturalista brasileira e da sua influência sobre o tratamento jurídico e constitucional brasileiro dispensado à relação entre o Estado e a religião.

O capítulo terceiro, por sua vez, se restringirá a demonstrar a incompatibilidade dessa teoria com a perspectiva multicultural brasileira, bem como com os fundamentos que permeiam a construção da cláusula do não estabelecimento.

Ao fim, dedicar-se-á um capítulo à apresentação das considerações finais alcançadas com a desconstrução e a reconstrução ora propostas.

2. O LEGADO CULTURALISTA BRASILEIRO

Em “A ralé brasileira: quem é e como vive” (2009), Jessé Souza tece duras críticas àquela teoria a qual atribui a alcunha de “sociologia da inautenticidade”. Essa teoria histórico-sociológica culturalista, difundida em larga escala por autores como Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Hollanda, defenderia, como pano de fundo, a tese de que a cultura brasileira foi condenada em sua nascença, vez que seria mero subproduto (ou continuidade) da cultura estamental da Coroa Portuguesa (SOUZA, 2009, p. 56).

A partir dessa teoria, a tradição patrimonialista portuguesa teria construído os moldes da cultura da brasilidade, ou seja, os valores culturais brasileiros estariam condicionados por ela. A malandragem, a corrupção e todo o rol de “típicas características da brasilidade” seriam traços marcantes e inarredáveis de nossa cultura e o seriam em virtude da formação inicial do estado brasileiro por meio da colonização portuguesa.

De fato, conforme relata Cattoni de Oliveira, abordando a citada obra de Souza:

Em obra recente, Jessé Souza (2009) chama atenção acertadamente para o caráter racista e conservador dessa tradição de pensamento, ao comparar, por um lado, o pensamento de Gilberto Freyre, glorificador da herança luso-brasileira e de uma identidade nacional mestiça, e, de outro, o pensamento (pseudo) crítico de autores como Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro, Simon Schwartzman e Roberto da Matta, defensores da tese segundo a qual “o brasileiro” sofreria de um “mal de origem”, ou seja, a mesma herança, agora valorada de modo invertido, como patrimonialista e personalista, que nos teria sido legada pelos portugueses (SOUZA, 2009, p. 56). Segundo Souza, Buarque de Holanda inverte especularmente a leitura “positiva” de Freyre, todavia sem questionar-lhe os fundamentos racistas (SOUZA, 2009, p. 54), ou seja, dá continuidade a uma espécie de “teoria emocional da ação social”, combinada a uma visão economicista de mundo, que insiste num suposto caráter pré-moderno da sociedade brasileira, com todas as suas “compensações fantasiosas” (SOUZA, 2009, p. 58): o brasileiro é “cordial”, “caloroso”, “hospitaleiro”, “sensual”, “exótico”, “edênico” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 50).

Ainda tratando da mesma obra, Cattoni de Oliveira ressalta que:

Segundo Jessé Souza (2009, p. 54-72), sobretudo a partir de Sérgio Buarque de Holanda, o que caracterizaria a chamada “brasilidade” seria a sua plasticidade (conceito apropriado de Gilberto Freyre), tida como nossa herança ibérica, conceito fundamental para a construção das teses do patrimonialismo, do personalismo, do “homem cordial”, do estamento, da “malandragem”, do “jeitinho brasileiro” etc., que irão permear as leituras (pseudo) críticas posteriores, criadoras verdadeiramente de toda uma mitologia culturalista da brasilidade (o mito do mercado virtuoso confundido com a sociedade e o mito do Estado corrupto, por natureza, sem falar no mito do pioneirismo bandeirante e no mito de São Paulo como a “Massachussets tropical”, em contraposição ao Brasil “tradicional” e “arcaico” etc., ou seja, “o resto”). Tal mitologia culturalista – que “generaliza um preconceito arraigado do senso comum e o continua com o beneplácito da ‘autoridade científica’” (SOUZA, 2009, p. 79) – é extremamente atuante, como imaginário social historicamente “reproduzido todo dia nas famílias por pessoas que amamos, e na escola e nas universidades, por pessoas que respeitamos, a sua reprodução se torna automática e não refletida” (SOUZA, 2009, p. 71). E isso de tal modo a justificar ideologicamente desigualdades e privilégios estruturais, todavia não naturais (SOUZA, 2009, p. 71)”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 50).

Este pano de fundo, em regra, constitui o pressuposto da tradição doutrinária histórico-sociológica brasileira. A reconstrução e a interpretação históricas no Brasil são, então, via de consequência, influenciadas de sobremaneira por esta “mitologia culturalista”, como se fossem, na verdade, fundadas em um marco teórico que chancelasse o pretense “caráter científico” desse culturalismo.

Com efeito, conforme muito bem observa Ruben Goyatá Campante:

(...) a obra *Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro*, de Raymundo Faoro, traz como tema central uma explicação para as mazelas do Estado

e da nação brasileiros: a estrutura de poder patrimonialista estamental plasmada historicamente pelo Estado português, posteriormente congelada, transplantada para a colônia americana, reforçada pela transmigração da Corte lusa no início do século XIX e transformada em padrão a partir do qual se organizaram a Independência, o Império e a República no Brasil (CAMPANTE, 2003, p. 153).

Campante ainda analisando a obra de Raymundo Faoro, conclui que “a crença liberal clássica do Estado como um amortecedor da vitalidade social fica patente, segundo Souza, quando Faoro enxerga na transmigração da Corte lusa em 1808 apenas o velho estamento sob novo disfarce” (CAMPANTE, 2003, p. 177).

Essa forma de “reprodução” dos fatos históricos e de explicação da realidade moderna brasileira à luz da teoria culturalista é, entretanto, falaciosa a partir do momento em que retira a influência do contexto brasileiro na construção da história, dos costumes e, por que não, também dos princípios que norteiam a construção da ordem normativa brasileira, como se fosse possível reproduzir Portugal no Brasil e como se a transferência da Coroa Portuguesa construísse a eterna moldura dentro da qual se daria a construção da história nacional brasileira.

Tratando da obra de Jessé de Souza, Campante frisa essa falácia:

Além de não perceber esse fato, de que o complexo político-cultural ocidental é multiforme, a “sociologia da inautenticidade” é, para Souza, presa de um “culturalismo atávico”, isto é, não vincula os valores culturais às questões da dinâmica institucional, que reproduz e consolida esses valores, e da estratificação social, que explica por que determinados valores se tornam dominantes em uma sociedade. As instituições e a estratificação social brasileiras jamais foram, declara Souza, mera continuação de Portugal, nem mesmo no início da colônia – o colono do Brasil, neto, filho ou mesmo nascido em Portugal, não era aquele lusitano que tinha sua quinta nos arredores de Lisboa. Valores não se transportam como a roupa do corpo, Souza escreve várias vezes, e os homens não os impõem ao seu meio; ao contrário, os atores são determinados pelo meio, reagindo, antes de tudo, a estímulos sociais, os quais não controlam (SOUZA, 2009, p. 71)” (CAMPANTE, 2003, p. 177).

De fato, partindo-se da falácia do culturalismo, como aborda Ricupero, ao tratar das “ideias fora de lugar”, “fica-se com a impressão de que, independente do ambiente social, é sempre possível recorrer a variadas referências intelectuais, ao passo que não deixa de ser indicado que a adequação das formas aos contextos em que são ativas é um processo difícil e não sempre realizado” (RICUPERO, 2008, p. 68). Como se o contexto, tão frisado pela

hermenêutica gadameriana², pudesse ser excluído do rol de atores – ou fosse relegado a mero coadjuvante entre os atores – que conformam a cultura de um determinado Estado.

Essa reconstrução enviesada da história brasileira fundada na falácia do culturalismo não pôde deixar de influenciar também a interpretação jurídico-constitucional da ordem normativa nacional.

Autores como Pontes de Miranda e Miguel Reale defendiam contundentemente a limitação institucional brasileira em virtude de suas origens e a consequente impossibilidade, por exemplo, de um regime democrático surtir os efeitos desejados no Brasil, vez que a nossa cultura – enquanto subproduto da cultura portuguesa – não estaria apta a alcançar o ideal democrático, sendo necessário um governo que proteja o povo, sem que seja, necessariamente, por ele constituído.

Com razão, segundo Pádua Fernandes, relativamente ao alcance dessa teoria culturalista “no campo do direito, pode-se citar Pontes de Miranda, um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos, que afirmava, ainda na República Velha, que deveriam ser evitadas as normas que não representassem ‘[...] o produto das necessidades existenciais de um povo [...]’ (1912, p. 99-100). Portanto, a lei deveria limitar-se à ‘codificação do costume’” (FERNANDES, 2006, p. 240).

E os costumes brasileiros, para Pontes de Miranda, seriam aqueles permitidos pela cultura portuguesa arraigada no Brasil com a colonização e a posterior transferência da Coroa. De fato, ressaltando este pensamento de Pontes de Miranda, o Pádua Fernandes conclui:

Segundo Pontes de Miranda, a democracia seria um transplante mal-sucedido, eis que os costumes apontavam para um outro tipo de regime, o aristocrático. Para o autor, esse regime atenderia melhor à liberdade. Defendia, pois, não ‘o governo pelo povo’ e sim ‘[...] pela competência, pela capacidade profissional [...]’ (1912, p. 124), e propugnava por uma aristocracia ‘[...] da cultura, que é o regime da competência e da especialidade; e da moeda, que se permeia e é também a medida comum dos valores sociais. Eis uma lei da evolução dos povos [...]’ (1912, p. 125). ‘A

² Gadamer, há muito, já abordava a questão da relevância do contexto histórico-social para a construção de um sentido. Segundo Gadamer, não existe a possibilidade de produção de um conhecimento absoluto sobre algo (seja uma obra de arte ou não), senão de um conhecimento fruto das experiências vividas pelo intérprete e que, consequentemente, está condicionado às possibilidades do horizonte histórico de sentido deste intérprete. Este horizonte histórico de sentido do intérprete é necessariamente formado por suas pré-compreensões, ou seja, pelo contexto histórico no qual foi possível se desenvolver (GADAMER, 1999).

O filósofo alemão sustenta, em seu *Verdade e método*, a impossibilidade do conhecimento de uma determinada obra de arte e a sua descrição não estarem conectados às pré-compreensões do intérprete, ou seja, do espectador. “Todo compreender é interpretar, e toda interpretação se desenvolve por meio de uma linguagem que pretende deixar falar ao objeto e é ao mesmo tempo a linguagem própria do seu intérprete” (GADAMER, 1999, p. 467, tradução livre).

democracia, portanto, é um desvio, um erro, uma ilusão falaz e perigosa [...]’ (1912, p. 197) (FERNANDES, 2006, p. 241).

Conforme demonstrará o capítulo seguinte, a influência desse legado culturalista – ou melhor, da falácia culturalista – não deixa de ser observado, da mesma forma, nas interpretações propostas à relação entre o Estado e a religião. Com efeito, o artigo 19 da Constituição da República de 1988³, promulgada “sob a proteção de Deus”, em diversas oportunidades, tem sido lido pelos tribunais – que, via de regra, ostentam crucifixos que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, vale frisar, estão “em consonância com a fé da grande maioria da população brasileira” (MIURA, Douglas, 2007) – e até mesmo pelo Congresso Nacional, como um dispositivo que concede a coexistência de outras crenças religiosas que não o cristianismo no Brasil, como se este – fruto de nossa catequização pelas missões portuguesas – fosse declaradamente a crença religiosa oficial brasileira.

3. A DEMOCRACIA MULTICULTURAL BRASILEIRA INCOMPATÍVEL COM A FALÁCIA CULTURALISTA

“A Frente Parlamentar Evangélica da Câmara dos Deputados projeta um crescimento de 30% nas eleições do ano que vem. Espera passar dos atuais 73 parlamentares para até 95 – ocupando algo em torno de 18% das cadeiras disponíveis” (ESTADÃO, 2013).

A notícia, veiculada pelo jornal *Estadão* no final do ano de 2013, retrata uma realidade vivenciada atualmente por diversas democracias que se autodenominam Estados laicos, inclusive pela democracia brasileira. Ela demonstra que a influência da religião na política e, por conseguinte, no direito, não foi superada com a secularização da autoridade política, ou seja, pela suposta laicização do estado.

É certo que as “frentes parlamentares religiosas” são apenas um reflexo da parcela da sociedade que é por elas representada. A legitimidade do caráter representativo dos parlamentares é inegável. Portanto, não constitui objeto da presente discussão refutar a legitimidade da participação destes parlamentares no processo legislativo. Por outro lado, é

³ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

possível enxergar um problema de ordem jurídica quando ocorre uma ingerência dos fundamentos religiosos no campo político e este problema se torna ainda maior quando há uma doutrina histórico-sociológica que atribui lastro “científico” a esta ingerência.

Inicialmente, porque a utilização de fundamentos religiosos para a construção jurídica pode provocar uma violação à já citada cláusula do não estabelecimento imposta pelo artigo 19, da Constituição da República, já que, ao dar prioridade ao fundamento de uma crença em detrimento do fundamento de outra, criam-se distinções entre brasileiros. Contudo, o problema é mais profundo.

O problema da ingerência das convicções religiosas na política se agrava com o intuito das “bancadas religiosas” de promover políticas fundamentadas em dogmas religiosos que determinam uma conduta moral padronizada a toda a sociedade e de fazê-las tornarem-se normas jurídicas, em manifesto desrespeito à autonomia ética dos indivíduos (DOWRKIN, 2011), dando azo, inclusive, à disseminação de discursos e políticas de intolerância contra minorias religiosas, culturais, étnicas e de gênero (WALDRON, 2012).

A pauta da “Frente Parlamentar Evangélica” na Câmara dos Deputados, formada em parte considerável por programas políticos relacionados à conduta moral da sociedade, como programas contrários ao aborto, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, às pesquisas científicas com embriões, à descriminalização de drogas e à eutanásia⁴, demonstra claramente este interesse dos parlamentares em uma plataforma política de vinculação da sociedade a uma moralidade fundamentada em dogmas religiosos.

⁴ A entrevista concedida pelo Deputado Roberto de Lucena (PV-SP) à revista Carta Capital reverbera esta plataforma política, conforme demonstra o excerto abaixo:

“Creio que chegamos a um momento em que precisamos reconceituar algumas coisas. Quando uma pessoa, um cidadão brasileiro ou um parlamentar se diz contra o casamento homoafetivo, ele não está sendo homofóbico. Homofóbico é quem incita o ódio, a violência ou agride um homossexual. Temos assegurado pela Constituição o direito à liberdade de expressão, o que não significa poder se expressar apenas favoravelmente ao casamento homoafetivo. É direito se expressar contrariamente. O Congresso é a caixa de ressonância da sociedade, temos um Parlamento plural. Respeito todas as posições e entendo que essa é uma das condições da sustentação da democracia.
(...).

A agenda da bancada religiosa não se restringe à sexualidade. Discutimos também assuntos ligados aos direitos humanos, combate à corrupção, segurança pública e educação. Não há fundamento em afirmar que parlamentares estejam entregando seus mandatos à causa religiosa. Quando um parlamentar evangélico coloca seu nome à disposição para concorrer a um cargo público, ele não vem representando uma fé, mas um segmento social. Ele não é deputado evangélico, é um evangélico deputado”.

Retirado do domínio: <http://www.cartacapital.com.br/politica/bancada-evangelica-nao-discute-so-sexualidade-nem-e-intolerante-diz-deputado>. Acesso em 18 de junho de 2014.

Outro exemplo desse manifesto intuito é a Proposta de Emenda à Constituição nº 99/2011⁵, apresentada pela mesma “Frente Parlamentar Evangélica”, que visa à inclusão das associações religiosas no rol de legitimados à proposição de ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, do art. 103, da Constituição de 1988.

Os exemplos da recente atuação da “bancada religiosa” são diversos e demonstram, inequivocamente, não apenas a influência da religião na política nacional, mas, o que é problemático, a reticente tentativa de utilização de dogmas religiosos como fundamento para a construção do direito, como se a Constituição e as demais instituições fossem mera continuação de uma cultura e dos costumes impostos à época da colonização.

Assim, o que ora se questiona é a plausibilidade das teorias que defendem que as convicções religiosas podem servir de fundamento para a construção do direito brasileiro, levando-se em consideração: primeiramente, que elas partem do pressuposto da já demonstrada falácia culturalista, conforme restará demonstrado; em segundo lugar, que elas postulam delimitar um padrão ético para a sociedade através dos seus dogmas; e, por fim, que vivemos em um Estado constitucionalmente declarado laico e, ademais, em uma democracia multicultural, cuja manutenção pacífica e harmoniosa pressupõe igual respeito e consideração para com cada um dos indivíduos, resguardando-lhes a dignidade e, sobretudo, a autonomia ética (DWORKIN, 2011).

Com efeito, quanto à primeira consideração, via de regra, a defesa da ingerência da crença religiosa na construção e interpretação do direito parte de um pressuposto eminentemente culturalista. Trata-se da clássica defesa “da moral e dos bons costumes”, ou seja, dos costumes “brasileiros” da maioria católica ou evangélica.

O Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Leonardo Quintão (PMDB/MG) é um exemplo clássico que demonstra como o legado culturalista permeia a interpretação constitucional. O Projeto de Lei 1219/2015 tem como intuito regulamentar a cláusula do não estabelecimento e a cláusula da liberdade religiosa impostas pelo artigo 19 da Constituição de 1988.

Os artigos 28 e 32 do aludido Projeto de Lei impedem a ingerência do Estado na crença religiosa, mas permitem a ingerência religiosa no Estado, ao admitirem a manifestação

⁵ PEC 99/2001: Acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inciso X, que dispõe sobre a capacidade postulatória (*sic*) das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal.

religiosa em solenidades oficiais e a ostentação de símbolos religiosos em locais como o Congresso Nacional e demais instituições estatais.

Art. 28. O Estado Brasileiro é laico, não havendo uma religião ou entidade religiosa oficial, e onde se garante às organizações religiosas uma não interferência estatal em sua criação e funcionamento, assim como qualquer interferência dessas nos assuntos de ordem pública.

Parágrafo único. A laicidade do Estado brasileiro não significa a ausência de religião ou o banimento de manifestações religiosas nos espaços públicos ou privados, antes compreende o respeito e valorização da fé religiosa da nação, tendente ao favorecimento da expressão religiosa, individual ou coletivamente.

Art. 32. Nos atos oficiais do Estado serão respeitados os princípios da não-confessionalidade e laicidade, sendo resguardadas as manifestações e expressões culturais e religiosas da nação brasileira.

Parágrafo único. Para os efeitos do presente artigo, são consideradas expressões culturais e religiosas da nação brasileira, merecendo proteção e respeito:

I - a presença de símbolos religiosos ou livros sagrados em prédios pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta;

II - a exposição de mensagem de cunho religioso em solenidades oficiais;
(...).

Neste sentido, é de se ressaltar que, ao contrário do que advogam certos setores antidemocráticos da nossa sociedade, Estado Laico não é o mesmo que Estado Ateu ou Estado sem Religião. Estado Laico, por assim ser, é aquele em que há irrestrita Liberdade de se professar, ou não, uma fé, crença ou religião, sem intromissões de quaisquer naturezas.

Trata-se de uma concessão à maioria, em detrimento às minorias religiosas, cuja proteção era exatamente o intuito do bojo do artigo 19 da Constituição de 1988. É uma concessão, assim, à maioria religiosa católica e evangélica, como se a Constituição de 1988 pretendesse permitir a vontade de uma maioria, “de tal modo a justificar ideologicamente desigualdades e privilégios estruturais, todavia não naturais” (SOUZA, 2009, p. 71).

Essa falácia culturalista arraigada à interpretação e regulamentação da cláusula do não estabelecimento permite a assunção da normalidade (ou legalidade e mesmo constitucionalidade) da interpretação segundo a qual a sociedade brasileira é, de sobremaneira, costumeiramente católica e, via de consequência, o direito (e mesmo a Constituição) devem refletir “essa moral e esses bons costumes”, já que, conforme defendia Pontes de Miranda, “(...) a lei deveria limitar-se à ‘codificação do costume’” (FERNANDES, 2006, p. 240).

Quanto a segunda e a terceira considerações, vale trazer à tona a teoria de Dworkin, que defende, inicialmente, que cada indivíduo deve ter autonomia para decidir quais valores são importantes para ele mesmo (DWORKIN, 2011). Em sua obra *Justice for Hedgehogs*,

Dworkin ressalta a relevância do direito à liberdade para cada indivíduo da sociedade e demonstra o seu valor através de suas diversas facetas ou de seus diversos enfoques (DWORKIN, 2011).

Um dos enfoques do direito à liberdade seria, segundo o autor norte-americano, o direito à liberdade religiosa que, conforme a Primeira Emenda à Constituição Americana⁶, consiste no direito ao não estabelecimento e no direito de livre crença, não limitado ao teísmo (DWORKIN, 2013). Ambos os direitos, contudo, estão fundados em um princípio comum: a independência ética, ou seja, o direito de cada indivíduo escolher os valores fundamentais para o seu projeto de vida, à revelia do interesse estatal, que não pode se imiscuir nesta seara (DWORKIN, 2011).

O direito à independência ética veda ao Estado o favorecimento de religiões, seja por meio de financiamentos ou mesmo através da adoção de símbolos ou cultos em espaços públicos do Estado. Lado outro, manifestações privadas de crenças e consciências são resguardadas em seus valores, enquanto decorrência direta da dignidade da pessoa, que também é o limite para as suas implicações. Este seria, segundo Dworkin, o meio de se resguardar a democracia, denotando igual respeito e consideração por cada um dos indivíduos (DWORKIN, 2011).

Dessa forma, para Ronald Dworkin, cada indivíduo deve ter autonomia para decidir quais valores são importantes para ele mesmo, sendo negado ao Estado, portanto, impor determinados valores por meio do Direito. De acordo com Dworkin, todos têm o direito à independência ética – enfoque do direito à liberdade segundo o qual o Estado não tem o condão de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos de poder eleger os seus projetos de vida e sequer os valores pelos quais pretendem nortear estes projetos (DWORKIN, 2011). Conforme Dworkin:

O direito à independência ética permite apenas uma resposta. Esse direito é violado e a liberdade é negada quando o governo restringe a liberdade, a fim de aplicar um julgamento ético coletivo – neste caso o juízo ético de uma mulher que aborta durante uma gravidez precoce não mostra o respeito pela vida humana que a sua dignidade demanda (DWORKIN, 2011, p. 377-378).

⁶ Primeira Emenda da Constituição Americana, em tradução livre: "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

Dworkin postula, portanto, que os princípios da dignidade – igual respeito e consideração pelos indivíduos – são trunfos conquistados face às políticas governamentais e, assim, devem ser respeitados, afastando-se a ideia de supremacia do interesse geral sobre o interesse de cada indivíduo (DWORKIN, 2011), ou seja, do interesse da maioria sobre a minoria.

Assim, seja por estarem, em regra, fundamentadas na falácia culturalista ora afastada, seja por violarem o direito à autonomia ética do indivíduo, as teses que sustentam a plausibilidade da ingerência da religião no direito não se sustentam dentro da democracia multicultural brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste trabalho, procurou-se reconstruir a interpretação constitucional brasileira relativamente à cláusula do não estabelecimento imposta pelo artigo 19 da Constituição de 1988.

Antes, entretanto, foi necessário reconstruir os fundamentos das interpretações constitucionais que destoam da interpretação ora proposta. Para tanto, demonstrou-se a existência de um pressuposto fundamentado em um legado culturalista e procurou-se demonstrar que legado está lastreado em uma falácia, que, pretende-se, foi refutada.

Superada essa questão, sustentou-se o cabimento de uma interpretação da cláusula do não estabelecimento fundamentada na ideia da proteção constitucional à autonomia ética dos indivíduos, conforme proposto por Ronald Dworkin.

Em suma, procurou-se desconstruir – para reconstruir – uma interpretação corrente da cláusula do não estabelecimento imposta pela Constituição brasileira, promovendo, antes, a desconstrução dos seus fundamentos lastreados na tradição culturalista.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1219/2015**. Autor: Deputado Leonardo Quintão. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214968>. Acesso em 01/07/2015.

CAMPANTE, Ruben Goyatá. *O Patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira*. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, 2003, pp. 153-193.

CARTA CAPITAL. *Entrevista concedida pelo Deputado Roberto de Lucena (PV-SP) à revista Carta Capital*. Retirado do domínio: <http://www.cartacapital.com.br/politica/bancada-evangelica-nao-discute-so-sexualidade-nem-e-intolerante-diz-deputado>. Acesso em 18 de junho de 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro*. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, n. 51, p. 45-72, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Religion Without God**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ESTADÃO. *Evangélicos projetam crescimento de 30% na eleição do ano que vem*. Retirado do domínio: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes, evangelicos-projetam-aumento-de-30-da-bancada-na-eleicao-do-ano-que-vem-imp-1112414>. Acesso em 17 de junho de 2015.

FERNANDES, Pádua. *A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito*. **Prisma Jurídico**: São Paulo, v. 5, p. 237-255, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Trad. Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1999.

MIURA, Douglas. *CRUCIFIXO LIBERADO. Uso de crucifixo não fere caráter laico do Estado, decide CNJ*. **Consultor Jurídico**, 29 de maio de 2007. http://www.conjur.com.br/2007-mai-29/uso_simbolo_nao_fere_carater_laico_estado_cnj. Acesso em 30 de junho de 2015.

RICUPERO, Bernardo. *Da formação à forma. Ainda as “ideias fora do lugar”*. **Lua Nova**. São Paulo, 73: 59-69, 2008.

SOUZA, Jessé (Org.). **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

APLICAÇÃO DA PENA DE SONEGADOS NAS PARTILHAS DECORRENTES DA DISSOLUÇÃO DE ENTIDADES FAMILIARES

The enforcement of the evaded penalty in shares derived from the dissolution of family entities

Raphael Furtado Carminate¹

Resumo: Este trabalho aborda a necessidade de se expandir o alcance da pena de sonegados para os casos em que há sonegação de bens nas partilhas decorrentes da dissolução das entidades familiares. Para objetivar o estudo, ater-se-á ao casamento e à união estável, que são entidades familiares em que normalmente há comunicação de bens entre seus membros, tendo em vista ser o regime da comunhão parcial o legal. Assim, será feita a conceituação da pena de sonegados, prevista no direito das sucessões para os herdeiros que sonegam bens no inventário, demonstrando-se sua inaplicabilidade com relação ao cônjuge ou companheiro meeiro que pratica tal conduta. Posteriormente, serão apresentadas algumas das condutas utilizadas pelos cônjuges ou companheiros com a finalidade de prejudicar a meação do outro e as soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico vigente para se preservar os direitos da vítima da fraude. Por fim, será apresentada a aplicação da pena de sonegados como instituto apto a preservar os interesses dos cônjuges ou companheiros prejudicados pela sonegação do outro, sugerindo-se alteração legislativa para tal finalidade.

Palavras-chave: Sonegados. Partilha. Casamento. União estável. Código Civil.

Abstract: This paper addresses the need to expand the scope of evaded penalty for cases where there is concealment of assets in shares resulting from the dissolution of family entities. To objectify the study, abide by will to marriage and stable, that are familiar entities in which there is usually communication of goods between its members in order to be the basis of the partial communion legal. So will be the concept of evaded penalty, provided the right of succession to the heirs to evade items in the inventory, showing up its irrelevance in relation to the spouse or companion sharecropper who practices such conduct. Later, they will present some of the approaches used by the spouses or partners in order to harm the other moiety and the solutions offered by existing law to preserve the rights of the victim of fraud. Finally, the application of the penalty as unpaid institute able to preserve the interests of the spouses or partners harmed by withholding the other will be displayed, suggesting legislative changes for this purpose.

Keywords: Evaded. Share. Wedding. Union. Civil Code.

¹ Advogado, graduado em Direito pela UFOP, especialista em Direito Tributário pela PUC Minas, doutorando e mestre em Direito Privado pela PUC Minas, professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos – unidades Itabirito e Mariana..

1. INTRODUÇÃO

Em tese, as famílias são ambientes destinados ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, presumindo-se haver um sentimento de afeto e amor recíproco entre estes, sendo um importante instrumento para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com esta perspectiva de preservação da dignidade humana, a autonomia privada confere aos indivíduos a possibilidade de constituírem, ou não, uma entidade familiar, conforme seus interesses e anseios particulares.

Caso o indivíduo opte por constituir uma família, há uma variedade de formulações possíveis, podendo os envolvidos autonomamente eleger a configuração que lhes pareça mais propícia para o atendimento de seus anseios, entendendo-se serem inúmeros e, porque não, infinitos os modelos familiares. Em princípio, quaisquer normas que tendam a elencar taxativamente modelos familiares, que consequentemente excluirão desta qualificação outros arranjos com as mesmas características, são inconstitucionais por violarem tanto a dignidade da pessoa humana quanto a autonomia privada, sendo que tal tema não será devidamente aprofundado no presente trabalho, por não ser seu objeto.

Dentre as inúmeras possibilidades de formação de família, possui relevância para o presente trabalho o casamento e a união estável, por se tratarem de entidades familiares que têm como consequência, na maioria das vezes, a comunicação de bens entre cônjuges e companheiros, por terem como regime legal a comunhão parcial (arts. 1.640 e 1.725 do Código Civil).

Tanto o casamento quanto a união estável têm como causa a existência de laços afetivos (pelo menos aparentemente) entre seus membros, que sabidamente nem sempre são mantidos ao longo do período de convivência, podendo um sentimento inicial de afeto e amor se transformar, inclusive, em ódio.

Logo, tanto o casamento quanto a união estável são entidades familiares que podem ser livremente dissolvidas por seus membros, através do exercício da autonomia privada.

Como, dependendo do regime adotado pelo casal, tanto a união estável quanto o casamento geram a comunhão de bens entre seus membros, a realização de partilha é

consequência lógica da dissolução do casamento ou da união estável, embora não seja pressuposto destes.

Muitas das vezes a partilha de bens comuns se dá de forma amigável e justa, atribuindo-se a cada um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros exatamente o que lhes é devido, conforme disciplina legal do regime de bens por eles adotado.

Todavia, nem sempre as pessoas agem conforme a boa-fé que é delas esperada, não sendo raras as situações em que um cônjuge ou companheiro, mediante fraude, com a finalidade de prejudicar o outro, percebendo a falência do casamento ou da união estável, reduz o acervo comum a ser partilhado.

Nestas situações, bens que deveriam ser partilhados entre os cônjuges não são descritos no processo de partilha, por estarem registrados em nome de terceiros, no caso de imóveis, por exemplo, causando o enriquecimento sem causa daquele que pratica a fraude e, consequentemente, o empobrecimento da vítima.

Quando tal sonegação é praticada por herdeiros, nos inventários e partilhas, a eles é aplicada a pena de sonegados, expressamente prevista no art. 1.992 do Código Civil.

Entretanto, quando a mesma conduta é executada por um ex-cônjuge ou ex-companheiro, não há previsão legal de aplicação de qualquer penalidade específica para o indivíduo que comete a fraude, quando descoberta.

Esta omissão legislativa certamente estimula a prática de condutas que visem a, de forma fraudulenta, prejudicar o quinhão do outro cônjuge ou companheiro na partilha, pois o máximo que lhe pode ser imputado, no caso de descoberta da fraude no curso do processo, é a pena prevista para os litigantes de má-fé (art. 18, do CPC), que não pode ser superior a 1% (um por cento) do valor da causa.

Logo, faz-se necessária alteração legislativa de forma a se ampliar a pena de sonegados às partilhas realizadas entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, como forma de se punir efetivamente aqueles que praticam fraudes, mas também com o intuito de prevenção destas condutas.

2. DA PENA DE SONEGADOS

A pena de sonegados é a sanção aplicável ao inventariante ou herdeiro que dolosamente ocultar bens “da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em

seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los”, conforme previsto no art. 1.992 do Código Civil.

Tal conduta configura sonegação, uma vez que

Sonegado é tudo aquilo que deveria entrar em partilha, porém foi sciente e concientemente omitido na descrição de bens pelo inventariante, não restituído pelo mesmo ou por sucessor universal, ou doado a herdeiro e não trazido á colação pelo beneficiado com a liberalidade. A falta propositada constitui ato de má fé; por isto, a lei a fulmina com especial penalidade. (MAXIMILIANO, 1937, p. 696)

Como assevera Caio Mário da Silva Pereira, “incorre em sonegação, ainda, quem omitir créditos, simular doações, encobrir dívida de herdeiro, reduzindo direta ou indiretamente o monte”. (PEREIRA, 2010, p. 363)

Tal sanção, que deve ser aplicada em ação específica, uma vez que no processo de inventário não são admitidas questões de alta indagação, consiste na perda do direito que o sonegador tem sobre o bem ocultado.

Caso o sonegador seja o inventariante, será ele removido, e caso este venha a ser o testamenteiro, também será ele removido e perderá o direito ao prêmio eventualmente instituído pelo testador.

De forma sucinta e precisa, Itabaiana de Oliveira afirma:

§ 848 – A pena de sonegados, que é civil, consiste:
a) na perda do direito que, sobre os bens sonegados, cabia ao herdeiro sonegador;
b) na remoção do cargo de inventariante, quando este fôr o proprio sonegador;
c) no pagamento da importancia dos valores, que foram occultados, mais as perdas e danos, se não se restituírem os bens sonegados, por já os não ter o sonegador em seu poder. (OLIVEIRA, 1936, p. 67)

Tais sanções visam “*assurer à chacun des héritiers appelés l’intégrité de ses droits sur la masse successorale. Il y parvient par des mesures de prévention individuelle et collective qui ont un caractère incontestable de pénalité*”. (PLANIOL; RIPERT *apud* NADER, 2010, p. 442)

Observa-se, portanto, que tem a pena de sonegados natureza de sanção civil, cuja finalidade é, ao mesmo tempo, assegurar aos herdeiros a integridade de seus direitos sobre os bens inventariados, e prevenir a prática da sonegação, através da imposição da pena.

Como o dolo não se presume, em regra entende-se ser a ocultação fruto de desconhecimento. Todavia, caso o inventariante ou herdeiro, mesmo após ser intimado a apresentar os bens que não arrolara nas primeiras declarações venha a quedar-se inerte, fica

caracterizado o dolo do sonegador e, assim, torna-se possível a aplicação da penalidade em comento.

A referida intimação para reintegração do bem ocultado ao monte a ser partilhado pode ser feita nos próprios autos do processo de inventário. Na eventualidade de o suposto sonegador atender à intimação, não haverá sonegação. Caso contrário, conforme afirmado supra, resta comprovado o dolo, devendo os herdeiros e credores da herança ajuizar a ação de sonegados, na forma do art. 1.994 do Código Civil.

Nas hipóteses em que o sonegador é o cônjuge ou companheiro que exerce a inventariança, com direito à meação dos bens inventariados, há controvérsia doutrinária no que tange à perda desse direito. Quando o cônjuge sonegador concorre na qualidade de meeiro e herdeiro, é indiscutível a possibilidade de aplicação da pena no que tange ao direito hereditário, restringindo-se a controvérsia à meação.

Washington de Barros Monteiro assevera ser possível a aplicação da pena de sonegados ao cônjuge ou companheiro que exerce a inventariança. De acordo com este autor,

a pena de sonegados, no seu duplo aspecto (remoção da inventariança e perda do direito sobre os bens sonegados), tem toda aplicação ao inventariante que não seja herdeiro. A simples destituição do cargo não constituiria penalidade à altura da gravidade da infração. Nem podia ser de outra forma, porque, em muitos inventários, é o cônjuge sobrevivente que exerce tais funções: sujeitá-lo a simples remoção, poupando-se-lhe a inibição do direito sobre os bens, eliminaria ou estancaria, certamente, poderoso estímulo, a jungi-lo ao caminho da probidade e do dever. A mesma conclusão se aplica ao companheiro que participe da herança ou exerça o cargo de inventariante. (MONTEIRO, 2003, p. 297)

O mesmo entendimento é corroborado por Carlos Maximiliano

Também o cônjuge meeiro perde a parte que lhe deveria caber no bem por ele sonegado, e, se não mais o tem seu poder, paga o preço respectivo, lucros cessantes e danos emergentes. O caso mais comum de sonegação é precisamente o da atribuída ao consorte sobrevivente; portanto a exegese contrária tornaria o preceito praticamente ineficaz. (MAXIMILIANO, 1937, p. 713)

Já Euclides de Oliveira manifesta posicionamento diametralmente oposto, no sentido de que a “perda de bens não cabe ao cônjuge viúvo, no que se refere ao seu direito de meação. O mesmo se diga do companheiro sobrevivente”. (OLIVEIRA, 2007, p. 396)

Note-se que o dever de declarar os bens sujeitos a inventário compete também ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente, mesmo porque um e outro podem acumular os direitos de meação e de herança, esta em concorrência com outros herdeiros (arts. 1.829, I e II, e 1.790 do CC) ou na falta de outros herdeiros sucessíveis. Mas, se houver apenas direito de meação ao viúvo, a sonegação de bens em seu poder apresenta conotação jurídica diversa, ensejando medidas próprias de caráter possessório ou reivindicatório por parte dos demais interessados, sem a

incidência da pena de sonegados, prevista no art. 1.992 do Código Civil, uma vez que essa pena de caráter patrimonial limita-se à perda de direito hereditário, só cabível, como é curial, para quem detenha legitimação sucessória no processo. (OLIVEIRA, 2007, p. 394)

Isto porque “a meação do cônjuge é direito próprio, vinculado ao regime de bens do casamento, portanto não integra a herança, não perdendo o cônjuge meeiro ou companheiro (a) os direitos sobre a mesma, cabendo apenas a remoção do cargo de inventariante”. (CARVALHO, 2007, p. 258)

Ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também manifestou entendimento semelhante na apelação cível autos n. 1.0000.00.133616-3/000, de relatoria do Desembargador José Fernandes Filho, cuja ementa segue abaixo transcrita:

SUCESSÃO. BENS SONEGADOS PELO CÔNJUGE MEEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DAS PENAS DOS ARTS. 1780 E 1781 DO CÓDIGO CIVIL. SOBREPARTILHA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. O fato de não se poder impor, ao cônjuge meeiro, as penas dos arts. 1780 e 1781 do Código Civil não obsta à procedência do pedido, formulado pelos herdeiros, para realizar sobrepartilha de bens por ele não descritos no inventário, em que funcionou como inventariante. Procedência, em parte do pedido, para determinar a sobrepartilha dos bens existentes à época da abertura da sucessão, e não descritos pelo inventariante. (MINAS GERAIS, 1999)

Embora retire grande parte da eficácia da norma que impõe a pena de sonegados, uma vez que na grande maioria das vezes o inventariante que sonega bens é o cônjuge ou companheiro supérstite, de fato, não há previsão legal de incidência da referida sanção sobre os bens que constituem a meação, que não se confunde com herança, uma vez que sua causa é o regime de bens do casamento ou união estável, e não a morte.

O art. 1.992 do Código Civil não impõe a pena de sonegados sobre o meeiro, sendo certo que, por força do disposto no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição da República, não é possível a aplicação de pena sem prévia cominação legal.

Portanto, caso haja sonegação de bens no inventário pelo cônjuge ou companheiro meeiro, somente restam aos prejudicados o ajuizamento de ação de sobrepartilha, sem que qualquer penalidade venha a ser aplicável àquele que de má-fé ocultou bens que deveriam ter sido inventariados.

3. DAS FRAUDES NAS PARTILHAS ENTRE EX-CÔNJUGES OU EX-COMPANHEIROS

Embora na maioria das vezes a família seja um ambiente destinado à promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros, tal fato não constitui regra. Como asseveram Fiuza e Martins, “seguramente, há amor e afeto no âmbito familiar, mas não só; há também ódio, rivalidades e violência (física e moral). A família, na melhor das hipóteses, é um agrupamento de neuróticos, que se fazem bem uns aos outros, mas que também se fazem muito mal”. (FIUZA; MARTINS, p. 10/11)

Enquanto há amor e respeito entre os membros das relações conjugais ou de companheirismo, o casal sequer pensa nos efeitos patrimoniais da união. Por outro lado, na medida em que o relacionamento vai se desgastando, e o casamento ou a união estável caminham para um inevitável fim, já se passa a prestar mais atenção às consequências patrimoniais decorrentes da formação destas famílias.

Para muitos, a consideração e respeito mútuos permanecem mesmo após o término do casamento, razão pela qual a partilha dos bens é efetuada sem que haja má-fé de qualquer das partes, ainda que a partilha venha a ser litigiosa.

Por outro lado, há aqueles que, muitas vezes em virtude da frustração decorrente de uma inevitável separação, por uma não aceitação do fim da relação, ou por simples ausência de caráter, ao perceberem que o fim da relação é inevitável, passam a realizar diversas manobras a fim de fraudar o regime de bens, prejudicando eventuais direitos de seu consorte na futura partilha.

Como assevera Rolf Madaleno

O uso desvirtuado de contratos civis e comerciais e especialmente a dinâmica variação da fraude societária têm servido com sucesso para burlar a lei e para inutilizar os frágeis mecanismos de proteção da meação conjugal. Geralmente pela via da simulação ou da fraude, um cônjuge ou convivente procura prejudicar o outro e encontra nas figuras societárias, com seus variados câmbios, sofisticados recursos orquestrados para prejudicar seu meeiro. As sociedades têm se convertido no veículo mais idôneo e mais apropriado, agindo como um terceiro alheio aos cônjuges e de fácil trânsito pela seara de seus interesses econômico-financeiros. (MADALENO, 2009, p. 604)

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui instrumentos para punir o cônjuge ou companheiro que age de forma fraudulenta, omitindo bens que deveria levar à partilha, prejudicando os direitos daquele com quem outrora comungava a vida.

Conforme será demonstrado a seguir, as alternativas que o prejudicado pela sonegação de bens na partilha decorrente de divórcio ou dissolução de união estável se limitam à busca pelo que lhe é devido, sem que haja qualquer tipo de punição proporcional à falta cometida.

3.1. “Soluções” existentes

Abaixo serão exemplificadas algumas das condutas utilizadas por aqueles que sonegam bens nas partilhas oriundas de divórcio ou dissolução de união estável, bem como as alternativas que os prejudicados possuem para receberem o que lhes é devido, salientando-se serem infinitas as possibilidades de fraude, embora a consequência seja a mesma: ausência de efetiva punição.

3.1.1. Desconsideração da personalidade jurídica inversa

É incontroverso que as pessoas jurídicas têm personalidade distinta da de seus sócios, tendo ela “direitos, deveres e interesses totalmente distintos dos direitos, deveres e interesses das pessoas que dele participam individualmente” (AMARAL, 2008, p. 323), ou seja, há completa autonomia patrimonial da pessoa jurídica com relação ao patrimônio de seus sócios.

Por outro lado, viu-se que uma das formas mais utilizadas para se fraudar o regime de bens é através da utilização indevida da independência patrimonial e individual da pessoa jurídica.

Não raro, sentindo o cônjuge ou companheiro a falência do casamento ou da união estável, aproveita-se para registrar bens móveis e imóveis, utilizados pelo par, em nome de empresa da qual participa. Furtivo o sócio, à sombra do véu da pessoa jurídica, infortuna o patrimônio conjugal, ou resiste às obrigações alimentares. Por vezes, ocorre até a retirada fictícia do cônjuge da sociedade, o qual vende sua parte na empresa a um terceiro, em conluio com ele, a fim de afastar da partilha as quotas sociais ou o patrimônio do casal já revertido ao ente societário. (DIAS, 2009, p. 305)

Nas hipóteses em que a pessoa natural utiliza a pessoa jurídica para cometer fraudes para prejudicar terceiros, especialmente os credores, o ordenamento jurídico permite que se desconsidere a personalidade jurídica em determinado caso concreto, a fim de se

responsabilizar o patrimônio pessoal dos sócios praticantes dos atos fraudulentos. Trata-se da desconsideração da personalidade jurídica, ou “*disregard of legal entity*”, desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, e expressamente admitida pelo art. 50 do Código Civil. Assevera Francisco Amaral que “aplicada a teoria da desconsideração, desaparece a autonomia patrimonial da pessoa jurídica relativamente a seus membros”. (AMARAL, 2008, p. 343)

No direito de família, as fraudes ocorrem de forma inversa das relações civis ou comerciais. Como demonstrado supra, “no lugar de esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica em benefício dos sócios e prejuízo dos credores dela, especificamente nas questões envolvendo o direito das famílias, o esvaziamento patrimonial é da sociedade conjugal em benefício da pessoa jurídica e prejuízo dos cônjuges”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 219)

Portanto, para se preservar o patrimônio do cônjuge ou companheiro vítima de fraude perpetrada pelo consorte que, abusando da personalidade jurídica, prejudica sua meação, faz-se a desconsideração reversa da personalidade, atingindo-se o patrimônio da sociedade em benefício do cônjuge ou companheiro prejudicado.

O enunciado 283 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJP, expressamente admite a desconsideração inversa da personalidade jurídica, estabelecendo o seguinte: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘reversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007)

O Superior Tribunal de Justiça expressamente reconheceu esta possibilidade no julgamento do REsp n. 948.117/MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa segue abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.

I - A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.

II - Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal *a quo* pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

III - A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente

coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

IV - Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

V - A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.

VI - À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.

VII - Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2010)

Portanto, caso o cônjuge ou companheiro venha a ser prejudicado na partilha através de sonegação de bens mediante o abuso da personalidade jurídica praticado pelo outro consorte, pode ele invocar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica reversa, a fim de receber, ao final, a fatia do patrimônio comum que lhe é devida, sem que haja qualquer punição ao sonegador fraudulento.

3.1.2. Litigância de má-fé

O cônjuge ou companheiro que sonega bens que deveriam ser levados à partilha em ações judiciais é litigante de má-fé por alterar “a verdade dos fatos”, na medida em que omite bens comuns, e se utiliza do processo “para conseguir objetivo ilegal”, consistente no enriquecimento sem causa, às custas do outro consorte, conforme previsto nos incisos II e III, respectivamente, do art. 17, do Código de Processo Civil.

Àqueles que litigam de má-fé, deve o magistrado aplicar a penalidade prevista no art. 18 da norma processual supra citada, consistente em “multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

A indenização pelos prejuízos sofridos pela litigância de má-fé é medida óbvia, uma vez que o ilícito processual, como qualquer outro ato ilícito, que cause dano a outrem, gera o dever de indenizar, por força do disposto no art. 927 do Código Civil, sendo certo que a

reparação civil não tem caráter punitivo mas somente reparatório, conforme previsto no art. 944 do mesmo código.

Penalidade propriamente dita é a multa a ser fixada pelo juiz, que não pode ser superior a um por cento sobre o valor da causa. Tal penalidade, diante do eventual benefício obtido com o sucesso da sonegação de bens, constitui estímulo para a prática desta conduta, pois o “custo x benefício” é muito bom para aquele que age ilicitamente.

Salienta-se que esta penalidade pode ser aplicada nos demais casos abordados no presente capítulo, bem como em todos os outros em que há sonegação, razão pela qual a mesma não será mencionada nos demais tópicos, a fim de se evitar repetições inúteis.

3.1.3. Declaração de nulidade dos negócios jurídicos simulados

Prática bastante utilizada por aqueles que visam prejudicar a meação do cônjuge ou companheiro é a utilização de interposta pessoa especialmente através do registro de imóveis ou quotas ou ações societárias em seu nome. Assim, o indivíduo casado, ou que vive em união estável, que compra um imóvel, por exemplo, ao invés de registrá-lo em seu nome, o faz em nome de terceiro de sua confiança, a fim de que o mesmo não venha a figurar em futura partilha.

Além disso, é comum a simulação de negócios jurídicos translatícios da propriedade, através dos quais se aliena falsamente a terceiros de confiança de uma das partes bens pertencentes ao casal, apenas com o intuito de se diminuir o montante partilhável.

Por força do disposto no art. 167 do Código Civil, ambas as condutas são nulas, pois configuram simulação, devendo o juiz de ofício, ou mediante requerimento da parte prejudicada, de qualquer interessado, ou do Ministério Público, declarar a nulidade dos referidos negócios jurídicos, incluindo-se os bens no monte partilhável.

Nestes casos, mais uma vez, inexistente pena a ser aplicada ao cônjuge ou companheiro que celebra o negócio jurídico simulado, que se limitará a entregar a seu consorte o que lhe era devido desde sempre.

4. DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ALCANCE DA PENA DE SONEGADOS

João Baptista Villela, com a sabedoria que lhe é peculiar, assevera que “o ser humano eticamente sadio e adulto não encontra maiores motivos para exigir os seus direitos subjetivos do que para cumprir com os seus deveres jurídicos”. (VILLELA, 1982; p. 24)

Assim, o homem deveria cumprir com seus deveres jurídicos em virtude de sua consciência pautada pela ética, e não por medo de sofrer as consequências estabelecidas pelo aparelho coercitivo estatal. Deste modo, afirma o autor que “o homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele”. (VILLELA, 1982; p. 32)

Todavia, infelizmente, os brasileiros não são, de forma genérica, pessoas éticas. No Brasil impera a “Lei de Gérson”, do “jeitinho”, da “mandragem”. Vive-se num país em que honestidade, ao invés de ser obrigação, constitui virtude ou, para muitos, sinal de fraqueza e “inocência”.

Esta cultura antiética se faz presente até mesmo nas relações familiares, sendo frequentes, como demonstrado supra, as fraudes perpetradas por cônjuges ou companheiros com a finalidade de prejudicar a meação do outro.

A fim de sonegar bens que deveriam ser partilhados com o término do casamento ou da união estável, pratica-se uma infinidade de fraudes, sem que haja, após sua descoberta, a imposição de qualquer sanção para aquele que a praticou, o que acaba por estimular tais práticas.

Para inibir, ou diminuir, a prática destas condutas, não resta outra alternativa que não o estabelecimento de severa penalidade para o cônjuge ou companheiro sonegador, uma vez que o receio de coerção desestimula a prática de atos ilícitos.

O direito vigente se limita a oferecer ao prejudicado meios para tentar perseguir seus direitos, sendo que as alternativas supra apontadas, especialmente a desconsideração da personalidade jurídica inversa e a declaração de nulidade dos negócios jurídicos simulados, apesar de potencialmente eficazes, são procedimentos extremamente custosos e demorados, sujeitos a inúmeros recursos, que ao final apenas obrigarão o simulador a cumprir um dever que deveria ter sido cumprido desde o início do processo, qual seja, arrolar os bens sonegados.

Nestas situações, a meação do cônjuge sobre o bem sonegado permanece íntegra, razão pela qual, a não ser por uma questão ética inerente aos indivíduos honestos, que pautam suas ações pela boa-fé, inexistente qualquer obstáculo para a fraude na partilha dos bens do casal.

Uma solução viável seria aplicar a pena de sonegados ao cônjuge ou companheiro que sonega bens nas partilhas decorrentes de divórcio ou dissolução de união estável, através de interpretação extensiva da norma contida nos artigos 1992 a 1996 do Código Civil.

Todavia, como fundamentado supra, a aplicação da pena de sonegados sobre a meação do cônjuge ou companheiro sonegador nos processos de inventário, é inconstitucional, ante a ausência de dispositivo legal neste sentido.

Por força do disposto no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição, não é igualmente possível a aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes de divórcio ou dissolução de união estável. Isto porque sua natureza é de pena civil e não há “pena sem prévia cominação legal”.

A fim de se coibir a prática maliciosa de cônjuges e companheiros que sonegam bens nas partilhas decorrentes do fim do casamento ou da união estável, deve ser feita alteração legislativa para ampliar o alcance da pena de sonegados prevista no art. 1.992 do Código Civil, fazendo com que a mesma também venha a incidir sobre a meação do sonegador.

Tal penalidade também passaria a incidir sobre a meação do cônjuge ou companheiro que sonega bens no processo de inventário

Para tanto, sugere-se a inclusão de um parágrafo no art. 1.992 do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe caiba.

Parágrafo único. Igual penalidade será aplicável ao cônjuge ou companheiro que sonegar bens comuns, não os descrevendo no inventário ou nas escrituras públicas ou processos destinados à partilha dos bens comuns quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los.

Com esta alteração legislativa, o ordenamento jurídico civil certamente ficará mais coerente, uma vez que será aplicada a mesma pena a condutas igualmente reprováveis. Além disso, com a efetiva punição, haverá um desestímulo para a fraude ao regime de bens, o que não acontece atualmente.

5. CONCLUSÃO

Embora o ambiente familiar seja naturalmente um local de afeto, destinado ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, de fato observa-se que este ambiente está permeado por uma multiplicidade de sentimentos, nem todos eles tão nobres.

Na medida em que as relações entre companheiros e cônjuges se desgasta, a ponto de ser inevitável a dissolução do vínculo entre eles estabelecido, um deles, de forma maliciosa, começa a agir de forma a fraudar o regime de bens do casamento para prejudicar futura partilha.

Assim, no momento de se arrolar os bens do casal a serem partilhados, são omitidos diversos bens comuns por aquele que age de má-fé, configurando sonegação.

Quando a sonegação é praticada por herdeiros nos inventários, estes perdem o direito que lhes cabia sobre o bem sonegado, sendo esta a pena de sonegação prevista no art. 1.992 do Código Civil.

Tal penalidade, por força do disposto no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição, não é aplicável ao cônjuge ou companheiro meeiro que sonega bens no inventário, eis que inexistente previsão legal neste sentido.

Pela mesma razão, não é possível a aplicação da pena de sonegados em face do cônjuge ou companheiro que sonega bens nas partilhas realizadas em virtude do fim do casamento ou da união estável, tendo o prejudicado apenas a possibilidade de pedir sua condenação por litigância de má-fé, caso a partilha seja judicial, e provocar incidente de descon sideração da personalidade jurídica ou pedir a nulidade de negócios jurídicos simulados destinados à fraude da meação.

Após estas prolongadas discussões judiciais, ao cônjuge ou companheiro inocente apenas será entregue o que lhe é devido, sem que se puna efetivamente o sonegador pelas fraudes por ele perpetradas.

Esta omissão legislativa acaba configurando estímulo para a fraude, eis que analisando-se o “custo x benefício” entre promover a fraude ao regime de bens e sofrer as consequências de eventual descobrimento da mesma, este é favorável àquele que age de má-fé.

Portanto, como forma de se punir e, por conseguinte, desestimular a sonegação de bens entre cônjuges e companheiros, sugere-se a ampliação do alcance da pena de sonegados, através da inclusão de um parágrafo único no art. 1.992 do Código Civil.

Assim, entende-se que a conduta fraudulenta será proporcionalmente punida pela perda do direito que caberia ao cônjuge ou companheiro sobre o bem sonegado, configurando um estímulo à observância do regime de bens adotado, e aos direitos do consorte que viria a ser prejudicado pela fraude.

Embora se concorde que o direito baseado na coerção reflete a perda de confiança no homem, pois acaba sendo estruturado na ideia de serem os cidadãos infratores potenciais, esta é a realidade brasileira, devendo o direito agir de forma a se evitar as fraudes que geram o enriquecimento de uns em detrimento de outros, punindo civilmente os responsáveis pelas práticas sonegatórias.

Miguel Reale, com a sabedoria que lhe é peculiar, afirmou o seguinte “crê-se na lei, porque já se não crê no homem”. (REALE, apud VILLELA, 1982; p. 27) Realmente, diante da crise ética vivenciada no país, felizmente resta a crença no Direito, vez que os homens não se mostram dignos de confiança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 948.117/MS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700452625&dt_publicacao=03/08/2010>. Acesso em 17 de julho de 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. CARVALHO; Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões. Inventário e Partilha: teoria, jurisprudência e esquemas práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FIUZA, César Augusto de Castro Fiúza; MARTINS, Thiago Penido. **A eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações familiares: uma análise crítica da decisão proferida no julgamento do recurso especial n.º 1.159.242-SP**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e9d935f7e3f2b50>>. Acesso em 23 de julho de 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões. 2º Vol.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo - **Apelação Cível 1.0000.00.133616-3/000** . Relator: Desembargador José Fernandes Filho. Belo Horizonte, 09 de junho de 1999. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=53F68B8C36C189B7A479C2CBE1181692.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.133616-3%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em 17 de julho de 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. 35 ed.** São Paulo: Saraiva, 2003. NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões. Volume III. 3 ed.** Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Colação e sonogados. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 381-398.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VILLELA, João Baptista. **Direito, coerção e responsabilidade: por uma ordem social não-violenta**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Volume IV. Série monografias. Número 3. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982.

NEUROCIÊNCIA E DIREITO: Desafios de uma tensa relação.

Neurociencia y Derecho: Desafíos de una relación.

José Carlos Henriques¹

Resumo: Trata-se de pensar as relações entre o direito e as neurociências, sobretudo no contexto do debate acerca da liberdade. Desde muito tempo, o direito tem sido desafiado pelos avanços no campo das neurociências e, historicamente, reagiu de diversas maneiras, seja rejeitando qualquer interação entre o jurídico e as novas descobertas científicas, seja assumindo uma postura de valorização destes avanços para uma melhor compreensão do próprio direito. De maneira geral, trata-se aqui de traçar um quadro sintético acerca das diversas provocações lançadas ao direito por parte das chamadas neurociências.

Palavras-chaves: Neurociência; Direito; Liberdade.

Resumen: Se intenta pensar la relación entre el derecho y la neurociencia, en particular en el contexto del debate sobre la libertad. Durante mucho tiempo, el derecho ha sido cuestionado por los avances en el campo de las neurociencias y, desde la historia, ha reaccionado de varias maneras, ya sea rechazando cualquier interacción entre lo jurídico y los nuevos descubrimientos científicos, ya sea asumiendo una apreciación positiva de estos avances, hacia una mejor comprensión del derecho mismo. En general, se trata de hacer un dibujo sintético de las provocaciones lanzadas al derecho por las neurociencias.

Keywords: Neuroscience; Law, Liberty.

1. Contextualizando...

Sendo o direito uma ciência social, tem participado da sorte histórica comum às ciências do espírito em geral e, como tal, a ciência do direito tem se mostrado avessa a aproximações com as demais ciências de outra ordem, incluindo as ditas ciências naturais.

Contudo, nos últimos decênios, há consideráveis avanços no encontro entre a neurociência e o direito, mas estamos ainda muito afastados de uma relação interdisciplinar que, superando a indiferença e a resistência, ou a mera justaposição de conteúdos, possa apontar rumos novos para a ciência do direito. O que se vê, ainda, é resistência, indiferença e/ou aversão, em grande medida.

¹ Doutorando em Direito pela UFMG, Mestre em Direito, Mestre em Filosofia, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Unipac-Itabirito/Faculdade Alis.

Mas, reconhecidos os limites, algumas tentativas têm sido feitas, no sentido da aproximação entre os avanços da neurociência e o direito. Em texto de 2008, Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez nos apresentam um quadro geral, existente à época, do encontro entre “neuroética, direito e neurociência”, título de obra publicada, naquele ano, por estes autores.

O que aqui se apresenta é, em grande medida, uma síntese de algumas ideias contidas na obra acima mencionada, lembrando que, por se tratar de um texto de 2008, e como os avanços da neurociência já em muito se complexificaram desde então, as reflexões ganham por descrever um quadro das nascentes relações entre direito e neurociência, mas perdem em atualidade, não contemplando exemplos mais recentes de uma possível interação.

2. Panorama e resultados do encontro entre neurociência e direito: entre a indiferença e a interdisciplinaridade.

A organização social das cidades humanas tem a ver com a agressão, a violência e a criminalidade que nelas são geradas. Estes fenômenos, segundo parece, são endêmicos à organização social. Também, a ordenação das cidades tem a ver com os cérebros dos homens que as constituem. Ou seja, a compreensão da ordenação social não pode desprezar o conhecimento sobre a natureza dos associados, daí que o encontro neurociência e direito não somente é possível, mas desejável e necessário.

Quanto ao conhecimento da natureza humana, de se reconhecerem avanços, neste campo, nas últimas décadas, sobretudo como o desenvolvimento da neurociência, eis porque importam para o direito seus resultados. Evidentemente, contudo, do cérebro pouco conhecemos, ainda.

Por exemplo, o funcionamento cerebral abrange um arco amplo e variado: abarca o que se toma por “normal” (sem conseguir delimitar), até as mais diversas patologias.

Neste sentido, os atuais avanços, no âmbito da neurociência, podem ajudar na tarefa de buscar redefinir o que se deve entender por “normal”, a partir de parâmetros mensuráveis e objetivos do funcionamento do cérebro.

Certo que, com os avanços das tecnologias, que impulsionam um aperfeiçoamento do conhecimento sobre o cérebro, suas estruturas e funcionamento, surgem, já de início, interrogações.

Exemplificativamente: Como operar, jurídica e socialmente, diante do amálgama de seres humanos, normais e anormais, que violam e desumanizam o humano? Quais circuitos de nosso cérebro elaboram as condutas anti-sociais? Se conhecidos tais circuitos, como poderiam ser modificadas as condutas anti-sociais? Os avanços das neurociências deveriam produzir inovação também no mundo da medicina, da política, da sociedade ou do direito? A relação entre neurociência e direito apresenta relevância significativa referindo-se “especificamente à relação entre os mecanismos que geram a conduta humana, o cérebro, e as consequências, em sociedade, dessa conduta”.²

Apesar de hesitações, uma convicção tem comparecido, nas últimas décadas: neurociência e direito, mesmo que apresentem diferentes objetivos e interesses, podem prestar ajuda mútua.

Fala-se de objetivos e interesses diferentes porque a neurociência busca entender a conduta humana, ou seja, investiga o pensamento, as emoções... O direito julga a conduta humana, perscrutando a intencionalidade, a culpabilidade... Mas, muito embora se reconheçam estas diferenças, é fato que uma melhor compreensão da conduta humana, certamente, poderia ser um apoio seguro para uma mais adequada formação de juízos, iluminando a realização prático-concreta do direito.

Enfim, como já se afirmou, conhecer a natureza humana é passo decisivo para que se julguem, de maneira adequada, as condutas a que o direito empresta atenção.

De fato, na concreta realização do direito, seria adequado levar em conta os conhecimentos já alcançados sobre como se desenvolve e funciona o cérebro humano, evitando decidir, como se tem feito, com base apenas em argumentos provindos da psicologia, da psiquiatria, da psicanálise ou de compreensões socioeconômicas.

Exemplo de argumentação que, considerando os avanços da neurociência, iluminaria o julgamento jurídico de condutas, pode ser encontrado nas discussões sobre os estágios de desenvolvimento do cérebro e a aplicação da responsabilidade penal aos adolescentes considerados normais, sobretudo quando estes praticam atos de gravidade, assim avaliados de um ponto de vista do direito.³

De acordo com a neurociência, a maturação do cérebro, no que diz respeito à formação completa do córtex pré-frontal, se dá lentamente e, na adolescência, ainda não se teria

² FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 60.

³ A respeito, conferir: FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. pp. 60-61.

completado vez que, em geral, apenas na idade adulta, em torno dos 25 a 27 anos, tal formação se aperfeiçoaria.

Ora, é sabido que o córtex pré-frontal é a área cerebral que gerencia o controle das emoções e dos processos cognitivos, morais e sociais, cumprindo importante papel na inibição de impulsos e na capacidade de auto-controle e disciplina.

Então, como atribuir mesmo peso e/ou valor a condutas praticadas por um adolescente e àquelas praticadas por um adulto? Não estaríamos a exigir o impossível de um adolescente? Se suas ações, por formação cerebral, não são percebidas da mesma maneira que o são por um adulto, como imputá-las, de um mesmo modo, a sujeitos tão diversos?

O conhecimento da organização e funcionamento do cérebro tem conduzido, cada vez mais, à percepção de que há limitações objetivas, de natureza neurobiológica, para a prática de condutas sociais. Tudo isto não pode ser desconsiderado pelo direito.

Deste modo, desenvolvimento incompleto e/ou deficitário das estruturas cerebrais deve(m) induzir a convicção de que certas exigências não podem ser feitas pelo direito a quem deles padeça. Do contrário, estaria o direito exigindo de certos sujeitos o impossível, o que não se concebe.

Certo que, quanto se conhece, não há sistemas jurídicos que tomem a psicopatia como atenuante. Ou seja, as teorias tradicionais do direito penal estão seguras de que, mesmo com futuros progressos da neurociência, não deve ser excusável a atividade criminosa dos psicopatas, pelo que as atuais teorias seriam já suficientes para a responsabilização de condutas por ele praticadas, vez que abarcam conceitos que apontam para a atuação com alguma “capacidade diminuída”.

As resistências permanecem. Mas há casos de avanços na confluência do direito com as neurociências.

Mesmo que não seja possível, ainda, uma leitura completa de individualidades, estudos de neuroimagem “são capazes de mostrar os correlatos neuronais de certas enfermidades ou de certos processos associados a determinadas tarefas, fazendo comparações entre grupos de sujeitos”.⁴ Isto é, tais estudos não são suficientemente precisos para um diagnóstico individual, mas já permitem aproximações, no sentido de que favorecem uma correta classificação clínica de, “ao menos, um amplo subconjunto dos sujeitos examinados”.

Nos EUA, têm sido identificados progressos no uso de técnicas advindas da neurociência com a “finalidade de identificar o engano intencionado”, técnica conhecida no

⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 61.

mundo do direito como ‘a marca digital do cérebro’. A técnica, em suma, pretende identificar uma variação de voltagem, conhecida como onda P300, ao se evocar o que se pretende ocultar, pelo menos indicando que, quanto ao fato, há uma perturbação que pode indiciar a presença de um ‘rastro de memória’, “que se acha presente quando, por exemplo, se reconhece um determinado objeto”.⁵

Não que os resultados sejam definitivos, no sentido de apresentar uma leitura final das causas de uma conduta, mas já se apresentam como auxílios importantes, por exemplo, no sentido de identificar as direções de uma investigação.

Ou seja, entre investigados, aquele que apresentar um vestígio de memória, mensurável pela variação da onda P300, em relação determinadas circunstâncias do fato sob investigação, é mais provável que esteja envolvido, de algum modo, em sua prática do que outro investigado, que não apresente alterações de voltagem, diante dos mesmos testes.

Permanecem ainda problemas, não sendo possível tomar os expedientes técnicos como provas exatas, dotadas de objetividade absoluta, com o que lhes seria conferida exagerada aparência de exatidão.

Mas não restam dúvidas de que os avanços da neurociência possam vir a emprestar, sempre mais, vantagens para a definição, no âmbito do direito, da noção de responsabilidade.

Três critérios devem ser contemplados, para se pensar a responsabilidade, no âmbito do direito, segundo Morse:

1. Deve haver uma ação, praticada por pessoa;
2. Deve haver um estado mental culpável que acompanhe a ação;
3. Quem age (sujeito moral) deve ter a capacidade de raciocinar e atuar livremente.⁶

Por isto, para Morse, o conhecimento do funcionamento do cérebro pode auxiliar na decisão sobre a responsabilidade, vez que contribui para que sejam definidos estes critérios.

Portanto, tem valor a neurociência para a compreensão do direito; valor que, para Morse, hoje pode ser afirmado, porque já nos encontramos em condições de entender, em boa medida, a organização cerebral: como se processam as emoções, os pensamentos, o controle cognitivo...

⁵ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 63. Estes os exemplos trazidos pelos autores, lembrando que o texto aparece, no Brasil, em 2008. Portanto, desde então outras tantas técnicas já se incorporaram às práticas dos cientistas. As expressões anteriormente destacadas comparecem, todas, na mesma obra, entre as páginas 60 e 70.

⁶ Conferir: FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 65.

Mas, apesar dos avanços, permanecem desafiadoras muitas questões: poderia a neurociência medir a periculosidade a ponto definir futuras ações violentas? Poderiam, em circunstâncias, influenciar a decisão de jurados, no julgamento de criminosos convictos? Poderiam seus resultados ensejar detenções preventivas, com o fito de salvaguardar a sociedade, em relação aos sujeitos propensos à violência? ⁷

Enfim, estas e outras indagações persistem, sobretudo porque “a verdade é que a evidência neurocientífica atual está ainda muito longe de alcançar esses objetivos, entre outras coisas porque a violência pode ser, muitas vezes, salvo em casos de claras lesões cerebrais ou psicopatia, uma combinação de ‘normalidade’ e circunstâncias do meio ambiente e social”.⁸

Se é verdade que as novas tecnologias, ainda, não se prestam a exculpar alguém em juízo, não é menos verdade que os avanços da neurociência, mormente os estudos de neuroimagem, já estão trazendo um grande número de informações sobre as alterações cerebrais em indivíduos que praticam condutas anti-sociais.

Como já salientado, os conhecimentos trazidos pela neurociência não se prestam, de forma absoluta, a influenciar decisões nos tribunais. Mas, podem, certamente, dar a conhecer um número elevado e valioso de informações, que se deve conhecer no exercício do ato de julgar, com isto colaborando para que se alcance, em cada caso, “uma conclusão mais próxima da justiça concreta”.⁹

A aceitação, pelos tribunais, de provas científicas (aparecimento do raio X, em 1896; detector de mentiras, em 1922 e mais recentemente o exame de DNA), tem conhecido uma acidentada história de rejeição e, em seguida, de aceitação. Em geral, a desconfiança dos juízes em relação a tais provas se liga às próprias discussões entre os cientistas sobre o valor dos expedientes e técnicas de obtenção.

Não seria adequado esperar um consenso estrito entre cientistas para, então, validar um expediente técnico. Esta perfeição, por seguro, inviabilizaria as reais contribuições que as provas técnico-científicas poderiam emprestar às decisões no direito.

Por tudo é certo que os avanços da neurociência não devem ser ignorados pelo direito que, com isto, conheceria uma verdadeira reviravolta.¹⁰

⁷ Ver: FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 63 e *passim*.

⁸ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 65.

⁹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 66.

¹⁰ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 66.

Por exemplo, a chamada “leitura cerebral” já permite, em alguma medida, a partir de registros da atividade do cérebro, saber o que pensa uma pessoa, mesmo que esta não o expresse. Possível saber, a partir da leitura da atividade cerebral, se o objeto de se ocupa o pensamento de alguém é uma pessoa, casa, edifício, etc., se move uma ou outra parte do corpo... Fatos que poderiam iluminar certas circunstâncias, em situações concretas.

Tais tecnologias, hoje e mais fortemente no futuro, quando então se esperam amplos progressos, podem evidentemente se chocar com a proteção que o direito confere à privacidade e intimidade. Daí que também estes avanços, por certo, implicarão ainda mais, como já implicam, discussões de caráter ético e jurídico.

Assim, a utilização da leitura cerebral poderá nos conduzir a discussões que indiquem, por primeiro, a necessidade de se decidir sobre quando utilizá-la e em que medida. Por exemplo, se podendo ser utilizada, tal técnica não redundaria, em muitos casos, em auto-incriminação, inclusive considerando-se que, entre nós, resguarda-se o direito ao silêncio por parte dos acusados.

Mas apesar da existência de riscos, que precisam ser mensurados com cuidado, o conhecimento dos estados mentais se apresenta de grande valia para, por exemplo, se formar um adequado juízo em matéria penal ou mesmo para, no que diz respeito a uma teoria da decisão, verificar “onde termina a cognição e onde começa a emoção no processo de realização do direito levado a cabo pelos juízes”.¹¹

Por tudo, torna-se, desde já, necessário que se desenhe um

modelo normativo e institucional que, num futuro não tão distante, trate não somente de viabilizar o acesso de todos, por igual, aos benefícios provenientes da revolução neurocientífica (p. e., em ‘leitura cerebral’) como, e muito especialmente, de evitar que alguns (ou muitos) possam sair enormemente prejudicados por um particular uso e aplicação desses novos avanços.¹²

A simples possibilidade técnico-científica de alguns expedientes não implica numa absoluta possibilidade ética de sua utilização. O direito, em seu inovador encontro com os avanços da neurociência, deverá enfrentar a disciplina ética do uso das possibilidades tecnológicas, em seu campo próprio de atuação, a juridicidade. Uma primeira necessidade estará, seguramente, em tornar possível, com equidade, o uso das próprias tecnologias em apreciação.

¹¹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 71.

¹² FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 72.

Apesar de tudo, pergunta-se, ainda, se a neurociência poderia exercer alguma influência de relevo, perdurável, no direito ou no sistema judicial.¹³

A resposta parece apontar na seguinte direção: por mais resistentes que sejam, hoje, o direito e o sistema judicial, em boa medida ainda arredios a argumentos fundados em técnicas científicas, o futuro deixa entrever que os debates em torno do direito, a partir da neurociência, é assunto “que dominará todo o sistema judicial”, devendo envolver até mesmo os mais conservadores.

Como indicações presentes desta direção, ou seja, da sempre maior atenção do direito à neurociência, Atahualpa aponta algumas ocorrências científicas de si suficientes, já no presente, para tornar central para o sistema judicial a atenção às novas tecnologias.

Podem ser enumeradas, dentre outros os seguintes avanços, em curso de aprofundamento pela neurociência: exploração dos “mecanismos cerebrais que nos ajudam a entender a função dos genes na configuração do cérebro, os correlatos neuronais responsáveis por nossos juízos morais e ético-jurídicos, o papel dos sistemas neuronais na percepção do entorno e a relevância da experiência como princípio de orientação nas ações futuras”.¹⁴

Nesta mesma direção, também se mostram relevantes os resultados da neurociência cognitiva que, como se sabe, se ocupa do estudo da relação entre alterações cerebrais e alterações na mente.¹⁵

Antigas questões, que desafiaram os filósofos ao longo do séculos, ganham novo impulso com as novas perspectivas trazidas pela neurociência, sobretudo, as questões do livre-arbítrio e da responsabilidade pessoal.

Vale transcrever a apresentação que faz Atahualpa para estas velhas e sempre novas questões, hodiernamente:

a lógica é a seguinte: o cérebro determina a mente e é um entidade física, sujeita a todas as regras do mundo físico. O mundo físico está determinado, de modo que o cérebro também o está. Se o cérebro está determinado, e é o órgão necessário e suficiente para desenvolver a mente, colocam-se as seguintes questões: estão determinados também os pensamentos que surgem da mente? O livre-arbítrio que acreditamos ter é somente uma ilusão? E, se é uma ilusão, devemos revisar os conceitos relativos à responsabilidade pessoal nas ações?¹⁶

¹³ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 72.

¹⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 73.

¹⁵ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 73.

¹⁶ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 73.

Este espectro de questões traça um panorama que, de forma significativa, muito interessa ao direito responder e, a depender das respostas alcançadas, muito do velho direito há de se modificar. Não parece exagero, então, concordar com Atahualpa quando caracteriza o encontro do direito com a neurociência como uma ‘reviravolta no direito’, como acima já mencionamos.

Apesar de discussões, que insistem em permanecer, não é possível crer que a conduta de toda pessoa normal seja determinada. Considerando-se a distinção entre cérebro, mente e personalidade, possível crer que “as pessoas são livres e, portanto, responsáveis por suas ações; os cérebros não são responsáveis”.¹⁷

De fato, é preciso sanar um engano, comum entre críticos contemporâneos da neurociência: pensar as explicações evolutivas e neurocientíficas como explicações expressas em termos de determinação genética do comportamento.

Segundo Atahualpa, dentre outros enganos, é preciso evitar a confusão entre as questões relativas à função (porque sucede algo, o propósito a que serve na vida do indivíduo) com a ontogenia (como se produz o efeito durante o processo de desenvolvimento).

Neste contexto, firmando a liberdade de ação,

a capacidade de poder tomar a decisão de comportar-se de uma determinada maneira pode ser genética, mas isto não significa que a decisão de atuar de certo modo esteja em si mesma determinada geneticamente. É a capacidade (enquanto intenções, objetivos, o cérebro) que permite que o organismo avalie os custos e os benefícios de comportamentos alternativos e a que faz possível a eleição, na forma de uma decisão livre, depois de sopesar as opções.¹⁸

Ou seja, para organismos complexos, os resultados que impulsionam uma ação, fruto de um processo decisório, que avalia custos e benefícios, dependem das circunstâncias concretas, que são contingentes, decorrem de eleição entre alternativas que serão mais ou menos proveitosas para um certo indivíduo particular em circunstâncias, também elas, particulares.

Eis porque, seguindo Gazzaniga, Atahualpa diz poder seguir acreditando no axioma segundo o qual: “os cérebros são mecanismos automáticos, regulados, determinados, enquanto os indivíduos são agentes com responsabilidade pessoal por seus atos, livres para

¹⁷ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 73.

¹⁸ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 74.

tomar suas próprias decisões – isto é, com a faculdade de criar e recriar os seus mundos, embora sob determinadas circunstâncias e condições que não são de sua escolha”.¹⁹

Por isto mesmo, o sentido da responsabilidade pessoal se evidencia em um contexto de interrelação social, ou seja, é porque socialmente nos relacionamos que podemos dizer que, no mundo humano, é preciso agir com observância de regras, talhadas na sociedade, para sua organização e manutenção.

Então, a responsabilidade pessoal está para além de uma determinação física, é social. Atahualpa, exemplarmente, registra:

a responsabilidade pessoal é um conceito público. Existe dentro de um grupo, não no contexto de um indivíduo. Se você fosse a única pessoa da Terra, não seria pertinente o conceito de responsabilidade pessoal. A responsabilidade é um conceito que cada um forma em torno de ações próprias e alheias. Os cérebros estão determinados; a gente (mais que um ser humano) se rege por um sistema de regras quando (con-) vive com outras pessoas; dessa interação surge o conceito de liberdade de ação.²⁰

Conclui-se que a responsabilidade é uma construção humana, existente no mundo social, uma regra que gerencia a convivência humana. Daí que nenhuma determinação física seria capaz de explicar a noção de responsabilidade, já que “somos radicalmente indeterminados no que se refere a nossa liberdade”.²¹

Neste sentido, parece, produzimos-nos socialmente, não somos produzidos, muito embora tenhamos que lidar com algo trágico: o que somos de um ponto de vista neuroquímico, aliado ao ambiente que nos toca... tudo limita nosso espaço de manobra, mas as alternativas persistem. Não é porque somos capazes de ser de certo modo que devemos sê-lo: a resposta pela responsabilidade, que implica algum poder de escolha, é social: eticamente nos produzimos no encontro com os outros e, ao decidirmos, permanecemos entre as regras engendradas na e pela *societas*.

Frise-se que o lugar de discussão em torno da relevante questão da responsabilidade deve se ampliar. Para nos compreendermos, humanos e sociais que somos, devemos nos investigar em três níveis, o físico, o psicológico e o sociocultural. Somente uma visão multidisciplinar e integrada das várias ciências que contemplam estes vários níveis do humano pode nos instruir sobre o que hoje somos e a sociedade na qual podemos viver no

¹⁹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 75.

²⁰ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 75.

²¹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 75. Conferir aí, nota n. 27.

futuro. Este o desafio da integração das disciplinas humanísticas, sob nova perspectiva, sem isolamentos e incoerências, tão comuns na história do pensamento.

3. Um desafio: a liberdade como pressuposto do atuar moral do homem

Sob várias perspectivas pode ser pensado o problema da liberdade. Podemos pensá-lo como um problema metafísico (liberdade interna) ou social (liberdade externa); negativamente, como ausência de coerção ou positivamente, como autonomia do indivíduo.

Daí ser também variada a tipologia da liberdade:

Liberdade sociológica: na Antiguidade, equivalia não se encontrar o indivíduo na condição de escravo; na atualidade, “alude à autonomia de que goza o indivíduo frente à sociedade e se refere à liberdade política ou civil, garantida pelos direitos e liberdades que amparam o cidadão nas sociedades democráticas”.²²

Liberdade psicológica: não se sentir o indivíduo constrangido a atuar “por instância de uma motivação mais forte”, mas sim por seus próprios e determinantes motivos.

Liberdade moral: ser o homem capaz de determinar-se e atuar racionalmente, sem submeter-se aos impulsos e inclinações sensíveis.

Um dos fundamentais sentidos da afirmação da liberdade é aquele que atribui ao homem seu agir como algo de próprio, fruto de uma sua eleição. Neste sentido, age-se livremente quando se atua sabendo o que se faz e por que se faz.

Chega-se, assim, à seguinte compreensão da liberdade: “a liberdade é o estado do homem que, tanto agindo bem como agindo mal, se decide após uma reflexão, com conhecimento de causa; é o homem que sabe o que quer e por que o quer, e que age em conformidade com as razões que aprova”.²³

Ademais, a liberdade pode ser compreendida como autopossessão, característica do indivíduo que, ao agir, o faz liberando-se das alienações e determinações, atuando “sob o único peso de suas opções pessoais e meditadas”.²⁴ Neste sentido, deve se verificar que a liberdade, como autopossessão, é conquista, não se dando de forma definitiva e completa, vez que estamos sempre nos construindo, de algum modo, quando escolhemos.

²² FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 77.

²³ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 78.

²⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 78.

3.1 Liberdade humana e moral

O homem, por atos e hábitos, constituintes de seu comportamento moral, cria para si uma *segunda natureza*, isto porque “a atividade moral lhe vem exigida por sua própria e peculiar estrutura bio-psicológica”.²⁵

Diversamente do humano, o animal carece de liberdade, vez que se comporta de forma unívoca em relação ao ambiente, repetindo uma forma de se comportar que segue, em tudo, a herança da espécie. O animal não elege comportamentos, sendo a-moral: é incapaz de vida ética.

Por sua vez, o homem, aberto ao entorno, age eticamente, ou seja, seu agir não é mero funcionamento de seus mecanismos instintivos. Ele, em meio a possibilidades contingentes, se cria, em uma rede de vínculos e interações. Eis porque, o homem é um ser moral: resulta “não somente de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios, senão também de experiências, valores, aprendizagens e influências procedentes de uma vida essencialmente sócio-cultural”.²⁶

Desde que, primitivamente, o homem tenha se agregado, passou a comportar-se de acordo com as regras próprias à coletividade. A via ética é o espaço de construção homem como ser autodeterminado que, elegendo valores, ordena as solicitações que lhe são interiores e/ou exteriores.

A saída mais segura para o homem, ser moral, é seguir as regras vigentes na sociedade em que se encontra, isto porque, conduzindo-se como homem que con-vive em sociedade, dá vazão a sua alta predisposição para seguir regras. É assim que ele não somente cumpre as regras vigentes, mas espera que outros, do mesmo modo, também as cumpram e, ainda, reage a eventuais descuprimentos.

Por tudo, o homem, enquanto ser moral, é resultado de um complexo processo. Seja porque é ser físico e sujeito a programas de seu organismo, seja porque, no âmbito de suas possibilidades de ação, já se encontra, quando age, em um entorno social que limita suas possibilidades, ademais de ter que desenvolver sua autocriação moral em meio a uma acentuada desigualdade de oportunidades.

²⁵ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 79.

²⁶ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 81.

3.2 A liberdade e as liberdades

Comum a distinção entre liberdade e liberdades. Aquela nos remeteria à ideia de uma ação imune a qualquer coação. Estas se referem às concretas possibilidades de agir.

A existência da responsabilidade moral se funda no pressuposto da liberdade, somos responsáveis pelas ações que estiverem sob o comando de nosso controle volitivo. Assim, há ações livres, outras não. Quanto a estas não podemos nos responsabilizar.

As consequências jurídicas e morais das ações pressupõem o livre controle volitivo do indivíduo ao agir. Se presente o controle volitivo, as ações decorrentes serão atribuíveis aos agentes e, como tais, puníveis, se evitáveis; o que não sucederia, na hipótese contrária.

Atahualpa lembra os ensinamentos de Goldberg, para firmar que a neurociência pode auxiliar na tarefa de verificação do controle volitivo, isto porque, ao menos em medida, “a capacidade de comportamento livre depende da integridade funcional dos lobos frontais, proclamados como a sede definitiva da moralidade”.²⁷

A lei pressupõe uma capacidade geral para a eleição racional de condutas. Em contrário, exculpa ações havidas na falta de uma racional capacidade de decidir, da ausência de controle volitivo ou quando verificada uma causa externa compulsiva determinante.

Enquanto a liberdade supõe definirmos a natureza humana (saber se é ou não possível o controle de ações), a responsabilidade moral não pode ser pensada a partir do indivíduo, mas sim a partir de sua peculiar situação de convivência ético-social. No entanto, uma e outra devem ser pensadas em conjunto.

3.3 A raiz da liberdade pessoal

A liberdade é própria do agir humano, já que o homem reconhece o sentido e valor das coisas, guiando-se de acordo com eleições que faz. Enfim, dentro de um quadro finito de possibilidades, o homem realiza opções.

A raiz da liberdade se encontra “na neuronal subjetividade do homem”, uma vez que o indivíduo, como pessoa, ou seja, como ser relacional, não existe apenas como razão, mas

²⁷ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 79.

também como “*lumen naturale*: distância das coisas, que permite reconhecê-las com certa objetividade e expressá-las em forma discursiva”.²⁸

A pessoa não se confunde com as coisas, opta entre elas, atriuindo-lhes valores. Lado outro, a liberdade humana, concretamente, segue o modo de ser do homem no mundo que “é intrinsecamente um modo de ser interpessoal”. Daí que a liberdade se exerça na interação com os outros.

Atahualpa invoca, a este propósito, a concepção levinasiana da ética, como *filosofia primeira* e, neste contexto, da liberdade como resposta à presença e chamado do outro, com o que se conclui que “a dimensão ética é a quintessência da liberdade”.²⁹

Ou seja, o homem é ser relacional, que se resolve na e pela presença dos outros, isto faz parte de sua constituição mais própria, uma vez que “nossos corpos, nosso cérebro e nossas mentes não estão desenhados para viver em ausência de outros, a atividade psicológica e neuronal humana não ocorre de forma isolada, senão que está intimamente conectada a, e se vê afetada por, os demais seres humanos”.³⁰

Portanto, a raiz da liberdade se colhe no ser mesmo do homem. Isto porque o homem se mostra como ser interpessoal que, no encontro com o outro, historicamente mediado, reconhece-o como tal e a ele responde, revelando as raízes éticas de toda e qualquer concepção da liberdade. Isto sem esquecer que a história é o lugar da resposta pelo reconhecimento, eis porque a liberdade se exerce concretamente, em meio às exigências do tempo no qual se age.

Creio que, ao menos em alguma medida, se pode aproximar esta concepção de liberdade daquela pensada por Merleau-Ponty, a partir do conceito de situação, sobretudo, quando este escreve:

Nascer é, simultaneamente, nascer do mundo e nascer para o mundo. Sob o primeiro aspecto, o mundo já está constituído e somos solicitados por ele. Sob o segundo aspecto, o mundo não está inteiramente constituído e estamos abertos a uma infinidade de possíveis. Existimos, porém, sob os dois aspectos ao mesmo tempo. Não há, pois, necessidade absoluta nem escolha absoluta, jamais sou como uma coisa e jamais sou uma pura consciência...

A situação vem em socorro da decisão e, no intercâmbio entre a situação e aquele que a assume, é impossível delimitar a “parte que cabe à situação” e a “parte que cabe à liberdade”.

²⁸ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 83.

²⁹ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 84.

³⁰ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência** – conduta humana e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 84. Neste particular, Atahualpa invoca as conclusões de De Waal, mencionado aí mesmo na nota n. 31.

Tortura-se um homem para fazê-lo falar. Se ele recusa dar nomes e endereços que lhe querem arrancar, não é por sua decisão solitária e sem apoios no mundo. É que ele se sente ainda com seus companheiros e ainda engajado numa luta comum; ou é porque, desde há meses ou anos, tem enfrentado essa provocação em pensamento e nela apostara toda sua vida; ou, enfim, é porque ele quer provar, ultrapassando-a, o que ele sempre pensou e disse sobre a liberdade.

Tais motivações não anulam a liberdade, mas lhe dão ancoradouro no ser. Ele não é uma consciência nua que resiste à dor, mas o prisioneiro com seus companheiros, ou com aqueles que ama e sob cujo olhar ele vive, ou, enfim, a consciência orgulhosamente solitária que é, ainda, um modo de estar com os outros... Escolhemos nosso mundo e nosso mundo nos escolhe...

Concretamente tomada, a liberdade é sempre o encontro de nosso interior com o exterior, degradando-se, sem nunca tornar-se nula, à medida que diminui a tolerância dos dados corporais e institucionais de nossa vida. Há um campo de liberdade e uma “liberdade condicionada”, porque tenho possibilidades próximas e distantes...

A escolha de vida que fazemos tem sempre lugar sobre a base de situações dadas e possibilidades abertas. Minha liberdade pode desviar minha vida do sentido espontâneo que teria, mas o faz deslizando sobre este sentido, esposando-o inicialmente para depois afastar-se dele, e não por uma criação absoluta...

Sou uma estrutura psicológica e histórica. Recebi uma maneira de existir, um estilo de existência. Todas as minhas ações e meus pensamentos estão em relação com essa estrutura. No entanto, sou livre, não apesar disto ou alguém dessas motivações, mas por meio delas, são elas que me fazem comunicar com minha vida, com o mundo e com minha liberdade.³¹

Por tudo, dentre os fenomenólogos, no que diz respeito ao tratamento da liberdade, Merleau-Ponty é aquele que, talvez, mais tenha se aproximado de uma adequada resposta ao problema da liberdade, fundando-a em uma concepção do homem, enquanto ser natural e social, situado concretamente em meio à história, seu destino em termos de finitas possibilidades.

Enfim, o problema da liberdade segue sendo desafio ao pensamento e agora, segundo nos parece, precisa ser pensado levando em consideração a ciência de nosso tempo. A era da segmentação que, não raras vezes, opôs filosofia e ciência, deve conhecer criticamente seu fim. E, ao menos em parte, os primeiros passos já foram dados.

Em seguida, trataremos de alguns aspectos da neurociência que, hoje, já tem provocado ou deveriam provocar, mudanças de direção na tradicional teoria do direito.

4. Referências bibliográficas

EAGLEMAN, David. *Incógnito – as vidas secretas do cérebro*. Rocco: Rio de Janeiro, 2011.

³¹ MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 371.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. *For the Law, neuroscience changes nothing and everything*. In: The Royal Society, v. 26. Nov. 2004. pp. 1775-1785.

FERNANDEZ. Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIREITO À ESTABILIDADE NO EMPREGO DA MÃE ADOTIVA

Right to Employment Stability of Adoptive Mother

Dimas de Abreu Melo¹

Nayara Borges²

Resumo: A análise dos motivos para a extensão da estabilidade provisória no emprego à mãe adotiva é o objetivo a ser contemplado neste estudo. A adoção é um ato de amor, haja vista que a adotante busca acolher afetiva e legalmente a criança ou adolescente, no intuito de se constituir uma família, vindo a ser um mútuo de afeto, construído pela convivência familiar. A abordagem sobre os requisitos e procedimentos legais para a efetivação da adoção no Direito Brasileiro faz-se necessária para o entendimento da necessidade da estabilidade para a mãe que adotar, de forma a garantir o melhor para a criança. O princípio da proteção, peculiar do Direito do Trabalho é utilizado como norteador para esse ramo do direito a ser estudado e, principalmente, para sustentar as garantias no emprego presentes na legislação Brasileira. A estabilidade no emprego à mãe gestante é constitucionalmente garantida à empregada, porém o mesmo não ocorre com a empregada que venha a adotar uma criança. Resta configurada a discriminação entre a empregada mãe biológica e a adotiva, a ser eliminada por analogia, de forma que a subsistência da mãe e a proteção do nascituro, ou da criança que tenha sido adotada, seja assegurada a ambas. Atualmente existe uma Proposta de Emenda à Constituição visando estender a estabilidade provisória no emprego à trabalhadora que realizar adoção, porém ainda não foi aprovada. Até a ocorrência legal de tal equiparação, nada mais justo que garantir esse direito à mãe que adotar de forma análoga, pois trata-se de um período concedido para que mãe e filho possam estreitar seus laços de afeto nesses primeiros contatos.

Palavras-chave: Analogia. Adoção. Mãe adotiva. Discriminação. Estabilidade provisória.

Abstract: The analysis of the reasons for extending the temporary employment stability to the adoptive mother it is the goal to be contemplated in this paper. The adoption is one action of love, considering that adoption person looking for welcome affectively and legally the children or teenager, in order to raise a family, been one mutual action built for the family acquaintanceship. The approach on the legal requirements and procedures for effective adoption in Brazilian Law makes it necessary for understanding the need for stability for the mother to adopt to ensure the best interest of the children. The principle of protection, peculiar of labor law is used as a guide to this branch of the right to be studied and, mainly, to sustain the employment guarantees present in Brazilian legislation. Job stability the expectant mom is guaranteed to the employee, but the same doesn't happen with the employee who comes to adopt a child. Remains configured discrimination between adoptive mother and biological mother to be eliminated by analogy. So that the subsistence of the mother and the protection

¹ Professor de Direito do Trabalho e de Direito Previdenciário na Universidade Presidente Antônio Carlos, em Mariana e Itabirito; pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, em Juiz de Fora, MG; conselheiro seccional da OAB de Minas Gerais; e advogado atuante na área de Direito do Trabalho Empresarial, em Ouro Preto, MG.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

of the unborn, the child who has been adopted is ensured to both. There is currently a proposal for a constitutional amendment seeking to extend provisional employment stability, realize that adoption, but not yet approved. Until the occurrence legally this equation nothing more fair to ensure that right because this is a period for the mother and the child can strengthen family ties, these first contacts.

Keywords: Analogy. Adoption. Adoptive mother. Discrimination. Provisional Stability.

1 Introdução

O presente trabalho vem demonstrar, à luz da teoria e analogia, meios de estender a estabilidade no emprego à mãe adotiva bem como analisar as leis que protegem o direito à maternidade e que conferem proteção à criança e ao adolescente.

Tem por objetivo analisar a legislação vigente sobre o tema estabilidade no emprego no tocante à empregada mãe, observando a evolução histórica da adoção e a proteção à maternidade, de forma a garantir analogamente a equiparação entre as mães, sejam elas biológicas ou adotivas. O problema em questão remonta no fato de não ser legalmente concebida a estabilidade no emprego à empregada que é mãe adotiva da mesma forma que é garantida para a mãe gestante.

A metodologia utilizada neste estudo teve como base pesquisa bibliográfica, análise documental, legislação, jurisprudências, livros, artigos, revistas, publicações avulsas, monografias e teses que se relacionavam ao tema abordado.

O legislador foi omissos em não estender a estabilidade no emprego à mãe adotiva. Destarte, não há de se falar em discriminação entre filhos frutos da relação de casamento ou não, nem por adoção. Ademais, o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade é concebido pelo mesmo período à mãe gestante e à mãe adotiva. Logo, por analogia e respeitando o princípio constitucional da igualdade e da proteção ao menor, vê-se a possibilidade de exigência da garantia em questão.

A justificativa do presente estudo está na apresentação dos questionamentos relevantes ao tema, de forma a esclarecer a importância do direito em questão, colaborando para evolução das ciências jurídicas no tocante ao assunto. Aos pais adotantes visa-se esclarecer dúvidas sobre o tema e demonstrar os direitos garantidos ao adotante e adotado durante o período inicial de convívio e a adaptação com a criança adotada.

De início é apresentado o instituto da adoção, que vem a ser um ato de amor, haja vista que a pessoa adotante busca acolher, afetiva e legalmente, a criança ou adolescente, no intuito de se constituir uma família, vindo a ser um mútuo de afeto construído pela convivência

familiar. Ressalta-se a desigualdade existente entre os filhos no período anterior à Constituição Federal de 1988, classificando os filhos em legítimos e ilegítimos. A igualdade entre os filhos foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, § 6º, onde os mesmos, providos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Os requisitos e procedimentos para a adoção na legislação brasileira são elencados para visualização e conhecimento de como é o processo de adoção atualmente.

O princípio da proteção, peculiar do Direito do Trabalho é utilizado como norteador para esse ramo do direito a ser estudado e, principalmente, para sustentar as garantias no emprego presentes na legislação Brasileira. Sendo primordial sua aplicabilidade na relação de trabalho, de forma a garantir o mínimo de proteção ao trabalhador, que é parte frágil do contrato empregatício.

As estabilidades provisórias no emprego são tecidas, com sua conceituação e destacando a relacionada à gestante, que vem a ser o direito em questão que é pretendido estender à mãe adotiva.

Os motivos do direito à garantia provisória no emprego à mãe adotiva é o ponto chave do presente estudo. Pela analogia são abordadas as evoluções históricas que visaram colocar fim à discriminação que existia entre os filhos. Com relação à licença-maternidade e o salário-maternidade, havia diferenciação entre os períodos, sendo a mãe adotiva prejudicada, haja vista que os prazos eram concedidos de acordo com a faixa etária da criança adotada. Hoje resta finalizada essa discriminação sendo garantidas a ambas o período de 120 dias de licença e salário-maternidade.

A estabilidade no emprego é constitucionalmente garantida à empregada gestante desde a confirmação da gravidez até os 5 (cinco) meses subsequentes ao parto, sendo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A empregada mãe adotiva não foi contemplada legalmente por essa garantia, restando configurada uma discriminação entre ela e a mãe gestante. Ora, ambas são mães, não tendo que se falar em diferenciação entre mãe gestante e mãe adotiva. Ademais, a Carta Magna, em seu inciso IV do art. 3º e no *caput* do art. 5º deixa clara a vedação de quaisquer formas de discriminação, sendo tratados estes artigos como objetivos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil.

Atualmente, há uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 146/2012, elaborada pelo Deputado Federal Benjamim Maranhão (PMDB-PB), que tem por objetivo dar nova redação à alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias (ADCT), de modo a estender a estabilidade provisória no emprego à trabalhadora que realizar adoção. Porém, a mesma encontra-se em tramitação.

A analogia apresentada como forma de garantir a estabilidade provisória no emprego à mãe adotiva tem o intuito de demonstrar que tal garantia visa proteger não somente a mãe, mas principalmente a criança, sendo que é um período fundamental para a estruturação da nova família, garantindo um convívio mais próximo durante os primeiros momentos, ajudando no fortalecimento dos laços entre adotante e adotado.

2 Adoção

A palavra adoção, conforme estudos, tem sua derivação do latim *adoptio*, possuindo como significado: escolher, adotar.

A adoção é um ato de amor, haja vista que o adotante busca acolher afetiva e legalmente a criança ou adolescente no intuito de se constituir uma família, vindo a ser um mútuo de afeto construído pela convivência familiar.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 265), “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. No mesmo diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 914) concluem que a adoção “trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário”.

A adoção pelo Código Civil de 1916 partia do mecanismo de conceber um filho a alguém que não o poderia ter de maneira biológica. Ideia essa ultrapassada; hoje vigora-se a adoção como mecanismo de inserção do adotando (a) em família substituta, tendo total proteção e direito ao convívio familiar.

O preconceito e a discriminação quanto aos filhos biológicos ou não, teve seu avanço pela Constituição da República de 1988 em seu art. 227, §6º, estabelecendo que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A natureza jurídica da adoção é controversa. Pelo Código Civil de 1916 a natureza do instituto tinha caráter contratual, a lei exigia solenidade da adoção por meio de escritura pública, conforme art. 375 do referido código. Tratava-se de negócio jurídico bilateral com

manifestação das duas partes. Com a Constituição da República de 1988, a adoção passa a ser um ato complexo a exigir sentença judicial. Pelo art. 227, § 5º da Constituição, é percebido o interesse geral e de ordem pública dada à adoção, quando determina, “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção não pode considerar somente a existência da bilateralidade na manifestação da vontade, pois o Estado participa do ato, intervindo necessária e ativamente, exigindo-se uma sentença judicial (sem ela não haverá adoção), da mesma forma que também o faz o Código Civil de 2002. Na adoção estatutária há o ato jurídico com marcante interesse público, afastando-se a noção contratual. A adoção é ação de Estado, de caráter constitutivo, conferindo posição de filho ao adotado (VENOSA, 2007, p. 258).

Nota-se que a natureza jurídica da adoção é considerada híbrida, uma vez que, apesar de existir a manifestação de vontade das partes, quando o adotando tiver mais de 12 (doze) anos de idade, não há liberdade para regularização pelas mesmas, sendo determinadas legalmente. Na formação do ato da adoção tem-se um contrato de Direito de Família, com a intervenção do juiz, existindo o caráter institucional, advinda por sentença.

2.1 Requisitos para a adoção

A adoção é versada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) do art. 39 ao art. 52-D e pelo Código Civil em seus arts. 1618 e 1619 (com redação dada pela Lei nº 12.010/2009).

Podem adotar, de acordo com o art. 42 do ECA, as pessoas maiores de 18 anos, independente do seu estado civil. Dessa forma, desde que adequadas às condições para que o adotando faça parte do convívio familiar substituto, podem adotar: pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, entre outras. O ato de adotar é pessoal, sendo vedada a adoção por procuração (ECA, art. 39, §2º).

Além da idade mínima exigida de 18 anos, o estatuto exige, em seu art. 42, §3º, que o adotante deva ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado. Os motivos para tal exigência se baseiam no fato que “a adoção imita a vida, sendo recomendável que entre um e outro se reproduzam as condições temporais mínimas que ocorrem, normalmente, entre pais e filhos” (LÔBO, 2011, p. 279).

Conforme *caput* do art. 46 do ECA, a adoção de criança ou adolescente será precedida pelo estágio de convivência por prazo a ser fixado pela autoridade judiciária, observando-se as peculiaridades do caso. Em se tratando de adoção internacional, o estágio de convivência será cumprido em território nacional, sendo de no mínimo 30 dias (ECA, art. 46, § 3º). Poderá ser dispensado o estágio de convivência, caso o adotado já esteja sob a tutela ou a guarda legal do adotante por tempo suficiente para possível avaliação da conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1º). Dessa forma, o estatuto prevê que a simples guarda de fato não dispensa a realização do estágio de convivência.

Ressalta-se que a adoção não pode ser imposta, estando sujeita à manifestação de vontade de ambas as partes (adotante e adotado); sendo assim, dependente do consentimento expresso dos pais ou representante legal do adotado (ECA, art. 45, *caput*). Frisa-se que o consentimento até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção é retratável (ECA, art. 166, § 5º). De acordo com o estatuto em seu art. 45, § 2º, o consentimento do adotando maior de 12 anos faz-se necessário. Haverá dispensa do consentimento tratando-se de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar (ECA, art. 45, § 1º).

Importante salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente obriga que a autoridade judiciária mantenha, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e um outro registro contendo pessoas interessadas na adoção. A manutenção e a alimentação correta dos cadastros são competência da autoridade central de cada estado, com comunicação posterior à autoridade central federal brasileira, conforme § 9º do art. 50 do ECA. Lembrando que pela regra geral, somente pessoas inseridas nos cadastros podem adotar.

Tem-se ainda, a adoção internacional, sendo autorizada pela Constituição Federal, em seu art. 227, § 5º. No Estatuto da Criança e do Adolescente está prevista em alguns dispositivos, em consonância com o Decreto nº 3.087/99, que promulgou a “Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993”.

2.2 Efeitos Jurídicos da adoção

Como primeira consequência, deferida a sentença judicial, a adoção é irrevogável.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assevera em seu art. 41, que a adoção atribui condição de filho ao adotado, com deveres e direitos, inclusive sucessórios, com desligamento

de qualquer vínculo com pais e parentes, com exceção dos impedimentos matrimoniais. Direitos e deveres esses, assegurados pela Carta Magna, em seu § 6º do art. 227, proibindo quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação.

A adoção atribui desligamento com pais e parentes, porém prevê o estatuto que, caso um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes se mantêm, conforme extrai-se pelo contexto do art. 41, *caput*, do ECA.

Após o adotado completar 18 anos, tem-se direito de conhecer sua família biológica e de obter acesso irrestrito ao processo de adoção, podendo o menor de 18 anos ter tal acesso deferido ao seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica (ECA, art. 48, *caput* e § 1º).

Importante ressaltar que cabem aos filhos os mesmos direitos e qualificações, não admitindo à palavra filho nenhum adjetivo. Ficam proibidas quaisquer designações discriminatórias em relação aos filhos, sejam eles havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção.

3 Princípio da proteção

A palavra “princípio” traz a ideia de começo, de origem, de onde nasce algo. Segundo entendimento de Maurício Godinho Delgado (2012, p.181), a palavra princípio trata da “noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

Tido como princípio tutelar e de ordem constitucional, o Princípio da Proteção é de suma importância, pois dele influem os demais princípios peculiares do Direito do Trabalho. Ele garante uma superioridade ao empregado, devido a sua hipossuficiência frente ao empregador. A necessidade de proteção dos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho, servindo de norma para esse ramo do Direito.

Nos dizeres de Sérgio Pinto Martins (2011, p. 69), o Princípio da Proteção cria uma superioridade jurídica, “conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio de lei”.

O Princípio da Proteção tem o intuito de evitar que o trabalhador fique tão vulnerável com relação ao empregador, garantindo-lhe proteção devida e equilibrando a relação de

trabalho, proporcionando uma compensação da superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, garantindo a proteção da parte mais frágil da relação jurídica – o trabalhador.

4 Estabilidades provisórias no emprego

Conforme aduz Sérgio Pinto Martins (2011, p. 422) a palavra estabilidade vem do latim *stabilitas*, *tatis*, de *stabilire*, significando “fazer firme”. Dessa forma, teria o significado de firmeza, de segurança.

O conceito de estabilidade no âmbito jurídico, nos dizeres de Sérgio Pinto Martins (2011, p. 423) vem a ser: “É a estabilidade que impede a dispensa do empregado. Implica a aplicação do princípio da continuidade do contrato de trabalho”.

Na mesma linha, elucida o autor Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 1156): “[...] estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico”.

O autor Maurício Godinho Delgado, acerca da estabilidade tem uma visão de vantagem jurídica:

[...] é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador (DELGADO, 2012, p. 1270).

Assim, a estabilidade vem a garantir ao empregado a manutenção de seu posto de trabalho, não significando que o mesmo terá um emprego vitalício. Vem a evitar dispensas arbitrárias, haja vista que o mesmo não poderá ser dispensado sem uma causa justificada, tornando-se um obstáculo ao empregador.

No tocante às estabilidades provisórias, são garantias temporárias de emprego que impedem o empregador de dispensar o empregado em determinadas situações que gerem proteção, salvo motivo de falta grave ou caso o trabalhador cometa um ato de justa causa previsto no art. 482 da CLT.

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, garantia de emprego, também denominada de estabilidade provisória ou temporária:

[...] é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a

assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador (DELGADO, 2012, p. 1276).

As estabilidades provisórias se classificam em constitucionais (cipeiro, gestante, dirigente sindical), legais (acidentado, empregado eleito para o Conselho Curador do FGTS, eleito para participar do Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS, dirigente de cooperativa, membros dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia) e contratuais, em contratos de trabalho ou norma coletiva (MARTINS, 2011, p. 432). Porém, a estabilidade em questão a ser levantada no presente estudo, trata-se acerca da gestante, onde serão tecidos maiores detalhamentos.

4.1 Empregada gestante

A alínea *b* do inciso II do art. 10 do ADCT, dispõe acerca da estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, sendo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A garantia de emprego à mãe gestante se baseia no fato da mesma não conseguir encontrar outro serviço durante o período de gravidez até período pós-parto, podendo ser alvo de represália do empregador.

Expõe Sérgio Pinto Martins (2011, p. 438): “A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida”.

As teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva são algumas das teorias que informam a estabilidade provisória do emprego à gestante. O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho - TST - é pacífico no entendimento da responsabilidade objetiva, pois conforme a Súmula 244, I, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade.

Com relação à empregada doméstica, havia grandes discussões quanto à extensão da estabilidade no emprego garantida na alínea *b*, do inciso II, do art. 10 do ADCT, haja vista que a CF/88 em seu parágrafo único do art. 7º, estabelece os direitos sociais garantidos à empregada doméstica e, dentre eles, não havia sido contemplada a proteção contra a dispensa arbitrária. Até então as destinatárias da estabilidade no emprego eram as empregadas urbanas, rurais e trabalhadoras avulsas.

A Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006 ampliou a redação da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972 (Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico), prevendo em seu art.

4º: "É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto". Dessa forma, restou assegurada a estabilidade no emprego à empregada doméstica.

Não havia garantia de emprego à empregada gestante no contrato por prazo determinado, inclusive no contrato por experiência. Tendo sua previsão normativa com a nova redação dada à Súmula 244 do TST, pela Res. nº 185/2012. A referida súmula passou a ter a seguinte disposição:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece acerca da estabilidade provisória da gestante em seu art. 391-A: "A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

5 Direito à estabilidade no emprego da mãe adotiva

O tema em foco vem de modo análogo estabelecer que a mãe adotiva tenha garantida sua estabilidade no emprego, da mesma forma que é garantida à mãe gestante, evitando a discriminação atualmente existente entre elas. Ambas são mães, não tendo que se falar em diferenciação entre mãe gestante e mãe adotiva.

A Carta Magna em seu inciso IV do art. 3º e no *caput* do art. 5º deixa clara a vedação de quaisquer formas de discriminação, sendo tratados estes artigos como objetivos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Pela previsão dos artigos transcritos acima, temos garantidas as formas de não discriminação entre pessoas, de modo a assegurar a justiça social e a igualdade entre todos.

5.1 Não discriminação entre filhos

O autor Paulo Lobo (2011, p. 216) traz um conceito relacional bem abrangente sobre filiação, dizendo ser: “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga”.

O Código Civil de 1916 trazia enorme desigualdade entre os filhos, classificando-os em filhos legítimos e filhos ilegítimos. Sendo os filhos legítimos, os concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 337). Já os filhos ilegítimos eram os concebidos em relações extramatrimoniais, classificados em naturais (quando não havia impedimentos para o matrimônio entre os pais) ou espúrios (quando era proibida por lei a união conjugal dos pais). A adoção era vista como forma de oferecer a oportunidade de ter filhos a quem não poderia tê-los biologicamente.

A discriminação entre os filhos teve seu fim em nosso País, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que veda qualquer discriminação entre filhos e garante os mesmos direitos entre eles no §6º de seu art. 227: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Nos dias atuais, todos são apenas filhos. Independentemente de serem concebidos na constância do casamento, fora dele, através de adoção ou inseminação artificial, são todos filhos com os mesmos direitos, deveres e qualificações, sendo impedida qualquer forma de discriminação com relação à filiação.

5.2 Licença-Maternidade

A Constituição Federal de 1988 garante a licença-maternidade, também chamada de licença-gestante, por um período de 120 dias, sem prejuízo de seu emprego e salário, conforme previsto em seu art. 7º, inciso XVIII:

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

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Ressalta-se que a licença-maternidade é concedida pela CF/88 às empregadas urbanas e rurais, incluindo as trabalhadoras avulsas (art. 7º, XXXIV), trabalhadoras domésticas (art. 7º, parágrafo único) e trabalhadoras autônomas (individual e facultativa).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê a licença-maternidade em seu art. 392, ressaltando que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e na ocorrência deste, mediante atestado médico, conforme menção de seu §1º.

A Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, cria o Programa Empresa Cidadã, com o propósito de prorrogar a licença-maternidade aludida no art. 7º, XVIII, da CF/88 por 60 (sessenta) dias mediante concessão de incentivo fiscal, conforme previsão do *caput* de seu art. 1º.

Segundo §1º do art. 1º, da Lei nº 11.770/08, será garantida a prorrogação à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, sendo os 60 (sessenta) dias concedidos logo após usufruir da licença-maternidade de 120 dias que trata o inciso XVIII, do art. 7º, da CF/88.

Durante a licença-maternidade, o salário da empregada é denominado salário-maternidade. Este benefício está previsto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social) em seus arts. 71 a 73 e no Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social – RPS), arts. 93 a 103.

Com relação à empregada mãe adotiva, a licença-maternidade lhe era negada por falta de previsão legal. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a lei ordinária, conferiam tratamento especial à empregada gestante, não fazendo menção alguma à empregada que viesse a adotar. Complementa a autora Alice Monteiro de Barros (2011, p. 865) acerca da empregada gestante: “assim considerada aquela que desenvolve o embrião em seu útero até o nascimento; logo, pouco importa que a gravidez ocorra por métodos modernos de inseminação artificial”.

O direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade veio a ser estendido à mãe adotiva com a promulgação da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, acrescentando o art. 392-A da CLT e o art. 71-A da Lei nº 8.213/1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social).

Apesar da mãe adotiva ter garantido seu direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã, o tempo da licença era fracionado de acordo com a idade da criança. Sendo pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tivesse até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tivesse entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tivesse de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. Caso a empregada segurada adotasse uma criança com idade superior a 8 (oito) anos de idade, ela não teria direito à licença-maternidade nem ao salário-maternidade.

O fracionamento do tempo da licença frente à idade da criança fere a Constituição Federal, haja vista que a mesma não traz diferenciação entre filhos biológicos e filhos adotivos, todos são filhos tendo os mesmos direitos e deveres. A diferenciação dos períodos de licença-maternidade à mãe adotiva de acordo com a idade da criança teve seu fim com a promulgação da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, lei que dispõe sobre adoção e dentre outras providências, revoga em seu art. 8º, os §§1º ao 3º do art. 392-A da CLT. Os parágrafos revogados do art. 392-A da CLT eram os que faziam menção ao tempo da licença-maternidade de acordo com a idade da criança. Dessa forma, o período de licença-maternidade se torna uniforme, assim sendo, 120 dias independentemente da idade da criança adotada.

A mencionada lei só fazia referência à licença-maternidade, nada se referindo ao prazo do salário-maternidade que permaneceu fracionado de acordo com a idade da criança. Tendo sua concessão por 120 (cento e vinte) dias com a promulgação da Lei nº 12.873/13, onde o período do benefício torna-se o mesmo para segurada ou segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, da mesma forma que já era concedido à mãe gestante.

5.3 Projeto de Emenda à Constituição – PEC nº 146/2012

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº146/2012 foi elaborada pelo Deputado Federal Benjamim Maranhão (PMDB-PB) e tem por objetivo dar nova redação à alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de modo a estender a estabilidade provisória no emprego à trabalhadora que realizar adoção.

Pela PEC nº 146/2012, a alínea *b* do inciso II do art. 10 do ADCT passaria a vigorar com a seguinte previsão:

“Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, e da adotante, pelo período de cinco meses a partir da adoção ou da obtenção da guarda judicial para fins de adoção”.

Pelas justificativas presentes na PEC nº 146/2012 vê-se o embasamento da proposta frente ao trabalho da mulher ter se tornado cada vez mais importante para a vida familiar, não podendo essa nova condição afastar mães e filhos, especialmente nos primeiros meses de vida ou de contato com a nova família no caso da adoção. Para Benjamim Maranhão, é essencial reconhecer às mães adotivas o direito à garantia de emprego, vez que o afastamento do trabalho em razão da maternidade “não intenciona a proteção apenas materna, mas, também e primordialmente, a proteção e bem-estar da criança quanto à sua adaptação ao novo lar e à nova família”.

Conforme notícia divulgada no site da Câmara, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, aprovou no dia 15 de julho de 2014 a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 146/2012 do deputado Benjamim Maranhão, que estende a estabilidade provisória no emprego à mãe que adotar um filho. Agora, será criada uma comissão especial para analisar o mérito da proposta. Depois, se aprovado, o texto ainda terá de ser votado em dois turnos pelo Plenário.

5.4 Uso da analogia na concessão do direito a estabilidade no emprego à mãe adotiva

A sociedade está em constante evolução, sendo o Direito o instrumento que visa à regulação das relações sociais, não podendo o mesmo se manter inerte frente às evoluções da sociedade. O Direito é dinâmico, sendo necessária sua modificação nas normas ou na interpretação, de forma a visar o bem estar da sociedade durante o surgimento de situações que mereçam amparo jurídico.

Como é sabido, o Direito não evolui na mesma velocidade das situações que venham a surgir e a exigir seu amparo, sendo necessário para a garantia desses direitos até que surjam normas referentes ao assunto, outros meios que visem a preencher essas lacunas na lei.

A analogia vem a ser um desses meios de integração da lei. Ou seja, é uma forma de aplicação de dispositivos legais e princípios de direito em caso análogo, frente à ausência de norma que regule o caso concreto em questão.

Nos dizeres do doutrinador Maurício Godinho Delgado, a analogia vem a ser uma forma lógica de comparação usada pelo operador do direito frente a lacunas na lei. Conforme segue passagem:

A analogia diz respeito, na verdade, apenas à operação lógico-comparativa pela qual o operador jurídico, em situações de lacuna nas fontes normativas principais do sistema, busca preceito adequado existente em outros segmentos do universo jurídico. A analogia é, pois, instrumento de concretização da chamada integração jurídica, pela qual se pesquisam outras fontes normativas para aplicação ao caso concreto figurado. É mecanismo de pesquisa, encontro e aplicação de fonte subsidiária, e não uma fonte em si mesma (DELGADO, 2012, p. 172).

Para o uso da analogia são necessários alguns requisitos, conforme entendimento dos Autores Amauri Mascaro Nascimento e Alice Monteiro de Barros. Os requisitos se baseiam em: que o caso concreto em questão não esteja previsto em lei; que tenha semelhança entre os casos, o previsto em lei e o não previsto; semelhança real e fundamental, e não apenas accidental entre os casos. Destarte na garantia que se visa proteção, estabilidade no emprego à mãe adotiva é perfeitamente cabível a extensão para a empregada em questão, pelo uso da analogia.

Ressalta-se que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 é claro ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, se a empregada tem o direito à estabilidade no emprego garantida na alínea *b*, do inciso II do art. 10 do ADCT, o mesmo se aplica à mãe adotiva, pois ela também terá que cuidar de seu filho, tendo despesas da mesma forma que a mãe biológica.

A Carta Magna consagra a proteção à maternidade como um direito e garantia fundamental em seu capítulo acerca dos Direitos Sociais, presentes em seus artigos 6º e 7º. Proteção também presente na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 391 ao 401. A empregada que venha a realizar adoção, se torna mãe, o que garante a ela uma proteção legal, não podendo de forma alguma ser discriminada. Do mesmo modo, não deverá existir discriminação entre os filhos, haja vista que nos termos do § 6º do art. 227 da Constituição Federal, todos os filhos, providos ou não da relação do casamento, ou por adoção, são iguais. Embasado no reconhecimento da igualdade entre filhos naturais e adotivos pela Constituição Federal e do reconhecimento do direito da mãe adotiva fazer jus à licença-maternidade e ao salário-maternidade em equiparação a mãe gestante, por que não reconhecer a estabilidade? O primordial na lei é garantir sua função social, visando a proteção da mãe e principalmente da criança, garantindo a subsistência de ambas.

Portanto, a estabilidade provisória no emprego que a empregada gestante faz jus, é estendida por analogia como meio de integração da lei à empregada mãe adotiva. Perfeitamente cabível o disposto na alínea *b*, do inciso II, do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da mãe adotiva pelo período de 5 (cinco) meses a contar da adoção ou da obtenção da guarda judicial para fins de adoção. Dessa forma, restariam garantidos os mesmos direitos às mães, sejam elas biológicas ou adotivas, eliminando discriminação ainda existente na sociedade acerca do tema em questão. Ambas são mães e merecem as mesmas garantias no âmbito da proteção à maternidade.

6 Considerações Finais

A adoção tem caráter humanitário, tendo como objetivos principais a proteção dos interesses da criança e do adolescente. Pelo estudo da evolução da adoção no Brasil é percebido que a mesma não é mais tratada apenas pelo pensamento retrógrado de dar filhos a quem não os possa ter biologicamente; trata-se de um ato de amor e afeto entre adotante e adotado. Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 igualou os direitos e deveres de filhos, sejam eles naturais ou adotados, proibindo quaisquer discriminações entre eles.

A estabilidade provisória no emprego tem o propósito de garantir ao empregado a manutenção de seu emprego em determinadas situações, vindo a evitar dispensas arbitrárias, tornando-se um obstáculo ao empregador. Dentre as estabilidades garantidas constitucionalmente temos a da gestante. A mãe adotiva não tem garantida legalmente estabilidade provisória no emprego, estando configurada mais uma discriminação entre mães.

Até previsão legal específica do tema objeto do presente estudo, a estabilidade provisória no emprego da mãe adotiva, de forma a garantir a equiparação dos mesmos direitos às mães é utilizada a analogia, como forma de garantir essa proteção à mãe adotiva. Demonstra-se que essa garantia visa a proteção não somente da mãe, mas principalmente a criança, sendo um período fundamental para a estruturação da nova família, garantindo um convívio mais próximo durante os primeiros momentos para fortalecimento dos laços entre adotante e adotado.

É sabido das importantes modificações ocorridas para a proteção da maternidade e da criança, porém, o legislador foi falho em não conceder expressamente o direito à estabilidade no emprego à mãe adotiva. Até que venha a ter regulamentação legal sobre essa matéria, é

perfeitamente cabível o uso da analogia como meio de integração da lei à empregada mãe adotiva, sendo a mesma abarcada pelo disposto na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o entendimento de ser vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da mãe adotiva pelo período de 5 (cinco) meses a contar da adoção ou da obtenção da guarda judicial para fins de adoção.

Vislumbra-se com o uso da analogia a equiparação das mães, sejam elas biológicas ou não, de forma a garantir seguramente a extensão da estabilidade provisória no emprego à mãe adotiva, eliminando qualquer forma de discriminação.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTR, 2011.

_____. **Câmara dos Deputados. Proposição para proposta de emenda à constituição nº 146, de 14 de março de 2012.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=078A8DC7EB596F0D3646AAE26A0045E8.proposicoesWeb2?codteor=970727&filename=PEC+146/2012>. Acesso em: 30 mar. 2015.

BRASIL. Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum Universitário de Direito**. 13.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º maio de 1943. **Vade Mecum Universitário de Direito**. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Vade Mecum Universitário de Direito**. 13.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, de 13 julho de 1990. **Vade Mecum Universitário de Direito**. 13.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 31 jul. 2014.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11.ed. São Paulo: LTr, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. MARTINS, Sergio

Pinto. **Direito do Trabalho.** 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011. NASCIMENTO, Amauri

Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORMAÇÃO E VIDA POLÍTICA EM ISÓCRATES E DEMÓSTENES

José Carlos Henriques

Ramon Mapa da Silva

Resumo: O presente artigo pretende comparar o pensamento político de Demóstenes e Isócrates, dois pensadores que encararam o surgimento de uma nova concepção de democracia e liberdade na Antiga Grécia. O artigo também analisa o papel da formação (*Bildung*) na obra de ambos.

Palavras-chave: Grécia. Democracia. Pensamento político.

Abstract: The present paper aims to compare the political thinking of Demosthenes and Isocrates, two thinkers that faced the rise of a new conception of democracy and freedom in the Ancient Greece. The paper also analyses the role of the formation (*Bildung*) in the work of both.

Keywords: Greece. Democracy. Political thinking.

Autoridade e Liberdade na Democracia Radical

Mestre da arte retórica, Isócrates se utiliza de um refinado discurso para criticar as deficiências da Atenas de sua época, comparando-a com a *polis* que já fora, mas tentando criar o solo necessário para um futuro mais seguro e próspero. Ainda que suas obras tratando da política externa ateniense tenham chamado uma maior atenção tanto de filósofos como de historiadores, a preocupação de Isócrates com o problema da democracia e da necessidade de uma *Paidéia* que fizesse frente aos desafios da cidade que ele via como a destinada ao governo do mundo, dão um especial destaque à parte de seu trabalho destinada à política interna. Mas é importante sublinhar que ambas as preocupações estão fortemente ligadas, de forma que Isócrates não se esquivava em relacioná-las, tendo como pontos de ligação a questão da Liga Marítima e a degradação da alma da *polis*.

O *Areopagítico* ou Discurso sobre o Areópago é a principal obra de Isócrates sobre política interna¹. Ela se estrutura como uma tentativa de lidar com a situação da *polis* tanto como comunidade quanto como força política universal. Isócrates começa dirigindo-se para

¹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1142.

uma assembleia, encenando um evento histórico como os realizados por Sólon ou Tucídides². O Discurso sobre o Areópago não é o único momento em que Isócrates cria uma assembleia fictícia para seu discurso. Já havia feito o mesmo em seu Discurso sobre a Paz. O que é característico é a forma retórica desse discurso, em que Isócrates avisa que a aparência de poder tornou a *polis* presunçosa e isso é um mau sinal. A assembleia transparece otimismo com a situação da *polis* e, por isso, Isócrates acredita que ela não conseguirá compreender as razões que exporá. Eles nem mesmo conseguem perceber que existe um perigo: “Creio que muitos de vós se perguntam com admiração o que terei eu pensado para escolher como tema a vossa salvação. Como se a cidade estivesse em perigo ou seus assuntos em uma posição incerta.”³ De fato, Isócrates não partilha do mesmo otimismo do público e enxerga na situação de Atenas vários motivos para preocupação, como a decadência de suas instituições políticas e seu enfraquecimento nas relações exteriores.

Na visão de Isócrates, o mundo é uma realidade trágica, onde a noção de limite exerce um papel da mais profunda importância. Na vã tentativa de se igualar aos deuses, de tornar-se *isotheos*, os homens ultrapassam seus limites, mergulhando na desmedida e caminhando em direção à catástrofe. Na história de Ícaro vemos a pura representação dessa concepção trágica do existir. Querendo alcançar os deuses, o jovem voa muito próximo ao sol, suas asas de cera se desfazem no calor e ele cai para a morte. Como o *Cosmos* é ordem, equilíbrio, ele mesmo se encarrega de punir a desmedida, restaurando a ordem violada. Isócrates teme que a confiança dos atenienses em um futuro luminoso para a sua *polis* os conduza à desmedida e daí para a tragédia. O *Areopagítico* é, nesse sentido, uma admoestação aos atenienses, para que os mesmos não se deixem seduzir pela boa sorte e pelo poder, ao mesmo tempo em que se mostra como uma análise retórica dos instrumentos políticos para evitar essa queda na desmedida.

As idéias de Isócrates radicam na concepção de mundo da tragédia grega. Vê o mundo político submetido à mesma lei trágica fundamental que sempre irmana na vida o poder e a riqueza com a fascinação e o desregramento, forças nascidas do interior e que ameaçam a existência dos primeiros. Os fatores verdadeiramente educativos são para ele a penúria e a pequenez, que geram o autodomínio e a moderação. Por isso, a experiência ensina que são as situações ruins que na maioria

² JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1143.

³ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 52.

dos casos servem de estímulo para o melhor, ao passo que a ventura facilmente se muda em infortúnio.⁴

É de se notar que a admoestação inicial de Isócrates à sua plateia soa como os discursos contra a desmedida proferidos por personagens importantes das tragédias gregas, como Hemon, falando com Creonte, seu pai, na *Antígona* de Sófocles. Há uma preocupação forte em se mostrar, com exemplos ou regras genéricas, que é a desmedida a responsável pela desgraça de indivíduos e povos, e Isócrates é enfático em relação a isso.

A questão das mudanças políticas, um importante problema também para Platão e Aristóteles, se baseia, em Isócrates, nessa lei trágica. Não deixa de recorrer ao recurso pedagógico dos modelos para falar à assembleia sobre essa lei que rege todas as coisas, mesmo a vida da *polis*. Dá, então, o exemplo de Atenas e Esparta, tratando de sua ascensão e declínio:⁵ “Porque nós, quando os bárbaros destruíram a cidade, graças a nosso medo e a nossa atenção que possuímos nos assuntos, fomos os primeiros dos gregos, mas quando acreditamos que tínhamos um poderio invencível, por pouco chegamos a ser escravizados.”⁶ Mais que tudo, Isócrates teme que a confiança excessiva dos atenienses termine por atrair o ódio das *polis* vizinhas, como ocorrera com a primeira Liga Marítima, quando as cidades confederadas se voltaram contra Atenas. É justamente o temor da repetição desses fatos que confere ao discurso isocrático sua força. A defesa que o filósofo fará do papel do Areópago na manutenção dos limites dos cidadãos se apoia no medo dos danos que uma derrota de Atenas poderia causar não só para a cidade, mas para toda Hélade.

Isócrates aponta que a maioria da população ateniense, mesmo se declarando descontente com os rumos políticos da cidade, é incapaz de agir e buscar uma verdadeira mudança política, ignorando totalmente o fato de que a situação da *polis*, com as instituições políticas cada vez mais degeneradas, só pode ser contornada a partir de um processo de formação dos cidadãos que reafirme sua responsabilidade para com as questões comunitárias.

⁴ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1144.

⁵ E entre a multidão de exemplos que se lhe apresentam, toma os da história de Atenas e Esparta. Da desintegração causada pelas guerras pérsicas se levantou Atenas e se converteu em guia da Hélade, pois o medo fez com que as suas forças espirituais se concentrassem na meta da recuperação. Mas, em seguida, do cume do poder assim conseguido de novo se precipitou subitamente na guerra do Peloponeso, pouco faltando para se ver agrilhoadas à servidão. Os Espartanos, por seu lado, deveram o seu antigo poderio à sóbria vida de guerreiros, em virtude da qual se foram elevando dos começos insignificantes da sua história até o domínio sobre o Peloponeso. Mas este poderio impeliu-os à soberba, até que por fim, depois de conseguirem a hegemonia por terra e por mar, se viram reduzidos à mesma situação de penúria que Atenas. JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1145)

⁶ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 53.

A conduta dos cidadãos é, então, o problema central a ser tratado e que demanda que a importância da constituição seja renovada. A constituição é importante por conseguir agir nos dois âmbitos da vida Ateniense, no âmbito público, conduzindo os dirigentes e a vida pública dos cidadãos, e no âmbito privado, limitando as ações dos cidadãos na busca da satisfação de seus interesses, uma vez que a “constituição é a alma do Estado. Desempenha nele função igual à da razão e do espírito no Homem. É a constituição que modela o caráter dos cidadãos privados como dos dirigentes políticos e com ela se conforma sua conduta”⁷:

Porque a alma de uma cidade não é outra coisa além de sua constituição, que tem tanto poder como a inteligência no corpo. É ela que delibera sobre todos os assuntos, que conserva os bens e evita as desgraças. A ela devem se acomodar as leis, os oradores e os cidadãos comuns e atuar de tal forma que cada um se mantenha nos limites da constituição. Mesmo que a nossa esteja destruída, não pensamos nem buscamos como melhora-la. Ao contrário, sentados nos táleres, criticamos a situação, e dissemos que nunca fomos tão mal governados em época democrática, mas em nossos assuntos e pensamentos amamos mais a esta que a que nos deixaram nossos antepassados.⁸

Mas o resgate da constituição dos antepassados demanda uma nova educação. Baseada na forma antiga da *Paidéia*, essa nova educação se volta para a formação completa do homem. A mais ferrenha das críticas de Isócrates se dirigia à formação do cidadão de sua época. A educação havia se reduzido à mera educação escolar, incapaz de fazer frente às necessidades dos cidadãos e da *polis*. A forma democrática de organização política se torna, em uma realidade como essa, apenas um meio cômodo para a satisfação dos interesses dos cidadãos. Contudo, a cidade não pode ser reduzida a isso. Por isso a educação é importante para que os limites de uma vida democrática possam ser compreendidos em toda sua importância:

É evidente que o Estado dessa época é para a maioria dos seus cidadãos, mesmo os que o consideram necessitado de reformas, um meio cômodo de satisfazerem suas ambições. Embora imponha a cada um certas limitações, limita igualmente os excessos dos demais. Gera-se assim uma espécie de equilíbrio de diversas ambições, que em última análise permite a cada um satisfazer um número suficiente de desejos pessoais, assim tornando-se indispensável. A maioria dos impulsos naturais cuja satisfação neste tipo de convivência interessa ao homem são, indubitavelmente, os verdadeiros fatores formadores de homens na época, como unanimemente o proclamam pensadores políticos de todas as tendências. Nestas épocas, a *Paidéia*, a formação dos homens, fica degradada ao papel de mera educação exterior, sem conseguir opor um contrapeso efetivo às forças que empurram para baixo. E se quiser obter mais só tem dois caminhos: renunciar a formar o povo como um todo e

⁷ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, 1148.

⁸ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 56.

retirar-se para a estreiteza das escolas e conventículos, como fazem os filósofos, ou então procurar influir somente em determinadas personalidades governantes ou, no caso de Estados governados democraticamente, tentar reformar certas instituições do Estado para influenciá-lo no sentido que julgue proveitoso. Tal é a idéia educativa de Isócrates.⁹

A mudança política fundamental só se dará a partir do fim do individualismo que reina em uma época em que a *polis* é vista principalmente como uma forma para a satisfação de interesses. Os homens do passado, acreditava Isócrates, viviam de forma mais comunitária, e seria preciso resgatar a constituição do passado, a alma da Atenas do passado, para resgatar isso. Para Isócrates, o único jeito de se “evitar os males do futuro e cessar os presentes”¹⁰ seria realizar um resgate daquela “democracia, que Sólon, o maior democrata, nos legislou”¹¹.

Jaeger pensa esse resgate de uma forma um tanto mais problemática. Para ele, não bastaria apenas trazer a constituição do passado de Atenas. Uma simples estratégia jurídico-política não garantiria a mudança das instituições. Afirmar que a constituição era a alma de Atenas não tornaria isso verdade para os cidadãos de Atenas que não viveram essa época. Seria necessário um processo de formação do homem em que a constituição como base e reflexo da vida comunitária seja realmente perceptível e compreensível. Mas Isócrates parece não se dar conta totalmente desse problema, apegando-se de forma romântica à constituição do passado, ao mesmo tempo em que insiste em uma forma quase técnica de educação exterior. Jaeger¹² diz que essa é a diferença entre Isócrates e Platão, já que este, ainda que apoiado na contrafactualidade de sua cidade ideal, não deixa de pensar a formação da alma como um ponto de partida necessário para uma nova Atenas. As aspirações de Isócrates quanto à educação, nesse sentido, começam a soar utópicas e irrealizáveis. Mesmo sua crença de que a restauração dos antigos poderes do Areópago resolveria o problema da degeneração política da cidade parece ingênua dada a dimensão do problema a ser enfrentado.

Mas Isócrates e Platão se assemelham muito na descrença e decepção com a cidade de Atenas que conheceram. Ambos enxergavam uma profunda degradação moral e política na cidade. Isso diz muito sobre o pensamento desses autores. Da mesma forma que Isócrates buscou uma saída dessa situação degenerada em uma imagem idílica de uma Atenas heroica

⁹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1149.

¹⁰ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 56.

¹¹ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 56.

¹² JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1150.

do passado, Platão encontrou em sua *polis* ideal o oposto de tudo o que era Atenas em sua época.

No *Areopagítico*, Isócrates aponta para o fato de que o conceito de democracia, tão caro aos grandes homens como Sólon ou Clístenes, havia se convertido em um mero mecanismo de dominação da massa inculta sobre a minoria culta¹³. A democracia radical da época era alvo das mais ferozes críticas, quanto mais se distanciava dos preceitos originários da democracia ateniense. Fica claro que Isócrates considerava-a mecânica e sem alma e que ela, em sua radicalidade, corria o risco de se converter em uma pesada tirania:

Nos tempos da democracia ateniense, Sólon e Clístenes, ainda não se confundia o desenfreno com a democracia, a arbitrariedade com a liberdade, a licenciosidade da palavra com a igualdade, a absoluta falta de domínio do comportamento com a suprema felicidade; ao contrário, os indivíduos deste jaez eram castigados e existia a preocupação de tornar melhores os homens. A igualdade a que naquele tempo se aspirava não era a igualdade mecânica de todos, mas sim a igualdade proporcional que dá a cada um o que lhe cabe. Também o regime eleitoral não estava ainda naquele tempo mecanizado em sistema de sorteio, o que equivalia a substituir os juízos de valor pelo mero acaso. Os funcionários, em vez de serem diretamente escolhidos do conjunto da população, eram eleitos indiretamente a partir de um grupo de indivíduos, antecipadamente selecionados e perfeitamente aptos para o desempenho das suas funções. O lema continuava a ser *trabalhar e poupar*, e ainda não se desprezava a economia doméstica para se enriquecer com bens alheios. Ainda não era prática sancionada pelo costume a população alimentar-se das rendas públicas do Estado, mas, ao contrário, sacrificava-se a própria fortuna à comunidade. Ser cidadão não era ainda negócio, mas dever.¹⁴

Se, por um lado, a crítica de Isócrates à Atenas de sua época passa por um justificado temor de que os demagogos tomassem o poder da *polis* de forma irremediável, por outro, parece adotar uma postura conservadora em relação às mudanças políticas, se colocando ao lado dos ricos proprietários, a minoria culta da cidade, contra a maioria inculta e desidiosa. Isócrates fala, então, em nome de um grupo político real, que havia perdido sua influência política com a radicalização da democracia e que tentava voltar ao seu antigo papel na cidade, ao mesmo tempo em que objetivava evitar a derrocada definitiva da *polis*. A verdadeira democracia é “a mais justa”¹⁵ “que colocaria os mais capacitados a frente dos assuntos e faria do povo o senhor deles”¹⁶.

¹³ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1151.

¹⁴ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1151-1152.

¹⁵ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 59.

¹⁶ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 59.

Ainda que preso aos interesses de um grupo político concreto, o discurso de Isócrates pretende-se uma crítica objetiva à frivolidade crescente dos hábitos públicos atenienses. Tal se reflete na pesada condenação do autor às novas práticas religiosas da comunidade. Isócrates as enxerga corrompidas e desprovidas de espírito sacro. A degenerescência da política, perdida na igualdade mecânica da democracia radical e na ausência da alma do povo, parece encontrar no culto sua contraparte, cada vez mais distante de sua essência sagrada e mais próximo de uma forma festiva.¹⁷

Percebe-se que Isócrates liga o declínio político ao declínio moral de Atenas. O receio do fim da Liga Marítima se justificava em sua concepção, porque um povo decadente seria incapaz de cumprir seu papel na vanguarda da civilização. O problema das mudanças políticas continua sendo o problema da formação do homem grego, da mesma forma que o problema das relações externas de Atenas continua sendo o problema da política interna de Atenas.

Por isso a ideia principal do *Areopagítico* é a da restauração da força do Areópago. Isócrates entende essa instituição como necessária para se restabelecer o equilíbrio social que existira nos dias antigos. Para ele, as relações entre ricos e pobres não apresentavam tanta desarmonia quanto no seu tempo, já que havia uma consciência geral dos papéis de cada um na formação e manutenção da comunidade. Isócrates continua em sua rota de fuga do presente degradado através de uma idealização do passado. Jaeger¹⁸ aponta que os relatos de Sólon sobre o seu tempo afastam essa visão romântica que Isócrates professa. Mas essa idealização do passado é fundamental para o projeto isocrático de restauração do Areópago.

Isócrates não enxerga o Areópago como uma instituição destinada à simples aplicação técnica da justiça. Sua função pedagógica, formadora do humano, ultrapassa em muito sua importância enquanto órgão judicante. O problema grave que o Areópago ajudaria a resolver é o da incompleta formação do cidadão. Essa era restrita apenas aos primeiros anos e, por isso mesmo, deixava em aberto a formação moral e política dos adultos, os responsáveis pela condução da *polis*. Isócrates pretende demonstrar que um dos grandes motivos para as glórias

¹⁷ Isócrates censura no culto, tal qual se praticava então, a caprichosa irregularidade e inconstância, e as oscilações entre extremos desacertados. Os Atenienses tão depressa acorrem com trezentos bois para o sacrifício como deixam cair no mais completo esquecimento as festas consagradas pelos seus maiores. Por um lado, celebram grandiosamente as festas extraordinárias, adicionais (principalmente quando permitem ao povo comer e divertir-se), e, por outro, sacrificam todas as festas mais sagradas. Os tempos antigos ainda não conheciam a frívola leviandade com que atualmente se abandonam as práticas consagradas de Atenas ou se introduzem outras novas. Segundo Isócrates, a religião daqueles tempos não consistia na ostentação de uma pompa vã, mas antes no temor de modificar qualquer coisa que afetasse a tradição dos antepassados. JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995 p. 1157

¹⁸ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1158.

passadas é a delimitação das ações dos adultos pelo Areópago. Pouco adianta a multiplicação de instâncias e formas educacionais para as crianças se o adulto pensa que tudo é permitido para a satisfação dos seus interesses:

Isto encaminha-o para a sua idéia fundamental, que é a necessidade de um Areópago forte. Com efeito, é essencialmente sob o ponto de vista da educação e não da administração da justiça que Isócrates encara esta instituição. O defeito do sistema vigente reside em se limitar em Atenas a *paidéia* ao *pais*, isto é, à infância. Existem, para esta, numerosas instâncias fiscalizadoras; em contrapartida, cada qual pode fazer e deixar de fazer o que lhe aprouver, depois de chegar à idade adulta. Assim não sucedia no passado, em que se velava pelos adultos ainda com maior cuidado do que pelas crianças. Tal era, com efeito, o sentido e a razão de ser da norma segundo a qual o Areópago devia velar pela disciplina (εὐκοσμία) dos cidadãos. Este organismo só era acessível a pessoas escolhidas pelo nascimento e que na vida tivessem dado provas de caráter irrepreensível. Este princípio de seleção fazia do Areópago a mais distinta corporação da sua classe existente na Grécia. E apesar de ter gradualmente perdido muitas de suas atribuições políticas, a sua autoridade moral continuava tão grande que infundia involuntário respeito a todos os que entravam em contato com ele, mesmo ao maior malvado. É sobre esta autoridade moral que Isócrates que edificar de novo a educação dos cidadãos¹⁹

O redimensionamento do papel do Areópago representa um projeto de redimensionamento de toda a realidade política de Atenas a partir de uma importante reforma política e de reformas sociais igualmente robustas. Contudo, a democracia ateniense da época, era, para Isócrates, um verdadeiro empecilho. Enquanto ela se apresentasse da forma como estava, ao Areópago estaria reservado apenas seu papel judicante. Isócrates se mostra consciente de que a perda de atribuições políticas pelo Areópago, como sintoma da decadência ateniense, dificilmente retornariam, mas isso não afetaria o papel de referência moral que o Areópago deveria exercer para a educação da polis. Sua pauta principal envolvia o Areópago novamente como fiscal dos costumes dos cidadãos. Costumes que eram vistos por ele como centrais para o bom governo:

Porque as cidades se governam bem não com decretos, mas sim com costumes, e aqueles que foram mal criados se atreverão a transgredir as leis por mais bem redigidas que estejam. Por outro lado, os que foram bem educados também quererão ser fiéis às leis estabelecidas com simplicidade. Se tivéssemos meditado nisso, não examinaríamos em primeiro lugar com que meios castigaríamos quem age contra a lei, mas sim como os prepararíamos para que não cometessem nenhuma ação digna de castigo.²⁰

¹⁹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 1159.

²⁰ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 63.

Novamente transparece a preocupação de Isócrates com a formação dos atenienses. É necessário que o cidadão entenda que o castigo é algo reservado ao inimigo²¹, e que suas ações devem ser dignas de elogios, não de reprovações. Contudo, essa consciência parece ter se perdido com as mudanças políticas, já que Isócrates acusa seus contemporâneos, na figura da plateia fictícia a quem se dirige, de abandonarem toda a preocupação com o mérito das ações e com a manutenção dos bons costumes, e de identificarem libertinagem e liberdade.

O bom governante cuidava de todos os cidadãos, com especial atenção aos jovens, que estavam “confusos e cheios de muitas paixões”²² e por isso tinham mais necessidade de ser educados. Isócrates retorna constantemente à ideia do limite atrelado à formação. Atividades e trabalhos constantes eram parte fundamental dessa formação. Aos pobres o trabalho na agricultura, aos mais abastados os exercícios hípicas, militares, a ginástica e a filosofia. Os jovens que se dedicavam a todas essas atividades se envergonhavam do ócio e da libertinagem. Mas, segundo Isócrates, quando o Areópago deixou de governar, tudo isso se modificou. O Areópago mantinha o respeito dos cidadãos à constituição e garantia que os jovens e os adultos conhecessem seus limites e pudessem ter uma vida digna. Sem ele o que restava era o desregramento e a desmedida, visíveis nas práticas injustas da população:

Nada disto ocorria sob aquele Conselho. Pois liberou aos pobres de suas misérias mediante o trabalho e a ajuda dos ricos, aos jovens libertou do desenfreno com ocupações e com o cuidado que se tinha com eles, aos governantes de ambições com o castigo e ao não ignorar os que cometiam injustiças, e aos anciãos de seus desânimos com honras dadas pela cidade e com as atenções dos jovens.²³

A postura de Isócrates perante o Areópago é evidentemente conservadora, objetivando restabelecer seu papel político da época dos grandes legisladores. Ainda que essa postura não represente uma crítica direta à democracia ateniense da época, deduz-se que sua configuração era um entrave para o que Isócrates entendia ser seu lugar na cidade. A antiga democracia, a democracia de Clístenes, de Sólon, é, para Isócrates, a democracia real. A democracia das massas, que permitia que oligarquias usurpassem o mando através de políticas clientelistas não passava de uma corruptela da verdadeira democracia. Mas Isócrates está consciente de que sua atitude pode enquadrá-lo como “inimigo do povo” e como alguém que buscava

²¹ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradução Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 63.

²² ISÓCRATES. *Discursos II*, tradução Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 63.

²³ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradução Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 67.

“lançar a cidade à oligarquia”²⁴, já que, como acostumados à corrupção, os atenienses seriam hostis a quem tentasse acabar com ela. Para fugir dessa acusação, Isócrates compara as diversas conquistas dos governos democráticos com as inúmeras falhas das oligarquias, sobretudo as referentes ao governo dos Trinta. Há um esforço para mostrar que a restauração do Areópago não é uma forma de governo oligárquico, mas sim um governo do povo, já que o Conselho, ainda que composto pelos melhores, estaria sob o mando do povo.

Isócrates termina seu discurso dizendo que se a cidade imitasse os seus antepassados salvaria a si mesma e a todos os gregos²⁵, reforçando sua crença em um papel de liderança de Atenas frente às demais cidades. A mudança da constituição, com seu retorno aos princípios do documento antigo, seria o caminho para isso.

Demóstenes: agonia e transformação da cidade-estado

A figura de Demóstenes, já em seu tempo, bem como ao longo da história, foi compreendida de diversos modos.

De fato, assim como seus opositores em vida, dentre os quais Isócrates e Esquines, não faltaram historiadores que, em um juízo negativo, viram em Demóstenes um político limitado, retoricamente apegado a um passado anacrônico, já incapaz de suscitar glórias no presente e/ou futuro.

De outro lado, não faltaram juízos positivos em relação a Demóstenes, mormente quando, exigidos pelas circunstâncias, os discursos se voltavam para o combate a ameaças externas desagregadoras do Estado, na modernidade.

De um ou outro modo, a figura de Demóstenes segue sendo brandida na história, ao sabor das necessidades do momento. Tudo isto só faz iluminar a grandeza desta exemplar personalidade que parece, ainda hoje, poder ser visto como “o homem que despertou os Gregos para a liberdade e o paladino da oratória contra os seus opressores”.²⁶

Acerca da figura de Demóstenes, superando a limitação de juízos marcados, positiva ou negativamente, por momentâneas contingências históricas, a crítica hoje já nos coloca em

²⁴ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradução Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 67.

²⁵ ISÓCRATES. *Discursos II*, tradução Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980, p. 74.

²⁶ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 1375.

uma melhor situação. De fato, sabe-se que Demóstenes deve ser compreendido em um contexto mais ampliado que se evidencia a partir da “ligação do destino político com a crise geral do espírito e da cultura grega”.

Ou seja, o aparecimento de Demóstenes não pode ser medido apenas “sob o ponto de vista da sua pessoa e das suas possibilidades no plano da política efetiva”. Há um contexto histórico maior a justificar a figura de Demóstenes, conferindo-lhe ainda maior valor como alguém que soube compreender seu próprio tempo, desafio que segue sendo o maior para todos, sobretudo para aqueles que militam na configuração dos destinos do Estado.

Neste sentido, em relação a Demóstenes, descreve Jaeger, exemplarmente, “a sua resistência frente aos poderes do seu tempo traduz a lei superpessoal do tenaz apego de um povo à forma de vida que modelou, que está enraizada nos seus dotes naturais e à qual deve as mais altas conquistas da sua história”²⁷.

Deste modo, compreende-se porque Demóstenes, historicamente próximo à agonia da cidade-estado grega, eleve sua voz e empenhe seus dotes retóricos na defesa da *polis*, considerada por ele, e pela cultura grega, como uma forma definitiva de ordenação da vida política e espiritual.

Quando Demóstenes brada em favor da *polis*, faz ecoar no que diz a defesa da tradição de um povo que, em seu tempo, está seriamente ameaçada, mas que, nem por isto, deve ceder, ao contrário, deve resistir, firmando a tradição e mostrando seu real valor. Não se trata de mero apego à tradição, mas de defesa de uma peculiar forma de vida política, cultural e espiritualmente significativa para os gregos, a *polis*.

De uma forma ou de outra, os gregos sempre se enfrentavam com o problema da autonomia da *polis*, para eles, configuração decisiva da cidade-estado. Mesmo em épocas de ameaças a esta forma de estruturação da vida política, como no surgimento da ideia de uma “comunidade espiritual pan-helênica”, a questão da autonomia da *polis* permanecia como o ponto central do embate, como esclarece Jaeger, “o abandono do Estado autônomo da *polis* era tão incompatível com a mentalidade política dos Gregos como até hoje o tem sido, praticamente, com a nossa própria mentalidade política, a renúncia ao princípio dos Estados nacionais para adotarmos formas de Estado mais amplas na Europa”²⁸.

²⁷ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 1378.

²⁸ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1379.

Jaeger adverte que a juventude de Demóstenes coincide com o momento histórico do ressurgimento do Estado ateniense, em vias de reconstrução após a derrota na guerra do Peloponeso.²⁹ Certo, portanto, que Demóstenes vê-se diante da oportunidade histórica de firmar valores da tradição, em defesa da *polis*, que se mantinha como possível em seu tempo, a seu juízo. Ou seja, durante a juventude de Demóstenes o Estado real ateniense “vai, pouco a pouco, se sobrepondo a seu abatimento e recupera uma liberdade de movimentos que lhe abre perspectivas para um lento fortalecimento do seu poder”³⁰. Passo seguinte, em direção à reconstrução e fortalecimento da cidade-estado de Atenas, será dado com as alianças formadas entre esta, Tebas e Corinto. Fortalecida, aliando-se a Tebas, Atenas assistirá ao enfraquecimento de Esparta, na guerra dos sete anos. Enfim, sob o impulso de um abnegado patriotismo, Atenas luta, ao lado de Tebas, contra Esparta e colhe “o magnífico fruto da paz do ano 371, que conferiu a Atenas a indiscutível primazia no mar e legalizou definitivamente a nova liga, mediante tratados internacionais”.

Esse, portanto, o cenário histórico que se postava como desafio à juventude ateniense, à época de Demóstenes, incluindo-o. Ou seja, excetuados os desvios, como aquele para a especulação sem comprometimentos com a ordem política, a juventude ateniense do período se encontrava em meio à possibilidade real de Atenas voltar à cena, com protagonismo.

Nesse sentido, Jaeger registra que “a juventude ateniense, perdida em especulações filosóficas ou entregue no seu desespero à aventura e ao jogo, sentiu-se arrastada pela grande corrente da História que de novo parecia chamar Atenas à altíssima missão de expandir as forças do Estado na vida da nação grega”³¹. Enfim, a juventude ateniense, nela incluído o também jovem Demóstenes, sentia-se atraída para o “turbilhão do movimento político”, formando-se esta nova geração pelo “trabalho político de partido e a tribuna de oradores nas assembléias populares e nos tribunais”³².

Para Demóstenes, esse quadro desafiador reconvocava a tradição dos valores da *polis*, configurando-se como verdadeira oportunidade histórica de um ressurgimento, ainda que de forma já transformada pelas experiências de derrocada. Se não nos enganamos, é esse o

²⁹ Ressalta o autor que este fato, que é significativo, nem sempre é devidamente considerado.

³⁰ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1380-1381.

³¹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 1380.

³² JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 1381.

sentido que Jaeger aponta para o percurso das ideias e práticas políticas de Demóstenes, descrevendo a orientação geral de seus propósitos:

(...) era preciso evocar de novo no presente os acontecimentos históricos da Atenas do século do seu máximo esplendor político, já mais ou menos desvirtuados pela crítica filosófica de Platão, e rejuvenescer a própria época com os ideais do passado. Mas a dolorosa experiência que levava à ruína aquele mundo grandioso tinha feito amadurecer, como fruto da tenaz peleja espiritual da geração do pós-guerra acerca das causas da catástrofe, conhecimentos que não deviam perder-se, caso se quisesse evitar a repetição daquele passado. A nova juventude tinha o dever de misturar no vinho embriagador da antiga política de força de Atenas, uma boa dose das águas mansas deste conhecimento. Só assim podia esperar colocar-se à altura do seu tempo. São a cautela e a prudência desta reflexão ético-política que distinguem do espírito do séc. V a era da segunda liga marítima³³.

Esse mencionado movimento político de restauração, no qual se integrou Demóstenes, voltava-se para a imagem máxima do esplendor da *polis* ateniense do séc. V, como modelo, mas moderando-o a partir das circunstâncias históricas próprias da contingência de seu anterior destino, malsucedido.

Esta necessária avaliação crítica do modelo da *polis* impulsionou o desenvolvimento da “eloquência política como gênero admiradíssimo de arte literária”, arte na qual se destacou a superior figura de Demóstenes. Jaeger, de maneira percuciente, registra o caminho percorrido por Demóstenes nesta arte: “estava reservado a Demóstenes criar uma forma literária em que a força e a ágil ductilidade da palavra realmente falada se associassem ao vigor dialético do pensamento e à beleza artística dos discursos de Tucídides, e plasmar em forma literária a sugestão do contato vivo com o auditório, como o elemento mais essencial da força retórica de persuasão”³⁴.

A cena política ateniense que, desde a infância, marca a formação bem como convoca a atuação de Demóstenes é a seguinte: enfraquecimento e dissolução da segunda liga marítima que, para muitos de seus integrantes, teria exaurido sua “missão histórica com o abatimento da hegemonia espartana”; o aumento do poderio e apogeu de Tebas, provocando alteração das disputas pelo poder; a adoção, sob a regência de Calístrato, de uma política que perseguia o equilíbrio, dando “forma à política ateniense das décadas seguintes e com a qual se procurou estabelecer um novo sistema no mundo dos Estados gregos”; recrudescimento da hostilidade entre Tebas e Atenas, passando essa hostilidade, no caso de Atenas, “como era natural, a

³³ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1382-1383.

³⁴ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1383-1384.

segundo plano, em face dos problemas internos dos anos seguintes, suscitados pelo irresistível processo de dissolução da liga marítima”.

Diante desse quadro, inevitável o debate sobre o futuro político de Atenas, debate do qual participará Demóstenes, que se posicionará contra a tese da instituição de um governo mais autoritário, defendida por Isócrates, advogando em favor de uma reforma constitucional do Estado, com a promoção de seu saneamento econômico e financeiro, militando na oposição, ao lado do prestigioso estadista Eubulo.³⁵

Desde cedo em contato com os tribunais, tendo escolhido a carreira de redator de discursos forenses e de conselheiro jurídico, em seguida, Demóstenes passou a ocupar-se da política, dada a proximidade, em Atenas, “entre a luta política e os tribunais”. Por isso, os primeiros escritos de Demóstenes que conhecemos são discursos pronunciados em processos políticos.³⁶ Tais discursos foram escritos para figuras da oposição, com certeza ao menos os dois primeiros. Mas, logo, Demóstenes será convocado a falar por si na cena política e o fará a respeito da política externa de Atenas, com a desenvoltura que o tornaria célebre.³⁷

Tanto mais surpreendente a dedicação de Demóstenes à política externa quanto mais se sabe que, com grande influência e prestígio, Isócrates e Eubulo, aquele no campo literário, este no campo da política efetiva, rejeitavam “toda a atividade política externa por parte do Estado enfraquecido, e viam o “seu futuro na sua limitação consciente aos problemas de uma prudente política interna e econômica”. Inicialmente ainda adepto do não-intervencionismo de Isócrates e Eubulo, em seguida, Demóstenes, com habilidade, conseguiu arregimentar fileiras em favor de uma sua convicção: “Atenas devia lutar para sair da sua situação de crise profunda e voltar a desempenhar um papel ativo na vida dos Estados gregos”.³⁸

Tomado por essa convicção, Demóstenes permanecerá vigilante em relação a oportunidades no âmbito da política externa, à procura de momentos propícios à atuação de Atenas, como o que poderia reconduzir-se a seu anterior protagonismo mas, certamente, com as cautelas que situações arriscadas exigem.

³⁵ A respeito, conferir JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.. 1386.

³⁶ Jaeger registra que “os três discursos contra Andrócio, Timócrates e Leptines estão ao serviço de uma mesma política”, ou seja, se postam contra personalidades que teriam conseguido a manutenção no poder, mesmo após perdida a guerra contra os aliados, configurando-se como hábeis e perigosos discursos de oposição.

³⁷ Jaeger menciona que os documentos produzidos por Demóstenes no período “juntos expõem diante dos nossos olhos uma imagem completa da situação externa de Atenas daquele tempo”, a demonstrar a sua capacidade de análise política.

³⁸ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1389.

Assim, Demóstenes, tanto em seus discursos políticos seguintes, *Pró Megalópolis* e *Da Liberdade dos Ródios*, bem como em seu discurso forense *Contra Aristócrates*, além de identificar os mais relevantes problemas da política externa ateniense, defenderá uma postura intervencionista no cenário externo, empenhando-se em apontar que Atenas deveria voltar a reger o equilíbrio entre as três potências, para tanto interferindo na política de alianças, evitando que tanto Tebas quanto Esparta alcançassem poder maior do que aquele que um desejado equilíbrio poderia suportar.

Em favor deste programa, Demóstenes defenderá a aproximação de Atenas com os democratas de Rodes, expulsos pelo rei da Cária. No entanto, os não-intervencionistas se afastam desta ideia, sendo combatidos energicamente por Demóstenes, mas em vão. Os vencidos, em seguida, se aliarão aos inimigos de Atenas. Oportunidade, mensuração do risco e ação, não passividade, este o projeto político defendido por Demóstenes, sem ser ouvido, a tempo e modo, como queria.

Outro ponto de destaque na política externa de Atenas era a questão da Grécia Setentrional. Neste particular, Demóstenes notara os sucessos do rei Filipe da Macedônia, chamando a atenção para o perigo que o reino macedônico representava para Atenas. De fato, após estender seus domínios no entorno, Filipe chegaria a Atenas, de forma fulminante, movido por hábeis estratégias bélicas.

Contudo, chegaria a Atenas a notícia de que Filipe, acometido por uma doença, teria colocado fim à expedição. Neste momento, eleva-se a figura de Demóstenes que continua a alertar para o perigo representado pela possível invasão macedônica, defendendo o rompimento de Atenas com a inerte e passiva prática política dos governantes. Contra o discurso do não-intervencionismo em nome da segurança que, a esta altura, era não confiável, Demóstenes pregará o abandono da passividade em favor do aproveitamento de uma oportunidade, intervir para debelar o poderoso inimigo enquanto este se encontra fragilizado.

Empenhando todo o seu talento, Demóstenes dirigirá seus discursos contra os governantes atenienses e, mais que isto, voltar-se-á para o povo, diretamente, o que fará com que, no discurso contra Aristócrates, sejam dirigidos violentos ataques contra os governantes “que enriquecem e habitam esplêndidas mansões, sem contribuírem para o melhoramento do Estado com outras iniciativas que não sejam a caiação de muros e a reparação das ruas da cidade”. Por isso mesmo, ao final, concluirá Demóstenes que “o apelo aos políticos de nada

serviu e que *é preciso educar o povo num novo espírito*, uma vez que os oradores não fazem senão falar como o povo quer ouvir”.³⁹

Quanto à temática da educação do povo prossegue a série de discursos reunidos, já pelos antigos, sob o nome de *Filípicas*. Aliás, menos por terem sido pronunciados contra o mesmo adversário, a unidade deste conjunto de discursos é marcada mais pela “grandiosa ideia da educação do povo”. Tratava-se de um consistente programa de ação, representado por uma mudança de direção dos discursos e dos esforços da retórica de Demóstenes, mas sem que, com isto, se assemelhasse à retórica vazia dos demagogos, como temerariamente vem afirmado por alguns eruditos.⁴⁰

Demóstenes promove uma profunda análise dos destinos de Atenas e, tal como fizera Sólon, incita o povo a abandonar a resignação, assumindo as consequências do destino que os acometera, o domínio macedônio e, com isso, seria vencida a dominante e fatalista ideia de *tyche*, responsabilizando-se os homens, não os deuses, pelos destinos do Estado. Demóstenes exorta a geração atual a agir, vez que responsável pela má condição de Atenas, ou seja, se bate pela ideia segundo a qual deve ser abandonada a passividade, é nesta direção que ele buscou “mobilizar intensa e vigilantemente todas as energias do povo”⁴¹.

Contra os falsos educadores que, dirigindo-se ao povo, procuram amedrontá-lo e, com isso, promovem a passividade, Demóstenes se empenha em educar para a ação, se dirige ao povo como “matéria-prima para os objetivos do homem de Estado”. Daí que seus discursos não se pautem por uma política realista, em sentido próprio, mas se reveste de um caráter ético-educativo: o povo, tendo nas mãos seu destino, deve agir para modelá-lo, afastando a fé em uma ideia fatalista de sua condição⁴².

Como estadista, Demóstenes assume a posição de dirigente do povo, inflamando-o com discursos educativos em direção à ação política, em favor da existência independente de Atenas, nele se confundem o estadista e o orador. Sua personalidade e emoções espirituais se

³⁹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1395.

⁴⁰ Jaeger, neste particular, embora atribua seriedade aos eruditos que operam esta aproximação, entre os propósitos de ação de Demóstenes e a retórica dos demagogos de seu tempo, os desacredita, pois sinaliza que o programa de ação política de Demóstenes era muito maior, superando a mera política para firmar-se como “*de novo política*”, tal qual a tinham concebido um Sólon e um Péricles”. Ver JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.. 1396.

⁴¹ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1398.

⁴² JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1399.

voltam, com firmeza, para um projeto político que concebia como possível: a reconstrução do protagonismo da cidade-estado de Atenas, regendo a unificação da Hélade.

Com a perspicácia de um político superior, Demóstenes soube perceber que este projeto político de unificação da Grécia somente se realizaria quando os gregos se unissem e isso poderia se dar a partir da resistência contra um inimigo comum. Nisso, parece, se aproximava de Isócrates.

Mas, analista atento, Demóstenes soube identificar o inimigo real e perigoso para os gregos: Filipe da Macedônia. Já Isócrates se batia por afirmar que o inimigo apto a arregimentar os gregos, como inimigo comum, seria o império persa. A história dará razão a Demóstenes que, contra Isócrates, defenderá um pan-helinismo anti-macedônico. De fato, pensar que o inimigo possa, no controle, servir aos vencidos é pensamento que Demóstenes não acalentava.

Após percorrer um acidentado caminho, Demóstenes, para quem “a grande missão de Atenas consistia em chefiar a união dos Gregos contra Filipe da Macedônia”, consegue unir a maioria dos gregos sob esta bandeira, fato notável, “um triunfo que os historiadores da Antiguidade consideravam uma façanha digna de um estadista de primeira classe”⁴³.

A evolução política de Demóstenes o conduzirá de defensor do protagonismo e liberdade de Atenas a “paladino da liberdade grega”. De fato, contra Filipe, “não incita unicamente os Atenienses, mas sim todos os Gregos, a saírem do seu letargo e a lutarem pela própria sobrevivência” e, como dirigente, executa a tarefa que lhe competia, buscando libertar o povo do abatimento e resignação ao domínio dos macedônios, como se fora este uma fatalidade.

Demóstenes, em oposição aos falsos conselheiros que pregavam a resignação, procurará mostrar que o regime da oportunidade exige ação pronta e, com exemplos, busca demonstrar aos gregos que a ação contra Filipe não pode esperar, caso contrário, viria tarde demais, como ocorrera com outras cidades. Com isso, conclama Atenas à ação e, com ela, a Grécia inteira.

Para Demóstenes a Atenas gloriosa do passado é uma herança que deveria pesar em favor da ação contra qualquer forma de domínio externo, demonstrar ao povo esta verdade é a tarefa a que se propôs, como educador. É verdade que a história sentenciaria contrariamente a seus propósitos: o domínio dos macedônios se imporia.

⁴³ JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.1407-1408.

Conscientemente, apesar de todas as oposições e invectivas, Demóstenes, segundo nos parece, cumprira sua missão de político, orador e educador: pensar politicamente “o peso da herança, a grandeza do perigo, a gravidade da decisão”.

A história já se fez, mas é no mínimo curioso conjecturar o que teria sido de Atenas e, por ela, da Grécia, caso tivessem sido ouvidas as prédicas de Demóstenes em favor de um espírito nacional fomentador da luta frente a um inimigo comum.

De qualquer modo, parece, a missão de Demóstenes, por ele mesmo, fora cumprida: dizer ao povo que ele poderia, na verdade deveria, para ser livre, antecipar-se na luta enquanto alguma fraqueza do inimigo permitia sua derrota. Uma lição que não foi ouvida, não suficientemente, talvez.

Conclusão

Ainda que afastados por profundas diferenças, Isócrates e Demóstenes pensavam que o passado glorioso da cidade de Atenas deveria ser trazido de volta através de um tremendo processo de reformulação das instituições políticas e, sobretudo, da formação do povo ateniense. Ambos criticavam a apatia e a desordem social, mesmo que Isócrates tenha preferido o caminho da não intervenção e Demóstenes falado a favor do protagonismo de Atenas em toda Hélade.

Notório é o fato de que Isócrates e Demóstenes transformaram o discurso político na mais alta arte literária da época, enfatizando a importância da tradição e da educação para o povo, mediante um uso sublime da palavra escrita.

Mas nem Isócrates nem Demóstenes conseguiram ver na prática as mudanças que propalaram em seus discursos. Suas admoestações e conselhos ecoaram pela história, mas encontraram pouca guarida nos ouvidos de seus contemporâneos. Suas lutas contra a degradação moral e política de Atenas foram vencidas pelos corruptos, oligarcas e demagogos. A *polis* não encontrou seu destino como guia de toda Hélade. Ainda que possamos especular sobre os rumos que a história teria tomado caso isso se concretizasse, mais importante é pensar que as palavras de Isócrates e Demóstenes, clamando pela responsabilidade social e política de governantes e cidadãos, ainda podem servir como referência para a vida política.

Referências bibliográficas

ISÓCRATES. *Discursos II*, tradución Juan Manuel Guzmán Hermida, Editorial Gredos S. A, Madrid, 1980.

JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

JAEGER, Werner. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira, Martins Fontes, São Paulo, 1995.

O QUE É PROCESSO CONSTITUCIONAL?

Guilherme Henrique Lage Faria¹

Sumário: 1.Introdução; 2. O Modelo Social de Processo e a superação do Liberalismo Processual; 2.1. Da ideologia de Anton Menger à técnica legislativa de Franz Klein; 2.2. O Protagonismo Decisório, a Livre Interpretação da Lei e o Fortalecimento da Ideologia Nacional-Socialista; 2.3. A Teoria do Processo como Relação Jurídica e o Paradoxo de Bülow; 3. Processo Constitucional - O Modelo Constitucional de Processo como metodologia de (efetivo) rompimento com as bases ideológicas do socialismo processual. Fundamentos basilares para a legitimação da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

1. Introdução.

A partir da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, estabelecendo novas bases estruturantes para uma constitucionalização do processo.

Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, bem como o próprio legislador.

A questão problemática se assenta justamente nessa resistência aos ganhos obtidos com o paradigma procedimental democrático, na medida em que a figura do juiz permanece atrelada ao dever de *fazer justiça* a partir de experiências pessoais, conhecimentos especializados, bom senso e prudente arbítrio, vale dizer, como verdadeiro protagonista de um processo que ainda é concebido (erroneamente) como *instrumento* da jurisdição.

No presente trabalho, far-se-á inicialmente um percurso sobre a superação da visão liberal do processo por um Modelo Social que idealizava o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos, dentro do qual o juiz se apresentaria como um canal convergente do sentimento da sociedade, dispondo de respaldo institucional para ser o protagonista com poderes privilegiados de direção e participação ativa no processo.

Mais adiante, observar-se-á que Anton Menger, um dos principais expoentes do

¹ Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas, Especialista em Direito Processual Civil pelo IEC - PUC Minas. Professor Universitário. Advogado.

discurso socializador de processo, idealizou um modelo dissociado da lógica liberal, ofertando novos contornos para a superação das desigualdades geradas no processo. Essa busca de equilíbrio estaria a cargo do *juiz social*. Esse também era o pensamento de Franz Klein, que defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no *iter* procedimental no Direito Processual. Daí o acolhimento do processo como uma *instituição estatal de bem estar social* que deveria proporcionar à sociedade uma jurisdição célere, embasada no protagonismo decisório.

Estudar-se-á em seguida a Teoria do Processo como Relação Jurídica empreendida por Oskar von Bülow, jurista responsável pela autonomia do estudo do Direito Processual em relação ao Direito Privado ao defender o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, de modo que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios. Considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, cujas propostas serviram de base para o nacional-socialismo alemão, Bülow defendia o protagonismo judicial não apenas na aplicação de uma norma já existente, mas também na própria criação do direito no caso concreto.

Desse modo, mostrar-se-á que a teoria de Bülow ofereceu suporte ao desenvolvimento do Modelo Social de Processo, sobretudo com relação à legitimação do controle social pela magistratura alemã e à adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito.

No capítulo seguinte, buscar-se-á um contraponto baseado no Modelo Constitucional de Processo, o qual impede que a função jurisdicional seja estudada, compreendida ou operacionalizada sem os direitos e garantias fundamentais oferecidos pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. Tal compreensão dará suporte às reflexões fornecidas ao final nesse estudo, de modo que, a partir dos resultados obtidos, concluir-se-á que a visão tradicional da doutrina merece revisão à luz desse novo modelo, haja vista a inexorável vinculação do processo (e da função jurisdicional) ao modelo procedimental disposto no texto constitucional.

2. O Modelo Social de Processo e a superação do Liberalismo Processual.

2.1 Da ideologia de Anton Menger à técnica legislativa de Franz Klein.

No final do século XIX surgiram concepções da jurisdição como expressão da soberania, pautadas em inovações radicais do pensamento jurídico-processual. Neste período, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo² para uma visão socializadora (socialização processual), a qual passara a idealizar o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesse ou de aplicação mecânica do direito ao caso concreto.

Na esteira desse entendimento que surgia, a construção interna do processo passou a posicionar-se não mais sobre a ordem isonômica, mas sim sobre uma “ordem assimétrica”, vez que se encontra baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática.³

Verificou-se assim uma tendência de desvalorizar o papel do contraditório, pautando a resolução jurisdicional no senso inato de justiça do decisor, uma vez que, neste cenário, segundo Nicola Picardi, tinha-se a certeza de que a verdade, não mais “provável”, porém “absoluta”, poderia, então, ser alcançada pelo juiz, mesmo que fora da estrutura do contraditório.⁴ Com efeito, o juiz foi munido de poderes e acabou por assumir a condução de um processo fundamentado sobre a autoridade e a hierarquia.

Os adeptos desse modelo processual acreditam que o juiz ativo funcionaria como verdadeiro canal de comunicação entre carga axiológica da sociedade em que vive e as normas jurídicas⁵, sendo o julgador o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum, em um verdadeiro ideal monológico que assegura ao juiz um “privilegio cognitivo” na formação do provimento de resolução dos conflitos a ele submetidos.

Para Dierle José Coelho Nunes o processo que, durante o liberalismo processual, foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt de ser jogo ou guerra entre advogados que possuíssem maior esperteza, volta a sê-lo a partir da credulidade na ideia salvacionista do órgão julgador, pois esse, atuando e obtendo respaldo institucional de “protagonismo”, poderá

² Com base na concepção liberal de Estado, delineavam-se sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais, quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz. O processo, nessa perspectiva privatística, delineava-se como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes. Nessa perspectiva estatal, os indivíduos eram entendidos, pelo menos no campo ideológico, como soberanos na gestão de seus interesses. Essa soberania, segundo Damaska, implica que a parte seja reconhecida como senhora da própria lide (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, a maioria dos casos até escolhendo a forma do processo. (DAMASKA, Mirjan R. *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, Curitiba: Juruá, 2008. p. 74).

³ PICARDI, Nicola *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.16.

⁴ PICARDI, Nicola *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.16.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2001.

construir provimentos solitariamente, sem a influência dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem a chancela técnica do processo, uma vez que a busca pela rapidez procedimental conduziria à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e avalizam o solipsismo judicial.⁶

Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

“O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de uma proposta de bem-estar (WelfareState) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito. O cidadão – proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional Federal Alemã) bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível.”⁷

Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador de processo, salienta que o socialismo jurídico critica a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de inúmeros institutos jurídico-processuais.

Menger fora considerado um grande crítico dos ideais liberais, especialmente no que diz respeito à complicação do aparato jurisdicional e à passividade judicial, devido ao fato de que, na luta de classes, para Menger, os ricos sempre eram privilegiados ao se tomar por base a ótica da igualdade formal.⁸

Assim, segundo Dierle Nunes, Menger propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial. Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: **a) de educador**: extraprocessualmente, este deveria instruir os cidadãos acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-los na defesa de seus direitos; **b) de representante dos pobres**: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade do *princípio dispositivo*⁹, assumir a representação da classe mais pobre.¹⁰

⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.48

⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 59.

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.80

⁹ O princípio dispositivo liga-se a um poder monopolístico da parte de deduzir em juízo. Do referido princípio se extrai o veto ao juiz de instaurar ou manifestar-se de ofício no processo, ou seja, independentemente da provocação das partes. O juiz nessa perspectiva apresentava-se como um espectador passivo e imparcial do

Acerca deste segundo papel enumerado por Nunes, Menger defendia que:

“[...] quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de se fazer representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre.”¹¹

Dessa forma, para Menger, o juiz, no paradigma do Estado Social, para evitar as desigualdades ocorridas durante a égide do modelo liberal de processo, assumiria uma postura compensadora dos déficits de igualdade material das partes, na verdadeira acepção do termo “juiz social”.

As ideias preconizadas por Menger foram de extrema influência na moldagem da primeira legislação socializadora, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro de 1895, a famosa ÖZPO de Franz Klein.

Klein defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no *iter* procedimental, alegando que:

“[...] as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz os fatos do litígio, porque ele não sabe absolutamente nada da questão até a ação. Mas se isso é entendido de modo que o juiz não tenha qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido nas alegações e provas, deixa-se que as partes cuidem quase exclusivamente disso e o juiz somente julgue precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica assim compreendida, isto é, como é de se supor, altamente indesejável não só para os particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico.”¹²

Em consonância com o pensamento de Menger, Klein alega que o julgador deveria auxiliar as partes na busca do clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento.¹³

debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações que as envolviam.

¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.80.

¹¹ MENER, Anton apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.80

¹² KLEIN, Franz apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.83

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.83

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti afirma que o processo passa a ser visto assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “*instituição estatal de bem estar social*” para a busca da pacificação dos conflitos sociais.¹⁴

Prosseguindo nas palavras de Klein, traduzido por Nunes:

*“O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim, como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social.”*¹⁵

A postura defendida por Klein se dava em razão de inúmeros fatores, dentre os quais se encontram as novas técnicas legislativas de elaboração das leis com a adoção de conceitos indeterminados.

As normas jurídicas que o julgador aplica no caso a ele submetido compõem-se em parte de conceitos estreitos (determinados) e em parte de conceitos amplos (indeterminados), os quais o legislador, via de regra, utiliza não a seu bel prazer, mas sim, em virtude da finalidade da legislação. É cada vez mais frequente nos depararmos com conceitos amplos, gerais, pobres de substância, que são descritos meramente em seus contornos. Mediante a utilização desta técnica, para Klein:

*“A legislação se contenta com a metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas abordadas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga.”*¹⁶

Tal situação aponta o verdadeiro intuito de Klein, qual seja, afastar a problemática da demora exacerbada das demandas provenientes do modelo liberal de processo por intermédio de uma jurisdição célere, estruturando um modelo técnico de procedimento oral em que se atribuiu um reforço dos poderes do juiz, o qual deverá participar mais intensamente da direção

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.83

¹⁵ KLEIN, Franz apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.84

¹⁶ KLEIN, Franz apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.84-85

do processo e, respaldado na prioridade da função social deste, terá o dever de influir mais ativamente no acerto do direito material.

Delineiam-se, assim, as bases para uma avaliação socioeconômica (e principalmente política) do conflito deduzido em juízo como problema social que deveria ser resolvido através do exercício de uma jurisdição salvadora, a qual, conforme acima narrado, deveria ofertar aos cidadãos um método rápido de resolução dos litígios, instituindo-se, de forma gradativa, no âmbito processual moderno a implementação do discurso do protagonismo judicial.¹⁷

2.2 O Protagonismo Decisório, a Livre Interpretação da Lei e o Fortalecimento da Ideologia Nacional-Socialista.

Dierle Nunes, respaldado na doutrina de Fritz Baur e Nicolo Trocker, afirma que a primeira legislação processual liberal a sofrer a ressonância do movimento “socializador” de Klein foi a ZPO alemã de 1877, a qual, na reforma de 1924, buscou um reforço dos poderes judiciais de direção formal e material do processo, retirando o controle dos prazos processuais das partes, e, posteriormente em 1933, em pleno regime nazista, buscava através da reforma, segundo o discurso legislativo, uma justiça rápida e mais próxima das exigências do povo, partindo da ideia de que a função jurisdicional não servia somente às partes, mas primeiramente à segurança jurídica da coletividade.¹⁸

Impunha-se assim, no âmbito do discurso legislativo alemão, a socialização processual idealizada por Menger, com a implementação, no campo da técnica procedimental, do protagonismo decisório. Ingeborg Maus ressalta que tal postura encontrou grande respaldo na Alemanha nazista.¹⁹

Na concepção de Maus, o juiz alemão passa a ser o protetor dos valores do regime nazista incutidos no povo e aniquilador dos fatos e valores contrários de um povo doente.²⁰

¹⁷ Segundo Mauro Cappelletti: “A grande inovação proporcionada pelo código austríaco foi a acentuação da função ativa do juiz, uma função entendida seja para assegurar a ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da igualdade efetiva das partes no processo.” (CAPPELLETTI, Mauro apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p. 86).

¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.89

¹⁹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, n.58, Nov. 2000. p. 196-197.

²⁰ “As exigências formuladas perante a justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista - que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em

Com efeito, o juiz alemão se comportava como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer.

Assim, o juiz teria o dever de reconhecer e aplicar toda lei que entrasse em vigência pela vontade de Hitler, entretanto, deveria aplicá-la em consonância com o espírito do povo alemão externado na figura do Führer, ou seja, de acordo com sua vontade jurídica.

Neste sentido, Ernesto Garzón Valdés afirma que:

“O recurso à chamada “ordem concreta” facilitava a adequação às novas concepções valorativas do nacional-socialismo: justamente as “ordens concretas” suprapositivas (metajurídicas) deviam jogar uma função corretora do direito legislado e servir para a “renovação” do direito vigente. E, assim, foi possível abandonar os valores individualistas e liberais do, por exemplo, Código Civil, e adaptá-lo à concepção racista do nacional-socialismo, sem necessidade de novas intervenções do legislador. Quão longe chegou esta reinterpretação das disposições vigentes através da inclusão de ideologias suprapositivas e das intenções de inferir valores a partir da realidade “vital e concreta” ilustrou, com todo detalhe Bernd Rüthers em sua já clássica obra sobre a “interpretação ilimitada”. [...] A necessidade de abandonar o formalismo e assegurar um direito “concreto” foi exposta, desde logo, não só pelos juristas mas também pelos condutores do nacional-socialismo. Será necessário, dizia Hitler, que o direito seja valorizado novamente, não segundo o “critério de pensamento liberal, mas de acordo com as pautas dadas pela natureza.”²¹

Para Dierle Nunes, a proximidade do pensamento dos autores do período nazista de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformes compartilhados, de algumas ideias, ditas contemporâneas²², de um juiz engenheiro social, que atua como canal

*prol das determinações “superiores” – foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporta no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de “total fidelidade” a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19/03/1933. “O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...] sempre decidiu segundo a lei e sua consciência. Oxalá possa a grande tarefa de construção do estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união”. Assim é que a ciência jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consciente, que o nacional-socialismo tenha construído um “sistema de valores unitário”, o qual encerrou a anterior concorrência social de sistema de valores diferenciados, tratando esse ato como uma conformação das funções da justiça antes de 1933. Essa “integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores, seria capaz de incutir, por meio de uma atitude nacional conservadora, uma boa dose saudável de sentimento popular em um povo doente.” (MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**, p. 196-197).*

²¹ VALDÉS, Garzón apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.93

²² Cândido Rangel Dinamarco aduz que: “A segurança dos litigantes, cultivada pelo dueprocess, na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-Juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento, ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um processo de feição humana, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua

dos valores da sociedade, é no mínimo preocupante, quando se recorda o que a magistratura nazista realizou neste período, conduzindo à reflexão se tal concepção pode ser realmente nomeada de democrática.²³

Com assento nessas premissas, a velocidade com que se obtém a decisão judicial se vincula de forma não tematizada com os critérios de legitimação decisória, principalmente no que tange ao respeito à norma posta, fazendo com que os estudiosos do Modelo Social de Processo sustentassem a ideia de que o importante para sociedade é a solução rápida dos conflitos por um juiz dotado de valores sociais privilegiados, o que implica afirmar, ainda que de forma indireta, que, assim como o tempo necessário à produção da decisão judicial, o tempo de produção da norma pelo legislativo representaria um malefício, uma vez que é exatamente o tempo de produção legislativa que se apresenta, nessa perspectiva, como obstáculo permanente a adaptação da lei a realidade social.

No entanto, o problema de aceitação desse modelo de processo se evidencia com a percepção de um pluralismo cultural, juntamente com a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional sobre os valores fundamentais, os quais são requisitos indissociáveis da construção democrática, de modo que a atribuição única de concepção e interpretação de uma suposta ordem concreta de valores a um ser de cognição privilegiada (juiz) apenas serviu para fortalecer a concepção estatal vigente na Alemanha Nazista, não podendo ser sequer aceita fora deste modelo de Estado.²⁴

Com efeito, fica claro que a adoção de argumentos externos ao direito na implementação das bases axiológicas sociais convergentes pela magistratura só poderia ser sustentada sobre as premissas do Estado Social, haja vista que esta apenas se efetivaria com a supressão dos tempos discursivos-argumentativos do procedimento, oportunizadores da formação do provimento pelos destinatários das decisões, evidencializando sua inexorável impossibilidade de defesa e adoção no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.3 A Teoria do Processo como Relação Jurídica e o Paradoxo de Bülow

sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15).

²³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.93

²⁴ HABERMAS, Jurgen apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.48

Conjuntamente à técnica legislativa de reforço do papel do juiz empreendida por Klein, surgiu, no âmbito doutrinário na Alemanha, uma linha teórica que, segundo a grande maioria da doutrina existente, deu origem à autonomia do estudo do direito processual.

De acordo com a concepção de Oskar von Bülow:

“Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, ou seja, uma relação jurídica. [...] Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo de cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, enquanto relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião.”²⁵

Contudo, segundo a perspectiva de Bülow, a autonomia da relação jurídica do processo não havia sido adequadamente trabalhada, mostrando-se salutar a necessidade de reconstruir todos os estudos que haviam sido desenvolvidos a respeito das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões.

Diante das bases apresentadas, Bülow estruturou a autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, apresentando-se as partes como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios, o qual era emanado de seu “senso inato de justiça”.

Entretanto, embora Bülow tenha sido precursor da autonomia da ciência processual, demonstrando que o processo não se confundia com o direito debatido entre as partes, adotou este, conforme acima narrado, o modelo da relação jurídica oriundo de um enfoque privatístico do direito, mantendo-se a questão do vínculo de subordinação entre as partes do processo, perspectiva essa típica do modelo privatístico de processo que o antecederia, e que este buscava contrapor.

De acordo com Bülow, o processo não fora concebido como meio de controle dos atos do estado, e principalmente do juiz, mas como técnica de atuação dos juízes em relação ao reforço das convicções axiológicas do Estado alemão.

²⁵ BÜLOW, Oscar von apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p. 99-100

No entanto, o que Bülow buscava, desde 1868, era oferecer uma saída para o “formalismo” (forte característica do modelo liberal de processo) que havia se desenvolvido na Escola Histórica do Direito alemã pela Jurisprudência dos Conceitos, fundamentando teoricamente a necessidade de aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais.²⁶

Para Karl Larenz, Bülow pode ser considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, em cujas propostas lançou bases ulteriormente para o nacional-socialismo. Nas palavras do autor:

“A ideia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o direito; é “somente uma preocupação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica”. Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para o que não existe ainda pronta na lei determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei”. Sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei” oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média mais justa”. Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjetivo, por ventura do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “Teoria Pura do Direito Livre” - e formam-no, realmente, tanto num como noutro sentido.”²⁷

Larenz adverte que a Escola do Direito Livre possuía como característica basilar a ideia de que não poderia haver determinação jurídica pronta na lei para cada problema em particular, tendo em vista a existência de um “véu ilusório” decorrente de uma pluralidade de significações do texto normativo a impedir um pronto acesso à solução almejada.

Portanto, a proposta do Direito Livre centra-se justamente na forma pela qual essa pluralidade de interpretações deve ser resolvida: a saída encontrada é acentuar o “*primado da vontade, do sentimento ou da intuição*”.²⁸

Segundo André Cordeiro Leal, nesse mesmo ambiente histórico em que Bülow colocava em xeque a validade da Jurisprudência dos Conceitos, surge também ainda de forma embrionária, e com objetivos semelhantes às propostas bülowianas, o que se denominou

²⁶ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 45.

²⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 78.

²⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, p. 79

posteriormente de Jurisprudência dos Interesses, cujas bases foram formuladas por Rudolf Von Jhering e desenvolvidas por Heck.²⁹

Diante dessa perspectiva, André-Jean Arnaud e María Farias Dulce estabelecem interessante entrelaçamento teórico entre as obras de Bülow e Jhering. Ao abordarem a importância de Bülow para o surgimento da Escola do Direito Livre, afirmam os autores, a respeito de Jhering que:

*“A interessenjurisprudenz (jurisprudência dos Interesses, final do século XIX e início do XX), outra corrente crítica ante o “formalismo conceitual” é considerada, também, como já se mencionou, como precursora na Alemanha, do Movimento do Direito Livre. Ao aderir ao positivismo não normativo, esta corrente visou a dar o primeiro passo em direção à sociologização do pensamento jurídico por meio de sua crítica à Begriffsjurisprudenz (Jurisprudência dos Conceitos) e ao excesso de formalismo conceitual e do uso da lógica no desenvolvimento do método jurídico. Rudolf Von Jhering (1818-1892) foi quem a iniciou, durante o período que se chama de segunda etapa do pensamento, fase esta dominada pelo princípio da jurisprudência prática.”*³⁰

A intenção de Jhering era a de destacar a importância que a decisão judicial e o trabalho dos juízes têm para o direito, tratando-se, puramente, da implementação de regras para o manejo do poder estatal de coerção. Para André Leal, *“as ideias que Jhering havia desenvolvido em A Finalidade do Direito parecem mesmo dar a Bülow contribuições inafastáveis sobre o que seja o direito e, principalmente, sobre o seu aspecto coercitivo, que é aquele que o próprio Jhering considerava o mais importante.”*³¹

Bülow se aproveita da obra de Jhering justamente no cerne em que direito e poder se equiparam. Assim, as cogitações de Bülow sobre o processo centram-se no poder que deve se dar à magistratura diante de sua imensa importância na construção do direito. Com efeito, o processo deveria servir apenas como meio apto a legitimar as pré-concepções privilegiadas do juiz.

Não obstante a aproximação das perspectivas teóricas do Movimento do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses, a resposta de Bülow ao problema da decisão jurídica, pautada na supervalorização do Estado na figura do Juiz, encontra no sentimento e papel do decisor a resposta às necessidades práticas que o direito deveria fornecer à sociedade. Nesse sentido, Larenz leciona que:

²⁹ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 46

³⁰ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María Farias. **Introdução à análise lógica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.75

³¹ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 50

*“A intervenção do conhecimento na atividade interpretativa e judicativa vai realmente muito além da lógica. Essa noção, que transcende o conceito positivista de ciência, coloca a jurisprudência dos Interesses em vantagens sobre a “teoria do Direito Livre”. Com razão repetiram os seus adeptos, acentuando-o enfaticamente, que a sua doutrina era substancialmente distinta do “Movimento do Direito Livre”, pois, salvo raras exceções, viam a investigação do direito pelo juiz como dirigida por ponderações racionais. Em vez da dedução lógico-formal, coloca a Jurisprudência dos Interesses não a vontade ou sentimento, mas a investigação dos interesses e a apreciação desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei. Por isso, reserva ao juiz, sem dúvida, uma margem de decisão maior, mas nenhuma liberdade de decidir guiada apenas no sentimento.”*³²

Verifica-se que Bülow, calcado na ideia do protagonismo judicial, buscava uma aplicação livre e subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam realizar a função judicante com sabedoria e sensibilidade vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a Lei somente iniciou.”³³

O juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, protagonista do processo que cria o direito mesmo contrariamente à legislação em vigor, para quem:

*“O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Essa consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei.”*³⁴

André Leal aduz que o jurista alemão, da mesma forma que “aquele trabalho realizado de maneira assídua, livre e meticulosa, de orientação nobre do direito dos tribunais conduzida por uma jurisprudência genial”³⁵ tinha dado suporte a Roma, também o direito alemão devia sua transformação, ao longo de sua história, ao trabalho e à contribuição criadora da magistratura, principalmente quando da recepção do direito romano – daí o motivo pelo qual deveria ser mantida, também na época em que Bülow escrevia, a perspectiva que ressalta a importância dos tribunais.

Bülow justifica que, tendo em vista a fragmentação do poder na Alemanha, a partir do século XIII, a qual conduzia ao risco de uma anomia total, a recepção só se empreendera e se tornara possível pelo trabalho salvador do magistrado, o qual buscava, através de suas

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, p. 82

³³ BÜLOW, Oscar von apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.101

³⁴ BÜLOW, Oscar von apud NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**, p.102

³⁵ BÜLOW, Oscar von apud LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 54.

perspectivas axiológicas privilegiadas, o resgate da nação alemã da referida anomia em que se lançara.³⁶

Tornam-se, portanto, cristalinos os motivos pelos quais a teoria processual desenvolvida por Bülow não poderia ser a mesma abordada pelas perspectivas processuais anteriores, mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser totalmente controladas pelo juiz, através dos vínculos de subordinação.

O comando da relação processual pelo juiz permitiria o controle de todo o direito vigente, haja vista a possibilidade de criação de normas através da decisão judicial, fazendo com que somente a relação jurídica processual, pautada na subordinação nela pressuposta poderia dar sustentação a este projeto.

Por esses motivos, André Leal entende ser possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador.³⁷

Conforme anteriormente advertido por Larenz, Bülow não se preocupou em explicar como poderia ser controlada essa atividade jurisdicional criadora de um direito, o qual era, via de regra, “sentimental” ou “emocional.”³⁸

André Leal aduz que é exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o *Paradoxo de Bülow*. Isso porque

³⁶ Em interessante passagem de sua obra, Bülow assim afirmou: “Nesse sentido, posso me dedicar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não disse muito do que os outros, mesmo que silentes, também entenderam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão!” (BÜLOW, Oscar von apud LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 59).

³⁷ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 60

³⁸ André Leal, invocando as palavras de Bülow em nota de rodapé, ressalta que “[...] quando se tem em vista que Bülow reconhece e elogia a possibilidade de disparidade entre o texto legal e o conteúdo da decisão: ‘Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. [...] Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!’” (LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 60-61).

*“Toda a tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo.”*³⁹

Assim sendo, resta manifesto que a intenção da obra de Bülow não fora a de fornecer critérios para implementação de meios de controle sobre a atividade dos juízes, pelo contrário, o propósito de Bülow foi o de apresentar fundamentos histórico-sociológicos autorizativos da legitimação do controle social pela magistratura alemã e de justificar, a partir dessas premissas, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito que buscava contrapor, municiando, dessa forma, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados Romanos.

Em Bülow, via de conseqüência, a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do provimento decisório ao qual irão se submeter são suplantadas por uma postura de superioridade do julgador em relação a elas, uma vez que o contraditório é relegado a mero elemento formal validador de uma jurisdição monológico-salvacionista exercida pelo agente estatal instituído da função judicante, o qual possuía um “saber privilegiado”, assumindo as partes o papel de meros colaboradores do julgador na formação da decisão.

De acordo com André Leal, a atribuição de escopos metajurídicos⁴⁰ à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável, criando uma fronteira móvel de aplicação do direito em que este estará autorizado a fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando-o na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar ao de decretação do Estado de Exceção Shmittiano.⁴¹

Contudo, contemporaneamente a Bülow, Adolf Wach, um dos precursores do denominado processualismo científico, cujas ideias despontaram na Alemanha na segunda metade do século XIX, já ressaltava a importância do contraditório ante o caráter dialético do

³⁹ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 64-65

⁴⁰ Atividade decisional que visa ao atendimento de fins sociais, políticos e econômicos. A esse respeito, André Leal afirma que o “entrelaçamento da teoria do processo como relação jurídica com o insuficiente paradigma do Estado Social leva vários desses autores a examinar o processo como relação jurídica desenvolvida entre partes, que se encontra à disposição do Estado, ao atendimento de interesses públicos de origem extralegal (escopos metajurídicos)”. (LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 82).

⁴¹ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 32-33

processo, ressaltando que sua finalidade atendia ao interesse das duas partes do litígio, apontando a fragilidade da ideia de contraditório defendida por Bülow.⁴²

Posteriormente, a partir de 1958, na Itália com Elio Fazzalari, e no Brasil com José Alfredo de Oliveira Baracho em 1984 e Aroldo Plínio Gonçalves em 1992, a teoria de Bülow passou a sofrer ferrenhas críticas⁴³ em seu ponto mais discutível, qual seja a implementação de um protagonismo judicial que conduz ao solipsismo e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionamento do sistema jurídico.⁴⁴

Importante destacar que Fazzalari contribuiu pioneiramente para o direito processual ao apresentar uma nova concepção de processo e procedimento, pois, em sua teoria:

“[...] o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanação do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’; faz-se mais articulado e complexo, e do genus ‘procedimento’ é possível extrair a species ‘processo’. Existe o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.”⁴⁵

Assim sendo, considerando que Bülow não se alinhava à concepção científica de processo como procedimento em contraditório, no qual as partes deveriam participar em

⁴² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 96.

⁴³ No entanto, em importante estudo sobre o percurso histórico-teórico do Processo Constitucional, Dhenis Madeira leciona que o movimento científico de abandono dos modelos liberal e social de Processo se iniciou na América (e não Europa, como pensam alguns juristas), tendo sido claramente percebido ao final e, com mais vigor, logo após a Segunda Guerra Mundial. Para o referido Professor, “o processualista uruguaio Eduardo Juan Couture Etcheverry, mais conhecido como Eduardo J. Couture (1904-1956), foi quem, em plena Segunda Guerra, ministrou, nos anos de 1943 e 1944, um curso em algumas universidades americanas sobre o (então) inovador tema das ‘garantias constitucionais do processo civil’”. Segundo Fix-Zamudio, esse curso, que deu origem a um texto publicado em 1946, marcou o início dos estudos do Direito Constitucional Processual. (MADEIRA, Dhenis Cruz. **O nascimento do Processo Constitucional na América**. In: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (Coords.). **Direito Processual Civil Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 17).

⁴⁴ Importante observar que já em 1948 Couture fazia uma crítica contundente ao enfoque do juiz como Führer do processo, para quem “[...] este princípio do povo como comunidade vivente, que necessita de um intérprete, levou àquilo que se costuma chamar “doutrina do Führerprinzip”, segundo a qual o juiz é o Führer dentro do processo. Essa doutrina, no entanto, que parecia destinada a triunfar, não pode suportar alguns embates fundamentais. Um deles por exemplo, o de que não pode haver na Alemanha tantos Führer fiéis intérpretes do direito.” (COUTURE, Eduardo apud LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 64).

⁴⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Eliane Nassif. 1ª.ed. Campinas: Bookseller, 2006., p.120.

simétrica paridade no *iter* procedimental de formação decisória, bem como não visualizava o processo como meio de controle da atividade jurisdicional, mas meramente como instrumento de viabilização hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura, o aproveitamento de sua teoria resta prejudicado em paradigmas que não se alinham ao Modelo de Estado Social, no qual o Movimento do Direito Livre cunhava suas bases. O processualista alemão “criara uma ‘ciência’ que se destinava à instrumentalização da atividade dos juízes e não à asseguuração de legitimidade da decisão fora do Estado Social, a ‘ciência’ bülowiana do processo acaba se transformando num elemento inútil.”⁴⁶

Consectário ao exposto, percebe-se que o deslocamento do eixo de formação decisória das partes (Liberalismo Processual) para o Juiz (Socialismo Processual), dando ilimitado poder de criação do direito a magistratura, para que esta decidisse ainda que de forma totalmente contrária a legislação posta, respaldando a validade da decisão no senso inato de justiça do julgador, carece claramente de legitimidade quando analisada sob as bases principiológico-constitucionais do Estado Democrático de Direito, haja vista que o processo neste paradigma procedimental garante às partes a possibilidade de atuar de decisivamente na formação dos provimentos jurisdicionais aos quais irão se submeter.

3 - Processo Constitucional - O Modelo Constitucional de Processo como metodologia de (efetivo) rompimento com as bases ideológicas do socialismo processual. Fundamentos basilares para a legitimação da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A decadência do positivismo é emblematicamente associada ao declínio dos regimes do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Os referidos movimentos políticos ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente, promovendo a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas do Führer para justificar suas ações.

Com o fim da II Guerra Mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da Lei como estrutura meramente formal já não eram mais aceitáveis.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um

⁴⁶ LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**, p. 65.

ideário difuso, no qual se incluem na definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos *direitos fundamentais*, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.⁴⁷

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.⁴⁸

Alexy ressalta que os direitos fundamentais que tiveram maior significado no início da idade moderna convertem-se em um dos indicadores deste progresso histórico e núcleo de legitimidade dos sistemas democráticos. Surgem direitos e exigências que os colocam, desde a sua formação inicial, como instrumento para limitar o poder absoluto.⁴⁹

André Del Negri salienta que os direitos fundamentais são aqueles que servem de fundamento aos demais direitos, e, em sendo direitos, mesmo que fundamentais, devem estar garantidos por lei, só que não uma lei qualquer, mas sim uma lei que, como eles, também deve ser “*matriz de todas as demais, uma Lei fundamental, que fundamenta as outras, da qual todas decorrem*”. Esta Lei fundamental é a Constituição.⁵⁰

Neste contexto, segundo doutrina de Virgílio Afonso da Silva, as normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, estando aptas a tutelar todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a constituição⁵¹ passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.⁵²

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.278-279

⁴⁸ “Do mesmo modo que o positivismo fracassou, o modelo puro de princípios também foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.135.)

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.144

⁵⁰ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.332

⁵¹ “As constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, incluindo o legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª. ed. São Paulo. RT. 2013. p. 113)

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**, p.273

O ponto de partida do intérprete passa a ser sempre os princípios constitucionais⁵³, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Celso Antônio Bandeira de Melo salienta que, dado sua elementar importância para a instituição da ordem jurídica, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.⁵⁴

Em sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Estado, condicionando a atuação de suas funções, pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Estes princípios funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando, por conseguinte, o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.⁵⁵

Atento à dimensão operativa dos princípios constitucionais, bem como à inexorável vinculação das funções do Estado a seus preceitos, José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta que *“se a judicatura é tida como poder, para aplicar as leis, surge um novo sentido, alcance e importância em termos da Constituição, devido à existência de um conjunto de direitos, princípios e valores aos quais a lei está sujeita. (...) Os direitos constitucionais não são simples normas programáticas não vinculantes, ou direitos fundamentais “vazios”, mas constitui de conformidade com a prescrição expressa em “direitos diretamente aplicáveis”.*⁵⁶

Neste esquepe, Humberto Theodoro Júnior ressalta que a segunda metade do Século XX viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho de aprofundar

⁵³ Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso: *“Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”* — (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p.155)

⁵⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**, p. 230 in: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p.157

⁵⁵ Para Luís Roberto Barroso: *“Por força da Supremacia Constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.”* (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p.165)

⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.311

a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo⁵⁷, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.⁵⁸

No Brasil, diante a promulgação da Constituição de 1988⁵⁹ e a implementação do Estado Democrático de Direito⁶⁰, com a consequente outorga do poder ao povo (parágrafo único do art. 1º da CF/88), o processo deixa de ser mera relação jurídica entre as partes e o juiz⁶¹, sendo alçado ao patamar de instrumento constitucional de garantia e implementação de direitos fundamentais.

Com efeito, para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a Constituição de 1988 resgataria o espírito das Constituições de 91, de 34 e 46, no seu compromisso com a noção

⁵⁷ Nos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho: “A aproximação entre Constituição e processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O Direito Processual Constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.125-126)

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009., p.234.

⁵⁹ André Del Negri esclarece que: “No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais”. (DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**, p.101). Como afirma Marcelo Campos Galuppo, baseando-se em uma reflexão Streck: “A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (streck, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo” (GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.246).

⁶⁰ Lenio Streck aduz que o Estado Democrático de Direito “Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p.109-110)

⁶¹ A esse respeito, André Cordeiro Leal observa que, “não obstante as inúmeras mudanças pelas quais passou essa teoria, até hoje vários autores da doutrina brasileira ainda adotam, sem as necessárias ressalvas, o conceito de processo traçado por Bülow” (LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**, p.82). No mesmo sentido, André Del Negri observa que a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow é um “retrato de como o Direito Processual pode ser usado nas ditaduras para atingir os seus fins”, ressaltando que tal teoria “ainda é revitalizada na contemporaneidade”, (DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011 p. 34)

cara ao constitucionalismo de governo limitado, democraticamente eleito e comprometido com os direitos fundamentais.⁶²

Por conseguinte, evidencia-se que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*.⁶³ Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais, e não há direitos fundamentais sem democracia.

O Poder Democrático, nos termos da Constituição de 1988, é exercido por representantes do povo, o que, por óbvio, não implica em sua exclusão, haja vista que, com a outorga do poder ao povo pela Carta Magna, tem-se por indispensável a participação deste nos atos decisórios. Nas palavras de Cattoni de Oliveira:

“Há uma diferença técnico-conceitual entre representação e substituição que aqui é pertinente (...) Representar é agir em nome alheio na defesa de direitos ou interesses alheios; substituição é agir em nome próprio na defesa de direitos ou interesses alheios. A questão é que a representação não implica necessariamente, como no caso da substituição, exclusão do representado do processo. O problema, portanto, de se confundir representante e substituto é o de se entender erroneamente que a representação, ao contrário de mediar, viabilizar institucionalmente a participação do representado no processo deliberativo, exclui essa participação, com conseqüências obviamente desastrosas do ponto de vista democrático.”⁶⁴

A democracia exige respeito à Constituição. No momento em que admitimos a existência de um novo paradigma de direito, o Estado Democrático surgido a partir do segundo pós-guerra, temos, ao mesmo tempo, de admitir que o direito alcançou um elevado grau de autonomia. Consequentemente, a moral, a política e a economia, escopos metajurídicos utilizados para balizar a aplicação do direito no paradigma do Estado Social, não mais podem determinar a correção da aplicação do direito.⁶⁵

Portanto, em consonância com os ensinamentos de Lenio Streck, tem-se de forma inequívoca que um ato contrário a Constituição é um ato de poder ilegítimo. A constituição determina a autoridade que o povo atribui ao governo, e, ao fazê-lo, estabelece limites.

⁶² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p.242-243

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p. 123

⁶⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A súmula Vinculante n. 4 do STF e o “Desvio” Hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009. p. 49

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p. 120-121.

Qualquer exercício de autoridade por parte do Estado que vá além destes limites passa a ser um ato de “poder ilegítimo”.⁶⁶

Em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 consolidaria o processo como *garantia constitucional*⁶⁷ do povo, através da consagração de princípios de direito processual que se implementam por intermédio da observância das garantias processuais-constitucionais.⁶⁸

Destarte, a Constituição passa a visualizar o Processo como meio de baliza e influência na formação dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, de modo a efetivar a percepção democrática de que este deve viabilizar a participação⁶⁹, o controle e a legitimação dos provimentos em formação por aqueles que irão a estes se submeter.

O processo constitucional coloca-se, assim, ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais⁷⁰, sendo, por conseguinte, o instrumento através do qual se dá o exercício de todas as funções do Estado, em especial, a função jurisdicional⁷¹, e se garantem,

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p. 112.

⁶⁷ Nessa seara, Flaviane de Magalhães Barros aduz que, “em uma perspectiva que toma como marco o Estado Democrático de Direito, através de sua compreensão procedimentalista (Habermas, 1997), é possível sustentar a noção de processo como garantia constitucional, principalmente se formos levar a sério o texto constitucional de 1988 e partir para uma interpretação do processo constitucionalmente adequada. Nesse contexto, à compreensão do processo como garantia pode-se agregar a noção de modelo constitucional de processo, que teve uma proposição inicial feita para o processo civil italiano por Andolina e Vignera (1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo e para a construção de uma teoria geral do processo, que supera sua vinculação estrita aos institutos da Jurisdição, Ação e Processo e se constitua sobre uma base constitucional fundada nos princípios do processo.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009. p. 333)

⁶⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns 3 e 4, Belo Horizonte, 1ª e 2ª sem. 1999., p. 90.

⁶⁹ “O processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: neste aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito.” (ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 120-121)

⁷⁰ ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. Revista de Processo v. 87, p.63-69. São Paulo, jul/set 1997.

⁷¹ A partir dessas premissas, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que a *função jurisdicional*, dentro de uma concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, “é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, como o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico”. (BRÊTAS. Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 32).

nos termos analisados, direitos de participação do povo (*sujeito constitucional*⁷²) e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento decisório.⁷³

Contudo, para que o Processo consiga alcançar sua finalidade de controle⁷⁴, legitimação⁷⁵ e fiscalização dos atos do Estado pelo povo (*Legitimado ao Processo*⁷⁶), este deve estar revestido de todas as garantias⁷⁷ processuais elencadas na Lei Maior, em atendimento ao que a doutrina moderna denomina de *Modelo Constitucional de Processo*⁷⁸.

Nessa linha de pensamento, considera Baracho que as garantias constitucionais (garantias fundamentais) são meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna, de sorte a

⁷² Para André Del Negri, o sujeito constitucional é o *sujeito do discurso constitucional, representado pelo somatório das reivindicações dialeticamente empregadas numa relação com o outro em sociedade, cujo reconhecimento somente será alcançado “quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”*. São, portanto, os cidadãos-intérpretes/coautores legitimados que vão “reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional”. (DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**, p. 30)

⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 3, ns 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000

⁷⁴ Italo Andolina ressalta que “A ordem democrática impõe que a cada poder corresponda uma responsabilidade, e que, por isso, cada poder (recte: o exercício de cada poder) seja objeto do controle correlato.” (ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**, p.63)

⁷⁵ A adoção do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito representa exatamente o esforço de implementação de um arcabouço normativo-principiológico suficiente ao enfrentamento da crise de legitimidade na formação dos provimentos decisórios, vinculando sua produção ao discurso lógico-argumentativo-discursivo procedimental do processo, como elemento de legitimação decisória através do atendimento aos direitos fundamentais e garantias processuais-constitucionais.

⁷⁶ Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, “O “*legitimado ao processo*” no paradigma do Estado brasileiro é o que tem acesso (pro-acesso-processo), por um direito fundante de seu próprio sujeito, à fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja auto-includente, como parceiro (parte), de um sistema normativo. Sem essa base (direito fundamental à existência humana, ao ensino, ao auto-esclarecimento) como dignidade mínima, não há vida-humana e liberdade, isto é, não se abre a todos possibilidade de construção de sentido entre formas de vida (ampla defesa em suas jurídicas possibilidades contraditórias na criação compartilhada da existência como co-existência.” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Modelos Processuais e Constituição Democrática**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**, Belo Horizonte. Del Rey, 2009. p. 291)

⁷⁷ “Em razão desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo contra os desvios (abusos ou arbitrariedades) do Estado. Sem as garantias constitucionais o direitos contidos no texto constitucional tornar-se-iam normas inócuas, caindo no vazio das esferas abstratas, deixando de propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 532)

⁷⁸ Mais uma vez, valemo-nos dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, para quem, “os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental [...] no entanto, só recentemente é que, sob a denominação de ‘modelo constitucional’ do Processo, ficou explícito, [...] que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia.” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012., p. 88)

controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral (gênero) e do ato jurisdicional (espécie) em particular. A mais importante dessas garantias processuais constitucionais é o *devido processo legal*, que, sob interpretação lógico-sistemática das normas do art. 5º, incisos II⁷⁹, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos arts. 133 e 134, todos da Constituição Federal, deve ser interpretado como um *bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas pessoas nas relações com o Estado*.⁸⁰

Por consectário, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida mediante a garantia do devido processo constitucional.⁸¹

Nessa perspectiva, não mais se poderia afirmar a jurisdição como atividade do juiz no exercício do poder-dever de dizer o direito e aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como resultado lógico da atividade discursivo-procedimental dos sujeitos do processo a partir de argumentos previamente inseridos no ordenamento jurídico (Princípio da Reserva Legal).⁸²

Para André Del Negri, a Jurisdição deve ser tida como atividade construída pelas partes processuais “*a partir dos conteúdos da lei, uma vez que ele (o juiz), servidor por dever funcional do povo e das normas constitucionais, não tem as chaves construtivas de um Direito espontaneamente surgido de sua lei íntima (especial sensibilidade ao decidir)*”⁸³

Assim, a jurisdição, ao contrário da ideologia Bülowiana, deve resultar da atividade discursivo-argumentativa desenvolvida pelas partes no *iter* procedimental, pautada sobre a

⁷⁹ No que tange ao Princípio da Reserva Legal, André Del Negri ressalta que, no Estado Democrático de Direito, atendendo a finalidade garantístico-constitucional do processo, “*o projeto legislativo obedece a uma estrutura legislativa (procedimento) juridicamente preordenada por normas infraconstitucionais (Lei Complementar), Regimentais e Constitucionais. Portanto, para que este Procedimento se desenvolva com validade e transforme-se em genuíno Processo deverão estar presentes na preparação do provimento (Lei) os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia (art. 5º, inciso LV, da CB/88). Ausentes um desses pressupostos constitucionais, o Processo converte-se em mero Procedimento.*” (DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 125-126)

⁸⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p.73

⁸¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p.32

⁸² “*Aceitar passivamente a ideia de que um processo possa ser objetivo, ou seja, não contraditório, viola inteiramente a concepção de democracia radical da proposta crítico-deliberativa de Habermas (1997), alternativa entendida como mecanismo de construção e solidificação do regime democrático num país desenvolvido como o Brasil. [...] Assim, o processo é necessariamente um procedimento subjetivo, sujeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), sem o que perde sua legitimidade democrática.*” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**, p.371)

⁸³ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática**, p. 105

inafastável observância do Contraditório, haja vista ser este elemento essencial da dimensão pragmático-dialética do processo de obtenção do provimento decisório.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz aduz que o contraditório compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista do julgador. Por conseguinte, na aplicação do direito, o juiz haverá de trabalhar com um discurso organizado em forma contraditória, concedendo simétrica igualdade de participação às partes na formação da decisão.”⁸⁴

Não obstante, além de sua inafastável influência na formação do provimento, o contraditório constitui verdadeira garantia de *não-surpresa*⁸⁵, que impõe ao julgador o dever de provocar o debate acerca de todas as questões do processo, impedindo que em “solitária onipotência”, ou pautado em seu “senso inato de justiça”, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética processual.

Humberto Theodoro Júnior assevera que de modo algum poderia ser tolerada uma decisão surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o provimento sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las.⁸⁶

É desse sistema dialético que nasce o dever de fundamentar as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, IX da Constituição Feral de 1988.

A instituição do processo não tem outras finalidades que não a preparação do provimento decisório sob estrita observância do Devido Processo Legal. Tem-se que qualquer tentativa do juiz equilibrar e compensar, no Processo, as desigualdades materiais das partes (tal como ocorrera no paradigma do Estado Social), haverá lesão ao direito-garantia constitucional do contraditório, e, por conseguinte, ao Modelo Constitucional de Processo⁸⁷.

⁸⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**, p.246

⁸⁵ Para Dierle José Coelho Nunes, “a assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual [...] Esta não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas, sim, o estabelecimento da ótica da consideração e da interdependência entre eles, uma vez que, na hipótese de assunção da concepção deontológica do contraditório como garantia de influência, assegura-se uma correção normativa (procedimental) das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo, e se permitirá que, na intensa maioria das situações, somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação.” (NUNES. Dierle José. **Processo Jurisdicional Democrático**, p. 239)

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**, p. 252-253

⁸⁷ Paulo Bonavides, ressaltando o inafastável respeito às garantias processuais-constitucionais como meio de legitimação decisória aduz que “nunca porém deve ficar deslembado que as garantias constitucionais legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz em prol da sustentação,

Lenio Streck ressalta que a democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial. O afastamento do ativismo, do decisionismo e da discricionariedade judicial passa a condição de possibilidade de sobrevivência do paradigma do Estado Constitucional e Democrático.⁸⁸

Por consectário, o Processo, como espécie de procedimento com características mínimas definidas no texto constitucional, é uma estrutura normativa sequencial de atos visando um provimento estatal. O processo não é mero instrumento do provimento, qualquer que seja sua espécie (legislativo, judicial ou administrativo). Como estrutura em sequência, o provimento (decisão) é parte do processo, sendo seu último ato. Dizer que a jurisdição é finalidade do processo é simplificação errônea (e inconstitucional) da realidade: o provimento jurisdicional é ato final do processo judicial, devendo, dessa forma, ser pautado, em consonância com o Modelo Constitucional de Processo, na estrita observância dos preceitos do devido processo legal, assegurando ao jurisdicionado a influência direta em seu resultado.

Considerações finais

Pelos estudos propostos, pôde-se verificar que o Modelo Social de Processo foi integralmente superado com a promulgação da Constituição de 1988, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito como paradigma e núcleo central do ordenamento jurídico.

De igual modo, constatou-se que, em relação à Teoria do Processo como Relação Jurídica, os estudos empreendidos por Bülow alcançaram um paradoxo incontornável, pois a atividade do juiz, desvinculada de abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, teria uma ampla margem de atuação sem controle (sobretudo das partes). O juiz estaria, por lei, autorizado a atuar fora dela. Daí o paradoxo, o que sem dúvida não coaduna com quaisquer parâmetros do Direito Democrático.

Observou-se ainda que o processo, à luz do novo paradigma democrático-constitucional de 1988, não é mais um mero instrumento da jurisdição para livre manejo judicial dos direitos materiais dentro do qual o juiz teria poderes discricionários, dispondo de imensurável flexibilidade interpretativa para gerar dinamismo no processo e justiça em suas decisões.

integridade e observância dos direitos fundamentais.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 534)

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p. 121

À luz dos artigos 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, da Constituição Brasileira, ficou evidenciado que ao magistrado é defeso atuar além dos conteúdos normativos, seja a que título for, não sendo democraticamente sustentável qualquer possibilidade de solipsismo, discricionariedade, protagonismo ou estabelecimento de qualquer condição privilegiada ao agente público julgador em detrimento dos destinatários (que são os verdadeiros legitimadores) dos atos jurisdicionais: as partes.

A partir de estudos crítico-científicos amparados no Processo Constitucional, buscou-se demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o Modelo Constitucional de Processo, mediante a rigorosa observância do Princípio do Devido Processo Legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (reserva legal) para a construção do ato decisório final. Somente a partir dessas premissas de legitimidade decisória que poderá ser obtida uma decisão legitimada nos processos jurisdicionais.

Constatou-se, ao final do presente estudo, que o eixo da jurisdição não pode mais estar centrado na figura do julgador, mas, sim, no procedimento processualizado que respeitará os direitos e garantias fundamentais dos destinatários dos atos jurisdicionais.

Merece destaque, por derradeiro, que o *processo* não mais pode ser visto como um mero *instrumento* da jurisdição. Este instituto vai muito além desta ultrapassada concepção. É indispensável que se entenda que o processo é uma instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, instituição garantidora do exercício democrático dos direitos fundamentais previamente estabelecidos pela Constituição.

Portanto, a jurisdição representa *atividade-dever* do Estado prevista na Constituição Brasileira, cujos órgãos jurisdicionais deverão cumprir e fazer cumprir a lei em processo instaurado e desenvolvido sob o prisma das garantias constitucionais do processo, vale dizer, um processo realizado em função da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais com base no direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos no processo (dialecicidade processual). Trata-se de uma concepção essencialmente extraída do paradigma vigente do Estado Democrático de Direito e de inexorável observância no exercício das atividades do Estado, visto que estas são exercidas em nome do povo, o qual, via de consequência, deve possuir um instrumento de legitimação, fiscalização e controle de tais atos, instrumento este que, nos termos ora

apresentados, se implementará pelo Processo Constitucional, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. Revista de Processo v. 87, p.63-69. São Paulo, jul/set 1997

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María Farias. **Introdução à análise lógica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns 3 e 4, Belo Horizonte, 1ª e 2ª sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 3, ns 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p.235-262.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A súmula Vinculante n. 4 do STF e o “Desvio” Hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

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

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Eliane Nassif. 1ª.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *O nascimento do Processo Constitucional na América*. In: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (Coords.). **Direito Processual Civil Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, n.58, Nov. 2000. NUNES,

Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. SILVA,

Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3^a. ed. São Paulo. RT. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

CHAMADA DE ARTIGOS

A REVISTA DIKÉ – REVISTA ELETRÔNICA DE FILOSOFIA, DIREITO E POLÍTICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE ITABIRITO faz saber que se encontra aberta até o dia 20 de maio de 2016 a chamada de artigos para seu volume de número XII. Os trabalhos devem possuir de 8 a 18 páginas, fonte Times News Roman 12, com fonte tamanho 10 para citações que ultrapassem 3 linhas, paragrafação justificada com recuo de 1,25 cm para a primeira linha, exceto para as citações com mais de 3 linhas, paragrafação justificada, recuo em toda citação de 4 cm. Exige-se resumo em português e tradução em língua estrangeira. Bibliografia de acordo com as regras da ABNT.

Os artigos, dentro dessas especificações, devem tratar de temas relacionados à Filosofia, Política ou Direito e devem ser enviados para os correios eletrônicos ramon_mapa@yahoo.com.br e jcarloshen@yahoo.com.br.

Itabirito 15 de outubro de 2015.

Editoria Diké

CALL FOR PAPERS

The **REVISTA DIKÉ – REVISTA ELETRÔNICA DE FILOSOFIA, DIREITO E POLÍTICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE ITABIRITO** opens the call for papers for his volume of number XII. The papers must have between 8 and 18 pages, in Times News Roman 12, with size 10 for quotations that trespasses 3 lines, the arrangement in paragraphs in justified way, with backwards of 1,25 cm in the first line, save for the quotations that must have arrangement in paragraphs in justified way, backwards of 4 cm in all the quotation. It requires abstract in Portuguese and foreigner language translation. Bibliography must follow the statements of ABNT.

Articles with these specifications and themes of Philosophy, Politics and Law should be sent to the follow e-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br, jcarloshen@yahoo.com.br, until May, 20, 2016.

Itabirito, 15 de outubro de 2015,

Editoria Diké